



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

Ett skenbart anställningsskydd?

En arbetsrättslig studie av förutsättningarna för otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning

Masteruppsats i affärsjuridik (arbetsrätt)

Författare: Simon Appenborg
Charlie Lindström

Handledare: Ulrika Rosander

Framläggningsdatum: 2015-05-11

Jönköping maj 2015

Förord

Att väga sina ord på guldväg är sedan länge ett vanligt ordspråk inom juridiken. Ordspråket har för oss fått en ny dimension vid detta samarbete då vi i stort sett har diskuterat varje ord och formulering i uppsatsen. Vi har på detta sätt lyckats åstadkomma en kvalitetssäkring för oss själva genom att komma till gemensamma och motiverade slutsatser och således undflytt impulsiva ställningstaganden. Vi hade emellertid inte uppnått det resultat som vi i denna uppsats kan presentera utan vår handledare. Vi vill därför här rikta ett särskilt tack till Ulrika Rosander, som med sin ovillkorliga ärlighet bidragit med förstklassiga råd och synpunkter under denna uppsatsprocess.

För uppsatsens kapitel ett, 5.3, sex, sju och åtta svarar författarna gemensamt. Därutöver ansvarar Simon Appenborg för kapitel två, tre och 5.2 medan Charlie Lindström svarar för kapitel fyra och 5.1.

Jönköping i maj 2015

Simon Appenborg



Charlie Lindström



Masteruppsats i affärsjuridik (arbetsrätt)

Titel:	Ett skenbart anställningsskydd? En arbetsrättslig studie av förutsättningarna för otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning.
Författare:	Simon Appenborg Charlie Lindström
Handledare:	Ulrika Rosander
Datum:	2015-05-11
Ämnesord	Arbetsrätt, företrädesrätt, arbetsledningsrätt, personaltillsättning, nyanställning, otillbörligt, kringgående

Sammanfattning

I LAS finns bestämmelser om arbetstagares företrädesrätt till återanställning. Ett antal rättsfall där dessa företrädesrättsregler varit föremål för prövning har i SOU 2014:55 diskuterats närmare. I dessa rättsfall har ifrågasatts om företrädesrättsreglerna kan kringgåas av arbetsgivare på ett sätt som kan anses lagstridigt. Arbetsdomstolen har i dessa rättsfall slagit fast att det onekligen skulle vara oförenligt med rättskänslan om företrädesrättsreglerna kan kringgåas till skada för företrädesberättigade arbetstagare. Arbetsdomstolen har emellertid fastställt att det måste uppställas bestämda krav för att sådant kringgående ska vara för handen, varför ett antal förutsättningar uppställts.

Efter analyser av dessa förutsättningar konstateras att de ger upphov till stora svårigheter för arbetstagare, varför det i uppsatsen konstateras att förutsättningarnas syfte och funktion inte uppfylls. Det huvudsakligen syftet med uppsatsen är därför att undersöka huruvida rättstillämpningen på området behöver genomgå förändring för att uppnå det bakomliggande syftet till förutsättningarnas uppkomst.

I uppsatsen utarbetas med anledning av problematiken med gällande förutsättningar tre olika förslag till ändring av gällande rättsläge. Två av dessa konstateras emellertid inte ge upphov till sådan förbättring att de bör tillämpas. Det tredje ändringsförslaget innebär emellertid att viss bevisbörda flyttas från arbetstagaren till arbetsgivaren, varigenom svårigheterna med den andra förutsättningen begränsas. För att i största mån upprätthålla balansen mellan båda parter intressen justeras också beviskraven för arbetsgivare, vilket utöver att syftet med reglerna uppnås också resulterar i att de processrättsliga utgångs-

punkterna överensstämmer med vad som generellt torde vara gällande. Därutöver återfår också reglerna deras effektivitet och förutsebarhet.

Master's Thesis in Commercial and Tax Law (labour law)

Title:	An ostensible protection of workers? A labour law study of the conditions for inadmissible circumvention of the rules regarding priority of reemployment.
Authors:	Simon Appenborg Charlie Lindström
Tutor:	Ulrika Rosander
Date:	2015-05-11
Subject terms:	Labour law, priority of re-employment, managerial prerogative, appointment of staff, recruitment, inadmissible, circumvention

Abstract

The Employment Protection Act (1982:80) provides provisions regarding priority of re-employment. A few cases where these provisions have been subject to examination, have been discussed thoroughly in SOU 2014:55. In these cases the Labour Court has identified the question whether the provisions regarding priority of re-employment can be subject to circumvention in an illegal manner. The Labour Court has stated that it would be incompatible with the sense of justice if the provisions could be circumvented to the detriment of employees entitled to priority of re-employment. However, the Labour Court stated that certain conditions have to be imposed for the assessment.

After analysis of the conditions, it is established that they are deemed to cause major difficulties for employees, why it is held that the purpose and the function of the conditions are not achieved. The purpose of the essay is therefore to investigate whether the application of the conditions imposed by the Labour Court, need to undergo modifications to meet the underlying purpose of the creation of the conditions.

By reason of the difficulty with the conditions, the essay provides three different amendments in which two of the amendments are ascertained to not contribute to such an improvement that they should actually be applied. The third amendment implies that the burden of proof to some degree is reversed from the employee to the employer, whereby the difficulties following the second condition are limited.

To preserve the balance between the interests of both parties the standard of proof is modified for the employer. Except from the fact that the underlying purpose of the provisions can be met with this modification, the amendment also ensures that the pro-

cedural premises conform to what generally is considered valid. Additionally, the rules regain their effectiveness and predictability.

Innehåll

1	Inledning	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte.....	3
1.3	Avgränsningar	4
1.4	Terminologi	4
1.5	Metod och material.....	5
1.6	Disposition.....	12
2	Arbetsledningsrätt.....	14
2.1	Allmänt	14
2.2	Arbetsledningsrätt i förhållande till företrädesrätt	15
3	Uppsägning på grund av arbetsbrist	18
3.1	Allmänt	18
3.2	Arbetsgivares omplaceringskyldighet	20
3.3	Turordningsreglerna	21
4	Företrädesrätt till återanställning.....	24
4.1	Allmänt	24
4.2	Tillämpning i praxis.....	25
4.3	Sanktioner	27
5	Rättsfallsdiskussioner	29
5.1	Tillbörliga kringgåenden av företrädesrättsreglerna	29
5.1.1	AD 1980 nr. 54.....	29
5.1.1.1	<i>Diskussion</i>	<i>31</i>
5.1.2	AD 1996 nr. 56.....	32
5.1.2.1	<i>Diskussion</i>	<i>33</i>
5.1.3	AD 2003 nr. 4.....	35
5.1.3.1	<i>Diskussion</i>	<i>36</i>
5.1.4	AD 2007 nr. 72.....	37
5.1.4.1	<i>Diskussion</i>	<i>38</i>
5.2	Otillbörliga kringgåenden av LAS	39
5.2.1	AD 1991 nr. 40.....	39
5.2.1.1	<i>Diskussion</i>	<i>40</i>
5.2.2	AD 1991 nr. 136.....	41
5.2.2.1	<i>Diskussion</i>	<i>42</i>
5.3	Sammanfattande diskussion	43
6	Analys av förutsättningarna för otillbörligt kringgående - de lege lata	46
6.1	Inledning.....	46
6.2	Förutsättning ett - styrka åtgärderna	46
6.3	Förutsättning två - arbetsgivarens syfte	47
6.4	Förutsättning tre - otillbörligt handlande	48
6.5	Sammanfattande diskussion	48
7	Förslag till förändring - de lege ferenda eller de sententia ferenda?	53
7.1	Bakgrund.....	53

7.1.1	Samhällsutveckling	54
7.2	Presumtionsregel - de lege ferenda	56
7.3	Nyanställningsbedömning - de sententia ferenda	58
7.4	Omfördelad bevisbörd - de sententia ferenda	61
7.5	Vilket ändringsförslag bör tillämpas?	64
7.5.1	Presumtionsregel.....	64
7.5.2	Nyanställningsbedömning.....	65
7.5.3	Omfördelad bevisbörd	66
8	Slutsatser	71
	Referenslista	75

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Anställning är något som de flesta, på ett eller annat sätt, kommer i kontakt med och det utgör många gånger en förutsättning för ekonomisk trygghet. Därutöver förknippas anställning inte sällan även med sociala relationer och personidentitet. Vidare måste de samhällsekonomiska konsekvenserna som följer av uppsägning anses vara förknippade med ökade kostnader, både för individen och för samhället. Den trygghet som en anställning idag ofta sammankopplas med har emellertid inte alltid varit lika självklar. Historiskt sett har nämligen arbetsgivare haft en rätt att fritt anställa och avskeda arbetstagare utan att vara skyldig att ange skäl.¹ Synen på dessa långtgående rättigheter för arbetsgivare kom emellertid att utvecklas och 1938 togs det första steget mot en lag med anställningstrygghet i fokus.² Därefter har den arbetsrättsliga lagstiftningen i allt större skala utformats med utgångspunkt i arbetstagares anställningsskydd.³ Arbetsdomstolen (AD) har emellertid haft att ta ställning till ett antal frågor, vilka i SOU 2014:55 varit föremål för diskussion.⁴ Mot bakgrund av dessa domar kan ifrågasättas om rättsutvecklingen på senare år tagit ett steg tillbaka mot det rättsläge som gällde 1938 - en tid då anställning inte kunde förknippas med varken social eller ekonomisk trygghet.

Med en lag om anställningsskydd (1982:80) (LAS) är givetvis rättsläget inte vad det var 1938. På grund av den omfattande utvecklingen i förhållande till arbetstagares anställningsskydd är det av vikt att även arbetsgivares rättigheter respekteras, för att på så sätt bevara balansen av båda parter intressen. Därför innehar arbetsgivare fortfarande rätten att avgöra när det föreligger behov av att reducera arbetsstyrkan.⁵ Vid uppsägning på grund av arbetsbrist måste emellertid arbetsgivaren följa vissa regler⁶, vilka begränsar arbetsgivares möjligheter att företa uppsägning av arbetstagare. Därutöver har även vissa arbetstagare fö-

¹ 23 § Svenska arbetsgivareföreningen (SAF).

² Genom det så kallade huvudavtalet som ingicks mellan SAF och Landsorganisationen (LO). Se Adlercreutz & Mulder, *Svensk arbetsrätt*, s. 151.

³ Prop. 1973:129 s. 121.

⁴ Se SOU 2014:55.

⁵ Se exempelvis AD 1980 nr. 54.

⁶ Se omplaceringsskyldigheten i 7 § 2 st. LAS och turordningsbestämmelserna i 22 § LAS.

reträdesrätt till återanställning i de fall arbetsgivaren företar nyanställning.⁷ I de situationer arbetsgivare hyr in arbetskraft från bemanningsföretag eller företar omplaceringar av redan anställd personal är det enligt AD emellertid inte fråga om nyanställning, varför reglerna om företrädesrätt inte är tillämpliga i dessa situationer.⁸ I praxis har ett antal sådana rättsfall aktualiserats, i vilka arbetstagsidan hävdar att arbetsgivaren på ett otillbörligt sätt kringgått reglerna om företrädesrätt till återanställning. I dessa rättsfall har arbetsgivares intresse av att kunna tillgodose arbetskraft på annat sätt än genom återanställning ställts mot arbetstagens intresse av att återfå anställning. Den här typen av intressekonflikt har under de senaste åren varit föremål för diskussion och har dessutom utgjort en viktig punkt i avtal mellan arbetsmarknadsparter.⁹

AD har i dessa rättsfall å ena sidan konstaterat att det inte föreligger något generellt förbud mot att på detta sätt tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal. AD har å andra sidan poängterat att ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning kan förekomma i det enskilda fallet, men att bestämda krav för ett sådant kringgående måste gälla. Med anledning härav har AD uppställt vissa förutsättningar som måste uppfyllas,¹⁰ men har inte närmare klargjort innebörden av ett otillbörligt kringgående.

Mot denna bakgrund står klart att arbetsgivares personaltillsättningar i vissa situationer kan föranleda att förfarandet ska anses utgöra ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning. AD har emellertid inte närmare klargjort under vilka omständigheter ett otillbörligt kringgående i de aktuella situationerna kan anses föreligga. Inte heller prövas av AD arbetsgivares bakomliggande skäl till varför denne företar verksamhetsförändringar innebärande personalreduceringar. Det kan därför ifrågasättas om arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning har utvecklats till att vara så omfattande att de numera underminerar arbetstagens intresse av att återfå anställning efter uppsägning på grund av arbetsbrist. Det måste med anledning härav stå klart att det finns ett behov av att närmare klargöra vad som fordras för att otillbörligt

⁷ 25 § LAS.

⁸ Se AD 1980 nr. 54.

⁹ Se SvJT 2010 s. 797, Ulander-Wänman, Carin, *Flexibel arbetskraft och rättens flexibilitet*.

¹⁰ AD 2003 nr. 4.

kringgående av företrädesrättsreglerna ska anses föreligga och därutöver även utreda huruvida dessa förutsättningar överensstämmer med syftet med aktuella regler.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda under vilka förutsättningar ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning ska anses föreligga. Om utredningen visar att dessa förutsättningar inte överensstämmer med det bakomliggande syftet till deras uppkomst ska även undersökas huruvida dessa förutsättningar och deras tillämpning behöver förändras.

Om utredningen visar att syftet med förutsättningarna för otillbörligt kringgående inte uppfylls, kommer efterföljande diskussioner ske med utgångspunkt både i ett de lege ferenda-perspektiv och i ett de sententia ferenda-perspektiv.

För att kunna analysera begreppet otillbörligt kringgående undersöks huvudsakligen två förfaranden från arbetsgivares sida. Det första förfarandet tar sikte på situationer där arbetsgivare tillgodoser personalbehov genom inhyrning av personal från bemanningsföretag under den tid det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Det andra förfarandet tar utgångspunkt i situationer där arbetsgivare omplacerar redan anställd person till sådan tjänst som tidigare uppsagd arbetstagare annars varit företrädesberättigad till.

I uppsatsen bedöms det vara befogat att på detta sätt utgå från ovan nämnda situationer. Anledning till detta är att AD har utformat vissa förutsättningar som måste uppfyllas för att ett förfarande ska anses utgöra ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning.¹¹ Detta innebär således att i rättsfall där AD har att bedöma huruvida arbetsgivare otillbörligt kringgått reglerna om företrädesrätt till återanställning ska ställning tas till otillbörligheten i enlighet med de uppställda förutsättningarna.¹²

Anledningen till att de ovan beskrivna förfarandena från arbetsgivares sida i uppsatsen tillmäts sådan tyngd att de anses kunna ligga till grund för analyserna, är att de på ett tydligt sätt ger uttryck för arbetsgivares arbetsledningsrätt. Därutöver är även dessa förfaranden vanligt förekommande i företag idag. Dessutom baserades SOU 2014:55 på rättsfall i vilka

¹¹ Se exempelvis AD 2003 nr. 4.

¹² Se exempelvis AD 2007 nr. 72 som berörde inhyrning av bemanningsföretag där AD i sin bedömning hänvisade till bland annat AD 1996 nr. 56 som rörde omplacering.

arbetsgivare tillgodosett personal genom inhyrning av personal från bemanningsföretag, vari det framkommer att inhyrning av personal från bemanningsföretag är mest förekommande vad gäller frågan om otillbörligt kringgående av aktuella regler. I dessa rättsfall hänvisar också AD till andra rättsfall med samma problematik. På grund härav framstår dessa förfaranden som så fundamentala att de i uppsatsen anses kunna ligga till grund för framställningen.

1.3 Avgränsningar

I uppsatsen behandlas inte uppsägning av personliga skäl mer än till den del det är nödvändigt för förståelsen av uppsatsen och uppfyllandet av dess syfte. Vidare behandlas inte situationer där kollektivavtal slutits mellan arbetsmarknadsparter som avviker från bestämmelserna i LAS. Yttermera diskuteras inte förhandlingsskyldigheten eller andra skyldigheter arbetsgivare har gentemot fackliga organisationer enligt lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

I övrigt görs en tydlig avgränsning mellan begreppet fingerad arbetsbrist och otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Vid fingerad arbetsbrist är det fråga huruvida någon arbetsbristsituation över huvud taget förelegat vid uppsägningstillfället eller om ifrågasatt uppsägning istället varit grundad på omständigheter hänförliga till arbetstagaren personligen. Vid fråga om otillbörligt kringgående ifrågasätts istället situationen varför företrädesberättigad arbetstagare inte erhållit återanställning när arbetsgivare tillgodosett personalbehov på annat sätt än genom återanställning. Denna gränsdragning är viktig då uppsatsen inte tar sikte på att utreda huruvida en uppsägning på grund av arbetsbrist är sakligt grundad eller inte. Fingerad arbetsbrist behandlas istället enbart i uppsatsen för att konkretisera andra kringgående av regler uppställda till skydd för arbetstagare som AD inte ansett förenliga med LAS.

1.4 Terminologi

Uppsatsen behandlar till viss del rättsfall i vilka kringgåenden av bestämmelser i LAS uppställda till skydd för arbetstagare varit föremål för prövning. Terminologin i dessa rättsfall skiljer sig emellertid åt vilket motiverar ett tydliggörande. Å ena sidan presenteras i uppsatsen rättsfallen AD 1980 nr. 54, AD 1996 nr. 56, AD 2003 nr. 4 och AD 2007 nr. 72, i vilka AD prövat huruvida ett *otillbörligt kringgående* av företrädesrätten förelegat. I de rättsfall AD

konstaterat att arbetsgivarens handlande inte kunnat anses otillbörligt används i uppsatsen begreppet *tillbörligt kringgående*. Å andra sidan framställs rättsfallen AD 1991 nr. 40 och AD 1991 nr. 136, där AD prövat situationer där arbetsgivare haft för avsikt att undgå tillämpning av andra bestämmelser i LAS. I dessa rättsfall används en annan terminologi men för att underlätta förståelsen används i uppsatsen likväl begreppen tillbörligt och otillbörligt kringgående även i dessa rättsfall. Detta innebär således att i de rättsfall AD funnit att en arbetsgivare kringgått regler till skydd för arbetstagare i strid med LAS används som samlingsbegrepp *otillbörligt kringgående*. När ett kringgående likväl har skett men AD emellertid funnit att kringgåendet varit legalt används som samlingsbegrepp *tillbörligt kringgående*.

Som tidigare nämnts har AD utarbetat vissa krav som måste uppfyllas för att ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning ska anses föreligga. I uppsatsen benämns dessa krav *förutsättningar*.

1.5 Metod och material

Inledning

Arbetsrätten är uppbyggd med utgångspunkt i en avvägning mellan arbetsgivares behov av effektiv och flexibel arbetskraft och arbetstagares intresse av en trygg anställning. Det är därför av yttersta vikt att denna intresseavvägning upprätthålls, vilket genomgående återspeglas i uppsatsen. De båda parternas intressen har emellertid nära anslutning till politiska grundideologier, vilket gör att studier av arbetsrätten och analyser av dess utveckling lätt tenderar att bli politiska. Det vore emellertid onekligen oriktigt och icke tillförlitligt att en uppsats av förevarande typ tillåts styras av politiska ställningstaganden. Där är därför av vikt att här poängtera att de i uppsatsen framförda analyserna inte är hänförliga till politiska uppfattningar. Vad som framkommer i uppsatsen ska istället ses mot bakgrund av syftet till uppkomsten av de i uppsatsen aktuella reglerna, deras förutsebarhet och effektivitet. Det måste sägas stå klart att regler med ett uttalat syfte inte fyller sin funktion om syftet med reglerna inte uppnås. Att bibehålla sådana regler synes därmed vara obefogat och ur ett rättssäkerhetsperspektiv omotiverat. Dyliga regler bidrar heller inte till ett förutsebart eller effektivt rättsområde. Analyserna tar följaktligen utgångspunkt i lagtekniska och processrättsliga hänseenden, där reglers funktion och ändamålsenlighet ifrågasätts - inte de bakomliggande politiska orsakerna.

Vidare är arbetsrätten ett juridiskt område vars bestämmelser inte sällan är utformade på ett sätt som överlämnar bestämmandet av deras mer precisa tillämpningsområde till domstol.¹³ Därutöver är arbetsrätt ett område med många bestämmelser av semidispositiv karaktär, vilket innebär att rättsförhållanden i vissa delar tillåts styras av avtal mellan arbetsmarknadsparterna.¹⁴ Sammantaget innebär detta att domstol givits en central roll vid bestämmande av innebörden av många delar av gällande svensk arbetsrättslig lagstiftning. Trots domstols avgörande roll har den emellertid fortfarande att utgå från lagtexten. Tillvägagångssättet i uppsatsen präglas därför av allmän rättskällehärad,¹⁵ vilket i uppsatsen innebär att rättskällehierarkin bestäms enligt följande.

1. Lag
2. Rättspraxis
3. Förarbeten
4. Doktrin

Lagtext

Som grundregel gäller att den viktigaste rättskällan utgörs av lag som därför ska följas.¹⁶ Av den anledningen beskrivs i kapitel två till fyra gällande rätt med en deskriptiv metod med utgångspunkt i lagtext.¹⁷ Den för uppsatsen aktuella lagen är LAS, som därför utgör uppsatsens fundamentala grund.¹⁸ I uppsatsens deskriptiva delar används en objektiv lagtolkningsmetod, med vilken reglernas innebörd utläses direkt ur lagtextens ordalydelse. Användandet av en objektiv tolkningsmetod medför således en säker återgivning av gällande rättsläge samtidigt som lagtexten i sin ordalydelse respekteras.¹⁹ Att på detta sätt deskriptivt presentera gällande rättsläge och dess problematik är av yttersta vikt för att öka förståelsen inför uppsatsens senare delar av analytisk karaktär.²⁰

¹³ Se exempelvis 7 § LAS om saklig grund.

¹⁴ Andersson, Edström & Zanderin, *Arbetsrätt*, s. 20.

¹⁵ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, s. 36-37.

¹⁶ 1 kap. 1 § 3 st. Regeringsform (1974:152).

¹⁷ Notera med utgångspunkt. Framställningen kompletteras således med rättsfallsframställningar.

¹⁸ För att öka förståelsen kompletteras dessa kapitel genomgående med rättsfallshänvisningar.

¹⁹ Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 223.

²⁰ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, s. 66.

Praxis

Att objektivt tolka lagstiftning är emellertid inte alltid den mest lämpliga metoden för rättstillämpning. Ett exempel på en situation i vilken en objektiv tolkningsmetod inte är tillfredställande för tillämpning av en rättsregel är då lagen är otydlig eller vag och vars tillämpningsområde kräver vägledning från annan rättskälla.²¹ LAS utgör i vissa delar sådan otydlig eller vag lagstiftning och ger därför inte alltid entydiga lösningar inom dess tillämpningsområde.²² Av den anledningen är rättspraxis av stor betydelse inom arbetsrätten och således också för rättstillämpningen i denna uppsats. På grund av den betydelse som rättspraxis har inom det arbetsrättsliga området kompletteras utredningar av lagtext i stor utsträckning med framställningar av prejudikat från AD. För att ytterligare underbygga analyser och slutsatser jämförs även prejudikats resultat sinsemellan. Att på detta sätt i första hand analysera lagtext för att därefter studera prejudikat synes vara ett naturligt tillvägagångssätt.²³ Rättspraxis studeras sålunda för att erhålla större förståelse för reglernas tillämpningsområde. Vidare bidrar studier av rättspraxis till ökad insikt i bestämmelsernas problematik, vilket ytterligare understödjer uppsatsens analyser. Genom att studera flera rättsfall ökar också möjligheten att kunna urskilja eventuellt återkommande aspekter av större betydelse. På så sätt kan också ledning hämtas till potentiella lösningar kring den för uppsatsen aktuella problematiken.

Vad gäller rättsfallsurvalet har en omfattande studie gjorts av en mängd rättsfall inom ramar för uppsatsens syfte. Det ska emellertid poängteras att uppsatsens omfattning medför vissa begränsningar, varför endast de mest centrala domarna presenteras och analyseras. För att kunna identifiera de mest betydande rättsfallen inom området har urvalet tagit utgångspunkt i den nyligen publicerade SOU 2014:55. Här diskuteras bland annat rättsfallen AD 1980 nr. 54, AD 2003 nr. 4 och AD 2007 nr. 72. Dessa domar behandlar frågan om otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning och synes vara de mest uppmärksammade rättsfallen på området.²⁴ Härutöver har under rättsfallsstudien även rättsfallen AD 1991 nr. 40 och AD 1991 nr. 136 identifierats. Dessa domar diskuteras med

²¹ Lehrberg, *Praktiskt juridisk metod*, s. 223.

²² Här ska alltså förstås lösningar som baseras på en objektiv tolkning av endast lagtexten i sig. Jämför exempelvis begreppen "saklig grund" och "arbetsbrist". 7 & 22 §§ LAS.

²³ Bernitz, *Finns rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, s. 32.

²⁴ Se SOU 2014:55, s. 80-89.

syfte att påvisa en inkonsekvens i AD:s bedömningar vid kringgåenden av regler till skydd för arbetstagare. Fler rättsfall som påvisar denna inkonsekvens anses i denna del inte kunna berika dessa diskussioner ytterligare.

Utöver ovan angivna rättsfall presenteras och analyseras även AD 1996 nr. 56, i vilket arbetsgivaren genom omplacering undkommit tillämpning av företrädesrättsreglerna. Även i detta rättsfall tillämpas de i tidigare praxis uppställda förutsättningarna för otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Detta rättsfall undersöks därför med utgångspunkt i att tydliggöra förutsättningarnas generella tillämpning och för att vidare klarlägga problematiken på området. På grund härav tilldelas dessa rättsfall i aktuella delar av uppsatsen avgörande betydelse. Det ska här tilläggas att fler rättsfall angående otillbörliga kringgåenden skulle kunna diskuteras. Andra domar synes emellertid till stora delar inneha samma karaktär som de nu uppräknade, varför fler rättsfallsdiskussioner inte berikar diskussionerna ytterligare. Det ska klargöras att dessa rättsfall endast utgör utgångspunkt, varför andra rättsfall med anknytning till respektive område presenteras, för att på ett tydligt sätt kunna presentera rättsläget och analyserna.

I kapitel fem baseras diskussionerna på ovan angivna rättsfall. I merparten av dessa domar har AD dömt till arbetsgivarsidans fördel. På grund härav och för att ytterligare klarlägga problematiken på området diskuteras också rättsfall vilka avgjorts till arbetstagarsidans fördel. I denna del framställs rättsfallen AD 1991 nr. 40 och AD 1991 nr. 136. I nyssnämnda rättsfall har arbetsgivare kringgått eller på annat agerat på ett sätt som resulterat i att regler till skydd för arbetstagare inte ägt tillämplighet. I dessa rättsfall har emellertid AD på andra grunder²⁵ fastställt att arbetsgivare inte förfarit i enlighet med LAS. De regler som varit för prövning i dessa rättsfall är, likt företrädesrättsreglerna, uppställda till skydd för arbetstagare och framgår av LAS. Dessutom berör rättsfallen regler i förhållande till personaltillsättning och efterföljande anställningsskydd vid uppsägning. Härutöver är domarna även intressanta på grund av AD:s inkonsekventa ställningstaganden. Rättsfall med liknade omständigheter som avgjorts mot bakgrund av bedömningar vars argumentation skiljer sig åt bidrar till ett osäkert och ineffektivt rättsläge, vilket måste sägas bidra till ett rättsläge med låg förutsebarhet. På grund härav tillmäts dessa rättsfall i uppsatsen sådan betydelse att de anses kunna ligga till grund för uppsatsens följande delar.

²⁵ AD har alltså i dessa domar bedömt kringgående på andra grunder än de som används vid bedömning av otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna.

Förutom att rättsfallen²⁶ utgör utgångspunkt för framställningen i SOU 2014:55 tillmäts i uppsatsen även betydelse baserat på prejudikatens respektive tyngd. Sådan tyngd avgörs enligt följande. Avgöranden från AD anses inneha större tyngd än tingsrättsavgöranden och äldre prejudikat tillmäts mindre betydelse än yngre. För det rättsfall ett yngre rättsfall till stora delar baseras på ett äldre, eller på annat sätt hänvisar till det äldre i väsentliga delar, tillmäts det äldre rättsfallet lika stor dignitet.²⁷ För att kunna fastställa innebörden av rättspraxis används en objektiv tolkningsmetod, vilket innebär att det i uppsatsen utgås från prejudikatens explicita ordalydelse.²⁸ Användandet av en objektiv rättsfallstolkning motiveras av att lydelsen av ifrågavarande prejudikat och resultatet därav i uppsatsen inte anses ge upphov till nämnvärda otydligheter.²⁹

Förarbeten

LAS innehåller som tidigare framgått i vissa avseenden kortfattade och vaga formuleringar, vilket måste sägas utgöra ett naturligt resultat av den plats som vanligtvis erbjuds i lagtext. Dessa platsbegränsningar uppställs emellertid inte förarbeten, varför det generellt tillåts att här närmare precisera lagens motiv och funktion.³⁰ Av den anledningen tillmäts även förarbeten betydelse i uppsatsen. Förarbeten studeras därför för att erhålla större förståelse för bakomliggande syften och motiv. Analyser av förarbeten bidrar också till att ytterligare underlätta förståelsen för tillämpningen av lagen och hur den ska förstås och appliceras. Oklarheter i lagtext kan därmed eventuellt undvikas med hjälp av studier av förarbeten, vilket torde innebära att tolkningar av lagtext sker på ett sätt som i större utsträckning överensstämmer med det ursprungliga syftet till bestämmelsen. Studier av förarbeten bidrar följaktligen till att lagtolkningskvalitén³¹ ökar. Vidare har LAS genomgått förändringar,³² vilket i uppsatsen innebär att nyare förarbeten ges företräde framför äldre.

²⁶ AD 1980 nr. 54, AD 2003 nr. 4 och AD 2007 nr. 72.

²⁷ Rättsfall som här åsyftas är yngre rättsfall som baseras på äldre prejudikat. Det yngre rättsfallet utgör därmed endast en förlängning av redan gällande rättstillämpning, varför äldre rättsfall bör anses utgöra den rättskälla med högst värde.

²⁸ Lehrberg, *Praktiskt juridisk metod*, s. 153.

²⁹ Här menas alltså prejudikatens resultat i sig. Att utgången i rättsfallen ger upphov till andra problem i förhållande till rättstillämpningen av de för uppsatsen aktuella reglerna har konstaterats i 1.1.

³⁰ Lehrberg, *Praktiskt juridisk metod*, s. 133.

³¹ Med kvalitét ska alltså i detta sammanhang förstås att tolkningen sker på ett sådant sätt som måste antas ha varit lagstiftarens ursprungliga syfte.

Doktrin

För att ytterligare utvidga kunskapen för ämnet studeras doktrin. På så sätt erhålls andra författares synvinklar och inställning till ämnet, vilket än mer utökar uppfattningen om problemområdet. Härigenom ökar också chanserna till mer underbyggda analyser och slutsatser. Det är i anslutning härtill viktigt att ha i åtanke att doktrin traditionellt anses utgöra bidrag till juridiska diskussioner, varför dess värde som rättskälla inte bör tillmätas avgörande betydelse.³³ Det ska emellertid poängteras att doktrin har faktisk betydelse för den praktiska tillämpningen. Viss doktrin har erhållit sådant värde att den inte sällan refereras av domstol, varför dess värde som rättskälla inte bör underskattas. Här är författaren inte knuten till yrkanden och annan argumentation, utan tillåts fokusera och analysera ett visst område utan de begränsningar som vanligtvis förekommer i domstol. Detta leder följaktligen till att området på ett utförligare sätt kan utredas, vilket skapar gynnsamma förutsättningar för en utförligare problemlösning.³⁴ På grund härav tillmäts doktrin i uppsatsen sådant värde att den inte bör utelämnas.

Analysperspektiv

Det huvudsakliga syftet med LAS är att tillförsäkra arbetstagare ett så långtgående anställningsskydd som möjligt.³⁵ Här är emellertid viktigt att notera *som möjligt*, vilket indikerar att en avvägning av arbetstagares anställningsskydd måste ske mot bakgrund av arbetsgivares intressen och behov. Det är alltså tydligt att det av förarbeten till LAS framgår att balansen mellan båda parternas intressen måste upprätthållas. För att i största mån säkerställa att denna balans bevaras utgås det i uppsatsens därför ifrån ett effektivitetsperspektiv. Detta analysperspektiv ger också upphov till frågor med nära anslutning till rättssäkerhet, vilket diskuteras nedan. Effektivitetsperspektivet innebär i uppsatsen att lagstiftning och dess tillhörande rättskällor i aktuella delar av uppsatsen analyseras i ljuset av de bakomliggande motiven till LAS. Anledningen till att det i uppsatsen utgås ifrån detta perspektiv är mot bakgrund av den osäkerhet som råder kring begreppet otillbörligt kringgående.³⁶ Denna

³² Se Andersson, Edström & Zanderin, *Arbetsrätt*, s. 72-73.

³³ Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 205.

³⁴ Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 177-178.

³⁵ Prop. 1973:129 s. 124.

³⁶ Se SOU 2014:55 s. 96.

osäkerhet medför stora möjligheter för arbetsgivare att utöva sin arbetsledningsrätt på ett sådant sätt att förfaranden i stor omfattning inte kan angripas genom bestämmelser i LAS. På grund av denna osäkerhet kring begreppet och dess resultat av långtgående arbetsledningsrätt kan sägas stå klart att arbetstagares anställningsskydd i detta hänseende inte tillgodoses på ett sätt som överensstämmer med det bakomliggande syftet till LAS, varför reglernas effektivitet kan ifrågasättas.

Här måste emellertid poängteras att arbetsrättslig lagstiftning som endast tar hänsyn till arbetstagares anställningsskydd inte är tillfredsställande. Arbetsledningsrätten utgör en central del av arbetsgivares rättigheter och får därför inte inskränkas på ett sätt som kan anses orimligt. Det är därför som tidigare framgått av central betydelse att balansen mellan arbetsgivares arbetsledningsrätt och arbetstagares anställningsskydd upprätthålls. Effektivitetsperspektivet i uppsatsen innebär följaktligen att hänsyn även tas till arbetsgivares rättigheter i enlighet med syftet till LAS. Följaktligen präglas tillvägagångssättet i uppsatsens analyserande kapitel till stor del av en teleologisk tolkningsmetod.³⁷ Detta analysperspektiv möjliggör också en konkretisering av problemområdet, vilket torde vara ett naturligt led i en uppsatsprocess.

I uppsatsen analyseras som tidigare nämnts också aktuella arbetsrättsliga bestämmelser med utgångspunkt i deras rättssäkerhet, vilket kan sägas vara ett led i effektivitetsperspektivet. Begreppet rättssäkerhet är inte väldefinierat vilket har lett till motstridiga diskussioner i doktrin.³⁸ Det framstår emellertid som att det råder en gemensam uppfattning om att begreppet huvudsakligen består av ett krav på förutsebarhet.³⁹ Av den anledningen ska med rättssäkerhet i uppsatsen framför allt förstås arbetstagares och arbetsgivares möjligheter till förutsebarhet vid tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning. Mer exakt tar rättssäkerhetsbegreppet i denna uppsats sitt uttryck i att arbetstagare med företrädesrätt till återanställning i vissa situationer bör kunna förutse att återanställas och att personaltillsättningar av oberättigade skäl inte tillåts. En arbetsgivare bör på liknande sätt kunna förutse i vilka situationer denne kan tillgodose personalbehov utan att förfarandet ska anses utgöra nyanställning, och därmed undgå att göra sig skyldig till otillbörligt kringgående av reglerna

³⁷ Melin, *Juridikens begrepp*, s. 398.

³⁸ Peczenik, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, s. 89.

³⁹ Peczenik, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, s. 89-90. Begreppets innebörd inbegriper fler aspekter, men en utförligare förklaring härom synes inte vara nödvändig inom ramen för denna uppsats.

om företrädesrätt till återanställning. Avgörande betydelse för rättsäkerhetsbegreppet i uppsatsen är alltså arbetsgivares *och* arbetstagares (medborgares) intressen,⁴⁰ vilka måste sägas skyddas av lagen i ett demokratiskt samhälle.⁴¹

Avslutande metodkommentarer

Syftet med uppsatsen är delvis att undersöka huruvida förutsättningarna för otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna behöver förändras. I denna undersökning är ett grundläggande krav att dessförinnan analysera gällande rätt och problematiken som följer därav. En sådan diskussion sker följaktligen de lege lata.⁴²

Att fastställa gällande rätt och dess problematik är emellertid inte tillräckligt för att uppnå syftet, utan utgör endast grunden för följande diskussioner. Kan det fastställas att rättsläget behöver förändras kommer framställningen därefter därför ta utgångspunkt i att diskutera gällande rätt och det dittills presenterade materialet. I denna del är syftet att kunna framställa förslag och rekommendationer till hur rättsläget bör förändras. Om det kan konstateras att rättsläget behöver förändras sker diskussionerna i denna del med utgångspunkt i att kunna presentera lagändringsförslag, och alltså således ur ett de lege ferenda-perspektiv.⁴³

Att ge förslag på ändringar i lagtext kan emellertid uppfattas som en för ingripande åtgärd för att uppnå syftet med uppsatsen. Kan det konstateras att rättsläget bör förändras kommer därför även förslag att utarbetas med syfte att förändra tillämpningen av befintliga regler. Denna framställning sker således de sentetia ferenda.⁴⁴

1.6 Disposition

För att på ett tydligt sätt klargöra problematiken på det aktuella området inleds kapitel ett med en bakgrund, i vilket problemet med gällande rätt sätts i sitt sammanhang. Därefter presenteras uppsatsens syfte, avgränsningar, metod och disposition. Avsikten med kapitlet att redogöra för vad som inryms inom arbetet och därtill vad som inte kommer att diskuteras.

⁴⁰ Med intressen ska förstås sådana som är aktuella inom ramen för uppsatsens syfte. Intressen ska i denna bemärkelse alltså inte uppfattas som uttömmande.

⁴¹ Jfr. Peczenik, *Vad är rätt?: om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, s. 90.

⁴² Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 167.

⁴³ Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 213.

⁴⁴ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, s. 62.

ras. Därutöver beskrivs vilket material som används, hur det används och i vilket syfte det utvalda materialet används. Avslutningsvis klarläggs i kapitel ett arbetets disposition.

I kapitel två diskuteras den inom arbetsrätten grundläggande arbetsledningsrätten i förhållande till företrädesrätten. I det tredje kapitlet framställs bestämmelser i LAS och då framför allt med utgångspunkt i sådana bestämmelser som har samband med uppsägning på grund av arbetsbrist. För större förståelse i uppsatsens analyserande kapitel förs i kapitel fyra diskussioner om företrädesrätt till återanställning. Gemensamt för kapitel två, tre och fyra är att de är av deskriptiv karaktär vars framställning har till syfte att beskriva gällande rätt med utgångspunkt i respektive rättskällas ordalydelse. Dessa deskriptiva delar är således av förberedande karaktär och har utformats för att lättare förstå framställningarna i kapitel fem, sex, sju och åtta.

Mot bakgrund av tidigare kapitel presenteras i det femte kapitlet rättsfallsdiskussioner. I detta kapitel presenteras först rättsfall i vilka AD konstaterat att något otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning inte aktualiserats. Därefter framställs rättsfall vilka avgjorts till arbetstagaridans fördel. I kapitlet presenteras inledningsvis respektive rättsfalls omständigheter, följt av AD:s bedömning. Utifrån dessa framställningar utvecklas sedan i kapitlet problemområdet genom diskussioner av respektive rättsfall. Syftet med dessa diskussioner är att utöka förståelsen för ämnet och för att på ett utförligare sätt kunna presentera analyserna i senare delar av uppsatsen.

I kapitel sex presenteras analyser i förhållande till gällande rätt och baseras på vad som dithills framkommit i uppsatsen. Dessa analyser förs för att konkretisera problemområdet och för att därefter kunna presentera lösningsförslag på det aktuella problemet i kapitel 7. Baserat på dessa analyser presenteras i kapitel åtta slutsatserna.

2 Arbetsledningsrätt

2.1 Allmänt

På grund av att LAS är uppbyggd kring arbetsmarknadsparternas intressen utgör arbetsledningsrätten en central del av arbetsrätten. Denna rätt är emellertid inte lagstadgad, vilket medfört att dess närmare innebörd preciserats i rättspraxis. Redan på 1930-talet fastslog AD att arbetsledningsrätten utgjorde en allmän rättsgrundsats som inte behövde omnämnas i kollektivavtal för att vara gällande.⁴⁵ Denna rätt har historiskt sett inneburit ett ensidigt beslutsfattande för arbetsgivare, vilket medfört att arbetstagare inte haft möjlighet att kräva rättvisa i arbetsledningsbeslut. Arbetstagare har inte heller haft några större möjligheter att kunna materiellt angripa arbetsgivares beslut.⁴⁶ Synen på arbetsledningsrätten och arbetsgivares rättigheter kom emellertid att ändras, vilket fick till följd att arbetsledningsrätten successivt inskränkts. Dessa inskränkningar gjordes mot bakgrund av att rätten i allt större grad kom att anses utgöra ett hinder mot det anställningsskydd som arbetstagare enligt den allmänna uppfattningen torde vara berättigade till.⁴⁷ Dessa begränsningar i arbetsledningsrätten företogs till stor del under 1900-talet och kanske framförallt i samband med ikraftträdandet av LAS, i vilken kravet på saklig grund för uppsägning introducerades.⁴⁸

Trots dessa begränsningar av arbetsledningsrätten anses den som tidigare nämnts fortfarande vara av central betydelse för arbetsgivare.⁴⁹ Mot bakgrund av arbetsledningsrättens betydelse innehar arbetsgivare fortfarande rätten att leda och fördela arbetet. Utöver de inskränkningar som följer av lag får arbetsledningsrätten inte utövas godtyckligt eller på sådant sätt som strider mot god sed^{50,51}. Inom dessa ramar står det arbetsgivare principiellt fritt att utöva sin arbetsledningsrätt. Detta innebär bland annat en rätt för arbetsgivare att bestämma över arbetets organisation, produktionssätt och struktur. Därutöver innebär ar-

⁴⁵ AD 1930 nr. 52.

⁴⁶ Rönnmar, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet*, s. 46.

⁴⁷ Jfr. prop. 1973:129, s. 121.

⁴⁸ 7 § LAS. Se även reglerna om företrädesrätt till återanställning 25-27 §§ LAS. Se kap. 4.

⁴⁹ Se exempelvis AD 2007 nr. 72.

⁵⁰ Med god sed ska här förstås sådant beteende som ansvarsmedvetna parter kan förväntas iaktta. Se Sigeman, *Arbetsrätten*, s. 175.

⁵¹ AD 1983 nr. 46.

betsledningsrätten även en rätt för arbetsgivare att företa omplaceringar av arbetstagare inom ramarna för vederbörande arbetstagares arbetskyldighet.⁵²

2.2 Arbetsledningsrätt i förhållande till företrädesrätt

I praxis har konstaterats att arbetsgivare som lagenligt⁵³ sagt upp arbetstagare på grund av arbetsbrist inte är skyldig att vid uppsägningstillfället iaktta senare uppstående arbetstillfällen för att bereda arbetstagare arbete. En arbetsgivare kan följaktligen underlåta att träffa avtal eller att erbjuda anställning under tiden arbetstagare har företrädesrätt till återanställning⁵⁴ även om ett faktiskt behov av arbetskraft skulle föreligga.⁵⁵

AD har också klarlagt omfattningen av arbetsgivares arbetsledningsrätt vid inhyrning av personal från bemanningsföretag⁵⁶ och vid omplacering⁵⁷ av andra anställda när det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Det har i flertalet rättsfall konstaterats av AD att företrädesrätten inte inskränker en arbetsgivares arbetsledningsrätt att organisera en verksamhet så att företrädesrätten de facto inte kan utnyttjas.⁵⁸ Mer konkret innebär detta att arbetsgivare med åberopande av arbetsledningsrätten lagenligt kan påverka företrädesrättens aktualiserande bland annat genom att hyra in personal från bemanningsföretag eller genom att omplacera andra arbetstagare till den del det inte kan anses otillbörligt.^{59 60}

Vad gäller arbetsgivares arbetsledningsrätt vid inhyrning av personal från bemanningsföretag när det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning är AD 2007 nr. 72 av intresse. I rättsfallet sade en arbetsgivare upp ett antal arbetstagare där flertalet åtnjöt företrädesrätt till återanställning. Bolaget valde sedermera att under den tid då arbetstagare hade företrädesrätt till återanställning hyra in personal från bemanningsföretag. AD fastslog att

⁵² Se AD 1996 nr. 56.

⁵³ Lagenligheten i detta fall förutsätter att kraven för arbetsbrist är uppfyllda, att arbetsgivare iakttagit omplaceringsskyldigheten i 7 § 2 st. LAS och att turordningsreglerna i 22 § LAS efterföljs.

⁵⁴ Se kap. 4.

⁵⁵ AD 1980 nr. 54.

⁵⁶ Se exempelvis AD 2003 nr. 4.

⁵⁷ Se AD 1996 nr. 56.

⁵⁸ Se exempelvis AD 1986 nr. 50 och AD 1986 nr. 144.

⁵⁹ Begreppet otillbörligt kringgående behandlas senare i uppsatsen.

⁶⁰ Se exempelvis AD 2007 nr. 72.

inga omständigheter tydde på att arbetsgivarens syfte varit annat än att det ur företagsekonomisk synpunkt varit mest ändamålsenligt att tillgodose tillfälliga öknningar av personalbehov genom inhyrning av personal från bemanningsföretag. AD slog därför fast att arbetsgivaren i enlighet med arbetsledningsrätten inte gjort sig skyldig till lagbrott, varför AD dömde till arbetstagar sidans nackdel.

Värt att nämna i förhållande till bemanningsföretag är att det första svenska moderna bemanningsföretaget bildades 1953, men har sitt ursprung från renskrivningsbyråerna som fanns redan på 1860-talet.⁶¹ Det var emellertid i princip förbjudet att bedriva bemanningsföretag i Sverige under perioden 1942-1991, vilket till stor del berodde på 1933 års ILO-konvention som fastslog att arbetsförmedlingar vars verksamhet bedrevs i vinstsyfte skulle avskaffas.⁶² Diskussioner om huruvida detta förbud skulle avskaffas initierades emellertid under 1980-talet och 1991 tilläts återigen bemanningsföretag att bedrivas.⁶³ Några år därefter kom bemanningsbranschen att vara Sveriges snabbast växande bransch, vars anställda mellan åren 1994-2008 mer än tiofaldigades.⁶⁴

För att konkretisera arbetsgivares arbetsledningsrätt vid omplacering när det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning kan nämnas AD 1996 nr. 56. I rättsfallet valde en arbetsgivare att säga upp AT (arbetstagare) 1 på grund av arbetsbrist från ett lokalkontor. En ledig tjänst uppstod senare vid samma lokalkontor under den tid då AT 1 hade företrädesrätt till återanställning. Arbetsgivaren valde att tillsätta denna tjänst genom att omplacera AT 2 från arbetsgivarens regionkontor. Vakansen som uppstod på regionkontoret tillsattes sedermera med en utifrån sökande. AD konstaterade i rättsfallet att arbetsgivaren inte åsidosatt reglerna om företrädesrätt genom att omplacera AT 2 till lokalkontoret istället för att återanställa AT 1. AD utvecklade och fastslog att arbetsgivare som med åberopande av sin arbetsledningsrätt omplacerar en arbetstagare inte kan anses bryta mot företrädesrätten till återanställning. Yttermera fastslogs att lokalkontoret som AT 1 var anställd på och regionkontoret utgjorde olika driftsenheter, varför AT 1 inte var företrädesberättigad till den vakans som uppstod på regionkontoret.

⁶¹ Johnson, *Hyr t går hem*, s. 9-10.

⁶² SOU 2011:5, s. 51-52.

⁶³ SOU 2011:5, s. 52.

⁶⁴ Johnson, *Hyr t går hem*, s. 86.

Sammanfattningsvis kan sägas att rätten för arbetsgivare att leda och fördela arbetet såsom allmän rättsgrundsats i arbetsrätten successivt har begränsats. Trots detta finns det områden där arbetsledningsrätten ger arbetsgivare tämligen omfattande möjligheter att påverka aktualiserandet av regler till skydd för arbetstagare. Ett exempel på detta är när arbetsgivare säger upp arbetstagare på grund av arbetsbrist för att sedermera tillgodose senare uppkommet personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal. I denna situation uppstår enligt AD ingen nyanställning, varför reglerna om företrädesrätt inte aktualiseras. AD har genomgående varit tydlig med att arbetsgivare fritt kan underlåta att erbjuda återanställning under den tid företrädesrätt till återanställning gäller, även om ett faktiskt behov av personal är för handen. Detta får anses ge uttryck för att arbetsgivares rätt att leda och fördela arbetet, trots en successiv begränsning, fortfarande är av betydande omfattning i svensk arbetsrätt.

3 Uppsägning på grund av arbetsbrist

3.1 Allmänt

Historiskt sett har som ovan nämnts arbetsgivare haft en fri rätt att anställa och avskeda arbetstagare utan att behöva ange de bakomliggande skälen till sådana beslut. Denna rätt fastslogs av AD såsom allmän rättsgrundsats och utgjorde den mest utmärkande rättigheten för arbetsgivare.⁶⁵ Synen på arbetsgivares långtgående rättigheter kom emellertid att ändras, vilket medförde att tillämpningsområdet för den fria uppsägningsrätten i allt större grad genomgick förändringar som resulterade i att rätten inskränktes.⁶⁶ Det mest genomgripande steget mot den fria uppsägningsrätten togs som ett led i en lag med syfte att förhindra obehöriga uppsägningar från arbetsgivares sida, och kommer till uttryck genom det lagstadgade kravet på saklig grund vid uppsägning.⁶⁷

På grund av de skillnader som föreligger mellan olika arbetsplatser och mellan olika arbetstagare har det ansetts omöjligt att närmare definiera begreppet saklig grund i lagtextens ordalydelse. Detta innebär att bestämmandet av regelns närmare tillämpningsområde överlämnats till praxis, varför det på området finns en omfattande mängd rättsfall i vilka regeln närmare preciserats.⁶⁸ Utifrån dessa rättsfall kan konstateras att uppsägning från arbetsgivares sida kan bero antingen på personliga skäl eller av sådana omständigheter som inte är hänförliga till arbetstagaren personligen. Sådana omständigheter som ligger till grund för uppsägning som inte kan hänföras till arbetstagaren personligen benämns arbetsbrist, och utgör därmed en form av samlingsbenämning på uppsägningar från arbetsgivares sida som inte beror på personliga skäl.⁶⁹

I arbetsbristbegreppet inryms sådana situationer i vilka antalet arbetsuppgifter reduceras som ett resultat av arbetsgivares beslut om att företa verksamhetsinskränkningar i form av nedläggning av delar av verksamheten, omorganiseringar eller slutförande av arbete eller projekt. Sammantaget kan sägas att arbetsbristbegreppet innefattar sådana omständigheter

⁶⁵ Se AD 1932 nr. 100 och AD 1934 nr. 179.

⁶⁶ Se prop. 1973:129, s. 120.

⁶⁷ 7 § LAS. Se även prop. 1973:129, s. 121.

⁶⁸ Se exempelvis AD 2014 nr. 41 och AD 2010 nr. 62.

⁶⁹ Se AD 2003 nr. 29 och Se Sigeman, *Arbetsrätten*, s. 199.

som har samband med arbetsgivares beslut som fattas mot bakgrund av organisatoriska, företagsekonomiska eller därmed likvärdiga skäl.⁷⁰ I lagtext finns (likt definitionen av saklig grund) emellertid ingen definition av personliga skäl, varför gränsdragningen mellan personliga skäl och arbetsbrist är oklar.⁷¹

I AD 1993 nr. 101 hade AD att ta ställning till huruvida uppsägning av ett antal anställda på grund av arbetsbrist varit att betrakta som sakligt grundade i enlighet med LAS. AD inledde sin bedömning med att konstatera att det av arbetsgivare inte kan krävas att denne upprätthåller sin verksamhet i oförändrad omfattning, endast på grund av aspekter hänförliga till arbetstagares anställningstrygghet. Arbetsbrist ska därför enligt AD godtas som saklig grund för uppsägning.⁷² AD fastslog vidare att det ytterst är upp till arbetsgivare att bedöma huruvida dennes verksamhet behöver genomgå förändring. På grund härav är det också upp till arbetsgivare att avgöra i vilken utsträckning sådana åtgärder medför ett behov av minskad arbetsstyrka och därmed också existensen av arbetsbrist i den mening som gäller enligt LAS. Detta medför att AD inte har att ta ställning till beslut som fattas av arbetsgivare mot bakgrund av *"företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt"*.

Det måste mot bakgrund av ovanstående sägas stå klart att det i begreppet arbetsbrist inryms en mängd olika omständigheter som inte kan hänföras till arbetstagare personligen. I arbetsbristbegreppet inbegrips således någon form av verksamhetsförändring med minskat behov av arbetskraft som följd. Det kan också konstateras att det ytterst är upp till arbetsgivare att avgöra när behovet av sådan verksamhetsförändring är för handen. Det är därmed även arbetsgivare som har att ta ställning till huruvida en sådan verksamhetsförändring medför ett behov av reduktion av arbetsstyrkan. Slutligen kan fastslås att AD inte har att ta ställning till huruvida de bakomliggande motiven till varför arbetsgivare företar verksamhetsförändringar är berättigade.

⁷⁰ Se AD 1994 nr. 140.

⁷¹ Se AD 1994 nr. 122. Dessa gränsdragningssvårigheter utgör förvisso ett problem i rättstillämpningen av aktuella regler. En vidare utredning härom ligger emellertid utanför ramen för uppsatsen.

⁷² Detta stadgas också i prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65.

3.2 Arbetsgivares omplaceringsskyldighet

För att arbetsbrist ska anses utgöra saklig grund och därmed betraktas som ett lagenligt skäl för uppsägning, är arbetsgivare skyldig att iaktta vissa skyldigheter i enlighet med LAS.⁷³ Uppsägning på grund av arbetsbrist utgör saklig grund för uppsägning under förutsättning att det inte skäligen kan krävas av arbetsgivare att denne bereder arbetstagare annat arbete hos sig.⁷⁴ Detta innebär således att saklig grund för uppsägning på grund av arbetsbrist saknas om arbetsgivare kan bereda arbetstagaren annat arbete hos sig. Denna regel har därför störst betydelse i arbetsbristsituationer.⁷⁵

Arbetsgivare kan följaktligen endast företa en uppsägning på grund av arbetsbrist med laglig verkan efter att det fastställts att något annat arbete inte kan beredas arbetstagaren. Arbetsgivare är alltså skyldig att uttömma alla möjligheter till annat arbete innan en lagenlig uppsägning kan bli aktuell. Uppsägning måste därför sägas utgöra den sista åtgärden som får företas vid arbetsbrist.⁷⁶

Vad gäller omfattningen av arbetsgivares omplaceringsskyldighet gäller att den i första hand inbegriper omplacering till samma arbetsplats där arbetstagaren tidigare varit anställd. Detta innebär alltså att omplacering i första hand ska ske inom ramen för anställningsavtalet.⁷⁷ Kan det klargöras att en sådan omplacering inte är möjlig är arbetsgivare emellertid även skyldig att undersöka möjligheterna till omplacering inom företaget. Om företaget består av flera driftsenheter omfattar en sådan undersökning samtliga driftsenheter.⁷⁸

Arbetsgivares omplaceringsskyldighet är till viss del begränsad. För det första krävs att en arbetsgivare företar omplacering om det *skäligen* kan krävas av denne. Till exempel har det inte ansetts skäligt att kräva av arbetsgivare att denne bereder arbetstagare arbete i annan rörelsegren. För det andra är det därutöver av praktiska skäl inte heller skäligt att av arbetsgivare kräva att denne uttömmar möjligheterna till omplacering mellan olika företag.⁷⁹

⁷³ Se exempelvis 7 § LAS.

⁷⁴ 7 § 2 st. LAS.

⁷⁵ Se Lunning & Toijer, *Anställningsskydd - En lagkommentar*, s. 333.

⁷⁶ Se AD 2013 nr. 60.

⁷⁷ Prop. 1973:129 s. 123.

⁷⁸ AD 2013 nr. 60.

⁷⁹ AD 2013 nr. 60.

I AD 2010 nr. 10 hade en arbetstagare sagts upp på grund av skäl som inte ifrågasatts av arbetstagersidan. Vad som emellertid var tvistigt var huruvida arbetsgivarens omplaceringskyldighet hade fullgjorts. Domstolen fann i sin bedömning att omplaceringskyldigheten inte fullgjorts, varför det av AD konstaterades att uppsägningen inte var saklig grundad. På grund av avsaknaden av saklig grund bifölls arbetstagersidans yrkanden om att uppsägningen skulle ogiltigförklaras.

Som ytterligare exempel på arbetsgivares omplaceringskyldighet ska nämnas rättsfallet 1981 nr. 158. I detta rättsfall hade en lastbilschaufför utanför tjänsten gjort sig skyldig till rattfylleri, med indraget körkort som konsekvens. På grund av det inträffade sades arbetstagen upp varefter tvist uppstod om huruvida saklig grund för uppsägningen förelåg. AD konstaterade i målet att arbetsgivaren inte haft några möjligheter till omplacering, varför uppsägningen företagits i enlighet med LAS.

Det bör även tilläggas att arbetsgivare inte är skyldig att genom omorganisation skapa nya arbetsuppgifter för att på så sätt göra omplacering möjlig. Detta innebär följaktligen att uppsägningar principiellt i mindre företag bör accepteras i högre grad jämfört med uppsägningar i större företag.⁸⁰

Sammanfattningsvis kan mot bakgrund av ovanstående fastställas att arbetsbrist inte per automatik medför att saklig grund för uppsägning föreligger. För att en arbetsgivare ska kunna företa en uppsägning på grund av arbetsbrist med laglig verkan krävs att denne även fullgjort sin skyldighet att uttömma alla möjligheter till omplacering av arbetstagare till andra arbetsuppgifter. Denna skyldighet sträcker sig i första hand inom ramen för arbetstagens tidigare anställning, men kan också utökas till att omfatta möjligheterna till omplacering i företaget mellan olika driftsenheter. Under förutsättning att det inte föreligger några möjligheter till omplacering kan således en uppsägning med laglig verkan företas.⁸¹

3.3 Turordningsreglerna

Under förutsättning att det föreligger en faktisk arbetsbrist och att omplaceringskyldigheten fullföljs kan som framgått uppsägning ske lagenligt. Det finns emellertid ytterligare regler som arbetsgivare har att följa vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Dessa så kallade

⁸⁰ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd - En lagkommentar*, s. 497.

⁸¹ Under förutsättning att övriga krav är uppfyllda.

turordningsregler avgör den inbördes ordning enligt vilken arbetstagare lagenligt kan sägas upp.⁸² Detta innebär således att arbetsgivare har att iaktta en turordning vid uppsägning och kan således inte fritt *välja* arbetstagare vid uppsägning.

Innan denna turordning fastställs har arbetsgivare med högst tio anställda möjlighet att från turordningen undanta två arbetstagare som av arbetsgivare anses vara av speciell betydelse för verksamheten.⁸³ Vidare stadgas att för om arbetsgivare innehar flertalet driftsenheter, ska turordning bestämmas för varje enskild driftsenhet för sig.⁸⁴ För de arbetstagare som inte undantagits från turordningen gäller att arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid och vid lika anställningstid ges företräde till arbetstagare med högre ålder.⁸⁵

Därutöver stadgas att för att arbetstagare ska åtnjuta de rättigheter vilka följer med turordningsreglerna gäller att om arbetstagare endast genom omplacering kan erhålla annat arbete hos arbetsgivaren, måste arbetstagaren inneha de kvalifikationer som omplaceringen skulle kräva.⁸⁶ Som exempel på detta krav kan nämnas AD 1995 nr. 107. I detta rättsfall blev en arbetstagare uppsagd i samband med en driftsinskränkning. Därefter erhöll en annan arbetstagare med kortare anställningstid en chefsposition som enligt arbetstagar sidan den första arbetstagaren borde erhållit. Genom att säga upp en arbetstagare med längre arbetstid gällde frågan i rättsfallet huruvida arbetsgivaren brutit mot turordningsreglerna.

AD slog i sin bedömning fast att den avgörande frågan i rättsfallet varit om den först uppsagda arbetstagaren haft tillräckliga kvalifikationer för den position som efter uppsägningen tillsattes. AD konstaterade att arbetstagaren med kortare anställningstid inte haft de kvalifikationer som varit nödvändiga för den tillsatta chefspositionen. Av den anledningen fastställdes av AD att arbetsgivaren genom att säga upp arbetstagaren med kortare anställningstid inte frångått turordningsreglerna. Uppsägningen företogs således i enlighet med LAS.

⁸² 22 § LAS.

⁸³ 22 § 2 st. LAS.

⁸⁴ 22 § 3 st. LAS.

⁸⁵ 22 § 4 st. LAS.

⁸⁶ 22 § 4 st. sista men. LAS.

Det är vidare värt att nämna något om definitionen av begreppet driftsenhet. I denna del synes AD ha driftsenhetens geografiska belägenhet som utgångspunkt.⁸⁷ Som exempel kan nämnas AD 2011 nr. 30, i vilket ett företag på samma ort haft en tillverkningsanläggning och en serviceverkstad. Det geografiska avståndet mellan de två anläggningarna uppgick till ungefär 100 meter, vilket av AD ansågs utgöra tillräckligt avstånd för att de båda anläggningarna skulle anses utgöra separata driftsenheter.

Sammantaget kan sägas att arbetsgivare, vid uppsägning på grund av arbetsbrist, utöver omplaceringsskyldigheten även har att iaktta reglerna om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Dessa regler innebär att arbetsgivare, för varje separat driftsenhet, har att upprätta en turordning som avgör den ordning enligt vilken arbetstagare kan sägas upp. Det kan alltså konstateras att en lagenlig uppsägning på grund av arbetsbrist kräver en faktisk arbetsbrist, att omplaceringsskyldigheten uppfylls och att turordningsreglerna efterföljs.

⁸⁷ Se Öman, *Lagen om anställningskydd - En kommentar*, s. 119.

4 Företrädesrätt till återanställning

4.1 Allmänt

Det kan konstateras att det finns regler som uppställer olika skyldigheter som måste uppfyllas av arbetsgivare innan uppsägning kan ske med laglig verkan. Det finns emellertid ytterligare regler som arbetsgivare måste iaktta vid uppsägning på grund av arbetsbrist, de så kallade företrädesrättsreglerna. Syftet med dessa regler är att förhindra att arbetsgivare företar skenbara verksamhetsinskränkningar som skäl för uppsägning på grund av arbetsbrist för att därefter genomföra nyanställning.⁸⁸ Reglerna om företrädesrätt till återanställning bygger följaktligen på principen att arbetsgivare, när denne har för avsikt att anställa, först och främst ska vända sig till anställda eller tidigare anställda.⁸⁹

Företrädesrätten innebär alltså en rätt för arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist att under vissa omständigheter återfå anställning. I första hand gäller att arbetstagare som på grund av arbetsbrist sagts upp har företrädesrätt till återanställning i den verksamhet som arbetstagaren tidigare varit sysselsatt i.⁹⁰ Denna rätt gäller likväl om ifrågavarande verksamhet har övergått till ny arbetsgivare.⁹¹ Företrädesrätten gäller på samma sätt för arbetstagare som anställts för begränsad tid men som inte fått fortsatt anställning på grund av arbetsbrist. En förutsättning för att åtnjuta företrädesrätt till återanställning är emellertid att arbetstagare varit anställd av arbetsgivare under en period av minst tolv månader⁹² under en treårsperiod.⁹³ Företrädesrätten börjar löpa antingen från tidpunkten då en arbetstagare blir uppsagd, när besked om uppsägning ges eller när besked om uppsägning skulle ha givits

⁸⁸ Prop. 1973:129, s. 165.

⁸⁹ Prop. 2005/06:185 s. 54.

⁹⁰ 25 § 1 st. LAS.

⁹¹ 25 § 2 st. 3 men. och 6 b § LAS.

⁹² Rörande företrädesrätt till säsongsanställning så åtnjuts denna rätt om arbetstagare varit anställd i mer än sex månader under en tvåårsperiod, om vederbörande arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer för anställningen. 25 § 1 st. 3 men. LAS.

⁹³ 25 § 1 st. LAS.

enligt 15 § och gäller sedermera tills den dag då nio månader⁹⁴ har förgått från anställningens upphörande.⁹⁵

Om olika kollektivavtalsområden finns i verksamheten eller om olika driftsenheter lyder under arbetsgivaren gäller företrädesrätt till återanställning endast anställning inom avtalsområdet och enheten som arbetstagare var sysselsatt i vid anställningens upphörande. När flera arbetstagare har företrädesrätt till återanställning avgörs deras inbördes turordning efter arbetstagares respektive sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Längre arbetstid prioriteras högre än kortare och vid lika anställningstid ges arbetstagare med högre ålder företräde framför arbetstagare med lägre ålder.⁹⁶

Om lagenligt⁹⁷ besked om företrädesrätt till återanställning lämnats kan arbetstagare endast åtnjuta företrädesrätt till återanställning först när arbetstagare gjort anspråk på denna rätt hos sin arbetsgivare.⁹⁸ Denna rätt kan även gå förlorad om en arbetstagare avböjer ett erbjudande om återanställning som skäligen borde accepterats.⁹⁹

4.2 Tillämpning i praxis

Ovan har redogjorts för när arbetstagare åtnjuter företrädesrätt till återanställning och inom vilket område denna rätt sträcker sig. Det framgår emellertid inte explicit i lagtexten när en arbetstagare har lagenlig rätt att bli erbjuden återanställning eller när arbetsgivare enligt lag är skyldig att erbjuda en företrädesrättsberättigad arbetstagare återanställning. På grund av att sådan reglering saknas i lagtexten har tillämpningsområdet för reglerna om företrädesrätt till återanställning istället närmare preciserats i rättspraxis. AD har konstaterat att en förutsättning för att arbetstagare ska åtnjuta anställningsskyddet enligt företrädesrättsreglerna är att arbetsgivare de facto företar nyanställning. Mer konkret innebär detta att arbetsgivare endast måste beakta reglerna om företrädesrätt till återanställning när ett anställ-

⁹⁴ Vid säsongsanställning gäller istället att företrädesrätten löper från tidpunkten då besked lämnades, eller skulle ha lämnats enligt 15 §, tills nio månader förgått från den nya anställningens början. 25 § 2 st. 2 men. LAS.

⁹⁵ 25 § 2 st. LAS.

⁹⁶ 26 § LAS.

⁹⁷ Besked i enlighet med 8 § 2 st. eller 16 § 2 st. LAS.

⁹⁸ 27 § 1 st. LAS.

⁹⁹ 27 § 2 st. LAS.

ningsförhållande mellan arbetsgivaren och en ny arbetstagare skapas.¹⁰⁰ Det har av AD vidare fastställts att det inte kan anses ha varit lagstiftarens ändamål att reglerna om företrädesrätt till återanställning ska tillämpas utanför nyanställningssituationer för att försäkra en företrädesrättsberättigad arbetstagare anställning även om det skulle vara möjligt.¹⁰¹ Vad som fordras för att ett anställningsförhållande ska anses uppkomma och därmed utgöra nyanställning har inte närmare preciserats av AD. För att avgöra den frågan får istället ledning hämtas från förarbeten. På 1970-talet ansågs att företrädesrätten skulle aktualiseras "*... för det fall att nya arbetstillfällen yppas hos den tidigare arbetsgivaren.*"¹⁰² Andra uttalanden finns,¹⁰³ men definierar i få avseenden nyanställningsbegreppet ytterligare.

Det ska även tilläggas att arbetsgivare endast är skyldig att erbjuda arbetstagare företrädesrätt till återanställning under förutsättning att arbetstagaren innehar de kvalifikationer som är nödvändiga för den aktuella tjänsten.¹⁰⁴ Företrädesrätten gäller likväl då arbetsgivares nyanställning avser en annan anställningsform än den som en företrädesrättsberättigad arbetstagare hade innan uppsägning. Detta innebär således att arbetstagare som innan en uppsägning åtnjöt en tillsvidareanställning kan ha företrädesrätt till återanställning även om en arbetsgivare ämnar företa exempelvis en visstidsanställning^{105 106}.

Att företrädesrätten gäller oavsett anställningsform framgår av LAS.¹⁰⁷ För att tydliggöra rättsläget kan emellertid AD 2000 nr. 26 nämnas. I rättsfallet hade en säsongsanställd arbetstagare varit anställd i mer än tolv månader under en treårsperiod. Arbetsgivaren utanför senare en tillsvidareanställning inom det område som den säsongsanställda arbetstagaren redan arbetade, men valde att anställa en utifrån sökande. AD konstaterade att företrädesrätt till återanställning inte är beroende av vilken anställningsform en arbetstagare tidigare besuttit. AD gjorde sedermera ett generellt konstaterande att företrädesrätt till återanställning gäller alla arbetstagare som uppfyller kravet på tolv månaders anställning och att

¹⁰⁰ AD 2003 nr. 4.

¹⁰¹ AD 1980 nr. 54.

¹⁰² Prop. 1973:129 s. 164.

¹⁰³ Se prop. 1994/95:76 s. 18 och prop. 1996/97:16 s. 44.

¹⁰⁴ AD 2011 nr. 5.

¹⁰⁵ Se allmän visstidsanställning i 5 § 1 st. 1 pt. LAS.

¹⁰⁶ AD 2003 nr. 4.

¹⁰⁷ 25 § LAS.

denna rätt inte är begränsad till anställningsform som arbetstagare tidigare haft. AD fastslog således att företrädesrätt till återanställning gäller alla anställningsformer. AD konstaterade i enlighet härmed att den säsonganställda arbetstagaren haft företrädesrätt till återanställning i den tjänst som arbetsgivaren tillsatte med den utifrån sökande. Genom att tjänsten tillsattes med arbetstagare som inte haft företrädesrätt till återanställning slår AD fast att arbetsgivaren brutit mot bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning.

Sammanfattningsvis kan sägas att företrädesrätt till återanställning är ett anställningsskydd som under bestämda förutsättningar åtnjuts när en arbetstagare blir uppsagd på grund av arbetsbrist. Först och främst gäller att arbetsgivare vid ett besked om uppsägning också ska ange huruvida arbetstagare har företrädesrätt till återanställning. Arbetstagaren måste sedermera anmäla anspråk på denna rätt för att den inte ska gå förlorad. Denna rätt kan innebära att en tillsvidareanställd även har företrädesrätt till exempelvis en allmän visstidsanställning. Vidare kan rätten gå förlorad om en arbetstagare avböjer ett erbjudande om återanställning som skäligen borde accepterats.

Det kan också konstateras att det i praxis närmare fastställts i vilka situationer arbetsgivare är förpliktad att erbjuda företrädesberättigad arbetstagare återanställning. I denna del har AD fastslagit att förevarande skyldighet endast gäller i nyanställningssituationer. Detta innebär därför att omplaceringar av redan anställd personal och inhyrning av personal från bemanningsföretag inte aktualiserar reglerna om företrädesrätt till återanställning. Detta resulterar sålunda i att företrädesrättsberättigad arbetstagare inte kan förväntas bli erbjuden någon återanställning i situationer som enligt gällande rätt inte kan anses ge upphov till ett anställningsförhållande mellan arbetsgivare och en ny arbetstagare.

4.3 Sanktioner

För de fall arbetsgivare bryter mot bestämmelser i LAS är arbetsgivaren skyldig att utge ersättning för uppkommen skada.¹⁰⁸ Utöver sådan ersättning är arbetsgivaren även skyldig att betala lön och övriga anställningsförmåner som arbetstagaren kan vara berättigad till.¹⁰⁹ Ersättning som arbetsgivare kan bli skyldig att utge avser dels eventuellt uppkommen förlust

¹⁰⁸ Se exempelvis AD 2003 nr. 115, i vilket arbetstagaren inte blivit underrättad av arbetsgivaren om att en provanställning inte skulle övergå i en tillsvidareanställning. På grund härav förpliktades arbetsgivaren att till arbetstagaren utge ett allmänt skadestånd om 10 000 kr.

¹⁰⁹ 38 § 1 st. LAS.

och dels ersättning för kränkning som en konsekvens av lagbrottet.¹¹⁰ Om det anses skäligt¹¹¹ kan ersättningen sättas ned och i vissa situationer helt falla bort.¹¹²

¹¹⁰ 38 § 2 st. LAS.

¹¹¹ Se exempelvis AD 2000 nr. 29.

¹¹² 38 § 3 st. LAS.

5 Rättsfallsdiskussioner

5.1 Tillbörliga kringgåenden av företrädesrättsreglerna

I det tidigare har de för uppsatsen aktuella reglerna återgivits enligt sin ordalydelse och i viss mån analyserats i förhållande till förarbeten. I förevarande kapitel presenteras rättsfall i vilka dessa reglers närmare innebörd varit föremål för domstolsprövning. I denna del presenteras rättsfall i vilka AD haft att avgöra huruvida dessa regler på ett otillbörligt sätt kringgåts. Här presenteras rättsfall som avgjorts till arbetsgivarsidans fördel, vilket innebär att de från arbetstagersidan påstådda kringgåendena varit tillbörliga och därmed företagits i enlighet med LAS.

5.1.1 AD 1980 nr. 54

Bolag 1 försattes i konkurs vilket fick till följd att alla dess arbetstagare sades upp från sina anställningar. Därefter övertogs verksamheten av Bolag 2 och återanställningar gjordes. Två av Bolag 1 anställda, AT 1 och AT 2, som hade företrädesrätt till återanställning erhöll emellertid inte fortsatt anställning i Bolag 2 då arbetsgivaren istället valde att tillgodose personalbehov genom inlåning av arbetstagare från Bolag 3. Arbetstagarorganisationen, tillika kärande i målet, yrkade att arbetsgivaren hade åsidosatt reglerna om företrädesrätt till återanställning genom att låna in arbetstagare från Bolag 3 istället för att återanställa AT 1 och AT 2. Den första frågan som AD hade att ta ställning till var huruvida det kunde anses föreligga något avtalsförhållande direkt mellan Bolag 2 och de inlånade arbetstagarna. AD tog därefter ställning till huruvida inlåningen av arbetstagare från Bolag 3, även om inlåningen formellt inte var att anse som nyanställning, kunde likställas med nyanställning vid tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning.

AD inledde sin bedömning med att avgöra huruvida det kunde anses föreligga något avtalsförhållande direkt mellan Bolag 2 och de inlånade arbetstagarna. Vidare bedömde AD huruvida inlåningen kunde likställas med nyanställning, vilket skulle aktualiserat tillämpningen av företrädesrättsreglerna. Inledningsvis framhöll AD att Bolag 2 ingått avtal direkt med Bolag 3 angående inlåningen, vilket fakturerades Bolag 2. Lönen till de inlånade arbetstagarna utbetalades emellertid av Bolag 3. Yttermera konstaterade AD att Bolag 3 utövade själva arbetsledningsfunktionen och även var ansvarig för andra frågor i förhållande till anställningsavtalet, med undantag för den direkta arbetsledningen i verkstaden.

Vidare fastställde AD att inlåningen endast var avsedd för begränsad tid. Att en av de inlånade arbetstagarna arbetade kvar i Bolag 2 under en längre tid än planerat kunde enligt AD inte ge stöd åt att karaktären för inlåningen kunde betraktas som mer permanent. Den permanenta karaktären ansågs inte föreligga då inlåningens tid förlängdes på grund av omständigheter som Bolag 2 inte kunde råda över. AD framhöll att det var väsentligt att det av omständigheterna inte framkommit något som antydde att rättsförhållandet mellan Bolag 2 och de inlånade arbetstagarna haft annan andemening än just inlåning för begränsad tid. På dessa grunder fastslog AD att något avtalsförhållande inte uppkommit mellan Bolag 2 och de inlånade arbetstagarna, varför några nyanställningar i lagens mening därför inte företogs. På dessa grunder ansågs Bolag 2 inte ha åsidosatt företrädesrättsreglerna.

AD utredde vidare huruvida inlåningen, även om den formellt inte var att anse som en nyanställning, kunde likställas med nyanställning vid tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning. I denna del utredde AD huruvida Bolag 2 gjort sig skyldigt till ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning genom att tillgodose personalbehov genom inlåning av arbetstagare från Bolag 3. AD konstaterade att förarbetena till LAS tyder på att lagstiftaren inte haft för avsikt att reglerna om företrädesrätt till återanställning tolkningsvis ska tillämpas utanför nyanställningssituationer för att garantera företrädesberättigad arbetstagare arbetstillfälle endast för att detta skulle vara möjligt. Som ytterligare argument angav AD arbetsgivares arbetsledningsrätt och framhöll här att om arbetsgivare finner det motiverat ur företagsekonomisk synpunkt att begränsa verksamheten genom att låta annan utföra arbetet eller anlita entreprenör så kan sådan inlåning i princip inte angripas med reglerna i LAS. Mot denna bakgrund fastställde AD att reglerna om företrädesrätt till återanställning inte gäller när arbetsgivare, istället för att återanställa, anlitat entreprenör under tiden det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning.

AD tydliggjorde emellertid att det i vissa situationer kan vara befogat att bedöma inlåning av arbetstagare på annat sätt än entreprenad vid tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning. AD förklarade att det onekligen skulle vara stridande mot rättskänslan om en arbetsgivare mer permanent skulle kunna tillgodose personalbehov genom inlåning av arbetstagare till skada för företrädesberättigad arbetstagare. Trots detta framhöll AD att det inte finns skäl att generellt betrakta inlåning, under tiden för vilken det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning, som ett kringgående av företrädesrättsreglerna. Om ett förfarande med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet måste anses otillbörligt bör detta emellertid betraktas som ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten.

Avslutningsvis konstaterade AD att inga omständigheter antydde att Bolag 2 av obefogade skäl inte ville bereda AT 1 och AT 2 fortsatt sysselsättning och att företrädesrättsreglerna inte varit tillämpliga över huvud taget.

5.1.1.1 Diskussion

I detta rättsfall tog AD ställning till huruvida inlåningen av personal från bemanningsföretaget kunde *likställas* med nyanställning. Detta torde följaktligen innebära att nyanställningar inte endast innefattar anställningar som rent formellt inbegrips i begreppet nyanställning. Istället konstaterade AD att det inom begreppet även inryms situationer som utan att formenligt utgöra nyanställning kan likställas med nyanställning, för att på så sätt aktualisera reglerna om företrädesrätt till återanställning. I denna del slog AD fast att frågan gällde huruvida arbetsgivaren kringgått företrädesrättsreglerna på ett otillbörligt sätt. Detta konstaterande torde innebära att förfaranden som är att likställa med nyanställning, som inneburit att arbetsgivare valt att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning, utgör ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning. AD poängterar emellertid att krav måste uppställas för ett sådant likställande ska kunna göras. Den förutsättningen som enligt AD måste föreligga är att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet ska anses otillbörligt. Mot bakgrund härav kan sägas att AD företar en utvidgning av begreppet nyanställning, som därmed även kan innefatta förfaranden från arbetsgivares sida som kan likställas med nyanställning. Denna utvidgning av begreppet innebär att AD till viss del begränsat arbetsgivares rätt att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal.

Värt att nämna är också att rättsfallet avgörs till arbetsgivarsidans fördel mot bakgrund av att arbetsgivaren inte kunde anses kringgått företrädesrättsreglerna på ett otillbörligt sätt. Genom att utelämna en bedömning angående huruvida inlåningen i rättsfallet kunde likställas med nyanställning framstår bedömningen som något otillräcklig. Om AD hade företagit en sådan bedömning och kommit till slutsatsen att inlåningen inte kunde likställas med nyanställning hade företrädesrättsreglerna inte varit tillämpliga. Detta tillvägagångssätt synes vara mer naturligt, framför allt med tanke på att det var denna fråga AD själv konstaterade var aktuell. Eftersom företrädesrättsreglerna i princip endast är tillämpliga i nyanställningssituationer torde resultatet av domslutet innebära att bedömningen av ett otillbörligt kringgående är beroende av huruvida inlåning av arbetstagare kan likställas med nyanställning. Således synes som sagt ett mer naturligt tillvägagångssätt vara att istället bedöma likheterna

med inlåning av personal med nyanställning. Om det i denna del kan konstateras att inlåning inte kan likställas med nyanställning kan följaktligen inte heller reglerna om företrädesrätt till återanställning tillämpas. Om så är fallet kan det alltså inte talas om ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna.

5.1.2 AD 1996 nr. 56

AT 1 blev uppsagd från sin anställning vid företagets lokalkontor på grund av arbetsbrist. Arbetsgivaren gav därefter i besked om uppsägning även underrättelse om att AT 1 hade företrädesrätt till återanställning. När en vakant plats uppstod på lokalkontoret anmälde AT 1, i rätt tid, anspråk på återanställning till denna tjänst. Arbetsgivaren valde emellertid att tillsätta tjänsten genom att omplacera AT 2, från företagets regionkontor, till tjänsten på lokalkontoret. Den vakans som uppstod på företagets regionkontor tillsattes sedermera av en utifrån sökande arbetstagare. Arbetsgivarorganisationen, tillika kärande i målet, yrkade att AD med ändring av tingsrättens dom skulle avslå AT 1:s talan om att denne hade företrädesrätt till återanställning både till tjänsten vid lokalkontoret och vid regionkontoret. Frågan som AD hade att ta ställning till var huruvida arbetsgivaren gjort sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning antingen genom att omplacera AT 2 till lokalkontoret eller genom att anställa en utifrån sökande vid företagets regionkontor.

AD inledde med att fastställa att företrädesrätt till återanställning i enlighet med förarbeten endast gäller vid nyanställningssituationer. Reglerna om företrädesrätt till återanställning konkurrerar således inte med tillämpningen av arbetsgivares omplaceringsrätt. Vidare gjorde AD en generell bedömning rörande otillbörligt kringgående och framhöll att rättstillämpningen ska se till att sådana förfaranden inte får tillåtas. AD presenterade vidare de tre kumulativa förutsättningar som måste uppfyllas för att ett förfarande ska anses utgöra ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Förutsättningarna består *för det första* i att de åtgärder som påstås utgöra ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten blir styrkta av arbetstagaren, *för det andra* att arbetsgivarens syfte med åtgärden ska ha varit att undgå tillämpningen av reglerna om företrädesrätt till återanställning och *för det tredje* att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet ska framstå som otillbörligt. Efter prövning konstaterade AD att det inte fanns några omständigheter som antydde att arbetsgivarens syfte varit att kringgå den av AT 1 erhållna företrädesrätten till återanställning, var-

för AD inte vidare prövade den tredje förutsättningen. AD ogillade på dessa grunder AT 1:s talan.

AD valde också att fastslå i vilken mån AT 1 hade företrädesrätt till återanställning till den vakans som uppstod på företagets regionkontor. I bedömningen fastslog AD att företrädesrättsreglerna korresponderar med turordningsreglerna, vilket innebär att reglerna gäller inom det avtalsområde och den driftsenhet där arbetstagaren var anställd innan uppsägning. Begreppet driftsenhet utvecklades sedermera, varefter AD konstaterade att en driftsenhet är en del av ett företag som finns inom samma byggnad eller samma inhägnade område. Således fastslogs att företrädesrätten till återanställning inte sträcker sig till andra orter eller avtalsområden, vilket enligt AD medförde att AT 1 inte hade rätt till återanställning vid företagets regionkontor.

5.1.2.1 Diskussion

I bedömningen behandlade AD de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna ska kunna aktualiseras. Utöver vad som introducerades i 1980 års rättsfall¹¹³ diskuterades av AD också de ytterligare förutsättningar som i tidigare praxis utvecklats. Dessa förutsättningar innebär att åtgärderna som påstås utgöra kringgåendet på vanligt vis måste styrkas av arbetstagaren. Därutöver måste också arbetsgivares syfte med dessa åtgärder varit att kringgå aktuella regler. Den första förutsättningen torde inte vålla några större problem. Däremot synes den andra förutsättningen (arbetsgivares syfte) ge upphov till stora svårigheter för arbetstagare. Eftersom arbetsgivares bakomliggande skäl till arbetsledningsbeslut normalt inte prövas av AD tycks arbetstagares möjligheter att visa att arbetsgivares syfte varit att kringgå reglerna vara högst marginella, varför förutsättningarna synes vara svåruppfyllda.

Det är här också viktigt att notera att AD frångick det ursprungliga förslaget till definitionen av verksamhet. Av detta förslag framgick att företrädesrätten skulle kunna göras gällande mellan driftsenheter och även inom avtalsområden som arbetstagare inte tidigare varit sysselsatt inom. AD konstaterade istället att företrädesrätten inte gäller mellan driftsenheter. Än mer intressant blir detta frånsteg om det ses i ljuset av att arbetsgivares omplaceringsrätt i enlighet med arbetsledningsrätten sträcker sig mellan driftsenheter. Arbetsgivare har således rätt att omplacera arbetstagare mellan driftsenheter, medan arbetstagare inte in-

¹¹³ Nämligen att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet ska anses otillbörligt.

nehar en rätt att återanställas mellan driftsenheter. Arbetsgivare kan således lagenligt tillgodose personalbehov på en driftsenhet med personal från en annan, utan att vara skyldig att erbjuda uppsagda arbetstagare återanställning inom annat avtalsområde än vad som gällde vid uppsägningen.

Vidare kan sägas stå klart att det i rättsfallet rörde sig om motstående intressen mellan dels olika arbetstagare och dels mellan arbetsgivare och arbetstagare inom samma företag. I första hand gjorde den företrädesberättigade arbetstagaren anspråk på återanställning till en tjänst medan en annan arbetstagare ville bli omplacerad till samma tjänst. Arbetsgivaren utnyttjade således sin omplaceringsrätt för att omplacera arbetstagare mellan driftsenheter i företaget, vilket resulterade i att den företrädesberättigade arbetstagaren inte återanställdes. I andra hand uppstod en vakant tjänst vid den driftsenhet som den omplacerade arbetstagaren lämnade som den uppsagda arbetstagaren inte hade företrädesrätt till. I sin bedömning framhöll AD att omplaceringsrätten är mer långtgående än företrädesrätten, vilket kan anses innebära att befintliga anställdas intressen kan tillgodoses till förfång för arbetstagare med företrädesrätt. Det ska poängteras att arbetstagaren som blev omplacerad själv önskade detta, varför omplaceringen utgjorde ett förfarande från arbetsgivaren i enlighet med dennes arbetsledningsrätt. Arbetsgivaren var således inte skyldig att företa omplaceringen. Hade emellertid samma arbetstagare blivit uppsagd på grund av arbetsbrist hade arbetsgivaren istället varit tvungen att fullgöra sin omplaceringskyldighet för att saklig grund skulle föreligga.

I rättsfallet ställdes följaktligen den ena arbetstagarens intresse av att bli omplacerad gentemot den andre arbetstagarens intresse av att bli återanställd. AD:s ställningstagande i denna intresseavvägning är tydlig. Det ska klargöras att det i och för sig inte är anmärkningsvärt att befintliga arbetstagare prioriteras högre än företrädesberättigade arbetstagare men det resulterar i att diskussionen om arbetsgivarens syfte blir förenklad. Om två motstående intressen existerar och befintliga arbetstagare prioriteras högre än företrädesberättigade, i och med omplaceringsrätten, blir en arbetsgivares val tämligen enkelt. Att hävda att arbetsgivares bakomliggande syfte till att inte återanställa företrädesberättigad personal i denna situation är klandervärt torde vara i stort sett omöjligt att visa då den omplacerade arbetstagarens intresse beaktats. En företrädesberättigad arbetstagare som sedermera hävdar att ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten föreligger vid en omplacering torde således ha högst marginella möjligheter till framgång. Vad sedan gäller den vakanta tjänst som uppstod vid en annan driftsenhet står klart att företrädesrätten endast gäller inom samma

driftsenhet och avtalsområde som arbetstagaren tidigare varit sysselsatt inom. Sålunda är arbetsgivares omplaceringsrätt mer omfattande än arbetstagares företrädesrätt.

5.1.3 AD 2003 nr. 4

En arbetsgivare sade upp ett antal arbetstagare på grund av arbetsbrist, varefter personalbehov vid ett flertal tillfällen uppstod. Arbetsgivaren tillgodosåg detta personalbehov genom inhyrning av personal från Bolag 1. I målet var ostridigt att arbetstagarorganisationen, tillika kärande i målet, nekat erbjudande från arbetsgivaren om att visstidsanställa tidigare tillsvidareanställd personal. Kärande yrkade att arbetsgivaren åsidosatt reglerna om företrädesrätt till återanställning genom att hyra in personal istället för att återanställa arbetstagare med företrädesrätt. Som grund för sitt yrkande anförde kärande att arbetsgivaren samarbetat med Bolag 1 i syfte att hyra in de uppsagda arbetstagarna enligt önskan och i praktiken omvandla deras tillsvidareanställningar till provanställningar hos Bolag 1. Frågan som AD hade att ta ställning till var huruvida arbetsgivaren gjort sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna.

Inledningsvis konstaterade AD, i enlighet med tidigare praxis, att det inte föreligger något generellt förbud mot inhyrning av personal under tiden det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. AD fastställde sedermera, med beaktande av att inhyrning av arbetskraft sedan 1991 är ett godkänt förfarande under särskild lagstiftning, att det inte finns anledning att applicera ett mer restriktivt synsätt på inhyrning än det som AD gav uttryck för i AD 1980 nr. 54. AD klargjorde emellertid att det inte kan uteslutas att det kan finnas situationer där omständigheter tyder på att inhyrning av personal bör bedömas som ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning. Vidare erinrade AD om de förutsättningar som måste uppfyllas för att ett otillbörligt kringgående ska anses föreligga. Förutsättningarna som uppställts är, i enlighet med tidigare praxis, för det första att de åtgärder som påstås utgöra ett otillbörligt kringgående av företrädesrätten ska bli styrkta av arbetstagaren och för det andra att syftet med åtgärden ska ha varit att undgå tillämpningen av reglerna om företrädesrätt till återanställning. För det tredje krävs också och att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet ska framstå som otillbörligt. AD konstaterade vidare att det faktum att arbetsgivare utnyttjar begränsningar av motpartens rätt i lag inte i sig innebär att arbetsgivare gör sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av lagen.

AD konstaterade sammanfattningsvis att arbetstagersidan inte styrkt att arbetsgivaren skulle ha samarbetat med Bolag 1 i syfte att kunna hyra in de uppsagda arbetstagarna enligt önskan och i praktiken kunna omvandla deras tillsvidareanställningar till provanställningar hos Bolag 1. Vidare hade arbetstagarorganisationen motsatt sig erbjudande om att arbetsgivaren skulle företa visstidsanställningar av företrädesberättigad personal, vilket enligt AD uppenbarligen inte kunde anses innebära att Bolag 1 hade kringgått arbetstagarnas företrädesrätt.

5.1.3.1 Diskussion

I bedömningen är tydligt att AD sammankopplade frågan huruvida inhyrning av personal är att likställa med nyanställning med frågan huruvida en arbetsgivare gör sig skyldig till otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna om denne hyr in arbetskraft. Detta medför följaktligen att ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna endast kan föreligga om arbetsgivare tillgodoser personalbehov på ett sätt som inte i sig utgör en formenlig nyanställning men som kan likställas därmed. På grund härav synes bedömningar som rör otillbörligt kringgående av företrädesrätten utmyнна i frågan huruvida ett förfarande kan likställas med nyanställning eller inte. Besvaras frågan, efter prövning av de tre förutsättningarna, jakande har ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna skett. Besvaras frågan nekande kan emellertid företrädesrättsreglerna inte sägas äga tillämplighet. Beaktansvärt i rättsfallet är att AD återigen bortser från denna ordning och således medvetet eller omedvetet inte tar ställning till huruvida inhyrningen kan likställas med nyanställning. Eftersom nyanställning utgör rättsfakta för att rättsföljden företrädesrätt till återanställning ska inträffa förefaller även detta domslut som något oklart. Det kan ifrågasättas varför AD bedömer huruvida förfarandet utgjort ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna innan det konstaterats att företrädesrättsreglerna över huvud taget varit tillämpliga.

Det ska även poängteras att oklarheter också uppstår vad gäller arbetstagarorganisationens förfogande över arbetstagers företrädesrätt. AD ansåg nämligen att arbetstagarnas företrädesrätt till återanställning gick förlorad när organisationen nekade erbjudanden om visstidsanställningar.¹¹⁴

¹¹⁴ Detta problem ligger emellertid utanför ramen för denna uppsats.

5.1.4 AD 2007 nr. 72

I rättsfallet sade arbetsgivaren, i samband med omstrukturering och med hänvisning till företagsekonomiska skäl, upp ett antal arbetstagare på grund av arbetsbrist. Dessa arbetstagare anställdes därefter av ett bemanningsföretag. Efter att ha identifierat ett tillfälligt behov av arbetskraft hyrde arbetsgivaren in tre arbetstagare från detta bemanningsföretag. Kärande, som var en av de arbetstagare som arbetsgivaren hyrde in genom bemanningsföretaget, hade längst anställningstid hos arbetsgivaren och hade därför haft rätt till återanställning i arbetsgivarens verksamhet om denne istället valt att tillgodose personalbehovet genom visstidsanställningar. Kärande yrkade att arbetsgivaren, genom att styra över vilka av de uppsagda arbetstagarna som senare kom att åter användas i arbetsgivarens verksamhet genom bemanningsföretag, haft till syfte att kringgå reglerna om företrädesrätt till återanställning på ett otillbörligt sätt. AD hade följaktligen att ta ställning till huruvida arbetsgivaren gjort sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna.

AD inledde sin bedömning med att erinra om att det enbart är i nyanställningssituationer som reglerna om företrädesrätt till återanställning kan göras gällande. AD fastslog vidare att syftet med företrädesrättsreglerna inte torde varit att reglerna ska tillämpas utanför situationer som innebär nyanställning, även om det vore möjligt. I anslutning härtill konstaterade AD att det generellt inte kan anses lagstridigt att hyra in personal från bemanningsföretag under tiden för vilken företrädesrätt till återanställning gäller. Istället menade AD att ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning endast kan aktualiseras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Därefter tillades att arbetsgivare inte gör sig skyldig till lagbrott endast på grund av att denne utnyttjar en lagstadgad begränsning av arbetstagares rättigheter.

Härefter konstaterade AD att det i målet var ostridigt att arbetsgivaren inte kringgått reglerna om företrädesrätt till återanställning endast på grund av att personalbehovet tillgodosetts genom inhyrning av personal från bemanningsföretag. Vad som istället var stridigt var huruvida arbetsgivarens syfte varit att kringgå aktuella regler. AD hävdade här att arbetsgivarens skäl till varför denna företag inhyrningen av personal från bemanningsföretag enbart var av företagsekonomiska skäl. Den flexibilitet och enkelhet som bemanningsföretag kan erbjuda tillmättes av arbetsgivaren stort värde, vilket av AD inte ifrågasattes. Mot bakgrund härav fastslog AD att det inte fanns något som visade att syftet med inhyrningen av personal från bemanningsföretaget varit av annan karaktär än rent företagsekonomisk. Vi-

dare fastställdes också av AD att arbetsgivaren i samarbetet med bemanningsföretaget inte agerat på ett otillbörligt sätt. Sammanfattningsvis konstaterade AD att det inte fanns några omständigheter som visade att den aktuella inhyrningen av personal från bemanningsföretaget var av sådan karaktär att förfarandet skulle anses utgöra ett otillbörligt kringgående av de aktuella reglerna.

5.1.4.1 Diskussion

AD:s bedömning av arbetsgivarens motiv till inhyrningen av personal måste sägas vara kortfattad. Det konstaterades av AD att inhyrningen inte berott på andra skäl än de av arbetsgivaren åberopande, utan att några uttalanden om huruvida dessa var berättigade framfördes. Möjligheterna för arbetstagare att styrka arbetsgivares syfte i enlighet med den andra förutsättningen måste därför sägas vara ringa. AD synes å ena sidan principiellt acceptera att personalbehov tillgodoses så fort detta av arbetsgivaren påstås vara det mest ekonomiska alternativet. Det framstår därför som det finns stora möjligheter för arbetsgivaren att endast skenbart hävda företagsekonomiska skäl vid dessa situationer. Mot bakgrund av vad AD uttalat om arbetsgivares skäl i rättsfall som berör frågan om fingerad arbetsbrist synes det inte vara långsökt att analogt tillämpa samma tankesätt.¹¹⁵ Å andra sidan torde det föreligga stora svårigheter för AD att företa en bedömning av huruvida en personaltillsättning på annat sätt än genom återanställning de facto varit det ur företagsekonomiskt perspektiv mest lönsamma alternativet. En sådan bedömning kräver i regel stor kunskap om och insikt i arbetsgivares verksamhet, vilket inte torde vara en uppgift för AD. Den förståelsen för arbetsgivares verksamhet måste i regel endast sägas innehas av arbetsgivaren. Det är alltså tydligt att AD har att väga arbetsmarknadsparternas intressen mot varandra.¹¹⁶ Denna intresseavvägning får otvivelaktigt inte företas på ett sådant sätt att ena partens rätt inskränks i orimlig omfattning. Det kan emellertid med hänsyn till ovanstående ifrågasättas om denna intresseavvägning till fullo överensstämmer med ett sådant tankesätt, framförallt med tanke på aktuella reglers bakomliggande motiv och rättstillämpningen av andra regler i LAS.¹¹⁷

¹¹⁵ Nämligen att AD företar en bedömning av huruvida arbetsgivares bakomliggande skäl kan anses berättigade. Se 5.2.

¹¹⁶ Det bör här poängteras att vi endast menar intressen i rättslig mening.

¹¹⁷ Se 5.2.

Vidare poängterade AD att företrädesrättsreglerna inte begränsar arbetsgivares möjligheter att organisera verksamheten så att företrädesrätten de facto inte kan utnyttjas så länge förutsättningar för otillbörligt kringgående inte uppfylls. Det kan emellertid ifrågasättas om förutsättningarna för otillbörligt kringgående kan anses uppfylla sitt ursprungliga syfte då AD framhållit att dessa ska verka för att förfaranden från arbetsgivares sida som måste anses stötande ur rättslig synpunkt inte får tillåtas.

5.2 Otillbörliga kringgåenden av LAS

I det följande presenteras rättsfall som liksom de under 5.1 rör kringgående av bestämmelser i LAS. I nedan presenterade rättsfall har emellertid AD ansett att arbetsgivarens förfarande stått i strid med LAS och därför dömt till arbetstagsidans fördel. Det första rättsfallet som presenteras nedan behandlar fingerad arbetsbrist som kan sägas utgöra ett kringgående av kravet på saklig grund vid uppsägning av personliga skäl. Det andra rättsfallet behandlar reglerna om provanställning och huruvida arbetsgivaren haft för avsikt att kringgå huvudregeln om tillsvidareanställning i LAS.

5.2.1 AD 1991 nr. 40

En arbetstagare på en statlig förvaltningsenhet blev efter 19 års väl intygad anställning vid ett lokalkontor provanställd som assistent vid samma förvaltningsenhets länskontor. Provanställning avsåg samma löneklass- och lönegradsplacering som arbetstagaren haft vid sin tidigare anställning vid lokalkontoret. I ett för länskontoret tillgängligt tjänstgöringsbevis utfärdat av lokalkontoret framgick att arbetstagaren besuttit kompetens för ifrågavarande tjänst och att tjänstgöringen var väl vitsordad. Arbetstagaren, tillika kärke, yrkade att AD med ändring av tingsrättens dom skulle förplikta arbetsgivaren att utge allmänt skadestånd. Som grund för yrkandet åberopade arbetstagaren att arbetsgivaren åsidosatt reglerna i LAS genom att provanställa arbetstagaren under gällande omständigheter. Frågan som AD hade att besvara var huruvida provanställningen av arbetstagaren utgjort ett kringgående av huvudregeln om tillsvidareanställning i LAS.

AD inledde med att konstatera att LAS inte uppställer särskilda villkor, förutom bestämmelserna om provanställningens längd, för att en provanställning ska få användas. Med hänvisning till förarbeten framhåller emellertid AD att provanställning som anställningsform syftar till att endast användas i de situationer en arbetsgivare de facto avser att pröva arbetstagare. Vidare förklarade AD att bestämmelserna om provanställning inte explicit ger

utrymme för rättslig prövning. AD framhöll emellertid att förarbeten till bestämmelsen implicit medför en möjlighet att ingripa mot provanställningar när omständigheterna antyder att det måste vara fråga om ett kringgående av regeln¹¹⁸ om tillsvidareanställning i LAS.

AD framhöll fortsättningsvis att provanställningen tillhörde en tjänstekategori av tämligen låg karaktär där uppgifterna förknippade med tjänsten ansågs relativt likartade med de arbetsuppgifter som arbetstagaren haft i sin tidigare tjänst. Vidare fastställde AD att vitsorden från lokalkontoret samt arbetstagarens erfarenhet måste tillerkännas väsentlig betydelse vid bedömningen av om det förelegat skäl att pröva arbetstagaren genom provanställning. AD preciserade att detta gällde synnerligen när arbetstagarens tidigare tjänstgöring varit inom samma förvaltningsenhet som provanställningen avsåg. Således ansåg AD, med anledning av arbetstagarens tidigare erfarenhet på lokalkontoret, att arbetstagaren var ytters välprövad för en motsvarande tjänst vid tillfället för provanställningen. Härvid konstaterade AD slutligen att länskontoret helt sakande anledning att provanställa arbetstagaren då det vid en allmän bedömning måste framgått att arbetstagaren var mycket lämplig för ifrågavarande tjänst. Även om AD inte ansåg att arbetsgivaren handlat i direkt syfte att kringgå reglerna i LAS så ansågs provanställningen som så uppenbart omotiverad att den betraktades som ett missbruk¹¹⁹ av LAS. Enligt AD lyckades inte heller arbetsgivaren visa något från saklig synpunkt betydande skäl för provanställningen. AD biföll därför arbetstagarens talan på grunden att arbetsgivaren försökt kringgå huvudregeln om tillsvidareanställning i LAS.

5.2.1.1 Diskussion

AD fastslog att arbetsgivaren inte "*... visat på något från saklig synpunkt beaktansvärt skäl...*" till att provanställa arbetstagaren. Vidare fann AD att arbetsgivaren visserligen inte "*... handlat i direkt syfte att kringgå anställningskyddslagen...*", men att provanställningen emellertid framstod som "*... så uppenbart omotiverad, att den måste betraktas som ett missbruk av anställningsformen*".

Det kan mot bakgrund av AD:s bedömning konstateras att AD huvudsakligen utgick från vad arbetsgivaren i målet lyckats visa. Till skillnad från detta mål utgår AD i rättsfallen om otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna istället från vad arbetstagsidan styrkt.¹²⁰ Det är således tydligt att AD i det aktuella rättsfallet ålägger arbetsgivarsidan den tyngre be-

¹¹⁸ Jfr. 4 § LAS.

¹¹⁹ Vilket kan sägas utgöra ett kringgående.

¹²⁰ Alltså rättsfallen i vilka AD konstaterat att förfarandena varit tillbörliga, se 5.1.

visbördan. AD konstaterades dessutom att arbetsgivaren inte handlat i syfte att kringgå de i rättsfallet aktuella reglerna. Att arbetsgivarens syfte ska ha varit att kringgå företrädesrättsreglerna utgör emellertid en förutsättning för att företrädesrättsreglerna ska anses ha kringgåts på ett otillbörligt sätt. Det är därmed även klart att AD vid kringgåenden av andra regler i LAS frångått kravet på arbetsgivarens syfte. Till följd härav står klart att bedömning av kringgåenden av regler i LAS behandlas olika. Någon motivering till denna olika behandling presenteras inte och heller inte till varför sådan diskussion utelämnas. Det kan därför ifrågasättas om denna olika behandling är motiverad, vilket ger upphov till frågor relaterade till rättssäkerhet, förutsebarhet och reglernas effektivitet.

5.2.2 AD 1991 nr. 136

Kärande hade anställning på en ekonomiavdelning. Efter att beslut tagits om att datorisera vissa av kärandes arbetsuppgifter genomgick arbetstagarna på ekonomiavdelningen en utbildning. Det är ostridigt att kärande inte deltog i denna utbildning. Kort därefter lades kärande in på sjukhus, varför kärandes arbetsuppgifter under denna tid utfördes av vikarie. Under tiden kärande befann sig på sjukhus hade personal på ekonomiavdelningen genomgått ytterligare utbildningar, vilka kärande inte haft möjlighet att genomföra. När kärande sedermera återkom till sin tjänst sades kärande upp på grund av arbetsbrist under åberopade av att kärande inte haft tillräckliga kvalifikationer för tjänsten. Kärande yrkade att uppsägningen inte berott på arbetsbrist, utan på personliga skäl. AD hade följaktligen att ta ställning till huruvida arbetsgivaren iakttagit reglerna för uppsägning på grund av personliga skäl.

AD påbörjade sin bedömning med att konstatera att den vikarie som under kärandes sjukhusvistelse skött kärandes arbetsuppgifter endast var anställd under den tid för vilken kärande befunnit sig på sjukhus. Arbetsgivarens syfte var alltså enligt AD inte att utöka personalstyrkan. I anslutning härtill slogs av AD också fast att det heller inte var fråga om att inskränka personalstyrkan, utan istället behålla den bemanning som gällde för tiden innan kärandes sjukhusbesök. Av detta följer att uppsägningen i praktiken innebar att arbetsgivaren önskade ersätta kärande med den vikarie som arbetat hos arbetsgivaren under tiden för kärandes sjukhusbesök. AD slog fast att uppsägning därmed inte företogs mot bakgrund av arbetsbrist, utan istället på grund av personliga skäl, nämligen att kärande inte besuttit tillräckliga kvalifikationer. Sådana skäl, menade AD, kan endast framföras vid omplacering. I

förevarande rättsfall var det emellertid inte fråga om omplacering, utan om att kärke en-
dast gjort anspråk på sin tidigare tjänst.

AD slog vidare fast att kärke inte avsiktligt uteblivit från utbildningarna. AD konstaterade mot denna bakgrund att arbetsgivaren, genom att inte låta kärke genomgå de korta utbildningar som fordrades för att kunna hantera de arbetsuppgifter som datoriseringen innebär, inte haft saklig grund för uppsägning under återopande av käreandes bristande kompetens. AD slog följaktligen fast att uppsägningen reellt sett inte berott på arbetsbrist, utan på skäl hänförliga till kärke personligen. Reglerna för en sådan uppsägning hade av arbetsgivaren inte iakttagits, varför det kan sägas att arbetsgivaren försökt kringgå reglerna om saklig grund för uppsägning.

5.2.2.1 Diskussion

I detta rättsfall prövade AD legaliteten av de bakomliggande orsakerna till uppsägningen. Liknande bedömning av arbetsgivares bakomliggande skäl görs inte i de situationer denne väljer att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning. I sådana rättsfall har hittills arbetsgivares orsak godtagits utan att AD företagit prövning av dessa. Det kan därför ifrågasättas om utgången i det aktuella rättsfallet varit densamma om arbetsgivaren istället hävdade att uppsägningen haft sin grund i företagsekonomiska skäl. Med hänsyn till utgången i tidigare presenterade rättsfall hade AD troligtvis godtagit ett sådant skäl och därmed förklarat uppsägningen giltig. Följaktligen uppkommer återigen frågor huruvida rättssäkerheten och förutsebarheten i dessa frågor är tillräcklig.

Vidare fastslog AD att arbetsgivarens handlande "*... reellt sett inneburit (vår understrykning) att bolaget velat byta ut...*" arbetstagaren. Det framstår därmed som att AD fäster vikt vid det faktiska resultat som uppsägningen gett upphov till. Det verkar således som att AD till viss del bortser från vad som varit arbetsgivarens syfte, och alltså istället ser till de verkliga konsekvenserna av arbetsgivarens förfarande. Vad arbetsgivarens förfarande reellt sett inneburit i situationer arbetstagare nekats rätt till återanställning fäster som framgått AD inte vikt vid. I dessa situationer ska istället arbetstagaren styrka arbetsgivarens syfte. Det kan följaktligen sägas stå klart att det föreligger ytterligare skillnader i AD:s bedömning när det gäller kringgåenden av bestämmelser i LAS.

5.3 Sammanfattande diskussion

När det gäller kringgåenden av bestämmelser i LAS står klart att personaltillsättning på annat sätt än genom återanställning generellt sett inte kan anses strida mot reglerna om företrädesrätt till återanställning. Det har emellertid konstaterats vara oförenligt med rättskänslan om rättstillämpningen skulle tillåta att företrädesrätten kan kringgå till skada för företrädesberättigade arbetstagare. Det har därför slagits fast att det potentiellt finns en risk att sådana förfaranden uppkommer. Arbetsgivares beslut som fattas som ett led i dennes arbetsledningsrätt är emellertid av central betydelse för arbetsgivare, varför det uppställts tre bestämda förutsättningar för att ett otillbörligt kringgående ska anses föreligga. *För det första* fordras att de av arbetstagersidan åberopade omständigheterna på vanligt sätt blir styrkta av arbetstagen. *För det andra* fordras att arbetstagersidan dessutom kan styrka att arbetsgivarens syfte varit att undgå tillämpningen av företrädesrättsreglerna. *För det tredje krävs* därutöver att förfarandet med hänsyn till förhållandena i det enskilda rättsfallet ska framstå som otillbörligt. Efter en sammantagen bedömning av dessa förutsättningar framstår arbetstagenes möjligheter att uppfylla dessa som högst marginella.

Vidare står också klart att arbetsgivares omplaceringsrätt som en del av arbetsledningsrätten innebär en rätt för arbetsgivare att företa omplaceringar av arbetstagare mellan driftsenheter. Vidare är också klarlagt att denna rätt inte konkurrerar med företrädesrätten, vilket innebär att arbetstagenes rätt till återanställning inte gäller mellan olika driftsenheter. Värt att notera är också att utgången aldrig avgjorts till arbetstagersidans fördel i aktuella mål angående företrädesrättsreglerna. Detta kan sägas indikera att arbetstagenes möjligheter till framgång i dessa mål är ringa. Med anledning härav kan ifrågasättas om arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning i realiteten står i proportion till arbetstagenes rätt att efter uppsägning på grund av arbetsbrist återfå anställning.

Än mer intressant blir den frågeställningen om den ses i ljuset av andra avgöranden. AD har haft att ta ställning till huruvida arbetsgivare kringgått regler till skydd för arbetstagen genom att utan sakliga skäl provanställa en arbetstagen istället för att erbjuda tillsvidareanställning. Här utgick inte AD från de förutsättningar som framgår ovan, utan konstaterade istället att arbetsgivaren inte kunnat motivera valet av anställningsform. Det är därmed tydligt att AD i detta rättsfall utgick från vad arbetsgivarsidan framlagt, vilket torde vara ett naturligt led i process med en starkare part.

Därutöver har AD även haft att besvara frågan huruvida arbetsgivare kringgått reglerna om saklig grund för uppsägning. Återigen utelämnade AD diskussion om ovan nämnda förutsättningar och ålade inte arbetstagsidans några beviskrav i enlighet med dessa. Här utgick AD uteslutande från vad som framkommit i målet och konstaterade att arbetsgivaren inte företagit uppsägningen i enlighet med LAS. Återigen fastställde AD att arbetsgivaren inte lyckats visa att denne inte kringgått regler till skydd för arbetstagen.

Det kan följaktligen slås fast att AD i rättsfallen AD 1991 nr. 40 och AD 1991 nr. 136 inte ålagt arbetstagsidans några krav på bevisning utöver vad som vanligtvis gäller. AD utgick istället i dessa mål från vad som framlagts och slog utifrån det fast att *arbetsgivaren* inte lyckats visa att förfarandet företagits i enlighet med LAS. På grund härav har AD dömt till arbetstagsidans fördel. Det kan mot bakgrund av ovanstående fastslås att AD till viss del behandlat kringgåenden av regler i LAS inkonsekvent. Det faktum att AD företagit inkonsekventa bedömningar torde inte vara berättigat endast på grund av att olika regler varit för prövning. De berörda reglerna är i stor utsträckning av samma karaktär,¹²¹ varför det måste ifrågasättas om denna olika behandling är motiverad.

Klart står alltså att det enligt gällande rättsläge fordras att ovan nämnda förutsättningar måste uppfyllas för att ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning ska anses föreligga. Härutöver står också klart att företrädesrättsreglerna i princip endast kan aktualiseras under förutsättning att arbetsgivaren företar nyanställning. AD har emellertid fastslagit att reglerna även kan tillämpas om arbetsgivarens förfarande kan likställas med nyanställning, men inte närmare klargjort under vilka förutsättningar ett sådant likställande kan ske. Vad AD:s bedömningar reellt sett innebär är alltså att ett otillbörligt kringgående av aktuella regler är att anse som ett förfarande som ska likställas med nyanställning, vilket aktualiserar tillämpning av företrädesrättsreglerna. AD utelämnar emellertid en bedömning i förhållande till detta faktum, varför det är oklart vad som fordras för att ett förfarande från arbetsgivarens sida ska kunna likställas med nyanställning. Det kan därför ifrågasättas om rättssäkerheten härom är tillfredsställande.

Mot bakgrund av de oklarheter som råder i förhållande till ovan nämnda förutsättningar är det av betydelse att närmare undersöka deras innebörd. Med tanke på den inkonsekvens som råder i AD:s bedömningar på området måste också sägas stå klart att det finns ett be-

¹²¹ De framgår av LAS, utgör skydd för arbetstagen och berör regler i förhållande till personaltillsättning eller uppsägning.

hov av att närmare undersöka om denna olika behandling är motiverad eller om rättstillämpningen behöver förändras.

6 Analys av förutsättningarna för otillbörligt kringgående - de lege lata

6.1 Inledning

Det krävs alltså att tre förutsättningar är uppfyllda för att ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning ska anses föreligga enligt gällande rätt. Dessa förutsättningar synes vara högst svåruppfyllda för arbetstagare och förefaller dessutom inte äga tillämplighet vid kringgåenden av andra regler i LAS. Det är i denna del viktigt att poängtera att det i sig inte är anmärkningsvärt att en förutsättning är svåruppfylld. På grund av att arbetsgivare innehar rätten att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning måste förutsättningarna som begränsar denna rätt tillämpas återhållsamt. Genom sådan tillämpning hade arbetsgivares rättigheter upprätthållits, samtidigt som arbetstagare hade åtnjutit ett ändamålsenligt anställningsskydd vid otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Formuleringen och tillämpningen av förutsättningarna får emellertid inte resultera i att det bakomliggande syftet med förutsättningarnas uppkomst inte kan uppfyllas. Mot bakgrund av ovanstående förtjänar de tre förutsättningarna för otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna särskild uppmärksamhet.

6.2 Förutsättning ett - styrka åtgärderna

Den första av de tre förutsättningar som måste uppfyllas för att ett otillbörligt kringgående ska anses föreligga är att de åtgärder som påstås utgöra ett kringgående av företrädesrättsreglerna måste styrkas. För det första fordras följaktligen att arbetstagaren måste styrka de åtgärder som arbetstagaren anser utgör kringgåendet. Det görs i denna del således ingen bedömning av huruvida arbetsgivarens förfarande, varigenom denne tillgodosett personalbehov på annat sätt än genom återanställning, de facto varit att anse som otillbörligt. Detta krav torde överensstämma med vad som generellt sett måste kunna krävas och bör därför inte vålla större svårigheter än vad som normalt kan förväntas. Det första av de tre förutsättningarna måste därför sägas ge uttryck för den vanliga ordningen och kan därför i sig inte anses vara orimligt.

6.3 Förutsättning två - arbetsgivarens syfte

Den andra förutsättningen tar sikte på att arbetsgivarens syfte med ett förfarande ska ha varit att undvika tillämpning av företrädesrättsreglerna. För det andra fordras sålunda att arbetstagaren kan styrka att arbetsgivarens syfte varit att kringgå företrädesrättsreglerna. Denna förutsättning måste ses mot bakgrund av att arbetsgivarens beslut som tas på grund av organisatoriska, företagsekonomiska eller därmed jämförbara synpunkter i regel inte prövas av AD. Principiellt torde därför denna förutsättning fylla sin funktion under villkor att arbetsgivare explicit uttrycker sitt autentiska syfte när denna väljer att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning. På grund av att AD inte prövar arbetsgivarens beslut som fattas mot bakgrund av organisatoriska, företagsekonomiska eller därmed jämförbara skäl framstår det som högst osannolikt att arbetsgivare skulle hävda att ett visst förfarande genomförts på annan grund än nu angivna.

Alternativt torde förutsättningarna kunna uppfyllas om arbetsgivare agerat obetänksamt i så stor omfattning att omständigheterna i det enskilda fallet medför att AD inte kan bortse från att det reella syftet med arbetsgivarens beslut varit att kringgå företrädesrättsreglerna. Arbetsgivarens möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning är därmed omfattande, vilket innebär att det för arbetstagare torde vara mycket svårt att styrka att arbetsgivarens syfte varit att undgå tillämpning av företrädesrättsreglerna. Med anledning av att AD inte har att ta ställning till beslut som fattas mot bakgrund av företagsekonomiska skäl kan det ifrågasättas om AD varit för godtrogna vid uppställandet av denna förutsättning. Alternativt framstår det som att AD inte velat förblanda sig med frågor som potentiellt skulle innebära att arbetstagens företrädesrätt skulle begränsa arbetsledningsrätten.

Den andra förutsättningen måste också ses mot bakgrund av andra avgöranden från AD. I AD 1991 nr. 40 konstaterade AD att arbetsgivarens syfte inte varit att kringgå de aktuella reglerna till skydd för arbetstagaren. Trots detta ansågs arbetsgivarens förfarande av AD som så uppenbart omotiverat att det betraktades som ett kringgående av LAS. Här uppställdes alltså inget krav på att arbetstagsidan skulle bevisa arbetsgivarens syfte. AD utgick istället från vad som framkommit i målet och dömde till arbetstagsidans fördel med hänsyn till att arbetsgivaren inte lyckats motivera sitt förfarande. Därutöver togs i AD 1991 nr. 136 hänsyn till de reella konsekvenser som följde av en uppsägning. När det gäller kringgående av företrädesrättsreglerna tas emellertid inte hänsyn till sådana konsekvenser. Det är

därmed uppenbart att det föreligger stora skillnader i AD:s bedömningar när det gäller kringgåenden av bestämmelser i LAS till skydd för arbetstagare.

6.4 Förutsättning tre - otillbörligt handlande

Slutligen krävs också att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet ska framstå som otillbörligt. För det tredje fordras alltså att arbetsgivare, utöver att denne haft som syfte att kringgå aktuella regler, handlat på ett sätt som kan anses otillbörligt. AD har emellertid aldrig haft att ta ställning till denna förutsättning eftersom arbetstagersidans talan i samtliga nu aktuella rättsfall avslagits i samband med utredning av arbetsgivares syfte i enlighet med den andra förutsättningen. Det är därför till stor del oklart vad som krävs för att arbetsgivares handlande ska anses otillbörligt. AD har heller inte uttalat om de av arbetstagersidan åberopade omständigheterna, under förutsättning att de blivit styrkta, kan ge upphov till otillbörligt kringgående av företrädetsrättsreglerna.

Anmärkningsvärt är här också att arbetsgivares handlande förvisso teoretiskt sett skulle kunna betraktas som otillbörligt i enlighet med denna förutsättning. Ett sådant förfarande skulle emellertid tillåtas av AD om arbetstagersidan inte lyckas styrka att arbetsgivarens syfte varit att kringgå företrädetsrättsreglerna. Detta innebär följaktligen att hänsyn inte tas till de reella konsekvenserna av arbetsgivares förfarande under förutsättning att arbetstagersidan inte lyckas styrka arbetsgivarens syfte. Det bör emellertid här tydliggöras att förutsättningarna är kumulativa, vilket innebär att bedömningen av den tredje förutsättningen är beroende av huruvida förutsättning två uppfyllts, osv.

6.5 Sammanfattande diskussion

Det står mot bakgrund av ovanstående klart att den första förutsättningen (styrka åtgärderna) inte kan anses ge upphov till större svårigheter för arbetstagare än vad som normalt torde kunna krävas. Vad gäller den andra förutsättningen (arbetsgivarens syfte) är också klarlagt, med anledning av att arbetsgivares motiv till att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning normalt inte prövas av AD, att arbetstagers möjligheter att uppfylla denna förutsättning är ringa. Det är emellertid inte klarlagt huruvida arbetstagers möjligheter att uppfylla denna förutsättning är omotiverat låga, vilket skulle innebära att syftet med förutsättningarna inte uppnås. När det kommer till den tredje förutsättningen (otillbörligt handlande) kan också slås fast att detta krav *i sig* framstår som icke orimligt.

Det kan sålunda fastslås att det föreligger stora svårigheter för arbetstagare att uppfylla dessa förutsättningar, vilket får till följd att arbetsgivares potentiella möjligheter att kringgå företrådesrättsreglerna är omfattande. Tänkbart har därmed arbetsgivare även betydande möjligheter att endast skenbart hävda att ett visst förfarande tagits mot bakgrund av sådana skäl som normalt inte prövas av AD. Detta gör det i princip omöjligt för arbetstagare att styrka att arbetsgivares syfte med ett förfarande, varigenom denne tillsatt personal på annat sätt än genom återanställning, varit att kringgå företrådesrättsreglerna. Formuleringen och tillämpningen av förutsättningarna leder därmed till att reglerna om företrådesrätt till återanställning inte aktualiseras.

Därutöver förefaller det också anmärkningsvärt att AD helt utelämnar en bedömning i förhållande till dessa förutsättningar när den har att bedöma kringgåenden av andra regler i LAS till skydd för arbetstagare. Inte heller nämns något om varför sådana diskussioner utelämnas. Det bör här erinras om att rättsfallen till viss del rör olika regler. Dessa regler är emellertid till stora delar av samma karaktär och framgår av en lag med ett tydligt syfte, varför också bedömningen bör ske med utgångspunkt i samma grunder. Den omständigheten att rättsfallen behandlar olika bestämmelser kan således inte i sig utgöra tillräcklig grund för att olika behandling kan anses berättigad. För att uppnå effektivitet och förutsebarhet är istället samma typ av bedömning att föredra. På så sätt uppnås syftet med reglerna och rättsläget erhåller den förutsebarhet som ursprungligen eftersträvades.

Det måste mot denna bakgrund sägas stå klart att inkonsekvensen i AD:s bedömningar när det gäller kringgåenden av bestämmelser i LAS är omotiverad, vilket bidrar till ett osäkert och därmed ineffektivt rättsläge. Vidare synes förutsättningarna för otillbörligt kringgående av företrådesrättsreglerna ha potentialen att tillåta förfaranden som måste anses stridande mot rättskänslan i sådan mån att de rimligtvis inte bör tillåtas.¹²² Ett exempel får illustrera problematiken.

En arbetsgivare har identifierat ett personalbehov och bestämmer sig därför för att företa nyanställning. Rekryteringsprocessen är omfattande då många är intresserade av tjänsten. Arbetsgivaren utnyttjar sin långtgående anställningsrätt och anställer den person som arbetsgivaren anser mest lämplig för tjänsten och som passar in i företagets kultur. Tjänsten tillsätts och till en början fungerar allt bra då arbetstagaren passar väl in i företaget och sköter sina dagliga arbetsuppgifter tillfredställande. Efter tolv månader upplever emellertid ar-

¹²² Detta innebär alltså att syftet med förutsättningarna inte uppnås.

betsgivaren att arbetstagaren är långsam varför han inte längre lyckas genomföra sina dagliga arbetsuppgifter i tid. Istället för att samtala med arbetstagaren och på så sätt medvetandegöra honom om att denne inte uppfyller företagets målsättning väljer arbetsgivaren att belasta andra arbetstagare med det arbete som inte hunnits med. En kort tid senare anser arbetsgivaren att situationen inte längre är hållbar och bestämmer sig för att säga upp arbetstagaren. För att undvika kravet på saklig grund, vid uppsägning på grund av personliga skäl, företar arbetsgivaren en omorganisation som resulterar i en arbetsbristsituation. Då de andra arbetstagarna, om än med märkbar ansträngning, kan få arbetet utfört även utan den nyanställde arbetstagaren anser arbetsgivaren att saklig grund för uppsägning på grund av arbetsbrist föreligger. Ifrågavarande arbetstagare var den som senast blivit anställd i företaget vilket innebär att denne också är först på tur att bli uppsagd enligt turordningsreglerna. Vidare finns inga möjligheter att omplacera arbetstagaren. Vid uppsägningstillfället meddelas arbetstagaren att denne har företrädesrätt till återanställning.

En kort tid senare blir det dagliga arbetet ohållbart för de anställda, varför arbetsgivaren är i snabbt behov av personal. Arbetsgivaren är inte intresserad av att återanställa den uppsagda arbetstagaren på grund av dennes tidigare insatser i företaget, utan vill istället tillgodose personalbehovet på annat sätt. Arbetsgivare tillgodoser personalbehovet genom inhyrning av arbetskraft från bemanningsföretag och arbetsgivaren är tydlig med att inhyrningen endast ska gälla för begränsad tid. Den inhyrde arbetstagaren kvarstår emellertid hos arbetsgivaren under en tid av nio månader, vilket innebär att den uppsagda arbetstagarens företrädesrätt till återanställning inte längre kan göras gällande. Arbetsgivaren avslutar då samarbetet med bemanningsföretaget och företar sedermera en nyanställning. Arbetstagaren kontaktar sin arbetstagarorganisation om det inträffade varigenom organisationen stämmer arbetsgivaren för att få förfarande prövat av AD. Arbetstagersidan yrkar att arbetsgivaren gjort sig skyldig till otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning.

Inledningsvis ska framhållas att vad gäller det uppkomna personalbehovet på arbetsplatsen så tillmäts inte betydelse att arbetsgivaren själv skapat detta personalbehov genom uppsägningen. Arbetsledningsrätten ger arbetsgivaren möjlighet att i princip själv avgöra när en arbetsbristsituation föreligger och exemplet kan också denna arbetsbrist styrkas.¹²³ AD ifrågasätter inte nu aktuella beslut från arbetsgivares sida som fattats mot bakgrund av företagsekonomiska skäl.

¹²³ Med anledning av omorganisationen.

Vad sedan gäller frågan huruvida arbetsgivaren gjort sig skyldig till otillbörligt kringgående ska detta enligt gällande rätt bedömas utifrån tre kumulativa förutsättningar. Arbetstagsidan ska i första hand styrka de omständigheter som anses utgöra kringgåendet, vilket inte kan sägas vålla arbetstagsidan några större svårigheter. Svårigheten uppkommer först vid den andra förutsättningen, enligt vilken arbetstagsidan i andra hand ska styrka att arbetsgivarens syfte varit att kringgå reglerna om företrädesrätt till återanställning. Eftersom arbetstagsidan av förklarliga skäl inte kan veta arbetsgivarens faktiska syfte återopas istället omständigheter som tyder på att syftet varit att kringgå företrädesrättsreglerna. Här återopas det faktum att personalbehov uppstod i nära anslutning till uppsägningen, att inhyrningen på grund av sin långa karaktär måste betraktas som mer permanent och att arbetsgivaren i anslutning till att den uppsagda arbetstagsidans företrädesrätt löpte ut företog en ny anställning. I denna situation måste dessa återopanden ställas mot det som arbetsgivaren påstår. Eftersom bevisbördan åligger arbetstagsidan erfordras emellertid i stort sett endast att arbetsgivaren motiverar sitt handlande med hänsyn till vad som inryms i arbetsledningsrätten. Som tidigare framgått prövar AD inte beslut som tas mot bakgrund av sådana omständigheter, vilket leder till att arbetstagsidan inte kan anses ha styrkt att arbetsgivarens syfte varit att kringgå aktuella regler.

Ovanstående fiktiva exempel måste i hög grad anses vara stridande mot rättskänslan i sådan mån att det rimligtvis inte kan tillåtas. Förfarandet riskerar emellertid att passera rättstillämpningen på grund av förutsättningarnas utformning och tillämpning enligt gällande rätt. Så länge arbetsgivare är medveten om vilka skäl som kan återopas till stöd för sina förfaranden i kombination med att det åligger arbetstagsidan att styrka ett klandervärt syfte från arbetsgivare så kommer rättstillämpningen i regel inte kunna förhindra kringgåenden av nu aktuell karaktär. Om arbetstagsidan mot förmodan skulle kunna styrka syftet i enlighet med den andra förutsättningen är rättsläget fortfarande högst oklart vad gäller bedömningen av otillbörligheten enligt den tredje förutsättningen.

Mot bakgrund av ovanstående fiktiva exempel måste sägas stå klart att förutsättningarna för otillbörligt kringgående inte kan sägas fylla någon direkt funktion utan fungerar istället endast som ett skenbart anställningsskydd vid tillämpning av företrädesrättsreglerna. Förutsättningarna bidrar därmed till hög ineffektivitet, och kan därför sägas utgöra en konstruerad förevändning för att undvika gränsdragningsproblematiken mellan arbetsledningsrätten och anställningsskyddet vid tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning. För att säkerställa att syftet med förutsättningarna upprätthålls och att rättssäkerheten vid

tillämpning av företrädesrättsreglerna och dess effektivitet återfås behöver rättsläget genomgå förändring.

7 Förslag till förändring - de lege ferenda eller de sententia ferenda?

7.1 Bakgrund

Det är här av vikt att inledningsvis erinra om att uppsatsen tar utgångspunkt i *otillbörliga* kringgåenden av företrädesrättsreglerna, vilket innebär att det i uppsatsen föreligger en skillnad mellan tillbörliga och otillbörliga kringgåenden. Att företrädesrättsreglerna på ett tillbörligt sätt ska kunna kringgåas är onekligen en rättighet som måste kvarstå för arbetsgivare. Arbetsgivare ska alltså även fortsättningsvis vara berättigade att tillgodose personalbehov genom exempelvis inhyrning av personal från bemanningsföretag när det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning. Att inte låta otillbörliga kringgåenden passera, vilket också AD noterat, är emellertid av yttersta vikt för att företrädesrättsreglerna ska fylla sitt syfte och sin funktion och därmed bidra till ett förutsebart och effektivt rättsläge.

Som tidigare framgått måste arbetsgivare företa nyanställning för att företrädesrättsreglerna ska kunna tillämpas. Vad rättstillämpningen inte får tillåta är därmed nyanställning, eller förfaranden från arbetsgivares sida som kan likställas med nyanställning, vid tillämpning av företrädesrättsreglerna i vilka arbetsgivaren tillgodosett personalbehov på ett sätt än genom återanställning.

Tidigare har konstaterats att det reellt sett i princip är omöjligt för arbetstagare att styrka att arbetsgivares syfte varit att kringgå företrädesrättsreglerna genom ett visst förfarande. Det är därmed huvudsakligen den andra förutsättningen som orsakar det aktuella problemet, varför det också är denna förutsättning som är i störst behov av förändring. Det är emellertid viktigt att i detta sammanhang åter poängtera att de ändringsförslag som presenteras nedan tar utgångspunkt i lagtekniska och processrättsliga hänseenden eller förutsättningarnas tillämpning, och alltså inte mot bakgrund av politiska ställningstaganden. Som tidigare framgått har AD identifierat ett problemområde och ett skyddsvärt intresse, varigenom tre förutsättningar uppställts för att förebygga otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Det har emellertid i uppsatsen visats att dessa förutsättningar inte uppfyller sitt syfte, varför reglerna måste sägas vara ineffektiva och därmed bidra till ett oförutsebart rättsläge. Det är därför inte försvarbart att bibehålla gällande regler.

7.1.1 Samhällsutveckling

Ovan har konstaterats att gällande förutsättningar för otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna inte fyller sitt syfte och därmed inte heller sin funktion. Nedan presenteras därför tre ändringsförslag som tar utgångspunkt i att säkerställa att förutsättningarnas syfte uppnås, varigenom problematiken med gällande rätt begränsas. Ändringsförslagen bör emellertid inte endast beaktas utifrån processrättslig synvinkel och lagtekniska hänseenden. Ändringsförslagen tar nämligen även hänsyn till den pragmatiska tillämpningen, varför de även måste ses mot bakgrund av reell förankring och praktisk betydelse.

Inledningsvis ska här sägas att bemanningsbranschen under tiden för 1980 års rättsfall var en bransch som inte kunde bedrivas lagligt. I AD 1980 nr. 54 talas därför om inlåning av personal från annat företag istället för inhyrning av personal från bemanningsföretag, som synes vara den förekommande benämningen enligt gällande rätt. 1991 kom emellertid branschen att legaliseras varefter branschen genomgått markant tillväxt. Därefter har bemanningsföretagen erhållit stor betydelse på arbetsmarknaden och sysselsätter idag ungefär 70 000 personer. Det kan därmed konstateras att branschen utvecklats avsevärt de senaste 20 åren.

Det bör således has i åtanke att otillbörlighetskravet uppställt i 1980 års rättsfall har sitt ursprung från en tid då bemanningsbranschen var otillåten. Möjligheterna till att hyra in personal från bemanningsföretag är således avsevärt mycket större idag än vad som gällde på 1980-talet. Arbetsgivares ökade möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning torde i sin tur medföra att riskerna för kringgåenden av företrädesrättsreglerna som bör beaktas som otillbörliga också ökat. Trots att arbetsgivares möjligheter till inhyrning av personal från bemanningsföretag ökat avsevärt har arbetstagares rätt till återanställning förblivit oförändrad. Det kan därmed sägas att arbetstagares rätt till återanställning i realiteten inte utvecklats i samma takt som arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning. Det kan i detta sammanhang därför ifrågasättas huruvida arbetstagares rätt till återanställning undermineras till följd av arbetsgivares omfattande möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning.

Därutöver måste det faktum beaktas att arbetsgivare vid nyanställning innehar rätten att anställa den arbetstagare som av arbetsgivaren anses vara mest lämpad. Detta torde medföra att företrädesrätten för arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist är en rättighet

som måste återspeglas av arbetsgivares omfattande möjligheter att vid nyanställning välja arbetstagare.¹²⁴

Beaktansvärt i denna del är även den intressekonflikt som kan sägas uppstå mellan bemanningsföretag och arbetstagarorganisationer. Här kan konstateras att bemanningsföretag å ena sidan sedan 24 år tillbaka är en bransch som kan bedrivas lagligt med syfte att förse sina arbetstagare med arbete hos annat företag. Arbetstagarorganisationer har å andra sidan ett intresse av att skydda sina medlemmar mot att andra arbetstagare erhåller deras medlemmars arbete.¹²⁵ Både bemanningsföretag och arbetstagarorganisationer har således en vilja av att tillgodose kollektiva intressen. Lösningförslagen bör därför begrundas även utifrån denna intresseavvägning.

Slutligen bör även motiv och uttalanden i förhållande till reglerna om företrädesrätt till återanställning poängteras. Som tidigare¹²⁶ framgått utformades reglerna om företrädesrätt till återanställning för att "arbetsgivaren i första hand skall vända sig till redan anställda eller tidigare anställda med erbjudande om fortsatt eller nytt arbete när det är aktuellt för denne att anställa".¹²⁷ Märk här *i första hand* och *att anställa*. Vad som här åsyftas med att anställa är oklart. Det har emellertid uttalats att företrädesrätten gäller för det fall "*nya arbetstillfällen yppas*".¹²⁸ Någon närmare begreppsförklaring framställs inte, varför det kan ifrågasättas om det verkligen varit lagstiftarens mening att tillåta så högt uppställda beviskrav på arbetstagare som enligt gällande rätt råder. Vidare konstaterades på 1970-talet att vad som inbegrips under begreppet saklig grund är beroende av utvecklingen och gällande värderingar. Det slogs i anslutning härtill fast att omständigheter som ska anses utgöra saklig grund med tiden kan komma att utvecklas och att utrymmet för uppsägningar därför har potentialen att bli mindre.¹²⁹ Det kan här fastställas att arbetsbristbegreppet inte genomgått några förändringar, utan har endast konstaterats utgöra saklig grund för uppsägning. Eftersom denna grund för uppsäg-

¹²⁴ Det skulle i denna del kunna påstås att arbetsgivaren på grund av dessa långtgående rättigheter vid anställning "accepterar" den arbetstagare som anställs. Det är emellertid av vikt att poängtera att denna aspekt inte bör ha avgörande betydelse, utan att ändringsförslagen endast bör betraktas mot bakgrund av denna aspekt.

¹²⁵ Här ska alltså förstås sådana intressen hos arbetstagarorganisationer som är aktuella för dessa delar av uppsatsen.

¹²⁶ Se 4.1.

¹²⁷ Prop. 2005/06:185 s. 54.

¹²⁸ Prop. 1973:129 s. 165.

¹²⁹ Prop. 1973:129 s. 124.

ning inte ifrågasätts av AD eller på annat sätt genomgått någon förändring bör efterföljande anställningsskydd vara relativt starkt. Vid uppsägning på grund av arbetsbrist bör följaktligen arbetstagares rätt till återanställning återspeglas av arbetsgivares omfattande möjligheter att företa uppsägning på sådan grund.

Tillämpningen av företrädesrättsreglerna bör alltså inte endast beaktas med hänsyn till lagtekniska och processrättsliga överväganden, utan bör i enlighet med ovanstående beaktas i ett större sammanhang. Ändringsförslagen tar alltså även hänsyn till reell förankring och historiska uttalanden.

På grund av den intressekonflikt som råder inom området är det omöjligt att presentera en lösning som till fullo tillgodoser både arbetstagares och arbetsgivares intressen. Det har emellertid konstaterats att nuvarande förutsättningar inte uppfyller sitt syfte, vilket bidrar till ett oförutsebart och ineffektivt rättsläge. Nedan presenteras därför ändringsförslag som i uppsatsen anses bidra till att förutsättningarnas syfte uppnås för att därigenom säkerställa att rättsläget återfår sin förutsebarhet och effektivitet. Ändringsförslagen är således utformade för att upprätthålla balansen av arbetsmarknadsparternas intressen.

7.2 Presumtionsregel - de lege ferenda

För att påverka förhållandet mellan arbetsledningsrätten och anställningsskyddet och på så sätt inverka på genomslagskraften vid bedömningen av otillbörligt kringgående av företrädesrätten kan en presumtionsregel införas. Bedömningen skulle således kunna göras med utgångspunkt i att om den som anser sig ha blivit utsatt för ett otillåtet kringgående av företrädesrätten visar omständigheter som ger anledning att anta att kringgåendet inte företagits av organisatoriska, företagsekonomiska eller därmed jämförbara skäl, är det arbetsgivaren som ska visa att ett otillbörligt kringgående inte förekommit.

Denna presumtionsregel har sin förebild i Diskrimineringslag (2008:567) (DiskrL)¹³⁰ som innebär en delad bevisbörda. Denna regel skulle medföra att arbetstagarpart som hävdar att ett otillåtet kringgående av företrädesrätten förekommit ska visa faktiska omständigheter som ger anledning att anta att handlandet från arbetsgivarens sida inte företagits av varken organisatoriska, företagsekonomiska eller därmed jämförbara skäl. Om AD anser att arbetstagsidan lyckats göra detta antagligt bör presumeras att en nyanställningssituation är för

¹³⁰ 6 kap. 3 § DiskrL.

handen. Misslyckas arbetsgivaren sedermera med att bevisa motsatsen bör ett otillåtet kringgående av företrädesrättsreglerna anses föreligga. Arbetsgivaren erfordras i enlighet med detta ändringsförslag således att på ett trovärdigt och övergripande sätt visa att andra omständigheter än kringgående av reglerna varit avgörande vid handlandet.

Fördelarna med denna regel är att utrymme fortfarande finns för tillbörliga kringgåenden av företrädesrätten i enlighet med arbetsgivares arbetsledningsrätt. För det första torde det vara svårt för arbetstagarpart att göra antagligt att arbetsgivares handlande inte företagits av legitima skäl när handlandet de facto genomförts mot bakgrund av sådana skäl. För det andra kan sägas att om det skulle göras antagligt att arbetsgivare företagit handlandet av andra skäl, vilket aktiverar presumtionen, har arbetsgivare fortfarande möjlighet att häva denna presumtion. Om arbetstagsidan, som svagare part, kan styrka faktiska omständigheter som gör det antagligt att arbetsgivares handlande står i strid med LAS torde det också vara en ändamålsenlig ordning att arbetsgivare, som starkare part, har att häva presumtionen genom att bevisa motsatsen.

En annan fördel med detta ändringsförslag är också att regeln på ett tydligt sätt indikerar att personaltillsättningar från arbetsgivares som inte omfattas av arbetsledningsrätten inte får tillåtas. Enligt gällande rätt förhindras teoretiskt sett endast situationer där arbetsgivare näst intill handlat vårdslöst eller explicit uttryckt ett klandervärt syfte med handlandet som arbetstagsidan kan styrka. Vidare läggs med presumptionsregeln inte lika stor vikt vid arbetsgivares bakomliggande syfte till handlandet. Utgångspunkten är istället de faktiska omständigheterna som objektivt ska bedömas och det faktiska resultatet av att arbetsgivaren tillgodosett personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal.

Nackdelarna med förevarande presumptionsregel är att ansvaret för arbetsgivare ökar och att arbetsledningsrätten teoretiskt sett kan begränsas i märkbar mån. Regeln medför att arbetsgivare måste vara tydlig i sitt handlande med att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning, vilket begränsar den frihet som råder enligt gällande rätt.

Med denna presumptionsregel måste arbetsgivare således dels betänka huruvida skälet till sitt handlande är legitimt och dels vara beredd på att kunna försvara sitt handlande. Mer konkret innebär detta att arbetsgivare förutom att grunda beslut på exempelvis företagsekonomiska skäl även måste genomföra sitt handlande så att skälet återspeglas. Denna presumptionsregel kan även potentiellt innebära att arbetsgivare som förvisso tillgodosett personal-

behov, på annat sätt än genom återanställning, av legitima skäl ändå kan göra sig skyldig till ett otillåtet kringgående genom att ha agerat så pass obetänksamt att de faktiska omständigheterna inte kan häva presumptionen. Detta innebär att arbetsledningsrätten och anställningsskyddet ställs mot varandra, vilket därmed kan ge upphov till frågan om huruvida denna presumptionsregel går utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet med företrädesrättsreglerna.

De fördelar¹³¹ som vanligtvis förknippas med inhyrning av arbetskraft kan även sägas förlo-
ra sin betydelse då denna presumptionsregel potentiellt har en preventiv funktion mot in-
hyrning av personal. Resultatet kan således bli att arbetsgivare underlåter att varken återan-
ställa tidigare uppsagd personal eller hyra in arbetskraft under niomånadersperioden för att
inte riskera att göra sig skyldig till otillbörligt kringgående. På så sätt skulle en presumptions-
regel enligt detta ändringsförslag potentiellt kunna hämma sysselsättningsgraden i Sverige
då arbetsgivare väljer att inte utnyttja uppkomna personalbehov till att sysselsätta personal.

Ur ett rättssäkerhetsperspektiv är detta inte heller önskvärt då inhyrning av arbetskraft är
och ska vara ett legitimt medel för att tillgodose personalbehov. Detta gäller även då det
finns företrädesberättigade arbetstagare på arbetsplatsen men med begränsningen att ar-
betsgivare inte får otillbörligt kringgå reglerna om företrädesrätt. Presumptionsregeln skän-
ker vidare inte någon förutsebarhet till bedömningen om otillbörligt kringgående utan ris-
kerar istället att begränsa antalet förfaranden där arbetsgivare tillgodoser tillfälligt personal-
behov efter personalreduceringar. Vidare är det inte troligt att arbetsgivare, endast på den
grunden att det finns en presumptionsregel, i större mån skulle återanställa företrädesberätti-
gad personal än som sker enligt gällande rätt.

7.3 Nyanställningsbedömning - de sententia ferenda

Som tidigare framgått har AD slagit fast att en förutsättning för tillämpning av företrädes-
rättsreglerna är att arbetsgivare företar nyanställning.¹³² Det har även visats att AD sam-
mankopplat frågan huruvida arbetsgivare företagit nyanställning eller därmed likande med
frågan huruvida arbetsgivaren gjort sig skyldig till otillbörligt kringgående av företrädes-
rättsreglerna.¹³³ AD har i dessa delar endast slagit fast att arbetsgivare inte gjort sig skyldig

¹³¹ Jfr. 5.1.4.

¹³² Se 5.1.1.

¹³³ Se 5.1.3.1.

till otillbörligt kringgående, utan att ta ställning till huruvida förfarandet kunnat likställas med nyanställning. Det har i tidigare delar fastställts att detta tillvägagångssätt synes något otillräckligt.¹³⁴ Detta ändringsförslag tar med anledning härav utgångspunkt i huruvida arbetsgivares förfarande, varigenom denne på annat sätt än genom återanställning tillgodosett personalbehov när det finns arbetstagare med företrädesrätt till återanställning, kan likställas med nyanställning.

Som tidigare framgått anses inte den första förutsättningen vara i behov av förändring, varför denna förutsättning även bör gälla i enlighet med detta ändringsförslag. I ett första steg bör därför arbetstagaren styrka de åtgärder som påstås utgöra kringgåendet. Därefter ska enligt naturlig ordning arbetsgivaren ges möjlighet att yttra sig om de av arbetstagaren styrkta åtgärderna.

För att företrädesrättsreglerna ska kunna tillämpas krävs som tidigare framgått att arbetsgivare företar nyanställning eller liknande förfarande. För att AD:s bedömning på ett tydligare sätt ska överensstämma med detta krav bör dess bedömning i enlighet med detta ändringsförslag ta utgångspunkt i huruvida förfarandet kan likställas med nyanställning. I denna bedömning bör omständigheterna i det enskilda rättsfallet styra vad som ska tas hänsyn till. Här är det ur ett rättssäkerhetsperspektiv emellertid fördelaktigt om det uppställs vissa utgångspunkter från vilka bedömningen kan utgå.

För det första bör arbetsgivares förfarande bedömas ur ett tidsperspektiv, med vilket åsyftas förfarandets tidsmässiga placering. Med detta ska förstås att en nyanställning eller därmed likande förfarande torde ligga närmare till hands om arbetsgivare tillgodoser personalbehov på annat sätt än genom återanställning, tätt intill tiden för uppsägning jämfört med om förfarandet genomförts efter att en längre tid förflutit från tiden för uppsägning. Vad som här ska anses med längre tid bör rimligtvis ta utgångspunkt i förhållandet till företrädesrättens tidsmässiga utsträckning (dvs. nio månader¹³⁵). Tillgodoses personalbehov fyra månader efter tiden för uppsägning torde denna omständighet således i sig inte kunna ligga till grund för att förfarandet ska anses utgöra ett en nyanställning eller därmed liknande förfarande. Tillgodoses personalbehov inom två veckor efter tiden för uppsägning torde emellertid denna omständighet i sig indikera att arbetsbrist inte förelåg vid tiden för uppsägning, varför förfarandet i högre grad bör kunna likställas med nyanställning. Därutöver torde

¹³⁴ Se 5.1.1.1.

¹³⁵ Se kap 4.

även personaltillsättningens tidsmässiga längd tillmätas betydelse. Tillsätts personal endast tillfälligt bör alltså å ena sidan förfarandet inte kunna likställas med nyanställning. Om personaltillsättning varat under längre tid torde det emellertid även här vara närmare till hands att anse att arbetsbrist inte förelåg vid uppsägningstillfället. Detta förfarande bör därmed å andra sidan i större grad kunna likställas med nyanställning.

För det andra bör även beaktas vem som betalar tillsatta arbetstagares lön. Om denna lön betalas av arbetsgivaren torde detta antyda att förfarandet i större omfattning kan hänföras till en nyanställning. På liknande sätt torde ett förfarande där annan än arbetsgivaren betalar den tillsatta arbetstagarens lön inte i lika stor utsträckning kunna klassificeras som en nyanställning.¹³⁶

För det tredje bör andra villkor som arbetsledning, lönevillkor och arbetstid beaktas.¹³⁷ Om dessa villkor bestäms och utövas av arbetsgivaren bör den omständigheten i sig indikera att förfarandet bör betraktas som en nyanställning. Om däremot annan än arbetsgivaren har ansvar för dessa områden bör detta antyda att förfarandet i sig inte föranleder att det kan likställas med nyanställning. Därutöver är det av vikt att avgöra mellan vilka parter dessa villkor upprättats. Om dessa villkor kan sägas ha uppställts mellan arbetstagaren och arbetsgivaren bör det ligga närmare till hands att anse att ett avtalsförhållande uppstått, varför personaltillsättningen bör inbegripas under begreppet nyanställning. Om villkoren inte direkt gäller mellan den tillsatta arbetstagaren och arbetsgivaren bör detta betyda att något avtalsförhållande mellan dessa inte uppstått, varför förfarandet heller inte bör betraktas som en nyanställning. Kan AD konstatera att arbetsgivares förfarande är att likställa med nyanställning, och att arbetsgivare genom detta förfarande inte erbjudit tidigare uppsagda arbetstagare med företrädesrätt återanställning, har till följd därav ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna skett. Kan det på likande sätt slås fast att förfarandet inte kan likställas med nyanställning har följaktligen inte företrädesrättsreglerna kringgåts på ett otillbörligt sätt.

Nyanställning är som framgått en förutsättning för tillämpning av företrädesrättsreglerna. Att på detta sätt utgå från huruvida arbetsgivarens förfarande, genom vilket denne tillsatt personal på annat sätt än genom återanställning när det finns arbetstagare med företrädes-

¹³⁶ Ett exempel på denna situation är när personal hyrs in från bemanningsföretag. I en sådan situation betalar bemanningsföretaget den tillsatta arbetstagarens lön.

¹³⁷ Detta ska inte förstås som en uttömmande lista, utan stället fungera som en indikation om vilken typ av villkor som kan tas i beaktning.

rätt till återanställning, kan anses utgöra nyanställning eller därmed liknande torde därför vara ett naturligt tillvägagångssätt. Genom detta förslag åläggs arbetstagaren inte lika tunga beviskrav jämfört med vad som utgör gällande rätt. Därutöver koncentreras bedömningen kring faktiska konsekvenser, vilket får till följd att arbetstagares svårigheter med att styrka arbetsgivares syfte med ett förfarande undviks.

Här är vidare även av vikt att både arbetstagares företrädesrätt och arbetsgivares arbetsledningsrätt respekteras i enlighet med syftet till LAS. Eftersom företrädesrättsreglerna i princip inte är tänkta att äga tillämplighet utanför nyanställningssituationer torde AD:s bedömning av huruvida arbetsgivares personaltillsättning kan likställas med nyanställning ske relativt restriktivt. AD har emellertid konstaterat att förfaranden kan likställas med nyanställning,¹³⁸ vilket berättigar detta ändringsförslag. Trots denna utvidgning av begreppet nyanställning bör det ställas höga krav på arbetstagarsidans bevisning, vilket kan sägas innebära att arbetsledningsrätten inte ifrågasätts i samma omfattning som i tidigare ändringsförslag. Detta bör uppfattas som att arbetsledningsrätten respekteras i större omfattning, utan att ålägga arbetstagaren det betungande kravet att bevisa arbetsgivarens syfte med ett visst förfarande. Med detta förslag synes följaktligen båda parter intressen respekteras i större mån än vad som kan sägas vara fallet med gällande rätt.

På grund av att detta ändringsförslag inte ger upphov till några förändringar i bedömningen av legaliteten till arbetsgivares bakomliggande orsaker till varför personaltillsättning sker på annat sätt än genom återanställning, finns emellertid anledning att ifrågasätta huruvida förslaget faktiskt bidrar till förändring i gällande rättsläge. Därutöver utelämnas helt bedömning av arbetsgivarens syfte, vilket kan få till följd att förfaranden tillåts passera, trots att syftet skulle kunna anses klandervärt.

7.4 Omfördelad bevisbörda - de sententia ferenda

Det har ovan klargjorts att den första förutsättningen innebärande att arbetstagaren har att styrka de åtgärder som påstås utgöra kringgåendet inte ger upphov till högre beviskrav än vad som normalt torde kunna krävas. Detta krav på arbetstagare bör därför kvarstå i sin nuvarande lydelse även enligt detta ändringsförslag. Att därutöver även kräva att arbetstagaren måste visa att arbetsgivarens syfte med ett förfarande varit att kringgå företrädesrättsreglerna framstår emellertid som orimligt, och då framförallt med tanke på att arbetsgivares

¹³⁸ Se 5.1.1.

bakomliggande skäl till att inte återanställa i regel inte prövas av AD. På grund härav framstår det som att det finns ett behov av att omfördela denna bevisbörda. Med anledning av att arbetsgivaren måste anses utgöra den starkare parten och därmed även inneha bättre förutsättningar för att ange skäl för sitt förfarande sker denna omfördelning rimligtvis genom att arbetsgivare åläggs tyngre bevisbörda. I ett andra steg bör således arbetsgivaren åläggas att visa att dennes syfte med de av arbetstagaren styrkta åtgärderna inte varit att kringgå företrädesrättsreglerna. Därefter bör som ett tredje steg AD ta ställning till huruvida arbetsgivaren lyckats visa att syftet med de av arbetstagaren styrkta åtgärderna inte varit att kringgå företrädesrättsreglerna.

I denna del torde det emellertid vara orimligt om det skulle vara tillräckligt för arbetsgivare att endast kunna hävda att förfarandet genomförts mot bakgrund av exempelvis företags-ekonomiska skäl. Om så var fallet skulle de reella konsekvenserna inte varit annorlunda jämfört med nu gällande förutsättningar. Istället bör tillämpningen av förslaget innebära att arbetsgivare har att återge varför de av arbetstagaren styrkta åtgärderna vidtagits, varefter AD bör bedöma legaliteten av dessa skäl. Detta tillvägagångssätt överensstämmer till stora delar med bedömningen i AD 1991 nr. 136, i vilket AD tog ställning även till omständigheterna som inte direkt var hänförliga till uppsägningen i sig.

Den tredje förutsättningen bör därmed falla bort, eller i vart fall inte uppställas som en separat prövning. Otillbörlighetsbedömningen bör istället ingå som ett resultat av AD:s bedömning efter att arbetsgivaren framlagt sin bevisning. Kan det av AD konstateras att arbetsgivaren i denna del inte lyckats visa att syftet med de av arbetstagaren styrkta åtgärderna inryms i arbetsledningsrätten¹³⁹ bör förfarandet likställas med nyanställning. Ett sådant förfarande bör därmed betraktas som ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Kan däremot arbetsgivare visa att syftet med de av arbetstagaren styrkta åtgärderna inryms i arbetsledningsrätten bör handlandet inte likställas med nyanställning, varför förfarandet inte heller bör anses utgöra ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Kan således konstateras att arbetsgivares förfarande ska likställas med nyanställning har ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna skett, varför också sanktioner bör aktualiseras. Detta innebär följaktligen att ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna enligt

¹³⁹ Det vill säga att syftet inte varit av organisatoriska, företagsekonomiska eller därmed jämförbara skäl.

detta ändringsförslag medför en skyldighet för arbetsgivare att till arbetstagare utge skadestånd i överensstämmelse med tidigare framlagda bestämmelser.¹⁴⁰

Det bör här å ena sidan poängteras att organisations- och personalfrågor ofta förknippas med viss komplexitet, varför det i sådana beslut många gånger fordras betydande undersökningar.¹⁴¹ Dessutom måste arbetsledningsrätten respekteras, vilket torde medföra att det av arbetsgivare endast kan krävas att denne gör sannolikt att syftet med förfarandet inte varit att kringgå företrädetsreglerna. Det bör alltså ställas relativt höga krav på vad som ska föranleda att handlandet ska anses otillbörligt. Här bör emellertid å andra sidan inte endast omständigheter direkt hänförliga till förfarandet beaktas, utan även sådant som kan ha påverkat arbetsgivarens handlande.

Att på detta sätt omfördela bevisbördan som följer av den andra förutsättningen enligt gällande rätt medför både för- och nackdelar. Här kan inledningsvis nämnas att bedömningen till stora delar sker på samma sätt som i de tidigare diskuterade rättsfallen i vilka kringgåenden ansetts otillbörliga. Detta medför således att rättssäkerheten ökar vilket innebär att arbetsmarknadsparterna erhåller bättre insikt i vad som kan förväntas vid eventuell tvist.

Därutöver måste sägas stå klart att bevisbördan fördelas mellan parterna på ett sätt som i högre grad överensstämmer med vad som vanligtvis torde gälla. Gällande rätt innebär i princip att arbetstagaren åläggs all bevisbörda, vilket inte överensstämmer med vad som vanligtvis förekommer i tvist mellan ojämnt starka parter. Detta förslag omfördelar som framgått denna bevisbörda och ålägger den starkare parten (dvs. arbetsgivaren) större bevisbörda. Det missförhållande av bevisbördan som kan sägas råda enligt gällande rätt reduceras alltså genom detta förslag.

Eftersom förslaget ålägger arbetsgivare tyngre bevisbörda än vad gällande rätt innebär kan det sägas att arbetsledningsrätten i större utsträckning ifrågasätts. Det är därför viktigt att här poängtera att det bör ställas höga krav på arbetstagaren i sin bevisning angående de åtgärder som av denne påstås utgöra kringgåendet. Det är här också av vikt att påminna om att arbetsgivaren endast i förhållande till *de av arbetstagaren styrka åtgärderna* har att *göra det sannolikt* att syftet med *dessa åtgärder* inte varit att undgå tillämpning av företrädetsreglerna. Detta ändringsförslag är följaktligen inte tänkt att uppfattas som att arbetslednings-

¹⁴⁰ Se 4.3.

¹⁴¹ SOU 2005:105 s. 185.

rätten inskränks, utan bör istället tolkas som en tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning genom vilken arbetstagares återställningsrätt i högre grad respekteras i enlighet med syftet till reglerna. Det uppstår därmed fråga huruvida den verkliga genomslagskraften påverkas genom användande av detta tillvägagångssätt. Potentiellt skulle användande av detta förslag inte medföra några omfattande resultatförändringar jämfört med gällande rätt. Genom detta förslag görs emellertid tydligare att arbetstagares företrädesrätt ska respekteras i enlighet med syftet till LAS. Därutöver överensstämmer även det processrättsliga tillvägagångssättet med vad som i allmänhet torde vara gällande.

7.5 Vilket ändringsförslag bör tillämpas?

Det kan med anledning av ovanstående sägas stå klart att den bevisbörda som arbetstagare har enligt gällande förutsättningar inte överensstämmer med det bakomliggande syftet till deras uppkomst, vilket måste sägas innebära att arbetstagares företrädesrätt till återanställning inte respekteras i enlighet med syftet till LAS. Därutöver har även konstaterats att de presenterade ändringsförslagen, utöver lagtekniska och processrättsliga överväganden, bör beaktas med hänsyn till den pragmatiska tillämpningen och reell förankring. Det är här av vikt att poängtera att ändringsförslagen inte har som syfte att, om de tillämpas, bidra till förändring av de domslut som presenterats i tidigare delar av uppsatsen. Ändringsförslagen är istället utformade för att i större utsträckning förhindra sådana förfaranden från arbetsgivares sida som, vilket också AD uttalat, måste anses vara stridande mot rättskänslan i sådan mån att de inte rimligen får tillåtas. Som klargjorts ovan kan detta syfte inte anses uppfyllas med nu gällande förutsättningar. Klart står därför att AD:s avsikt med hur reglerna är tänkta att fungera inte återspeglas i den pragmatiska tillämpningen. Nedan diskuteras med anledning härav de ändringsförslag som presenterats i det tidigare, för att därefter kunna fastställa vilket av dem som bör gälla för att reglerna om företrädesrätt till återanställning ska fungera ändamålsenligt.

7.5.1 Presumtionsregel

Vad gäller utformandet av en presumtionsregel så måste först och främst bedömas huruvida en sådan regel skulle vara ändamålsenlig för att uppfylla syftet med reglerna om företrädesrätt. Då nämnda presumtionsregel har sin förebild i DiskrL är det viktigt att jämföra det skyddsvärda intresset av ifrågavarande lagregel. Att motverka diskriminering i arbetslivet utgör ett särskilt skyddsvärt intresse som därav kan motivera inskränkningen av den tidiga-

re fria anställningsrätt som arbetsgivare åtnjöt. Presumtionen måste anses stark och det räcker för den utsatta att göra det antagligt att diskriminering har skett för att presumtionen ska aktualiseras. Eftersom företrädesrättsreglerna inte är avsedda att tillämpas under andra omständigheter än då arbetsgivare företar nyanställning eller därmed jämförbart förfaranden så kan inte en presumptionsregel anses ändamålsenlig. En presumptionsregel riskerar närmare bestämt att begränsa situationer där arbetsgivare tillgodoser personalbehov på annat sätt än genom återanställning även om det inte kan anses utgöra nyanställning eller därmed jämförbart förfarande.

Då arbetsgivare lagenligt innehar rätten att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning kan det inte anses tillräckligt att arbetstagersidan endast gör det antagligt att förfarandet strider mot regler i LAS för att en presumtion ska aktualiseras. Därmed måste det sägas stå klart att otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna inte kan anses vara ett skyddsvärt intresse av liknande proportioner som diskriminering, varför en presumptionsregel skulle vara för långgående. Arbetsledningsrätten skulle då begränsas betydligt och likaså möjligheten att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning. Balansen av arbetsmarknadsparternas intressen skulle därmed troligtvis inte upprätthållas genom tillämpning av nu diskuterade regel.

7.5.2 Nyanställningsbedömning

Vad gäller tillvägagångssättet i enlighet med nyanställningsbedömningen presenterad ovan står det klart att bevisbördan förblir oförändrad. Däremot åläggs arbetstagar inte lika tungt beviskrav som enligt gällande rätt. Denna förminskning av arbetstagens processrättsliga skyldigheter synes ligga i linje med vad som torde vara gällande i tvist mellan två ojämnt starka parter. En process i enlighet med denna nyanställningsbedömning ger emellertid upphov till frånsteg från grundprincipen om att företrädesrättsreglerna principiellt endast tillämpas vid nyanställning. AD har förvisso klargjort att förfaranden från arbetsgivares sida, varigenom denne tillgodosett personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal, kan likställas med nyanställning. Det framstår emellertid som att en process vilken huvudsakligen utgår från om förfarandet kan likställas med nyanställning är ett frånsteg som endast torde vara berättigat i undantagsfall. Konsekvenserna av detta ändringsförslag är följaktligen att arbetstagens bevisbörda reduceras för att till större del överensstämma med vad som torde vara gällande i tvist med en starkare part. Det framstår emellertid som att denna justering av arbetstagens bevisbörda inte uppväger det från-

steg från grundprincipen som ändringsförslaget medför. Att på detta sätt utgå från om ett förfarande är att likställa med nyanställning synes därför inte vara det mest fördelaktiga tillvägagångssättet.

7.5.3 Omfördelad bevisbörda

Det kan alltså konstateras att rättsläget inte bör ändras i enlighet med de två tidigare ändringsförslagen. Vad som därmed kvarstår att analysera är huruvida en omfördelad bevisbörda och en justering av beviskraven i överensstämmelse med detta ändringsförslag på ett bättre sätt överensstämmer med reglerna och till följd därav bidrar till större förutsebarhet och effektivitet.

Som ovan konstaterats medför gällande förutsättningar principiellt att det är omöjligt för arbetstagare att styrka att arbetsgivares syfte varit att kringgå företrädesrättsreglerna. Det är därför sannolikt att arbetstagare inte anser sig ha någon större chans till framgång i mål i vilka arbetsgivares förfarande ifrågasätts. Detta kan presumtivt leda till att arbetstagare generellt accepterar att inte återanställas, även om sådan rätt de facto skulle föreligga. Förutsättningarna för otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna i enlighet med detta ändringsförslag resulterar emellertid i preventiva effekter som torde ge upphov till motsatsen. Arbetsgivare torde alltså i större omfattning endast tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning när personaltillsättningen faktiskt genomförs av berättigade skäl.

Omfördelningen av bevisbördan och justeringen av beviskraven i enlighet med detta ändringsförslag resulterar också i att möjligheterna för arbetsgivare att endast skenbart hävda att personaltillsättning genomförts mot bakgrund av berättigade skäl minskar. De preventiva effekterna resulterar således även potentiellt i att arbetsgivare i större omfattning återanställer företrädesberättigade arbetstagare när personaltillsättning på annat sätt inte kan ske av berättigade skäl. Därmed kan sägas att arbetstagare i större utsträckning kan förväntas bli erbjuden återanställning och att arbetsgivare i högre grad kan förutse huruvida personaltillsättning på annat sätt än genom återanställning kan företas lagenligt. Ändringsförslaget bidrar således till ökad förutsebarhet och därmed även till större rättssäkerhet.

Vidare är viktigt att poängtera att nuvarande förutsättningar för otillbörligt kringgående upprättades för att förhindra förfaranden som från rättslig synvinkel framstår som stötande och oriktiga. Som ovan visats finns emellertid en risk att formuleringen och tillämpningen av gällande förutsättningar tillåter sådana förfaranden. Det kan därför sägas att det ur-

sprungliga syftet med nuvarande förutsättningar inte uppfylls, varför den pragmatiska tillämpningen inte till fullo överensstämmer med AD:s föreställningsbild. Förutsättningarna för otillbörligt kringgående saknar därmed till viss del reell förankring. På grund härav framstår det, som tidigare nämnts, som meningslöst att behålla förutsättningar enligt gällande rätt. Genom att omfördela bevisbördan så att arbetsgivare åläggs en del av den bevisbörda som enligt gällande rätt åligger arbetstagare ökar arbetstagares chanser till framgång i mål i vilka arbetsgivare de facto företagit personaltillsättning på annat sätt än genom återanställning av oberättigade skäl. På så sätt kan det ursprungliga syftet med förutsättningarna i större omfattning uppnås, vilket ökar deras reella förankring och betydelsen av företrädesrättsreglerna.

Genom att ålägga arbetsgivaren bevisbörda i enlighet med detta ändringsförslag kan sägas att arbetsledningsrätten i större omfattning ifrågasätts. Fråga uppstår därför om, trots tidigare diskuterade fördelar, det är befogat att omfördela bevisbördan enligt detta ändringsförslag. I denna del är tidigare avgöranden av betydelse. I AD 1991 nr. 40 konstaterade AD att arbetsgivaren inte visat något sakligt skäl till att inte erbjuda arbetstagaren det anställningsskydd som skulle följt av en tillsvidareanställning. I detta rättsfall är alltså tydligt att arbetsgivaren ålades den tyngsta bevisbördan, vilket måste sägas indikera att ändringsförslaget stämmer överens med bedömningen i enlighet med detta rättsfall. Därutöver konstaterades även att arbetsgivarens syfte inte varit att kringgå de i rättsfallet aktuella reglerna, men att förfarandet trots det var så uppenbart omotiverat att det ansågs utgöra ett missbruk av aktuella regler till skydd för arbetstagaren. Att således kräva att arbetstagare ska styrka arbetsgivares syfte med ett visst förfarande synes alltså inte överensstämma med vad som generellt torde vara gällande. Det faktum att arbetsgivare i andra rättsfall,¹⁴² i vilka regler i LAS varit för prövning, ålagts att visa sitt syfte med ett visst förfarande torde följaktligen indikera att omfördelningen av bevisbördan i enlighet med detta ändringsförslag är befogad.

Därutöver ska även AD 1991 nr. 136 nämnas. I detta rättsfall accepterade inte AD de av arbetsgivaren åberopade omständigheterna till stöd för att reglerna om saklig grund inte iakttagits. Istället bedömde AD legaliteten av de bakomliggande skälen till uppsägningen, varefter konstaterades att arbetsgivaren inte genomfört uppsägningen lagenligt. Att på detta sätt ifrågasätta och bedöma arbetsgivares bakomliggande skäl till ett visst förfarande över-

¹⁴² AD 1991 nr. 40 och AD 1991 nr. 136.

ensstämmer således med detta ändringsförslag, i vilket som ett sista steg ingår en bedömning av huruvida de av arbetsgivaren åberopade omständigheterna kan anses berättigade. Även med anledning av detta rättsfall synes en omfördelning av bevisbördan i enlighet med detta ändringsförslag vara befogad.

Det aktuella ändringsförslaget kan också sägas utgöra en utveckling av rättstillämpningen av företrädesrättsreglerna. Det bör därför undersökas om denna utveckling kan motiveras även på andra grunder än redan framförda. Som tidigare konstaterats är det huvudsakliga syftet till LAS att arbetstagare ska garanteras ett så långtgående anställningsskydd som möjligt. Därutöver fastslogs också i förarbeten på 1970-talet att arbetsgivares möjligheter till att företa uppsägningar är beroende av samhällsutveckling och rådande värderingar. Det indikerades därmed att utrymmet för uppsägningar kan inskränkas, vilket bör ha i åtanke vid rättstillämpningen av företrädesrättsreglerna. Här fastslogs förvisso att utrymmet för *uppsägningar* med tiden kunde reduceras, vilket torde medföra att arbetsbrist som skäl för saklig grund bör tillämpas med viss försiktighet. Gällande rättsläge innebär emellertid omfattande möjligheter för arbetsgivare att företa uppsägning på grund av arbetsbrist, varefter det enligt gällande förutsättningar även är enkelt att kringgå arbetstagares efterföljande företrädesrätt till återanställning. Med anledning härav torde det vara förenligt att uppsägning med anledning av arbetsbrist medför en stark rätt till återanställning i enlighet med detta ändringsförslag.

Det ska här emellertid erinras om att ändringsförslaget inte har för avsikt att inskränka arbetsgivares arbetsledningsrätt i förhållande till dennes rätt att avgöra när det föreligger arbetsbrist. Syftet är heller inte att inskränka arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning, *när så sker av berättigade skäl*. Ändamålet med ändringsförslaget är istället att öka den reella förankringen av tillämpningen av företrädesrättsreglerna för att på så sätt i större omfattning uppnå syftet med förutsättningarna. För att uppnå syftet med reglerna måste säkerställas att rättstillämpningen inte tillåter förfaranden att passera som måste betraktas vara av sådan karaktär att de kan anses stridande mot rättskänslan. Detta innebär att lovligheten i ett förfarande från arbetsgivares sida, varigenom denne tillgodosett personal på annat sätt än genom återanställning, måste bedömas med utgångspunkt i den reella grunden för förfarandet. Dessutom är företrädesrättsreglerna utformade på grundval av att arbetsgivare *i första hand* ska vända sig till företrädesberätti-

gad personal när denne har för avsikt att anställa¹⁴³. Detta tillvägagångssätt säkerställs genom ändringsförslaget och synes även överensstämma med tidigare uppfattning.¹⁴⁴

Som tidigare konstaterats bör även tillämpningen av företrädesrättsreglerna, och därmed även ändringsförslagen, ses mot bakgrund av ett större sammanhang. Visserligen måste de huvudsakliga intressekonflikterna sägas bestå i arbetsgivares intresse av att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning och företrädesberättigade arbetstagares intresse av att återfå anställning. Detta innebär således att arbetsledningsrätten konkurrerar med företrädesrätten. Återigen är av vikt att erinra om att ändringsförslagen inte ska förstås som en inskränkning av något av dessa intressen. Det är istället fråga om att i ändamålsenlig mening upprätthålla båda parter rättigheter, vilket åstadkoms genom att endast förhindra sådana personaltillsättningar från arbetsgivares sida som innebär att företrädesrättsreglerna kringgås av oberättigade skäl. På så sätt upprätthålls alltså balansen av båda parter intressen.

Därutöver har även fackliga organisationer en vilja att tillgodose arbetstagares gemensamma intressen. Här bör påpekas att företrädesrätten utgör en (potentiell¹⁴⁵) intjänad och lagstadgad individuell rättighet, som alltså ställs emot arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning. Det är alltså av vikt att även värdet av dessa rättigheter upprätthålls, vilket måste sägas vara uppgift för domstol i det enskilda fallet.

Det kan mot bakgrund av ovanstående konstateras att det huvudsakliga problemet för arbetstagare att styrka arbetsgivares syfte med ett visst förfarande helt undanröjs genom tillvägagångssättet i enlighet med detta ändringsförslag. Samtidigt synes både arbetsgivares arbetsledningsrätt och arbetstagares företrädesrätt respekteras i sådan mån att ingetdera intresse undermineras av motpartens rättighet. Därmed står också klart att syftet med förutsättningarna och LAS i större omfattning uppnås. Detta ändringsförslag torde därför begränsa de problem som idag råder på området, varför också den reella tillämpningen till större del överensstämmer med AD:s ursprungliga föreställningsbild. Genom detta ändringsförslag återfår således förutsättningarna sin funktion varigenom även syftet med före-

¹⁴³ Eller därmed jämförbart förfarande.

¹⁴⁴ Se prop. 1973:129 s. 125.

¹⁴⁵ Jämför SvJT 2010 s. 802, Ulander-Wänman, Carin, *Flexibel arbetskraft och rättens flexibilitet*.

trädesrättsreglerna efterföljs. Rättsläget återfår därmed genom detta ändringsförslag den effektivitet och förutsebarhet som ursprungligen eftersträvades.

8 Slutsatser

Syftet med denna uppsats var att utreda under vilka förutsättningar ett otillbörligt kringgående av reglerna om företrädesrätt till återanställning ska anses föreligga. Eftersom utredningen visade att dessa förutsättningar inte överensstämmer med det bakomliggande syftet till deras uppkomst undersöktes även huruvida förutsättningarna och deras tillämpning behöver förändras.

Här bör åter erinras om att gällande problematik i uppsatsen inte anses vara hänförlig till politiska ställningstaganden. Problemet med det aktuella rättsläget anses i uppsatsen istället vara ett resultat av att gällande förutsättningar för otillbörligt kringgående är för svåruppfyllda. Det har emellertid i uppsatsen konstaterats att förutsättningar som är svåruppfyllda inte nödvändigtvis måste innebära att deras funktion inte uppfylls. I uppsatsen har emellertid slagits fast att bevisbördan och beviskraven i enlighet med förutsättningarna inte överensstämmer med det bakomliggande syftet till deras uppkomst. Följaktligen riskerar gällande rättstillämpning att tillåta personaltillsättningar från arbetsgivares sida som måste anses stridande mot rättskänslan, varför syftet med förutsättningarna inte uppfylls. Problematiken resulterar därmed i ett oförutsebart rättsläge med ineffektiva regler, i vilket uppsatsen tagit utgångspunkt.

Det har konstaterats att arbetsledningsrätten och anställningsskyddet är två motstående intressen, vilket ständigt präglar utformningen av regler i arbetsrätten. Problematiken konkretiseras då arbetsgivares rättighet att leda och fördela arbetet utgör en central del av arbetsrätten, samtidigt som det bakomliggande syftet till LAS är att ge arbetstagare så långtgående anställningsskydd som möjligt. Det kan därför slås fast att det är omöjligt att uppställa klara gränser mellan å ena sidan arbetsgivares rättigheter och å andra sidan arbetstagares rättigheter.

När det gäller arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal fastslogs AD i 1980 års rättsfall att arbetsledningsrätten i viss mån var så omfattande att det fanns risk att företrädesrättsreglerna kunde kringgå till skada för företrädesberättigad personal. Synen på rättsläget har därefter utvecklats varefter det av AD har konstaterats det är upp till rättstillämpningen att förhindra sådana kringgåenden. På grund härav uppställdes tre kumulativa förutsättningar. Det bakomliggande syftet till dessa förutsättningar är att förhindra förfaranden från arbetsgiva-

res sida som måste anses vara stötande och stridande mot rättskänslan. Det ska således framhållas att AD genom att utforma förutsättningarna gav uttryck för ett anställningsskydd vid tillämpningen av företrädesrättsreglerna och motsatsvis en begränsning av arbetsledningsrätten när arbetsgivare tillgodoser personalbehov på annat sätt än genom återanställning. I uppsatsen har det emellertid konstaterats att förutsättningarna endast har en skenbar effekt, med vilket ska förstås att förutsättningarna reellt sett inte innebär ett anställningsskydd eller en begränsning av arbetsledningsrätten. Förutsättningarnas utformning i kombination med rättstillämpningen ger också uttryck för att arbetsledningsrätten i förhållande till företrädesrätten i stort sett är obegränsad. Detta måste sägas innebära att balansen mellan anställningsskyddet och arbetsledningsrätten inte upprätthålls i ändamålsenligt ordning.

Förutsättningar uppställda till skydd för arbetstagare kan inte vara försvarbara när de inte uppfyller sitt ursprungliga syfte. På samma sätt kan förutsättningar inte vara berättigade när den preventiva effekt som rättstillämpningen ämnar uppnå med dem saknar reell förankring. Mot denna bakgrund fastställdes att förutsättningarna enligt gällande rätt behöver genomgå förändring. Med anledning härav utarbetades tre olika förslag till ändring av rättsläget. Det ändringsförslag som därefter konstaterades vara det mest lämpliga innebär ett tillvägagångssätt som omfördelar bevisbördan och justerar beviskraven som uppställts av AD. Detta resulterar i att tillvägagångssättet i högre grad överensstämmer på ett ändamålsenligt sätt både med förutsättningarnas syfte (att förhindra kringgåenden som anses stridande mot rättskänslan) samtidigt som reglerna därmed ger upphov till den preventiva funktion mot otillbörliga kringgåenden som initialt eftersträvades.

Med ändringsförslaget torde även balansen mellan arbetsledningsrätten och anställningsskyddet upprätthållas i enlighet med syftet till LAS. Eftersom arbetsgivare tämligen enkelt kan företa en lagenlig uppsägning på grund av arbetsbrist bör arbetstagare i större omfattning kunna förvänta sig att bli återanställd när nya arbetstillfällen därefter uppstår. Med gällande rätt finns dessutom en risk att oberättigade personaltillsättningar, varigenom företrädesrättsreglerna otillbörligt kringgås, tillåts passera. Av den anledningen syftar ändringsförslaget till att förhindra arbetsgivares möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning, *när det bakomliggande skälet inte kan anses berättigat*. Arbetsgivare fordras således i enlighet med ändringsförslaget att, vid domstolsprövning i dessa situationer, göra det sannolikt att förfarandet företagits av berättigade skäl. Detta tillvägagångssätt överensstämmer med de i uppsatsen presenterade rättsfallen där AD prövat kringgåenden

av andra regler till skydd för arbetstagare, varför det framstår som omotiverat att uppställa högre beviskrav på arbetstagare när det gäller kringgående av företrädesrättsreglerna.

Vad gäller den begränsning av arbetsledningsrätten som kan tyckas framstå som en konsekvens av ändringsförslaget ska här understrykas att arbetsgivare enligt gällande rätt åtnjuter omfattande möjligheter att kringgå företrädesrättsreglerna.¹⁴⁶ Även vid en bedömning enligt ändringsförslaget har arbetsgivare stora möjligheter att tillgodose personalbehov på annat sätt än genom återanställning av företrädesberättigad personal. Skillnaden i enlighet med ändringsförslaget är att arbetsgivare vid domstolsprövning tvingas åberopa omständigheter som motiverar handlandet. Eftersom personaltillsättning rör frågor om verksamhets organisation är beviskravet i enlighet med ändringsförslaget relativt lågt ställt. Detta beviskrav ska således uppfattas som en vilja att även fortsättningsvis värna om den centrala arbetsledningsrätten.

Det ska framhållas att ändringsförslaget inte nödvändigtvis innebär att rättsfall som redan prövats av AD, eller framtida rättsfall vars omständigheter är liknande dessa rättsfall, skulle eller kommer få annan utgång. Effekten är istället att ändringsförslaget på ett tydligt sätt ger uttryck för att skydda företrädesberättigad personal under vissa omständigheter. Potentiella effekter kan således vara att arbetsgivare i första hand i större mån återanställer företrädesberättigad personal när berättigade skäl till att inte göra det saknas. I andra hand torde ändringsförslaget ge upphov till att rättsfall som rör kringgåenden som de facto kan anses vara stötande och stridande mot rättskänslan i större utsträckning prövas av AD. Med anledning härav säkerställs alltså att förutsättningarna erhåller den effektivitet som ursprungligen eftersträvades, varigenom den reella förankringen ökar och därigenom tillförsäkrar företrädesrättsreglerna sin betydelse.

Avslutningsvis ska poängteras att möjligheten att mer konkret utarbeta en gränsdragning mellan arbetsledningsrätten och anställningsskyddet vid tillämpning av reglerna om företrädesrätt till återanställning inte torde vara möjligt med gällande lagstiftning. En sådan gränsdragning hade fordrat en omfattande revision av LAS eftersom många bestämmelser är beroende av varandra. Det är vidare av vikt att poängtera att arbetsledningsrätten inte är lagstadgad. Avsaknaden av regler i förhållande till denna rättighet innebär en möjlighet för AD att utveckla rätten i takt med att samhället medför möjligheter varigenom arbetsgivare tillåts

¹⁴⁶ Här måste understrykas att ändringsförslaget inte de facto ska uppfattas som en inskränkning av arbetsledningsrätten, utan endast att den tillåts utövas på ett sätt som överensstämmer med syftet med aktuella regler.

kringgå regler uppställda till skydd för arbetstagare. Det är här av vikt att även rättstillämpningen av regler till skydd för arbetstagare utvecklas på samma sätt, för att på så sätt säkerställa att reglernas funktion och effektivitet upprätthålls. Tillåts förfaranden som strider mot reglers ursprungliga syfte förlorar reglerna sin funktion, varför meningen med att behålla dem kan ifrågasättas. Rättstillämpningen behöver därför genomgå förändring i takt med samhällsutvecklingen - annars riskerar regler att inte längre uppfylla sitt syfte och därmed förlora sin funktion.

Referenslista

Författningar

Svenska arbetsgivareföreningen (SAF)

Regeringsform (1974:152)

Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Lagen om anställningsskydd (1982:80) (cit: LAS)

Diskrimineringslag (2008:567) (cit: DiskrL)

Rättspraxis

AD 1930 nr. 52

AD 1932 nr. 100

AD 1933 nr. 159

AD 1980 nr. 54

AD 1983 nr. 46

AD 1986 nr. 50

AD 1986 nr. 144

AD 1991 nr. 40

AD 1991 nr. 136

AD 1993 nr. 101

AD 1994 nr. 122

AD 1994 nr. 140

AD 1995 nr. 107

AD 1995 nr. 108

AD 1996 nr. 56

AD 2000 nr. 26

AD 2000 nr. 29

AD 2003 nr. 4

AD 2003 nr. 29

AD 2003 nr. 115
AD 2004 nr. 52
AD 2007 nr. 72
AD 2010 nr. 10
AD 2010 nr. 62
AD 2011 nr. 5
AD 2011 nr. 30
AD 2013 nr. 60
AD 2014 nr. 41

Förarbeten

Regeringens proposition 1973:129 - Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Regeringens proposition 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

Regeringens proposition 1994/95:76 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler

Regeringens proposition 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt

Stärkt rätt till heltidsanställning, Betänkande av Heltidsutredningen, Stockholm 2005, SOU 2005:105

Regeringens proposition 2005/06:185 - Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen

Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige, Betänkande av Bemanningsutredningen, Stockholm 2011, SOU 2011:5

Utredningen om inhyrning och företrädesrätt till återanställning, *Inhyrning och företrädesrätt till återanställning: betänkande*, Fritze, Stockholm 2014, SOU 2014:55

Litteratur

- Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 13., omarb. och kompletterade uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007 (cit: Adlercreutz & Mulder, *Svensk arbetsrätt*)
- Andersson, Anderz, Edström Örjan & Zanderin, Lars, *Arbetsrätt*, 5. uppl., Liber AB, Malmö, 2010 (cit: Andersson, Edström & Zanderin, *Arbetsrätt*)
- Bernitz, Ulf (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 12. uppl., Juristförl., Stockholm, 2012 (cit: Bernitz, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*)
- Johnson, Anders, *Hyrt går hem: historien om den svenska bemanningsbranschen*, Informationsförlaget, Stockholm, 2010
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6., [uppdaterade och omarb.] uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010 (cit: Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*)
- Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningskydd - En lagkommentar*, 10. uppl., Norstedts Juridik. Stockholm, 2010 (cit: Lunning & Toijer, *Anställningskydd - En lagkommentar*)
- Melin, Stefan, *Juridikens begrepp*, 5. utök. uppl., Iustus, Uppsala, 2012 (cit: Melin, *Juridikens begrepp*)
- Modéer, Kjell Å., *Rättsteknik*, Studentlitteratur, Lund, 1988 (cit. Modéer, *Rättsteknik*)
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 (cit. Peczenik, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*)
- Rönnmär, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004 (cit: Rönnmär, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet*)
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007 (cit. Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*)
- Sigeman, Tore, *Arbetsrätten: en översikt*, 5., [rev. och utök.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010 (cit: Sigeman, *Arbetsrätten*)

Ulander-Wänman, Carin, *Flexibel arbetskraft och rättens flexibilitet*, SyJT 2010 s. 797

Öman, Sören, *Lagen om anställningskydd - En kommentar*, Karnov Group Sweden AB, Stockholm, 2013 (cit: Öman, *Lagen om anställningskydd - En kommentar*)