



JONAS MALMBERG

ANSTÄLLNINGS- AVTALET

OM ANSTÄLLNINGSFÖRHÅLLENDETS
INDIVIDUELLA REGLERING

54

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA
FAKULTETEN
I UPPSALA

 **IUSTUS FÖRLAG**
Juridiska Föreningen i Uppsala

Abstract

Malmberg, J. 1997: Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering. The Employment Contract. Individual regulation of the employment relationship. Iustus Förlag 413 pp. Uppsala 1997. ISBN 91-7678-347-2

In this thesis, the author examines the extent to which the Swedish Labour Court accords significance to individual employment contracts, and other factors personal to the employer and employee, in determining the content of the employment relationship (i.e. the rights and duties of the parties).

The first task is to establish the limits of the parties' freedom of contract. Rules provided for by statute, collective agreement and case law may be either mandatory or default rules. A default rule governs the parties' relationships unless they, explicitly or implicitly, contract out of it. The question here is how to determine whether a particular rule is mandatory or a default rule.

Even mandatory rules, however, can leave a certain amount of space for individual contracts. Normally, a mandatory rule is only aimed at contractual clauses which involve disadvantages for one party. In addition, the mandatory character of the rule usually ceases at a certain point of time, e.g. when the right which the rule grants one of the parties has come into being.

When the default character of a rule has been confirmed, the next question is under which circumstances the parties to an individual employment contract can be assumed to have exercised their right to diverge from that which is set out in the rule.

These are the central legal questions in the thesis. The main place to look for answers to these questions is in the case law of the Labour Court. This collected case law is examined with three different purposes in mind. The primary purpose is to analyse the content of the law as it is today (the *lex lata*). A second purpose is to compare the solutions reached in the case law of the Labour Court in this area to those reached in other areas of the law of contracts. Finally, an attempt is made to shed light on the underlying goals of the case law of the Labour Court, in other words, the values which this case law seeks to protect.

*Jonas Malmberg, Juridiska institutionen, Uppsala Universitet
Box 512, S-751 20 Uppsala*

© Jonas Malmberg och Iustus Förlag AB, Uppsala 1997

ISSN 0282-2040

ISBN 91-7678-347-2

Sättning: författaren

Omslag: IdéoLuck AB

Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1997

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Förord

Först och främst vill jag rikta ett tack till min handledare Tore Sigeman och Kent Källström, vilka generöst delat med sig av sitt rika kunnande om arbetsrätt, rättsvetenskap och universitetsvärlden.

Ett stort antal äldre och yngre forskare vid fakulteten har – med den blandning av genuint intresse och gammaldags plikt känsla som präglar mycket av arbetet vid fakulteten – tagit sig tid att läsa och diskutera mer eller mindre genomarbetade utkast. Ett särskilt tack går till Anders Agell, Håkan Andersson, Jan Andersson, Torbjörn Andersson, Bertil Bengtsson, Thomas Bull, Jan Kellgren, Mikael Möller, Torben Spaak och Bo Wennström. Även övrig personal vid fakulteten och det juridiska biblioteket är värda ett tack.

Thomas Ennefors (åklagarkammaren i Luleå), Ingemar Persson (Enköpings tingsrätt), Jonas Stålnacke (SKTF) och Sören Öman (justitiedepartementet) har läst och kommenterat hela avhandlingen. Jag har också haft förmånen att få diskutera en tidigare version av kapitel 11 med juristerna vid Arbetsdomstolen. Eva Thorell och David Johnsson har biträtt vid upprättande av källförteckning. Maud Rosendal har läst korrektur. Ian Cameron har översatt sammanfattningen. För allt detta är jag djupt tacksam.

Under arbetet har jag haft en doktorandtjänst vid Juridiska fakulteten i Uppsala. Fakulteten har tillsammans med Emil Heijnes fond för rättsvetenskaplig forskning givit tryckbidrag. Arbetsmarknadens stipendiefond för arbetsrättslig forskning har lämnat bidrag till inköp av den dator jag nu skriver på.

Ett tack riktas också till Ewa, Eva, Nina och Ulrika på Iustus förlag. Det känns skönt att nu veta att ni är lika bra på att ta hand om författare som jag brukar säga att ni är.

Mina tankar går även till min familj. Avhandlingen tillägnas Anton och Frida, vars småbarnsår har sammanfallit med min doktorandtid. Utan er hade livet varit mycket fattigare och boken klar för länge sedan.

Uppsala den 1 mars 1997

Jonas Malmberg

Innehåll

Förkortningar 12

1 Inledning 13

- 1.1 De centrala rättsfrågorna 13
- 1.2 Bakgrunden 14
- 1.3 Material och perspektiv 19
- 1.4 Det rättsdogmatiska perspektivet 21
 - 1.4.1 Inledning 21
 - 1.4.2 Konstruktiv rättsdogmatik 22
 - 1.4.3 Det juridiska paradigmet 25
 - 1.4.4 Auktoritetsskäl och sakskäl 26
 - 1.4.5 Rättstillämpning eller regelbildning 30
- 1.5 Det internt komparativa perspektivet 36
- 1.6 Det teleologiska perspektivet 38
 - 1.6.1 Allmänt 38
 - 1.6.2 Ekonomisk effektivitet 42
 - 1.6.3 Rättvis fördelning 45
 - 1.6.4 Skydd för etablerade positioner 47
- 1.7 Disposition 50

2 Något om den grundläggande begreppsbyggnaden 52

- 2.1 Några arbetsrättsliga termer och begrepp 52
- 2.2 Om tolkning och utfyllning 55
- 2.3 Avtalets byggstenar 58
 - 2.3.1 Allmänt 58
 - 2.3.2 En historisk skiss 60
 - 2.3.3 Något om allmänna läror 63
 - 2.3.4 Karlstens viljeförklaringsbegrepp 65
 - 2.3.5 Arnholms ”dispositive utsagn” 69
 - 2.3.6 Grönfors’ avtalsgrundande rättsfakta 70

- 2.3.7 Lehrbergs viljeförklarings teori 72
- 2.3.8 Ett materiellt avtalsparadigm 74
- 2.3.9 Några konklusioner 76
- 2.4 Om gemensam partsuppfattning m.m. 78

3 Tvingande rättsregler 82

- 3.1 Inledning 82
 - 3.1.1 Allmänt 82
 - 3.1.2 Olika typer av tvingande regler 83
 - 3.1.3 Skälen för att införa tvingande regler 84
- 3.2 Hur känner man igen tvingande rättsregler? 87
 - 3.2.1 Inledning 87
 - 3.2.2 Tvingande lagars tillämpningsområde 87
 - 3.2.3 Kringgående av lag 89
 - 3.2.4 Offentligrättsligt sanktionerade regler 91
 - 3.2.5 36 § AvtL och tvingande materiella regler uppställda i praxis 94
- 3.3 Avvikelse från ensidigt tvingande regler 95
- 3.4 När uppnås avtalsfrihet? 100
 - 3.4.1 Tvingande lagar i allmänhet 100
 - 3.4.2 Arbetsrättsliga lagar 102
- 3.5 Förutsättningarna i övrigt för eftergift av tvingande regler 107
- 3.6 Några avslutande synpunkter 115

4 Kollektivavtalets tvingande verkan 117

- 4.1 Inledning 117
- 4.2 Verkan av avtal i strid med kollektivavtal 120
- 4.3 Hur avgörs om en kollektivavtalsbestämmelse är tvingande eller dispositiv? 125
 - 4.3.1 Inledning 125
 - 4.3.2 Underbetalning 126
 - 4.3.3 Metoder för lörens beräkning m.m. 127
 - 4.3.4 Överbetalning 128
 - 4.3.5 Avvikelse från dolda klausuler 131
- 4.4 När uppnås avtalsfrihet? 136
 - 4.4.1 Rättsläget under KAL 136
 - 4.4.2 Rättsläget efter införandet av MBL 140
- 4.5 Avslutande synpunkter 142

5	Kollektivavtalets verkan för utanförstående	144
5.1	Historiskt förspel och lösningen i KAL	144
5.2	Arbetsgivarens skyldigheter i förhållande till avtalsslutande arbetstagarorganisation	147
5.3	Förhållandet mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och utanförstående arbetstagare	151
5.3.1	Inledning	151
5.3.2	Personliga avtal om att tillämpa kollektivavtalets normer	152
5.3.3	Allmänt om kollektivavtalets utfyllande verkan	153
5.3.4	Vilka kollektivavtalsnormer får utfyllande verkan?	158
5.3.5	Exkurs om preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal m.m.	165
5.3.6	Avvikelse genom personliga avtal	171
5.3.7	Avslutande synpunkter om kollektivavtalets utfyllande verkan	175
5.4	Kollektivavtalets verkan för anställda hos utanförstående arbetsgivare	176
6	Avtal om anställningsform	182
6.1	Inledning	182
6.2	Bevisbördan	185
6.3	Avtalstemat	186
6.4	Formkrav, informationsplikt och gemensam partsuppfattning	190
6.5	Gemensam partsuppfattning går inte att fastställa	196
6.6	Betydelsen av branschpraxis	204
6.7	Efterföljande omständigheter	211
6.8	Sammanfattande synpunkter	214
6.9	Exkurs. Avtal om starkare anställningsskydd	215
7	Avtal om skiljeförfarande	219
7.1	Inledning	219
7.2	För- och nackdelar med skiljeförfaranden	220
7.3	Om skiljeklausuler i allmänhet	223
7.4	Skiljeklausuler i anställningsavtal	226
7.4.1	Huvudregeln om skiljeavtalets tyngande karaktär	226
7.4.2	Bevisbörda och avtalstema	227

- 7.4.3 Gemensam partsuppfattning 228
- 7.4.4 Gemensam partsuppfattning går inte att fastställa 229
- 7.4.5 Undantag från huvudregeln 230
- 7.5 Betydelsen av kutymer 233
- 7.6 Särskilt om skiljeklausuler i kollektivavtal 234
- 7.7 Något om skiljeavtalets omfattning 237
- 7.8 Avslutande synpunkter 240

8 Personliga avtal i arbetsledningsfrågor 244

- 8.1 Inledning 244
 - 8.1.1 Allmänt om arbetsledningsrätten 244
 - 8.1.2 Terminologi och normstruktur 247
 - 8.1.3 Rättslig överprövning av omplaceringar i vissa fall 250
 - 8.1.4 Tolkningsföreträde och omplacering enligt 7 § 2 st. LAS 254
- 8.2 Primär arbetsskyldighet 255
- 8.3 Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetsuppgifterna 259
 - 8.3.1 LO/SAF-området 259
 - 8.3.2 Offentliga sektorn 261
 - 8.3.3 Privatanställda tjänstemän 268
 - 8.3.4 Några avslutande anmärkningar 269
- 8.4 Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetsplatsen 271
- 8.5 Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetstidens förläggning 277
- 8.6 Personliga avtal om begränsning i arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet 282
- 8.7 Några konklusioner 291

9 Avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner 293

- 9.1 Terminologi, rättsföljder och problembeskrivning 293
- 9.2 Allmänt om avtalstillämpning som rättsfaktum 297
- 9.3 Gränsdragningen i AD:s praxis 299
 - 9.3.1 Allmänt 299
 - 9.3.2 Gruppinriktade förmåner 300
 - 9.3.3 Löneliknande förmåner 307
 - 9.3.4 Mellanfallen 308
 - 9.3.5 Betydelsen av kollektivavtalets innehåll och kollektivavtalsförutsättningar 311

- 9.4 Anspråk på förmåner vid enstaka tillfällen eller till dess annat beslutats 315
 - 9.4.1 Allmänt 315
 - 9.4.2 Av arbetsgivaren uppställda generella regler 316
 - 9.4.3 Tolkningsföreträdet enligt 35 § MBL 317
 - 9.4.4 Lagregler om kompensation för inkomstbortfall 318
- 9.5 Sammanfattande synpunkter 319

10 Avtalsförändring. Introduktion 322

- 10.1 Inledning 322
- 10.2 Förändring genom kollektivavtal 323
- 10.3 Förändring genom personliga avtal eller ensidigt agerande 324
 - 10.3.1 Förslag till ändring av anställningsvillkoren och uppsägning av villkorsskäl 324
 - 10.3.2 Ändringsavtal och ensidiga utfästelser 326
 - 10.3.3 Några speciella fall 330
 - 10.3.3.1 Eftergift av rätt att åberopa skiljeavtal 330
 - 10.3.3.2 Förlängning av preskriptionsfrist 331
 - 10.3.3.3 Ändring av arbetstidsmått 334
 - 10.3.3.4 Förlängning av uppsägningstid 335
- 10.4 Ensidig ändring inom ramen för anställningen 337
- 10.5 Partiell uppsägning 337

11 Avtalsförändring och anställningsskydd 339

- 11.1 Uppsägning av anställningen 339
- 11.2 Villkorsändring vid tvingande regler om fortsatt avtalsförhållande 342
 - 11.2.1 Hyra av bostadslägenheter 342
 - 11.2.2 Försäkringsavtal för konsumenter 343
- 11.3 Anställningsskyddet 345
 - 11.3.1 Allmänt 345
 - 11.3.2 Gränsen mellan arbetsbrist och personliga skäl 346
 - 11.3.2.1 Uppsägningsskäl som rättsfaktum samt bevisbördan 346
 - 11.3.2.2 Rättslig kvalificering av uppsägnings-skäl 351
 - 11.3.3 Arbetsgivarens lojalitetsplikt i uppsägnings-situationer 355
 - 11.3.4 Uppsägning av villkorsskäl. Prövningen vid personliga skäl 360

11.3.5 Uppsägning av villkorsskäl. Prövningen vid
arbetsbrist 364

12 Slutord. Har utfyllande regler en styrande funktion? 369

Summary 376

Källor 388

Rättsfall 404

Sakregister 412

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser i kommunala kollektivavtal
ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
AD	Arbetsdomstolen eller Arbetsdomstolens domar
AK	Andra kammaren
AUL	Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar
AML	Arbetsmiljölag (1977:1160)
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar ...
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BrB	Brottsbalken
Ds	Departementsserie
FML	Lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
JB	Jordabalken
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
JÄML	Jämställdhetslagen (1991:433)
LAD	Lagen (1928:254) om arbetsdomstol
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LRA	Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister
LU	Lagutskottet
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridisk Arkiv avdelning I
NJA II	Nytt Juridisk Arkiv avdelning II
NJM	Förhandlingarna vid nordiska juristmöten
RB	Rättegångsbalken
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapernas domstol
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
Rt	Norsk retstidende
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen
SOU	Statens offentliga utredningar
StjL	Statstjänstemannalagen
SU	Särskilda utskott
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Retsvitenskap
UB	Utsökningsbalken
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

1 Inledning

“The stories told by contract doctrine are human stories of power and knowledge. The telling of those stories – like the telling of any story – is, in one sense, an impoverishing exercise: The infinitely rich potential that we call reality is stripped of detail, of all but a few of its aspects. But it is only through this restriction of content that any story has a meaning.”¹

1.1 De centrala rättsfrågorna

Anställningsförhållandet får sitt innehåll från en lång rad normkällor, såsom lag, kollektivavtal, rättsregler som kan utläsas ur rättspraxis, olika former av sedvanor samt personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. I avhandlingen skall undersökas vilken betydelse arbetsdomstolen tillmäter personliga avtal och andra individuella moment vid fastställande av anställningsförhållandets innehåll. Frågeställningarna kan illustreras med följande fall.

Snickaren Nils Sigvard Nilsson anställdes 1957 vid LKAB i Malmberget. På hans anställningskort antecknades ”Antagen som träarbetare i Byggn.avd”. Byggnadsavdelningen var belägen ovan jord och Nilsson arbetade där under drygt sex år. År 1964 underrättade bolaget Nilsson om att han efter semestern skulle omplaceras till byggnadsarbete under jord. Nilsson var enligt allmänna regler (29/29-principen) skyldig att arbeta under jord. Arbetstagarsidan hävdade emellertid att Nilssons arbetsskyldighet hade begränsats genom ett personligt avtal mellan honom och bolaget. Bolaget menade dels att ett sådant avtal skulle vara ogiltigt på grund av tvingande regler, dels att något avtal om begränsning av arbetsskyldigheten inte träffats mellan bolaget och Nilsson.²

¹ Dalton, Yale Law Journal, vol. 94 (1985) s. 1113.

² AD 1965 nr 21. Fallet analyseras i avsnitt 8.6.

En första uppgift i ett sådant fall är att utreda ramarna för arbetsgivares och arbetstagares avtalsfrihet. Regler som framgår av lag, kollektivavtal och rättspraxis kan antingen vara tvingande eller dispositiva i förhållande till personliga avtal. En fråga är hur man avgör om en regel är tvingande eller dispositiv. Vidare måste uppmärksammas att även tvingande regler medger visst utrymme för personliga avtal. Normalt hindrar en tvingande regel endast avvikelser som innebär försämringar för ena parten. Dessutom upphör vanligen regelns tvingande karaktär vid någon tidpunkt, t.ex. när den rättighet vilken regeln tillförsäkrar ena parten har aktualiserats.

Kan det konstateras att en viss regel är dispositiv i förhållande till personliga avtal är nästa fråga under vilka förutsättningar parterna i det enskilda anställningsavtalet anses ha utnyttjat möjligheten till avvikelse från regeln. Frågan är med andra ord vad som krävs i det enskilda fallet för att ett avtal som avviker från en dispositiv rättsregel skall ha träffats.

Personliga avtal är inte det enda sätt varpå individuella moment, vilka härrör från enskilda arbetsgivare och arbetstagare, kan inverka på anställningsförhållandets innehåll. Vissa utfyllande regler har en allmän eller elastisk utformning. Sådana regler måste i rättstillämpningen preciseras för att kunna tillämpas i enskilda fall. Vid den tankeoperation som behövs för att en elastiskt utformad regel skall kunna översättas till ett enskilt fall kan hänsyn tas till olika typer av omständigheter. I avhandlingen kommer vissa utfyllande regler att analyseras. Vid analysen av dessa kommer särskild vikt att läggas vid vilken betydelse domstolen tillmäter individuella moment när de utfyllande reglerna skall preciseras i enskilda fall.

Detta är de centrala rättsfrågorna för denna avhandling.

1.2 Bakgrunden

Personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare intog länge en underordnad ställning i arbetsrättsliga framställningar. Folke Schmidt angav år 1958 att det allra vanligaste på arbetsmarknaden var att det personliga avtalet endast avsåg själva överenskommelsen om att arbetsgivaren tog arbetstagaren i sin tjänst. I övrigt fick anställningsförhållandet sitt innehåll från andra normkällor. Schmidt beskrev avtalsfriheten på arbetsrättens område som att ingen kunde tvingas att ställa sig som part i ett anställningsförhållande.³ Det finns flera förklaringar till att det personliga avtalet marginaliserades.

³ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 31. Jfr samme författare i Löntagarrätt, 2 uppl. 1980, s. 21. Där framhålls att det personliga avtalet har stor betydelse i fråga om lön för privat-

I tiden före industrialismens genombrott var arbetsavtalen till stor del reglerade genom legostadgan och olika reglementen för speciella näringsgrenar, såsom skråordningen för hantverket.⁴ Dessa regleringar lämnade föga utrymme för avtalsfrihet. Till och med lönen storlek bestämdes av myndigheterna. Från mitten av 1800-talet kom dessa regleringar att förlora i betydelse. Vissa regler avskaffades under intryck av liberala idéer. Andra slutade helt enkelt att tillämpas, t.ex. genom att arbetsgivare och arbetstagare underlät att iaktta de formkrav som legostadgan föreskrev. Man talar om det fria arbetsavtalet och karaktäriserar perioden som arbetsrättens liberala epok. Eftersom arbetaren inte hade något annat att erbjuda än "the original foundation of all other property, (...) the strength and the dexterity of his hands",⁵ ledde frigörelsen från den tidigare regleringen till ett större beroende. I praktiken bestämde arbetsgivarna mer eller mindre ensidigt anställningsvillkoren.

Från decennierna runt sekelskiftet inträder arbetsrättens kollektiva epok. Under denna tid kom kollektivavtalet att ersätta det enskilda anställningsavtalet som den främsta normkällan för anställningsförhållanden. De förändringar som inträdde utgjorde en reaktion på de missförhållanden som följde i det fria arbetsavtalets kölvatten. Uppfattningen inom fackföreningsrörelsen var länge att anställningsförhållandets innehåll uttömmande skulle regleras genom kollektivavtal. Arbetarna bildade en klass vilken skulle vinna inflytande genom att visa intern solidaritet och att uppträda gemensamt mot arbetsgivarna. Man betraktade personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare med stor misstänksamhet och motsatte sig att skriftliga anställningsbevis upprättades, även om dessa inte upptog andra villkor än som följde av kollektivavtalet.⁶ Kollektivavtalsbestämmelser var tvingande i högre grad än de är idag.

När arbetsdomstolen inrättades år 1928 var dess behörighet begränsad till att pröva mål om kollektivavtal.⁷ Domstolen var därigenom förhindrad att pröva anspråk som grundade sig på personliga överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare.⁸ I praktiken innebar detta att den

anställda tjänstemän samt att alla väsentliga avtalsmoment för företagsledare regleras i personliga avtal. Se även Suviranta, *Scandinavian Studies in Law* 1965 s. 180.

⁴ Se till det följande Adlercreutz, *Kollektivavtalet* s. 97 ff., Schmidt, *Tjänsteavtalet* s. 9 ff., Svensäter, *Anställning och upphovsrätt* s. 30 ff. och Sigeman, *SvJT* 1984 s. 875 ff. med hänvisningar.

⁵ Adam Smith, citat efter Simitis i *Reflexive Labour Law* s. 185.

⁶ Adlercreutz, *Kollektivavtalet* s. 363 och AD 1932 nr 66.

⁷ 1 och 11 §§ 1928 års lag om arbetsdomstol (LAD).

⁸ Personliga avtal kunde dock komma under AD:s prövning om kollektivavtalsregleringen anknöt till det personliga avtalet. Som exempel kan nämnas att byggnadsavtalet länge

part som ville göra ett anspråk gällande var tvungen att välja om han skulle stödja sin talan på ett kollektivavtal och stämma vid AD, eller om han skulle åberopa ett personligt avtal och vända sig till allmän domstol.

För den som tidigare studerade arbetsrätten genom lagar, kollektivavtal och AD:s domar var det av dessa anledningar naturligt att betrakta personliga avtal som mindre intressanta. Det personliga avtalet var osynligt.

Under senare år har intresset för det individuella planet av arbetsrätten ökat.⁹ En för svensk arbetsrätt praktiskt viktig förklaring härtill kan sökas i att forumreglerna för arbetsdomstolen ändrades genom införandet av lagen om rättegången i arbetstvister (LRA) år 1974. Arbetsdomstolen är numera behörig att pröva alla arbetstvister oavsett om anspråken grundar sig på lag, kollektivavtal eller enskilda anställningsavtal. Det är därför möjligt att i samma process åberopa att ett anspråk grundar sig såväl på ett personligt avtal som på t.ex. kollektivavtal. Som en följd härav föreligger numera en rik och givande praxis om betydelsen av rättshandlande mellan arbetsgivare och arbetstagare för anställningsförhållandets innehåll.

År 1974 infördes även anställningsskyddslagen (LAS). Genom denna lag infördes ett generellt krav på saklig grund för uppsägningar från arbetsgivarens sida. Härigenom har intresset för det individuella anställningsavtalets närmare innehåll ökat. Eftersom den enda påföljden av större praktisk betydelse för arbetstagarens avtalsbrott är uppsägning, gäller detta särskilt ifråga om arbetstagarens prestationer (i vidsträckt mening). Tidigare kunde arbetsgivaren helt enkelt säga upp arbetstagare om de villkor han hävdade inte godtogs. Numer är AD:s praxis i anställningsskyddsmål i många frågor nyckeln till kunskap om vilka förhållningsregler som gäller i anställningsförhållanden. Utan anställningsskydd hade det för flertalet fall varit meningslöst att tala om sådana saker som arbetstagarens kritikrätt och lojalitetsplikt.

Ett annat skäl till det ökade intresset för den individuella nivån kan sökas i förändringar på arbetsmarknaden. Arbetsrätten växte under den kollektiva epoken fram mot bakgrund av det sätt att organisera arbetet som är typiskt för konventionell industriproduktion. Verkstadsarbetaren kan sägas utgöra arketypen för arbetstagaren. Verkstadsarbetaren är man

innehöll en bestämmelse enligt vilken resersättningens storlek var beroende av på vilken plats anställningsavtalet träffades. Denna bestämmelse gav upphov till ett flertal tvister där frågan var vid vilket tillfälle ett bindande anställningsavtal kommit till stånd (se t.ex. AD 1953 nr 1, 1945 nr 39, 1944 nr 10 och 1944 nr 54). Se även om lönesänkningsspärrar i kollektivavtal i avsnitt 9.3.2.

⁹ Till det individuella planet hör inte bara personliga avtal utan även utfyllande regler som anknyter till det enskilda anställningsavtalet (se nedan avsnitt 2.1).

och arbetar heltid hos en och samma arbetsgivare. Arbetet utförs i arbetsgivarens lokaler och anställningsvillkoren fastställs uniformt för arbetstagaren och hans arbetskamrater. I den internationella arbetsrättsliga diskussionen har uppmärksamats att denna form av arbete inte längre är den helt dominerande formen av anställningar på arbetsmarknaden. Man talar om arbetslivets flexibilisering och en övergång till det postindustriella samhället. Nya och mer varierade arbetsformer är, bl.a. som en följd strukturella förändringar i produktionssättet och marknads ekonomin, på väg att växa fram. Det handlar bl.a. om att arbetet i högre grad utförs i hemmet, eller av uthyrd eller inlånad arbetskraft.¹⁰

Vidare har noterats att arbetstagare med särskilda yrkeskunskaper på ökande delar av arbetsmarknaden utgör företagets väsentligaste tillgångar. I sådana s.k. kunskapsföretag är personalen inte lika utbytbar som i traditionell industriproduktion. Det har därvid gjorts gällande att arbetstagare med sådan ställning inte befinner sig i underläge i förhållande till arbetsgivare och att detta borde inverka på rättsreglernas utformning.¹¹

I den mån anställningsförhållandet får ett mindre enhetligt innehåll för arbetstagare i allmänhet, i samma bransch eller hos samma arbetsgivare minskar utrymmet för enhetliga regleringar. I lagstiftningen märks ett ökat bruk av såväl semidispositiva som helt dispositiva regler.¹² Tendensen tycks även vara att kollektivavtalen i ökad utsträckning överlämnar till lokala fackliga organisationer och de enskilda arbetstagarna att tillsammans med arbetsgivaren utforma anställningsförhållandets innehåll, främst i fråga om lön. I samma utsträckning som en sådan delegering av regleringskompetens vinner terräng ökar betydelsen av den individuella nivån, och därmed betydelsen av personliga avtal.

Även ideologiska argument har anförts för att lyfta fram individen i arbetsrätten. Spiros Simitis har framhållit att tvingande lagregler och kollektivavtal inte i första hand är avsedda att tillfredsställa individuella arbetstagare, utan grupper av arbetstagare eller hela arbetarklassen. Dessa typer av normer minskar de enskilda arbetsgivarnas och arbetstagarnas möjligheter att påverka sina mellanhavanden. "As paradoxical as it therefore may sound: law and collective bargain are no bridge to the self-determination of the employee, rather, in pursuit of better protection of the employee they institutionalize heteronomy." Även om

¹⁰ För en grundlig genomgång se Numhauser-Henning i Studier i arbetsrätt s. 255 ff.

¹¹ Anderz Andersson & Edström i Kunskapsföretaget i rättsligt perspektiv, särskilt s. 264 ff.

¹² Det senaste exemplet är ändringen i 2 § LAS, vilken medför att kollektivavtal om avvikelser från LAS i vissa frågor skall få träffas av lokal arbetstagarorganisation (prop. 1996/97:16).

tvingande regler i lag eller i kollektivavtal, enligt Simitis, fortfarande är nödvändiga för att motverka ensidig arbetsgivarmakt, så medför dessa typer av normer inte ett verkligt självbestämmande för arbetstagarna som individer. Dessa regleringsformer beaktar inte i tillräcklig grad de individuella arbetstagarnas behov och preferenser. En ökad betoning av den individuella nivån tycks också förespråkas på den grunden att organisationerna misslyckats med att beakta vissa gruppers intressen, t.ex. äldre arbetstages och kvinnors.¹³

Ytterligare ett skäl till det ökade intresset för den individuella nivån är Sveriges inträde i EU. Särskilt Ruth Nielsen har framhållit att EG-rätten medför en nedprioritering av den kollektiva arbetsrätten. Lejonparten av EG-direktiven på arbetsrättens område anknyter till den individuella nivån. Att EG-arbetsrätten utvecklas i denna riktning förklaras av att anknytningen till den individuella nivån står i överensstämmelse med kontinental rättstradition. Vidare har det visat sig svårt att nå erforderlig enighet om utformningen av direktiv i frågor som rör den kollektiva arbetsrätten.¹⁴

Det har mot den angivna bakgrunden gjorts gällande att vi nu befinner oss i en ny epok i arbetsrättens historia, en epok som karaktäriseras av ett gradvis återupprättande av individen.¹⁵ För svenskt vidkommande är detta ett alltför starkt uttryck. Det är dock klart att den kollektiva epoken har passerat sin kulmen. Nu är emellertid syftet med denna avhandling inte att påvisa eller beskriva en sådan utveckling, än mindre att diskutera om den är önskvärd.¹⁶ Däremot utgör utvecklingen ett skäl att rättsligt analysera frågor om det personliga avtalets roll vid normering av anställningsvillkoren, eftersom sådana förändringar medför att det personliga avtalet får en ökad betydelse på bekostnad av andra normkällor.

I detta sammanhang kan framhållas att det förhållandet att det individuella planet av arbetsrätten har ökat i betydelse inte behöver betyda att de *normer* vilka studeras i denna avhandling – hur man avgör om en regel är tvingande eller dispositiv respektive under vilka förutsättningar

¹³ Simitis i *Reflexive Labour Law* s. 185 ff.

¹⁴ Nielsen i *Studier i arbetsrätt* s. 243 ff.

¹⁵ Simitis i *Reflexive Labour Law* s. 184. Se även Hydén, *Arbetsmarknad och arbetsliv* 1996 nr 3 s. 163 ff.

¹⁶ I England, Nya Zeeland och Chile har genomgripande förändringar av arbetsrätten genomförts, varigenom rättsområdets tyngdpunkt förskjutits från den kollektiva till den individuella nivån. För diskussion om utvecklingen i dessa länder se t.ex. Wedderburn i *Vänbok till Edlund* s. 309 ff., Vranken, *Comparative Labor Law Journal*, vol. 16 s. 1 ff. samt Numhauser-Henning, *Den neoliberal arbetsrätten*.

parterna har avvikit från dispositiva regler – har förändrats. Däremot aktualiseras tvister av detta slag oftare idag än tidigare.

1.3 Material och perspektiv

Det framhålls ofta och med rätta att en rättsvetenskaplig undersökning inte ensidigt bör inrikta sig mot det som uppfattas som undersökningens kärnområde.

”Den rättsvetenskapsman som avgränsar sig till att enbart forska pang på snåriga tillämpningsproblem riskerar att skriva sig blind. Faran minskar om perspektivet vidgas. Bakom snåret ligger rättshistorien, på sidorna den komparativa – jämförande – rätten och framför den rättspolitiska diskussionen de lege ferenda. De har alla ett egenvärde, men de får också aktuella tillämpningsfrågor de lege lata att framstå i ett klarare ljus.”¹⁷

Vilka angreppsvinklar som skall utnyttjas för att få problemen att framstå i klarare ljus är beroende av dels hur det undersökta området ser ut, dels vilka frågor som skall besvaras.

De rättsfrågor som behandlas i denna avhandling belyses främst i AD:s domar. Domstolens praxis är det centrala materialet för undersökningen. Den mängd prejudikat som AD genererar saknar motstycke på andra rättsområden och en inte obetydlig del av domstolens avgöranden berör de aktuella rättsfrågorna. Det förefaller som om den arbetsrättsliga doktrinen, säkert på goda grunder, huvudsakligen varit mer intresserad av att belysa de utfyllande rättsreglerna än att diskutera förutsättningar för att genom personliga avtal avvika från reglerna. Inte heller har dessa delar av arbetsdomstolens praxis rönt den uppmärksamhet som den förtjänar i den allmänna avtalsrättsliga litteraturen.¹⁸

Materialet skall behandlas ur tre perspektiv. Huvudsyftet är att analysera innebörden av gällande rätt (*det rättsdogmatiska perspektivet*). Den rika tillgången på rättsfall har gjort att undersökningen kunnat inriktas på vilka slutsatser som kan dras ur praxis. Jag har valt att avstå från att tänka ut hypotetiska fall där tillämpningsvårigheter kan komma att uppstå. Det finns två skäl till detta. Rättsfallsmaterialet är så stort att det ger ett rikt illustrationsmaterial för vilka problem som kan uppkomma. Om man håller sig till situationer vilka faktiskt föranleder tvister ökar sannolikheten för att framställningen behandlar praktiskt viktiga konfliktsituationer. Det är vidare svårt att tänka ut vilka fall som kommer att

¹⁷ Lindblom, SvJT 1990 s. 566.

¹⁸ Se även Eklund i Festschrift till Ramberg s. 138.

inträffa och det framstår inte som arbetsekonomiskt att ägna sig åt att hitta goda svar på frågor som kanske aldrig kommer att ställas.¹⁹ Från detta finns två undantag. Ett undantag är när de regler som framgår av praxis lämnar en lucka. Vi har en regel för fallen a och c, men inte för det näraliggande fallet b. I sådana situationer är det angeläget att presentera en lösning även för fallet b och därigenom få en mer heltäckande reglering. Emellanåt har det även varit nödvändigt att testa hållbarheten av en regelhypotes på tänkta fall.

Vidare skall AD:s praxis i viss utsträckning jämföras med hur motsvarande frågor lösts för andra rättsområden (*det internt komparativa perspektivet*). Slutligen skall något belysas vilka värden, mål eller ideal som tillgodosetts i AD:s rättstillämpning (*det teleologiska perspektivet*). Perspektiven är tänkta att stödja varandra och innebörden av dem redovisas i de följande avsnitten.

Valet av material och angreppsvinklar har även en baksida. Framställningen innehåller få jämförelser med utländska rättssystem. Det brukar framhållas att sådana jämförelser är särskilt fruktbara på områden som bygger på internationellt samarbete eller när de inhemska lösningarna har övertagits från någon annan rättsordning. Ett studium av lösningar i andra länder kan även ge uppslag vid diskussion de lege ferenda eller på områden där den inhemska rätten är utvecklad.²⁰ De anförda skälen för komparativa undersökningar gör sig inte med någon större kraft gällande på det undersökta området. Kännetecknande för detta är, dels att AD:s praxis erbjuder ett omfattande underlag för diskussion om gällande rätt, dels att motsvarande frågor behandlats för andra avtalstyper.²¹ Jag har därför i första hand valt inhemska rätt som jämförelseobjekt.²² Det sagda skall inte uppfattas som att internationellt material helt negligerats. Nordisk avtals- och arbetsrätt har beaktats och redovisas på de punkter jag har bedömt att det tillför framställningen något. På samma sätt förhåller det sig med den internationella diskussion om utvecklingstendenser inom avtalsrätten som förts under de senaste decennierna.

¹⁹ Liknande Hellner i Festskrift till Ross s. 209 f.

²⁰ Bogdan, Komparativ rättskunskap s. 28 ff. och Zweigert & Kötz, An Introduction to Comparative Law s. 14 ff.

²¹ En infallsvinkel som hade kunnat vara intressant är om det hade kunnat visas att AD i sin rättsbildning sökt förebilder i någon annan rättsordning. Kurt Grönfors har beträffande HD:s utveckling av institutet ställningsfullmakt gjort en sådan undersökning utan att kunna belägga några utländska influenser (Högsta domstolen och institutet ställningsfullmakt s. 196 ff.).

²² Lehrberg, SvJT 1991 s. 760. Ett exempel på en undersökning med ett internt komparativt perspektiv är Anna Christensens Anställningsskyddet och besittningsskyddet i Festskrift till Agell s. 75 ff.

Arbetsrättens historia är redan grundligt bearbetad.²³ Jag har av den anledningen avstått från bedriva självständig rätthistorisk forskning. Resultaten från tidigare insatser har utnyttjats för att ge bakgrunder och teckna utvecklingslinjer. De särskilda förhållanden som gäller för offentliga sektorn redovisas bara sporadiskt.

1.4 Det rättsdogmatiska perspektivet

1.4.1 Inledning

En uppgift är att med utgångspunkt i det konkreta rättsmaterialet och då främst AD:s praxis analysera innebörden av gällande rätt. Detta perspektiv är det primära för avhandlingen. Framställningen är i första hand rättsdogmatisk.

För frågan om det närmare innehållet i gällande rätt i ett visst avseende intar domstolarna eller de andra instanser som på ett bindande sätt har att avgöra innebörden av generella regler en central position.²⁴ Genom att domstolarna tilldelats denna uppgift har de, åtminstone temporärt, sista ordet om hur rättsläget skall uppfattas i en viss fråga. Särskilt påtagligt är detta på områden där tillgången på prejudikat är god. Lagtext och förarbeten förlorar i viss mening sin betydelse efter att ha filterats genom praxis. Har en prejudikatinstans accepterat lösningar som t.ex. anges i motiven är prejudikatet den främsta källan för att man fortsättningsvis skall följa lösningen. Har å andra sidan en rekommendation i motiven inte accepterats i praxis är den rekommenderade lösningen av detta skäl överspelad.

Man kan med Nils Jareborg säga att en beskrivning av gällande rätt är identisk med en beskrivning av de regler som skall, bör, och får följas av domstolen. Vad domstolarna skall, bör eller får göra är, enligt denna uppfattning, inte något som bara låter sig konstateras i efterhand, utan domstolens plikter kan motiveras rationellt. Att formulera innehållet i gällande rätt skulle därmed handla om att klargöra vad som är rationellt beteende i domarrollen. Vet vi vad en domstol skall, får eller bör göra

²³ Se särskilt Adlercreutz, Kollektivavtalet, Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument kap. 2–5, Per Eklund, Rätten i klasskampen s. 199 ff., Henning, Tidsbegränsad anställning s. 35 ff., Schmidt, Kollektiv arbetsrätt s. 13 ff., Schmidt, Tjänsteavtalet s. 9 ff. samt Sigeman, Lönefordran s. 60 ff. och SvJT 1984 s. 874 ff.

²⁴ Det sagda tar sikte på innehållet i enstaka regler. Man talar om intern giltighet eller gällande rätt till skillnad från den externa giltigheten eller giltig rätt, som avser hela rättsordningen (Peczenik, Vad är rätt? s. 183 ff. och Jareborg, TfR 1979 s. 400 ff.).

kan vi också göra prognoser, dvs. fastställa vad en domstol sannolikt kommer, eller kan komma att göra. Det sagda skall inte uppfattas som att uttalanden om gällande rätt är en prognos om hur en viss domstol kommer att agera.²⁵ Kontrollinstansen heter inte materiell verifierbarhet utan rationell motivering.²⁶

1.4.2 Konstruktiv rättsdogmatik

En rättsdogmatisk undersökning bör inte nöja sig med att återge eller beskriva ett befintligt material. Undersökningen bör syfta till att (re)konstruera regelsystemet på ett visst område.

“The work of legal dogmatics is sometimes dismissed as mere transcription, with the scholar simply acting as no more than scribe to the judge or legislator. But this is a total misunderstanding. For it calls for the exercise of creative intelligence and disciplined imagination to master the large and always changing bodies of material involved, to grasp them all together, and to reconstruct them altogether into systematized and coherent wholes articulated out of complex and internally articulated parts.”²⁷

Intresset i denna framställning riktas mot att ange hur domstolarna skall, bör eller får agera i vissa typiska situationer, snarare än att tala om hur utgången brukar bli. Det sagda kan också uttryckas så att undersökningen inte i första hand syftar till att förutsäga utgången i vissa situationer, såsom i någon mån kan sägas vara vanligt i arbetsrättsliga framställningar.²⁸ Syftet är snarare att framställa normerna på (en del av) ett rättsområde på ett sätt som underlättar lösningen av konkreta fall. Det handlar om att strukturera frågeställningar, ge brukbara begrepp och att formulera mer eller mindre generella regler och principer. Analysen bör sträva efter en god överensstämmelse med ändamålen bakom regleringen. Hävdvunnen begreppsbildning och systematik kan behöva omformuleras om den inte stämmer med nytillkommet rättsmaterial eller står i dålig överensstämmelse med etablerade ändamål på området.

När arbetsdomstolen tillskapades år 1928 var arbetsrätten i hög grad utvecklad. Under de första årtiondena av 1900-talet hade arbetsrättsliga tvister mer eller mindre konsekvent undandragits rättslig prövning.

²⁵ Jareborg, TfR 1979 s. 402 ff. och Straffrättens ansvarslära s. 344 ff.

²⁶ Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 184.

²⁷ MacCormick, Oxford Journal of Legal Studies, 1990 s. 556 f. Se även t.ex. Frändberg, Rättsregel och rättsval s. 67 f. och Klami, Föreläsningar över juridikens metodlära s. 47 f. Termen konstruktiv rättsvetenskap används av Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten, s. 553. Se även Agell i Festskrift till Strömholm.

²⁸ Jfr Sigeman, SvJT 1987 s. 611.

Legostadgan, som successivt hade förlorat sin betydelse, upphävdes slutligen 1926 utan att ersättas med annan civilrättslig lagstiftning. Genom arbetsfredslagstiftningen från 1928 hade lagstiftaren givit en stomme till ett regelsystem, men inte mer. Till stor del ankom det därför på den då nybildade arbetsdomstolen att utforma regler för anställningsförhållandet.²⁹ Som redan nämnts var AD:s behörighet före 1974 begränsad till att pröva kollektivavtalstvister. De rättssatser som utformades under denna tid bortsåg huvudsakligen från individuella moment. Praxis efter 1974 innehåller däremot ofta alternativa grunder där individuella tolkningsdata åberopas. Detta har fört in en ny dimension i arbetsrätten. Mot bakgrund av denna nya praxis finns det anledning att något modifiera beskrivningen av vissa rättsliga regler och principer, vilka fick sin huvudsakliga utformning under den tidigare perioden. Ansatser i denna riktning kan spåras i avsnitten om arbetsskyldigheten (kap. 8), kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagare (kap. 5) samt beträffande gränsen mellan avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner (kap. 9).

Det sätt på vilket rekonstruktionen av innehållet i en rättsregel genomförs påverkar en framställnings tillförlitlighet. Problemet kan illustreras med följande exempel. Uppgiften vid rättsfallstolkning, i rättsdogmatiska framställningar och i rättstillämpning, kan sägas vara att utleta en eller flera rättsregler ur ett visst prejudikat eller en prejudikatserie. Uppgiften är att generalisera avgörandet.³⁰ Att ett sådant förfaringsätt är möjligt följer av antagandet att domstolar grundar sina avgöranden på generella regler.³¹ Det har om svensk domsskrivning framhållits att ju ordrikare och ju mer nyanserat domstolarna resonerar i enskilda mål, desto mer komplicerad blir uppgiften att konstruera en allmän regel på grundval av deras avgörande. Ju fler moment den prejudikatbildande instansen lägger fram som underlag för sitt ställningstagande, desto fler rensningar måste rättsfallstolkaren genomföra bland argumenten.³² Arbetsdomstolens domskäl kännetecknas, åtminstone i vissa frågor, av att många omständigheter för och emot en lösning åberopas.³³ Man kan närma sig sådana rättsfall på olika vis. Om man tolkar rättsfallen försiktigt blir den rättsregel som beskrivs påtagligt urvattnad och ger föga ledning för rättstillämpningen. En sådan regel skulle kunna lyda att frågan om ett anställningsförhållande föreligger får bedömas med

²⁹ Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 203.

³⁰ Se t.ex. Hjerner, Om rättsfallstolkning s. 12.

³¹ Se om sådana grundantaganden nedan vid not 41.

³² Strömholm, SvJT 1984 s. 934.

³³ Se t.ex. kapitel 9.

hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Därefter beskrivs vilka omständigheter som kan beaktas, utan att någon prioritetsordning mellan dessa omständigheter anges. Om man däremot rensar hårdare i domskälen kan något mer substantiella rättsregler framkonstrueras.³⁴ Ett problem med en sådan mer aktiv rättsfallstolkning är att just den rensning som företas lämnar utrymme för att rättsregeln (lika gärna) kan formuleras på ett eller flera andra vis.

Tillförlitligheten i påståenden om innehållet i rättsregeln blir mindre vid en mer konstruktiv inriktning än vid framställningar som närmar sig ren deskription. Något större problem är detta dock inte. Rättsdogmatiska framställningar får inte genomslag förrän de accepteras i rättstillämpningen. Rättsdogmatikern kan skicka upp den ena försöksballongen efter den andra. Vissa spricker medan andra håller och kan få betydelse för lagstiftningen eller i dömande verksamhet.³⁵ Förutsättningarna för att rättsdogmatiska framställningar skall accepteras i rättstillämpningen är bl.a. beroende av hur väl argumentationen är förankrad i det konkreta rättsmaterialet och hur rationell argumentationen i övrigt är.³⁶ Lösningar som förordas i doktrinen bör dock, om argumentationen är väl utförd, ha goda möjligheter att få genomslag eftersom dogmatiken till stora delar bygger på samma material och samma argumentationsformer som används vid rättstillämpning. Å andra sidan finns det ingen anledning att misströsta även om många ballonger spricker. Redan genom att ta fram material, analysera frågeställningar och argument kan rättsdogmatiken bidra till att föra den rättsliga diskussionen framåt. Eckhoff har i ett annat sammanhang framhållit att mycket talar för att ”grundligt underbygde og klart formulerede feiltagelser bidrar mer til fremgang i vitenskapen enn halfornuftige uangriplige betragtninger”.³⁷

I ett ofta citerat uttalande heter det att lagstiftaren med ett enda ord kan förvandla hela juridiska bibliotek till makulatur.³⁸ Uttrycket är missvisande för vilken betydelse rättsdogmatiska skrifter har. Rätten

³⁴ Problematiken belyses av Sigeman i Festskrift till Ekelöf s. 619 ff.

³⁵ Bilden från Lavin, FT 1990 s. 74.

³⁶ Det har framhållits att omotiverade uttalanden från framstående jurister emellanåt tycks tillmätas större auktoritet än om samma uttalande hade motiverats (Hellner, Rättsteori s. 116. Se även Wilhelmsson, TfR 1985 s. 190). En förklaring härtill kan vara att man litar på att den framstående juristen har goda skäl för sin uppfattning, även om man inte vet vilka skälen är. Detta är inget eftersträvänsvärt tillstånd.

³⁷ Eckhoff, TfR 1987 s. 212.

³⁸ Uttrycket myntades ursprungligen av V. Kirchman (1848). Se härom Karl Larentz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s. 43. Uttrycket återfinns hos t.ex. Ahlander, Om rätt och rättstillämpning s. 69.

befinner sig i en ständig om än långsam förändring. Denna förändring är bl.a. beroende av en växelverkan mellan lagstiftning, rättstillämpning och rättsvetenskap.³⁹ Värde av doktrinen är att den bidrar till den rättsliga diskussionen och utvecklingen. Även teorier eller argument som inte accepteras kan ha bidragit till denna växelverkan. Eviga sanningar är sällsynta.

Ett mål för framställningen kan mot bakgrund härav sägas vara att bidra till att åstadkomma en bättre version av gällande rätt, en version som ger bättre möjligheter att rättsligt hantera de diskuterade frågeställningarna.

1.4.3 Det juridiska paradigmet

För att kunna arbeta inom ett visst system (paradigm) måste man hålla sig till vissa grundantaganden. Dessa är sådana att deras existens inte kan vetenskapligt beläggas inom ramen för systemet. Grundantagandens existens motiveras istället pragmatiskt. Utan sådana antaganden kan inte en rationell diskussion äga rum. Vi förlorar förmågan att orientera i tillvaron. Ett antagande är godtagbart om det ger oss möjlighet att framgångsrikt förstå vår omvärld.⁴⁰

Det juridiska paradigmet innefattar sådana antaganden som att rättsliga ställningstaganden baserar sig på gällande rätt, att det finns vissa etablerade rättskällor som antingen är bindande eller åtminstone äger stor auktoritet och att det juridiska beslutsfattandet styrs av vissa argumentationsnormer (hanteringsregler).⁴¹

Ett annat internt juridiskt grundantagande är att *rättsreglerna bör gå att inordna i ett sammanhängande system*.⁴² Detta antagande kan tyckas vara oförenligt med att det konkreta rättsmaterialet ger uttryck för en avvägning mellan olika intressen och att avvägningens utfall varierar

³⁹ Interaktionen mellan rättsvetenskap och rättstillämpning är mer komplicerad än så. Se härom t.ex. Doublet, TfR 1989 s. 596, Eckhoff, Rettskildelære s. 230 ff., Klami, Föreläsningar över juridikens metodlära s. 101 ff., Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 509 ff., Peczenik, Vad är rätt? s. 260 ff. Se även Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 177 ff.

⁴⁰ Se t.ex. Jareborg, Straffrättsideologiska fragment s. 17 ff. och Peczenik, Vad är rätt? s. 323 ff.

⁴¹ Aarnio & Uusitalo, Tidskrift för rättssociologi 1983/84 s. 263 ff. och Peczenik, Vad är rätt? s. 325. Se även Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 208 ff. och Frändberg, TfR 1985 s. 113. En något annan sak är att sådana grundantaganden är vaga, att olika uppfattningar kan förekomma om deras innebörder och att dessa uppfattningar kan avlösas av andra.

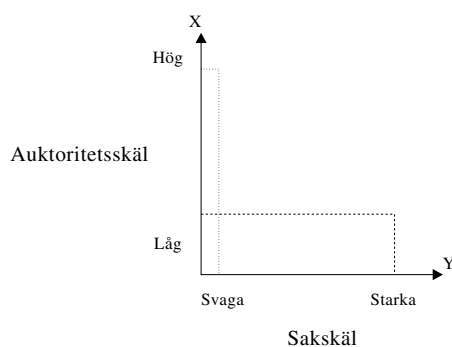
⁴² Peczenik, Vad är rätt?, t.ex. s. 262 och 278 ff.

från område till område och även mellan olika frågor på samma område. Det förhållande att det finns rättsregler vilka står i konflikt med varandra behöver dock inte innebära att tanken på ett sammanhängande system överges.⁴³ Även om det konkreta rättsmaterialet inte är koherent finns det vid (re)konstruktionen av gällande rätt skäl att prioritera lösningar som passar in i en motsägelsefri helhet.

Det framhålls ibland att en förutsättning för att kunna anlägga ett rättsdogmatiskt perspektiv är att uttolkaren känner ett minimum av förtroende för lagstiftare och domstolar (eller de andra instanser som spelar domarrollen). Uttolkaren måste utgå från att aktörerna vet vad de gör och menar vad de säger. Det finns plats för kritik och olika uppfattningar, men man kan inte samtidigt förkasta alla grundantaganden och ändå argumentera inom systemet.⁴⁴ Av det faktum att jag, efter en genomgång av materialet, valt att behandla detta utifrån ett rättsdogmatiskt perspektiv kan läsaren dra slutsatsen att undersökningen inte givit mig anledning att ifrågasätta det fruktbara i det juridiska paradigmet.

1.4.4 Auktoritetsskäl och sakska

Vid bedömning av rättsfrågor (de lege lata och de sententia ferenda) i praxis och doktrin är det nödvändigt att söka efter vilka omständigheter och argument som är juridiskt relevanta. En viktig skiljelinje går mellan rena sakska och auktoritetsska (bundna och öppna argument).⁴⁵ Förhållandet dem emellan kan grafiskt återges på följande vis.



⁴³ Wilhelmsson, Social Civilrätt s. 26 f.

⁴⁴ Christensen i Rätten som instrument för social förändring s. 62 och Peczenik, Vad är rätt? s. 326. Se även t.ex. Töllborg, Personalkontroll, s. 25 och 27. Jfr Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktinstrument s. 27 f.

Med rena sakskaal avses argument som inte kan återföras till någon rättskälla. Sakskaalen tillmäts betydelse enbart i kraft av sitt sakliga innehåll. Det brukar framhållas att det ställs vissa logiska krav på rationell argumentation. Argumentationen får t.ex. inte bygga på cirkelresonemang, fiktioner eller skenargument. Det är inte möjligt att enbart med logiska kriterier nå fram till juridiska lösningar. Därför måste även andra krav ställas på argumentationen. Argumentationens tyngd anses större ju mer sammanhängande (koherent) den är. Därmed avses sådana omständigheter som att det finns många skäl för en viss lösning, att dessa skäl i sin tur stöds av andra skäl, att lösningen stöds av flera sådana argumentationskedjor och att argumentationskedjorna har samband med varandra. Därutöver krävs att argumentationen inte vederläggs i en saklig debatt.⁴⁶ Ju mer sammanhängande motivering som talar för en viss lösning, desto längre ut på y-axeln placerar sig lösningen.

Med auktoritetsskaal avses argument som har stöd i rättskällorna (t.ex. lag, förarbeten och prejudikat). Ett särdrag för juridisk argumentation är att auktoritetsskaalen väger tyngre än som är vanligt på andra områden. Redan genom sitt ursprung har ett sådant argument en viss tyngd, oberoende av argumentets sakliga innehåll.

Inte alla auktoritetsskaal har samma tyngd. Vilken auktoritativ tyngd ett argument har är beroende av från vilken rättskälla det härrör. Det antas således att förarbetsuttalande får vika för klar lagtext. Vidare bör hållas i minnet att auktoriteten även kan variera mellan argument som härrör från samma rättskälla. Det brukar t.ex. framhållas att uttalanden i motiven som avser frågor vilka faller utanför den lagstiftning som är aktuell inte skall tillmätas betydelse.⁴⁷ Det antas också att nya prejudikat har högre auktoritet än äldre. Vissa auktoritetsskaal har mycket stark ställning. Normalt saknas anledning att ifrågasätta att dessa skall följas. Likaväl har argumentet prima facie-karaktär. Varje auktoritetsskaal kan sättas ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar detta. Detta gäller även lagregler. Dessa kan vara obsoleta eller bli föremål för reduktionsslut. Slutligen kan framhållas att olika auktoritetsargument kan vara mer eller mindre motstridiga, t.ex. kan två prejudikat framstå

⁴⁵ Se till det följande t.ex. Klami, *Anti-legalism* s. 24 ff., Peczenik, *Vad är rätt?* s. 203 ff. och Schmidt i *Festskrift till Ekelöf* s. 569 ff. Se även Wilhelmsson, *TfR* 1985 s. 186 ff.

⁴⁶ Se framför allt Peczenik, *Vad är rätt?* kapitel 7. Peczeniks framställning utgör en vidareutveckling av tankar från framförallt Robert Alexy (*A Theory of Legal Argumentation*).

⁴⁷ Se t.ex. Schmidt i *Festskrift till Herlitz* s. 278 och Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 372.

som motstridiga. Härigenom kan ett auktoritetsskäl undergräva auktoriteten av att annat auktoritetsskäl.⁴⁸

Det föregående har främst syftat till att visa att den auktoritativa tyngden hos ett argument följer en glidande skala från låg tyngd till hög tyngd. Hur högt upp på x-axeln ett visst argument placeras är beroende av såväl auktoritetsskäl som sakska. Dessa skäl anknyter till frågan varför det är rationellt att följa rekommendationer i en viss rättskälla och inte till om rekommendationernas verkningar framstår som önskvärda ur allmän synpunkt. Argumentationen är normrationell snarare än målrationell. Frågan kan t.ex. vara av vilka skäl man skall följa lagtext. Att domstolar skall följa lagen framgår t.ex. av 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen, vilket är ett auktoritetsskäl. Man kan också åberopa sakska härför, t.ex. att om domstolarna följer lagregler så kan medborgarna förutse domstolarnas beslut och därmed lättare planera sina liv. Även prejudikatbundenhet kan stödjas på såväl auktoritets- som sakska. Ett auktoritetsskäl är att bestämmelserna om prövningstillstånd förutsätter att Högsta domstolens domar skall följas (54 kap. 10 § RB), men även processekonomiska argument kan anföras.⁴⁹ På liknande sätt kan man peka på såväl sak- som auktoritetsskäl för att andra rättskällor skall, bör eller får följas.⁵⁰

Att ett visst argument har karaktär av auktoritetsskäl innebär självfallet inte att det skulle sakna saklig eller innehållsmässig tyngd, tvärtom talar normalt goda sakliga skäl för de lösningar som följer av rättsregler.

Redan av den kortfattade beskrivning som givits framgår att auktoritetsskäl och sakska bildar en komplicerad väv. Man kan uttrycka saken så att en lösning som utpekats i en rättskälla får vika endast om de auktoritets- och sakska som talar för en annan lösning väger tyngre (eller har större yta i figuren ovan) än den samlade vikten av auktoritets-tyngden och de sakliga skälen för den lösning som rättskällan utpekar.

Hur skall, bör eller får då den närmare viktningen mellan olika auktoritets- och sakska gå till? Det har sagts att det i Sverige i dag huvudsakligen finns två tolkningsmetoder.⁵¹ Den ena är, eller utgår från, Per Olof Ekelöfs teleologiska metod och den andra är den sammanvägningsmetod vilken framförallt utvecklats av Alexander Peczenik.

⁴⁸ Se t.ex. Heuman i Festskrift till Bolding s. 201 ff.

⁴⁹ Se t.ex. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 385 ff.

⁵⁰ Schmidt i Festskrift till Ekelöf s. 581 f. Om man så önskar kan sådana argumentationskedjor förlängas genom att ytterligare auktoritets- och sakska åberopas till stöd för det första auktoritetsskälet för att t.ex. följa lagtext.

⁵¹ Se t.ex. Jan Andersson, Om vinstutdelning s. 34 ff. och Hellner, Rättsteori s. 77 f. Se även Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 136 ff.

Peczeniks *sammanvägningsmetod* tar sin utgångspunkt i den juridiska argumentationen. Enligt metoden skall den lösning som stöds av den mest sammanhängande motiveringen bestämma utgången. Vilka krav som ställs på en sammanhängande motivering berördes kortfattat strax ovan. Tolkningen av gällande rätt sker, enligt Peczenik, genom en sammanvägning av ett stort antal faktorer, såsom lagtextens ordalydelse, språklig konsekvens, reglernas logiska och systematiska uppbyggnad m.m. Också teleologiska överväganden tillmäts betydelse men tilläggs ingen särställning. Även om det kan uppställas vissa regler som *prima facie* bestämmer prioriteringsordningen mellan olika faktorer, såsom att klar lagtext går före förarbetsuttalanden, är avvägningen beroende av sitt sammanhang. Vilka faktorer som kommer att tillmätas störst tyngd kan, enligt denna metod, inte anges generellt.⁵²

Kärnan i *Ekelöfs teleologiska metod* ligger i att tolkningen skall styras av regelns ändamål.⁵³ Ändamålet framgår av regelns verkningar när den tillämpas på klara fall. Om det aktuella och oklara fallet har samma verkningar som det klara fallet, bör regeln tillämpas även på det oklara fallet. Redan av denna extremt kortfattade redovisning framgår att man enligt den teleologiska metoden initialt måste ta ställning till vilka som är de klara fallen. Denna operation inkluderar åtminstone i viss mån ett värderande ställningstagande. Ekelöf talar om att det ankommer på rättstillämparens goda omdöme att avgöra vilka fall som är klara respektive oklara.⁵⁴ Ekelöfs teleologiska metod är öppen för att ett stadgande kan bygga på en kompromiss mellan olika ändamål. Särskilt gäller detta om stadgandet läses tillsammans med andra stadganden eller man betraktar stadgandet i ljuset av ett rättsområde som helhet. I ett sådant fall skall man bringa sig en uppfattning om ändamålets inbördes vikt. Denna kompromiss får sedan tjäna som riktpunkt för den fortsatta bedömningen. Metoden förutsätter att rättstillämparen (eller rättsvetenskapsmannen) gör ett *värderande ställningstagande* till vilken av dessa ändamål som skall tilläggas betydelse. Det kan också antecknas att sådana faktorer som rättssystemets överskådlighet och förutsebarhet i rättstillämpningen uppfattas som ett ändamål med rättsreglerna inom den ekelöfska teleologin.

Begreppet ändamål har alltså i den ekelöfska metoden ett tämligen omfattande betydelseområde. Begreppet omfattar såväl normrationella

⁵² Peczenik, Vad är rätt? kap. 4 (särskilt s. 375 ff.) och 7.

⁵³ Se till det följande Ekelöf & Boman, Rättegång I s. 69 ff. och Ekelöf, De lege årgång 1 s. 73 ff. Se även t.ex. Lehrberg, Förutsättningsläran s. 64 ff. Diskussionen om Ekelöfs metod är mycket omfattande (se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 480 ff. med hänvisningar).

⁵⁴ Ekelöf & Boman, Rättegång I s. 79.

som målrationella överväganden. Vidare kan noteras att såväl utväljandet av de klara fallen som valet mellan i och för sig beaktansvärda ändamål förutsätter ett värderande ställningstagande. Det senare kan också beskrivas som en sammanvägning. Mot bakgrund härav kan sägas att skillnaden mellan sammanvägningsmetoden och den ekelöfska metoden, när de betraktas ur ett fågelperspektiv, ligger mer i beskrivningen av tillvägagångssättet än i viktningen mellan olika argument. Det känns därför inte angeläget att ansluta sig till den ena eller andra skolbildningen. Att båda metoderna är öppna för att låta tolkningsresultatet påverkas av samma faktorer utesluter inte att ett mer närgånget studium kan visa att företrädare för de olika metoderna – och även inom desamma – lägger vikt vid skilda sak- respektive auktoritets-skäl.

Den slutsats som får dras av detta avsnitt är att det är viktigt att vara klar över av vilka orsaker ett argument skall tillmätas betydelse. Utgör argumentet ett auktoritetsskäl och vilken auktoritativ tyngd har det i så fall? Vilka sakskalet talar för lösningen? Finns det argument som talar för en annan lösning? Genom att tydligt redovisa överväganden av dessa slag ökar värdet av det bidrag rättsvetenskapen lämnar till den rättsliga diskussionen och utvecklingen.

Däremot tycks det inte vara meningsfullt att försöka sammanfatta hur viktningen skall, bör eller får ske. En sådan sammanfattning riskerar att bli antingen så abstrakt och generell att den i praktiken blir innehållslös eller så smal att den inte fullt ut beaktar det spektrum av avvägningar som måste göras. För konkreta tillämpningar hänvisas till den fortsatta framställningen. Istället skall med några ord beröras vissa aspekter på den tekniska utformningen av rättsregler.

1.4.5 Rättstillämpning eller regelbildning

Rättsdogmatikern är bunden, dels av det konkreta rättsmaterialet, dels av vissa normer för juridisk argumentation. Inom dessa ramar har rättsdogmatikern viss frihet att själv välja hur regelsystemet bör beskrivas. Den som med utgångspunkt i prejudikat försöker formulera rättsregler har t.ex. ett visst utrymme att välja hur pass abstrakta rättsregler skall uppställas. Delvis sammanhänger detta med att det ofta är oklart vad som utgör ändamålsskäl, rättsfakta respektive bevisfakta bland de omständigheter som framhålls i domskäl. Vilka mönster som framträder vid en undersökning är även beroende av hur det undersökta området avgränsas. Om man t.ex. undersöker reglerna för avtals ingående kan olika regler framträda om man inriktar undersökningen på alla avtals-

typer eller endast på en viss avtalstyp. Ser man på alla avtalstyper blir den minsta gemensamma nämnaren sådana saker som vad parterna avsett eller insett. Om intresset istället begränsas till ett specifikt livs-område finns andra uniforma beteenden att ankyta rättsfaktum till. När Kurt Grönfors undersöker ingående av frakttal kan han därför anknyta avtalets ingående till proceduren vid reservation av skeppsrums, den s.k. bokningen.⁵⁵ Mot bakgrund härav finns det anledning att peka på några aspekter som bör vägas in vid (re)konstruktion av gällande rätt på ett visst område.

Strömholm har framhållit att det mest utmärkande för västerländsk rättstillämpning är den juridiska modellen för beslutsfattande. Det juridiska beslutsfattandet utmärks i sin tur av en strävan att *isolera konflikter*. Denna strävan tar sig uttryck bl.a. i att vissa i samhället uppträdande konflikter underkastas särskilda utrednings- och besluts-procedurer vid t.ex. allmän domstol. Isoleringstekniken anses medföra att rättsordningen kan bidra till att mänskliga konflikter kan lösas på fredlig väg och därmed bidra till att bevara samhällsfriden.⁵⁶

Ett annat uttryck för denna isoleringsteknik är tendensen att rätts-reglerna koncentreras på vissa delar av ett händelseförlopp och att man medvetet avstår från att beakta andra delar av förloppet. Vissa förete-elser utnämns till rekvisit eller rättsfakta i en rättsregel medan andra anses juridiskt irrelevanta. Genom att precisera förutsättningarna för en viss rättsföljds inträde ökas förutsebarheten (formell rättssäkerhet). Härigenom ökar även rättsreglernas värde som styrmedel för lag-stiftaren. Isoleringstekniken har också arbetsekonomiska fördelar. Detta är uppenbart en av juridikens goda sidor och det har ett självständigt värde att etablera regler som begränsar antalet relevanta omständigheter.

Samtidigt ligger en fara häri. Konflikter mellan människor är mer komplexa än rekvisiten i en rättsregel. Konflikterna kan vara av person-lig, moralisk eller politisk karaktär. När en konflikt upphöjs till det rättsliga planet kommer de icke juridiskt relevanta delarna av konflikten att träda i bakgrunden. På detta vis kan rätten komma att dölja vissa konflikthärdar.⁵⁷ Om diskrepansen är stor mellan hur konflikten upp-fattas av parterna och vad som är juridiskt relevant finns risk att den verkliga konflikten döljs och att rättsordningen ägnar sig åt att lösa

⁵⁵ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 49 ff.

⁵⁶ Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 302 ff. och samme författare, Ideer och tillämpningar s. 123 ff.

⁵⁷ Mathiesen, Rätten i samhället s. 114 ff.

skenproblem. Ett för smalt beslutsunderlag anses även medföra risker för materiellt olämpliga avgöranden.⁵⁸

Vetskapen om att dessa motsättningar existerar bör man ha med sig när man konstruerar rättsregler eller skall förklara dess innebörd och funktion. Å ena sidan bör man sträva efter att rättsregler som i största möjliga mån begränsar beslutsområdet, å andra sidan bör reglerna vara sådana att de tar hänsyn till komplexiteten och variationsrikedomen i den faktiska verkligheten.

En rättsregel uppställs normalt för att uppnå vissa rättspolitiska mål eller för att göra en avvägning mellan flera sådana mål. Regelkonstruktören anser det av skilda rättspolitiska skäl önskvärt att vissa sanktioner eller andra rättsföljder kopplas till en viss mängd fall medan de rättspolitiska skälen inte gör sig gällande för fallen utanför mängden. Vid regelformulering bör man sträva efter att anknyta till faktorer vilka låter sig hanteras vid process och de skäl som dikterar uppdelningen mellan dessa mängder av fall låter sig långt ifrån alltid omformuleras till operativa rättsfakta i en rättsregel. Det är bl.a. av denna anledning befogat att skilja mellan ändamål och rättsregler.

Ett exempel som belyser detta återfinns i avsnitt 3.6. Av bl.a. process-ekonomiska skäl tillåter svensk rätt normalt att en part efterger rättigheter som tillkommer honom enligt tvingande rättsregler *sedan rättigheten aktualiserats*. Även i Danmark tillåts i viss utsträckning eftergift av sådana rättigheter. Den danska regeln är utformad som en avvägningsnorm. De omständigheter som i Sverige är ändamålen bakom regeln om att eftergifter tillåts sedan rättigheten aktualiserats, utgör i dansk rätt riktlinjer inom ramen för en avvägningsnorm.

För att få en operativt fungerande regel är det inte nödvändigt att de omständigheter som utnämns till rättsfakta även är de omständigheter vilka rättspolitiskt motiverar att en viss regel skall tillämpas eller ej. Det är ur denna synvinkel tillräckligt att rättsfakta typiskt sett (endast) samexisterar med fall som tillhör den mängd på vilka det finns rättspolitiska skäl att tillämpa regeln. Å andra sidan kan förtroendet för rättsordningen bli lidande om det i rättsreglerna läggs vikt vid omständigheter vilka framstår som rättspolitiskt oväsentliga och detta även om *utfallet* av regeln framstår som acceptabelt. Det finns därför anledning att söka efter de faktorer som *är såväl operativa som rättspolitiskt särskiljande*.

⁵⁸ Se t.ex. Källström i Studier i arbetsrätt s. 201.

När man beskriver gällande rätt kan man tänka sig tre nivåer.⁵⁹ Den översta nivån består av de intressen, värden eller ändamål som påverkar utformningen av (en viss del av) rättssystemet. Längst ner finner man faktablandat, till vilken hör sakomständigheter, händelseförlopp etc. Mellan dessa nivåer kan de materiella rättsreglerna placeras in. Också den rättsliga argumentationen har sin plats mellan dessa plan. Argumentationen kommer alltså in dels när verkligheten skall översättas till en viss rättsregel (rättstillämpning), dels vid den konstruktion av rättsregler som bedrivs i rättspraxis och i rättsdogmatiska framställningar (regelsbildning). Även om gränsen här emellan långt ifrån är skarp finns det i anslutning till det som sagts om rättens isoleringsfunktion anledning att stanna upp ett ögonblick vid detta förhållande.

fig. a

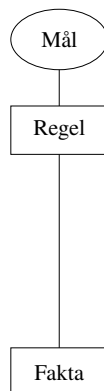
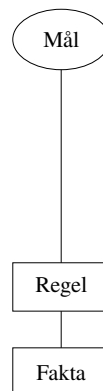


fig. b



Avståndet från rättsregeln (eller ett visst rekvisit) till faktablandat kan vara mer eller mindre stort. Abstraktionsgraden har betydelse i flera avseenden.

Om rättsregler ges en abstrakt utformning behövs en omfattande tankeoperation för att översätta faktablandat till verkligheten (fig. a). Ett sådant avstånd försvårar förutsebarheten av reglernas utfall. Botmedlet mot denna rättsosäkerhet ligger i uppställandet av begrepp, läror, arbetsprogram, teorier, konstruktioner eller förklaringsmodeller vilka utgör en manual för hur rättstillämpningen – översättningen av verkligheten till regelplanet – skall gå till i enskilda fall. Ett exempel på en extremt

⁵⁹ Jag har här hämtat näring från Peczenik, Vad är rätt? s. 156 ff. samt Håkan Andersson i Retorik och rätt s. 117 f. och Skyddsändamål och adekvans 183 ff. Bilden används här i ett annat sammanhang än hos Peczenik och Andersson och framställningen skiljer sig som en följd härav i vissa avseenden från dessa författare.

abstrakt regel vilken även givit upphov till flera sådana manualer är den allmänna culparegeln i 2 kap. 1 § skadeståndslagen.

Osäkerheten kan också minskas genom att rättsreglerna tydligare anknyter till faktaplanet (fig. b). Vid sådana regler är behovet att övergripande läror etc. betydligt mindre. Den tankeoperation som behövs för att översätta faktaplanet till rättsregeln är i dessa fall inte lika omfattande. Man närmar sig en ren subsumtion av fakta under regeln och förutsättningen för operativa rättsregler är relativt goda. Istället skjuter ett annat problem i förgrunden. Genom att reglerna ligger nära faktaplanet får de lätt en mer kasuistisk prägel. Med en sådan regelbildning måste antalet regler öka. Det behövs fler regler för att täcka de delar av verkligheten som föranleder konflikter. Tyngdpunkten i den juridiska argumentationen kommer då att ligga på regelbildningsplanet. Det har tidigare framhållits att man prioriterar lösningar som passar in i en motsägelsefri helhet. Lika fall skall behandlas lika. Det blir därför en viktig uppgift vid utformningen av varje ny regel att den tillgodoser kraven på harmoni med redan etablerade regler, särskilt på näraliggande områden. Det har under senare år framhållits att civilrätten, genom särskilda lagar för skilda rättsområden, blivit alltmer splittrad.⁶⁰ Kritiken tycks skjuta in sig, dels på att reglernas innehåll skiljer sig åt utan sakliga skäl, dels på omotiverade skillnader i struktur och terminologi, och inte på att det är fråga om skilda, mer kasuistiska regler.

Det brukar också framhållas alltför många detaljregler riskerar att göra regelmaterialen oöverskådligt. Risker är att inte bara människor i allmänhet utan även icke-specialiserade jurister saknar praktisk möjlighet att överblicka regelmaterialen.⁶¹ En sådan utveckling är utan tvekan ägnad att öka risken för att rättsreglerna inte kommer att tillämpas vid tvistelösning. Samtidigt bör framhållas att denna risk inte bara gör sig gällande på områden vilka regleras genom en uppsättning mer konkreta rättsregler utan även på områden med få allmänt hållna regler till vilka omfattande och komplicerade rättstillämpningsmanualer är knutna.

En annan aspekt som framhållits är att en sänkning av de juridiska begreppens (eller rättsreglernas) generalitetsnivå innebär en minskning av rättens relativa autonomi. Tanken är att ju mer de juridiska begreppen närmas de begrepp med vars hjälp den konkreta samhällsliga verkligheten kan beskrivas, desto känsligare blir rätten också för mer tillfälliga

⁶⁰ Bengtsson i Festschrift till Grönfors s. 29 ff. och Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 183. Denna splittringstendens kan sägas ha pågått under hela 1900-talet (Jørgensen, TfR 1966 s. 618 f.).

⁶¹ Strömholm i Festschrift till Sveriges Advokatsamfund s. 545.

krav som ställs av olika grupper i samhället.⁶² Detta tycks sammanhånga med att utrymmet för att rena sakskäl skall bestämma utgången vid rättsbildning genom praxis är större än när avgörandet sker genom en abstrakt regel och olika rättstillämpningsmanualer.⁶³ Enligt Wilhelmsson är en sänkning av generalitetsnivån en utveckling på gott och ont. De begrepp vilka mer direkt anknyter till faktablandat möjliggör såväl en kritisk omdaning av rätten som ett mer effektivt utnyttjande av rätten i de dominerande samhällsgruppernas intresse.⁶⁴

Av det ovan sagda framgår att det finns fördelar med regler vilka tydligt anknyter till faktablandat, men samtidigt betydande nackdelar. Man kan inte bara ställa frågan vilken lösning som är idealisk på ett smalt område utan måste också fråga efter priset för att välja en lösning som avviker från vad som gäller på andra områden.⁶⁵

Jag har i detta avsnitt försökt skissa några effekter av de sätt på vilka de juridiskt relevanta omständigheterna skiljs från dem som inte har samma relevans. Syftet är i första hand att peka på att dessa till synes tekniska problem har implikationer för sådana saker som hur rättsordningen fungerar och förtroendet för densamma. Av vad som sagts ovan framgår att det finns stora fördelar med att sträva efter rättsregler vilka begränsar beslutsområdet, som nära anknyter till faktablandat, och som är hanterliga i processer. Å andra sidan har framhållits riskerna med att denna strävan drivs för långt. Med ett för smalt beslutsområde riskerar man att inte kunna hantera variationsrikedomen i den faktiska verkligheten. Alltför kasuistiska regler riskerar att inte kunna tillgodose kravet på harmoni inom rättsordningen (osv.).

Överväganden av dessa slag har föranlett mig att i första hand söka formulera regler och principer som avses vara tillämpliga på relativt avgränsade områden. Ett sådant angreppssätt gör det enligt min mening möjligt att både begränsa beslutsunderlaget och anpassa reglerna till deras sociala och rättsliga omgivning. För att tillgodose kraven på harmoni inom rättsordningen har regler på näraliggande rättsområden beaktats.

⁶² Wilhelmsson, *Rechtstheori. Beiheft 9*. Berlin 1986 s. 110–126.

⁶³ Jfr Lehrberg, *Borgen* s. 18 med Lennander i samma bok s. 56.

⁶⁴ Se not 62.

⁶⁵ Sevon, *TfR* 1993 s. 415. Se även Bengtsson i *Festschrift till Ramberg*.

1.5 Det internt komparativa perspektivet

De frågor som skall sättas under lupp i avhandlingen uppkommer även vid andra avtalstyper. Frågeställningarna brukar traditionellt behandlas gemensamt för alla avtalstyper under rubriken allmän avtalsrätt. En närmast outtalad utgångspunkt är därvid att frågan om en viss situation är avtalsreglerad eller om utfyllande rätt skall tillämpas, löses på samma vis oavsett vilken avtalstyp eller vilken fråga som är aktuell. Det finns därför redan ur det rättsdogmatiska perspektivet skäl att beakta hur motsvarande frågor lösts vid andra avtalstyper.

”De miljontals avtal som ingås kan (...) inte i allt följa samma eller ens likartade mönster. Olikheter med avseende på avtalens uppkomst, innehåll, syften, ekonomiska betydelse och mycket annat påverkar den rättsliga normeringen. Problem som har anknytning till ett visst avtal eller en bestämd avtalstyp kan inte lösas enbart eller ens huvudsakligen med ledning av generella synpunkter och principer. Men dessa bör finnas med i de bedömningar som problemlösningarna förutsätter.”⁶⁶

De allmänna avtalsrättsliga reglerna har i stor utsträckning vuxit fram med köpeavtalet som förebild.⁶⁷ Anställningsavtalet förekommer emellertid i en annan rättslig och faktisk miljö än de avtal som man framförallt har haft för ögonen vid utvecklingen av den allmänna avtalsrätten. Följande skillnader kan framhållas.

1. Förekomsten av tvingande och dispositiva rättsregler

För den traditionella avtalsrätten är den obestridda utgångspunkten parternas avtalsfrihet och avtalet framhålls som den primära rättskällan. Vid bestämmande av avtalets rättsverkningar är det ”tydligt att domstolarna vanligen är lyhörda för vad individuella tolkningsdata, den gemensamma partsavsikten, ger vid handen, om inte tvingande rättsregler eller särskilda tolkningsregler lägger hinder i vägen”.⁶⁸

Avtalsfriheten för arbetsgivare och arbetstagare är däremot i inte ringa utsträckning beskuren genom tvingande lagregler och kollektivavtal. Förekomsten av tvingande rättsregler minskar naturligtvis parternas avtalsfrihet. Under senare år har även betydelsen av dispositiva rättsregler framhållits i den avtalsrättsliga diskussionen. En frågeställning har därvid varit vad som krävs i fråga om individuella tolkningsdata för att frånga dispositiva eller utfyllande regler. Skall de dispositiva

⁶⁶ Taxell, *Avtalsrättens normer* s. 13.

⁶⁷ Se t.ex. Jørgensen, *Kontraktsret* I s. 22, Schmidt i NJM 1966 s. 5 och Wilhelmsson, *Perspectives of Critical Contract Law* s. 40 not 57.

⁶⁸ Adlercreutz, *Avtalsrätt* II s. 19.

reglerna ses som reservlösningar när individuella tolkningsdata saknas eller är de noga övervägda normallösningar, vilkas frångående kräver starka skäl?⁶⁹ En fråga i avhandlingen är hur AD:s praxis bör bedömas med tanke på denna diskussion.

2. *Anställningsförhållandets personliga och dynamiska karaktär*

Den traditionella avtalsrätten är uppbyggd med utgångspunkt i momentana avtal där den personliga relationen mellan avtalsparterna är minimal. Vidare bygger avtalslagen i princip på tanken att avtalets innehåll är fullständigt och slutligt redan vid avtalsslutet.⁷⁰

Relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare är inte organiserad på detta vis. Anställningsförhållandet är varaktigt till sin karaktär och dynamiskt på så vis att dess innehåll typiskt sett varierar över tiden. Anställningsavtalet innehåller även personliga element. Arbetstagarnas rörlighet mellan arbetsgivare är vanligen begränsad. Företag nyanställer normalt arbetstagare på lägre befattningar och besätter högre befattningar inom organisationen med personer som redan är anställda inom företaget. Man jobbar sig upp i företaget. Upplärning av arbetstagare, antingen genom den kunskap han förvärvar genom sitt arbete eller genom intern utbildning, är en väsentlig del av anställningen. De färdigheter som en arbetstagare på detta sätt skaffar sig är ofta specifika för arbetet vid ett visst företag.⁷¹

3. *Partsförhållandena och den sociala miljön*

I den allmänna avtalsrätten anges parterna på en hög abstraktionsnivå (anbudsgivare–anbudstagare eller, än mer abstrakt, löftesgivare–löftesmottagare). Dessa betraktas som formellt likställda och parternas sociala ställning och egenskaper betraktas som principiellt irrelevant.⁷² I arbetsrätten är partsförhållandena mer konkret angivna – arbetstagare och arbetsgivare – och man utgår från att arbetstagaren intar en svagare ställning. Därutöver förutsätter de arbetsrättsliga reglerna existensen av ytterligare rollinnehavare, såsom lokala och centrala fackföreningar.

4. *Anställningsavtal som massavtal*

Den traditionella avtalsrätten är hårt individualiserad. Varje avtal ses som en enhet och reglerna är inriktade på individuella fakta för varje

⁶⁹ Se t.ex. Hellner, JT 1989–90 s. 148 f., Grönfors, Tolkning av fraktavtal s. 36 f., Lehrberg, SvJT 1996 s. 465, Lindskog i Festskrift till Grönfors s. 305 ff., Lundmark, Friskrivningsklausuler s. 27, Millqvist, SvJT 1990 s. 252 ff. och Ramberg i Festskrift till Agell s. 501 ff.

⁷⁰ Se t.ex. Macneil, North Western University Law Review, vol. 72 (1978) s. 854–901.

⁷¹ Williamson, Wachter & Harris, The Bell Journal of Economics 1975 s. 253.

⁷² Jfr Wilhelmsson, Social Civilrätt kap. 2.

enskilt avtal. Anställningsavtal har, sett från arbetsgivarens sida, karaktär av massavtal vilket medför ett behov av schablonisering.

Den rättsliga och faktiska miljö som anställningsavtalet befinner sig i skiljer sig alltså på flera sätt från avtalsrättens kärnområde. Mot bakgrund härav skall AD:s praxis i viss utsträckning jämföras med hur motsvarande frågor lösts i den allmänna avtalsrättsliga doktrinen och i praxis från de allmänna domstolarna, främst Högsta domstolen. Den första frågan är därvid i vad mån AD använder allmänna avtalsrättsliga tankemönster. Denna fråga följs sedan av två andra: vad ersätter de avtalsrättsliga tankemönstren när dessa inte används och, om sådana mönster används, hur förhåller sig dessa till avtalsrätten såsom den framgår av doktrin och rättsfall från de allmänna domstolarna?

Som framgår i det följande förekommer vissa skillnader.⁷³ Kan dessa förstås mot bakgrund av vad som nyss sagts? Eller kan skillnaderna helt enkelt förklaras genom att andra rättsfakta kan lyftas fram vid den konkretisering som sker när de allmänna reglerna appliceras på en konkret social miljö?⁷⁴ Eller bör skillnaderna förklaras av att andra värden framträder på arbetsrättens område?

1.6 Det teleologiska perspektivet

1.6.1 Allmänt

Juridiken består till stor del av val eller kompromisser mellan motstridiga men i och för sig beaktansvärda intressen, mål eller värden. De existerande rättsreglerna kan sägas ge uttryck för eller utgöra resultat av en avvägning mellan dessa intressen, mål eller värden. Dessa avvägningar är inte desamma på alla rättsområden eller ens inom samma rättsområde. Det är inte förvånande att det konkreta rättsmaterialet på olika rättsområden ger uttryck för olika avvägningar. Detta kan bero på att reglerna har tillkommit under skilda tidsperioder men även på att skilda värden har olika tyngd på olika rättsområden.⁷⁵

Vid diskussion om vilka olika värden som kommer till uttryck i rättsreglerna kan man med Jan Hellner skilja mellan *ultimärmål* och

⁷³ Se även Sigeman, JT 1989–90 s. 205.

⁷⁴ Jfr ovan vid not 55.

⁷⁵ Se t.ex. Atiyah, *Law and Modern Society* s. 133.

primärmål.⁷⁶ Hellner förklarar skillnaderna mellan dessa mål enligt följande. Ultimärmål eftersträvas på grund av sitt värde i sig medan primärmål eftersträvas som medel för att nå ultimärmålen. De ultimära målen måste bestämmas så att vi får klart för oss vad vi eftersträvar. Det primära målet har betydelse som medel för att nå det ultimära målet, som en etapp på vägen. Ultimärmålen är viktigast i den meningen att de avgör om ett resultat är värdefullt. Primärmålen är viktigast i den meningen att de måste nås för att ultimärmålet skall nås.

Det är inte rimligt att räkna med att ens enstaka rättsregler bara har *ett* enda ultimärmål, snarare har de flesta rättsregler flera ultimärmål. Betraktar man därutöver regeln som en del i ett rättsområde framträder ytterligare mål. Höjer man blicken och tittar på målen för rättsordningen som helhet framträder ännu flera mål.⁷⁷ Dessa ultimärmål kan inte alla tillgodoses fullt ut, utan utformningen av konkreta rättsregler utgör en kompromiss eller prioritering mellan målen.

Vidare kan det förhålla sig så att ett ultimärmål kan vara ett primärmål i förhållande till ett annat ultimärmål. Partsautonomi lär uppfattas som ett primärmål för att uppnå ett ultimärmål, nämligen ekonomisk effektivitet. Detta hindrar inte att partsautonomin även uppfattas som ett ultimärmål. Att människor har frihet att utforma sin ekonomiska verksamhet efter eget huvud uppfattas som något gott i sig. Förutom de önskvärda verkningarna (funktionerna) måste även oönskade verkningar (dysfunktioner) tas i beaktande. Man kan som ett primärmål uppställa att undvika oönskade verkningar.

Uppdelningen mellan ultimär- och primärmål pekar på ett par väsentliga punkter. För det första att de eftersträlvade tillstånden kan vara mer eller mindre avlägsna i förhållande till en rättsregel. Vidare belyser uppdelningen att målen står i olika relationer till varandra. De kan t.ex. antingen stödja eller motverka varandra. Uppdelningen ger även möjlighet att belysa skillnaden mellan vilka faktiska tillstånd i samhället som eftersträvas och hur dessa tillstånd kan tänkas förverkligas, skillnaden mellan mål och medel.⁷⁸ Uppdelningen mellan ultimär- och primärmål är inte ägnad att ge en heltäckande beskrivning av förhållandet mellan

⁷⁶ Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 174 ff. och samme författare i Festskrift till Ekelöf s. 304 ff. Indelningen utnyttjas av Agell i Samboende utan äktenskap (s. 116 ff.) och Eklund i JT 1992–93 s. 256 ff. Jan Andersson skiljer i Om vinstutdelning från aktiebolag mellan övergripande och underliggande ändamål (s. 39 och s. 126 ff.).

⁷⁷ Se även t.ex. Peczenik, Vad är rätt? s. 371.

⁷⁸ Denna skillnad tycks t.ex. inte alltid ha iakttagits i diskussionen kring avtalsrättens utveckling i välfärdsstaten (se Wilhelmsson, Perspectives of Critical Contract Law s. 45 ff.).

rättsreglerna och olika mål, men den är tillräcklig för att ge det verktyg som behövs för att beskriva de målkonflikter som behandlas i denna framställning.⁷⁹

Hellner använder uppdelningen mellan ultimär- och primärmål i diskussion de lege ferenda och förespråkar att en grundlig målanalys skall genomföras vid införandet av ny lagstiftning.⁸⁰ Tillvägagångssättet i denna framställning är ett annat. I de närmast följande avsnitten skall intresset riktas mot några i och för sig accepterade ultimärmål och primärmål på arbetsrättens område. Helt kort skall beröras dels hur ultimärmålen ser ut, dels förhållandet mellan ultimär- och primärmålen. Tanken är att den fortsatta framställningen skall återkopplas till detta avsnitt. En fråga i kommande kapitel är hur de regler som undersöks förhåller sig till de olika ultimärmålen eller med andra ord hur kompromissen eller prioriteringen mellan dessa mål utfallit. Genom att först beskriva olika mål och därefter undersöka hur det konkreta rättsmaterialet förhåller sig till dessa mål är förhoppningen att framställningen skall belysa hur viktningen mellan skilda intressen och värden tagit sig uttryck i det konkreta rättsmaterialet.

Anna Christensen använder ett liknande angreppssätt i Hemrätt i hyreshuset. Hon söker med utgångspunkt i det konkreta rättsmaterialet urskilja och beskriva de normativa grundmönster som ligger bakom hyresgästens besittningsskydd. Enligt Christensen är de normativa grundmönster hon beskriver djupt förankrade normativa föreställningar som bestämmer tänkandet och handlandet både i vardagslivet och på det rättsliga planet. Det rör sig om föreställningar om vad man kan göra, vad som inte går för sig etc. Christensen framhåller att innehållet i det juridiska regelsystemet inte har uppfunnits av lagstiftaren, utan att regelsystemet i stora delar kan ses som en kodifiering eller spegling av de normativa grundmönstren och tillägger att de centrala delarna av civilrätten har en kulturell grund som lagstiftaren inte kan manipulera helt fritt.⁸¹

Christensens beskrivning framstår som högst plausibel. Jag har likväl valt att inte anknyta till normativa grundmönster, utan till mål eller värden. Något försök att visa att dessa mål eller värden är internaliserade normer hos befolkningen i stort kommer inte att göras. Jag nöjer mig med att fråga efter vilka värden som kommer till uttryck i arbetsdomstolens avgöranden.

⁷⁹ Se Summers, Instrumentalism and American Legal Theory s. 64 f. "The goals figuring in a given form of law are multiple and may be classified along a continuum of ascending generality."

⁸⁰ Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 174 ff.

⁸¹ Christensen, Hemrätt i hyreshuset s. 2 ff. och s. 357. Se även Numhauser-Henning, Den neoliberal arbetsrätten s. 144 ff.

Att jag valt att beskriva reglerna i förhållande till vissa *mål* skall inte uppfattas som ett uttryck för en instrumentell rättsuppfattning.⁸² De mål som beskrivs nedan är inte alla inriktade på att åstadkomma förändrade beteenden, utan vissa kan snarare sägas vare inriktade på att bevara sådant som redan existerar i högre eller lägre grad.⁸³ Målen uppfattas som eftersträvansvärda tillstånd; som ideal eller värden.⁸⁴

Ett syfte med avhandlingen, låt vara underordnat det rättsdogmatiska perspektivet, är alltså att belysa hur viktningen mellan skilda mål eller värden tagit sig uttryck i det konkreta rättsmaterialet. Tanken är att kunskap härom kan öka förståelsen av rättsområdet. Det uppfattas alltså som ett självständigt kunskapsintresse att försöka verbalisera de värdeval som kommer till uttryck i domstolens avgöranden. Att intressesammanställningarna på arbetsmarknaden är starka utgör inget skäl att försöka dölja ställningstagande i dylika frågor utan gör det tvärtom angeläget att öppet tala om vilka värden som kommer till uttryck.⁸⁵

Ett annat skäl för att uppmärksamma de avvägningar mellan olika mål eller värden som kommer till uttryck i AD:s praxis är att avvägningen har betydelse för den rättsliga argumentationen. Genom det befintliga regelunderlaget, såväl lagregler som regler utvecklade i praxis, transformeras vissa värderingar till juridiska auktoritetsskäl. Vid bedömningen av vilka värderingar som de lege lata eller de sententia ferenda skall, bör eller får ges företräde, har värderingar vilka på ett eller annat sätt kan förankras i rättskällorna ett försteg. De värden som stöder befintliga regler väger i juridisk argumentation tyngre än de värden som t.ex. vid lagstiftningen eller när en prejudikatinstans tog ställning till viss fråga stödde en annan utformning av regeln. Domstolarna sägs prioritera lösningar som är systemimmanenta.⁸⁶ Det sagda lär i och för sig inte innebära att värden, vilka fick vika vid regelbildningen, saknar juridisk relevans. Rena sakskalet har en självständig plats i diskussionen om vad som utgör gällande rätt.

I detta sammanhang bör uppmärksammas att de mål som här beskrivs är snävare än ändamålsbegreppet i Ekelöfs teleologiska metod. De mål som beskrivs nedan är inte de enda ändamålen vilka har betydelse för rättstillämpningen på det undersökta området. Dessa mål kan redan till följd härav inte användas som det viktigaste tolkningskriteriet. Tanken

⁸² Jfr Bruun, *Nya Argus*, 1986 s. 146 ff.

⁸³ Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* s. 67.

⁸⁴ Jareborg, *Straffrättsideologiska fragment* s. 33 ff. och Peczenik & Schött, *SvJT* 1993 s. 710.

⁸⁵ Sigeman i *Festskrift till Ekelöf* s. 624.

⁸⁶ Sigeman i *Löntagarrätt* s. 15.

är i första hand att målen skall tjäna som måttstock för vilka värden som givits företräde i arbetsdomstolens praxis. En biprodukt av undersökningen är dock att de mål vilka kan sägas ha tillgodosetts i praxis har ett *visst* försteg vid diskussioner de lege lata eller de sententia ferenda.

Jag har funnit det fruktbart att skilja mellan tre ultimärsmål; intresset av ekonomisk effektivitet, rättvis fördelning och skydd för etablerade positioner.⁸⁷

1.6.2 Ekonomisk effektivitet

Det värde som särskilt betonas i samband med förmögenhetsrättsliga regler är omsättningens intresse eller, med ett modernare uttryck, ekonomisk effektivitet. Man kan även tala om civilrättens *välfärdsskapande funktion*.⁸⁸ Avtalsfrihet uppfattas normalt som ett primärmål – ett medel – för att skapa tillväxt i samhället och inte i första hand som ett ultimärsmål.⁸⁹ Huvuddragen i dessa tankegångar vinner påtagligt stöd av historiska fakta. Den decentraliserade form av beslutsfattande i fråga om t.ex. produktion och priser som kännetecknar de västerländska marknadsekonomierna förutsätter att enskilda individer och företag har en omfattande möjlighet till självbestämmande. Marknadsekonomin har visat sig oöverträffad som organisationsform för att skapa ekonomisk tillväxt.

Det sagda hindrar inte att avtalsfriheten kan uppfattas som något eftersträvanvärt i sig. Det ligger ett egenvärde i att människor har möjlighet att relativt fritt utforma sina liv och utveckla sin personlighet. Det anses också att marknads- eller i vart fall blandekonomi är en förutsättning för en fungerande pluralistisk demokrati.⁹⁰

Innebörden av begreppet ekonomisk effektivitet har ingående diskuterats inom rättsekonomin.⁹¹ En utgångspunkt för nationalekonomisk

⁸⁷ Uppdelningen följer ganska nära den som Anna Christensen gör (Hemrätt i hyreshuset s. 1 ff. och 355 ff. och i Festskrift till Agell s. 75 ff. samt TfR 1996 s. 522 ff.). Se även Hellner, som för skadeståndsrättens del nämner målen att bereda trygghet mot skador, skapa social rättvisa och ekonomisk effektivitet (Festskrift till Ekelöf s. 307).

⁸⁸ Sandgren, JT 1992–93 s. 662.

⁸⁹ Se t.ex. NJA II 1901 nr 1 s. 46 f. Se även af Hällström, Om villfarelse s. 50 ff., Lundstedt, Obligationsbegreppet III s. 135, Sandgren, JT 1992–93 s. 652, Ussing, Aftaler s. 23. Denna uppfattning ligger väl i linje med tillitsprincipens framskjutna position i nordisk rätt (se Arnholm, Privatrekt I s. 222 f.).

⁹⁰ Bogdan, FT 1988 s. 76 och Taxell, Rätt och demokrati s. 440 ff. En värdefull diskussion om vilka skäl som kan anföras för att organisera samhället enligt marknadsprinciper återfinns hos Sen i Idéer om rättvisa s. 93 ff.

⁹¹ Det följande bygger på Cooter & Ulen, Law and Economics s. 15 ff., Eide, Jussens venner 1992 s. 193 ff., Posner, Economic Analysis of Law s. 3 ff., Roos, TfR 1993

analys är att alla resurser är begränsade. Eftersom vi inte kan få allt måste vi välja. Människor väljer hur resurserna skall användas för att i största möjliga mån tillfredsställa sina egna behov och intressen. Människor agerar i syfte att maximera sin välfärd. Denna välfärdsmaximering behöver inte vara egoistisk. Även altruistiska beteenden kan tillfredsställa människor. Det avgörande är att individen enligt sin egen bedömning får det i någon mening bättre. Människors valmöjligheter begränsas dels av deras egna preferenser (egna normer och behov), dels av vilka resurser (i vidsträckt mening) som de besitter. Även omgivande faktorer, t.ex. rättsreglerna, begränsar handlingsutrymmet. Inom dessa ramar företar människor rationella val för att uppnå maximal välfärd (behovstillfredsställelse). Den rationella välfärdsmaximeraren – "the economic man" – är en hörnspelare i den rättseconomiska tankevärlden.

Ellickson ger följande lätt vanvördiga karaktäristik. "(P)eople are smart. Not necessarily informed. Not necessarily literate. Smart."⁹²

Rättsekonomer tänker sig vidare att människors preferenser är relativt konstanta. Däremot reagerar de på förändringar i omgivningen. Om t.ex. priset för vissa varor stiger överväger människor att köpa andra varor för att därigenom öka sin behovstillfredsställelse. När dessa rationella människor interagerar på en marknad uppkommer spontant ett jämviktsläge; ett läge där ingen kan få det bättre utan att någon får det sämre. En sådan ekonomisk situation (allokering) är ekonomiskt effektiv, eller paretoeffektiv. Ekonomisk effektivitet beskrivs ofta i relation till förändrade ekonomiska situationer. Om den nya allokeringen medför att åtminstone någon får det bättre utan att någon annan får det sämre sägs den nya situationen vara paretoöverlägsen. Den åtgärd som förorsakar förändringen kallas paretosanktionerad.

En förändring kan även betecknas som effektiv om resultatet innebär en förbättring för någon men en försämring för andra, om förbättringen är större än den samlade förlusten. Den som vinner på förändringen skulle i en sådan situation kunna kompensera förlorarna. Förändringen betecknas som potentiellt paretoöverlägsen (eller Kaldor-Hicks-effektiv) Det är dock för denna definition inte nödvändigt att någon kompensation kommer till stånd.

s. 227 ff., Schäfer & Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts s. 21 ff., Wilhelmssen, TfR 1995 s. 29 ff., och Werin, Ekonomi och rättssystem s. 64 ff.

⁹² Ellickson, Yale Law Journal, vol. 99 (1989) s. 625. Kritiken mot tanken att människor i allmänhet agerar rationellt för att uppnå maximal behovstillfredsställelse är omfattande och behöver inte upprepas (se t.ex. Roos, TfR 1993 s. 231 f. och Lundmark, Friskrivningsklausuler s. 50 f., båda med hänvisningar).

Detta är de centrala komponenterna i den nationalekonomiska välfärdsteorin. Tanken är alltså att effektiv resursanvändning uppkommer genom människors spontana interaktion på en marknad. För att ett jämviktsläge skall uppkomma måste marknaden vara perfekt. En förutsättning för att en perfekt marknad skall föreligga är att aktörerna har full information om innebörden och konsekvenserna av det avtal de ingår. En annan förutsättning för en perfekt marknad är att varje aktör kan välja mellan flera avtalsparter. Marknaden fungerar inte om monopol föreligger på antingen konsument- eller producentsidan. Vidare hindras uppkomsten av ekonomiskt effektiva situationer av höga transaktionskostnader.

Någon perfekt marknad existerar inte och kan knappast heller tänkas existera. Man måste därför för det område som undersöks uppmärksamma vilka avvikelser från den perfekta marknaden som föreligger och därmed vad som hindrar att en effektiv ekonomisk situation skall uppkomma.

Ekonomisk effektivitet kan uppfattas som ett ultimärsmål. Undvikandet av de faktorer som hindrar uppnåendet av ekonomiskt effektiva situationer utgör primärmål. Den centrala uppgiften för rättsordningen är med ett rättsekonomiskt synsätt främst att tillhandahålla en institutionell ram inom vilken marknaden kan fungera.⁹³ Domstolar och exekutiva organ har till uppgift att stå som garant för att ingångna avtal kan genomdrivas eller i vart fall att den drabbade parten kan kompenseras ekonomiskt. Ingrepp i marknaden accepteras bara för att undvika marknadsstörningar, t.ex. förekomst av monopol, informationsbrister eller höga transaktionskostnader.⁹⁴

En grundläggande brist i många rättsekonomiska framställningar är tendensen att uteslutande fokusera på värdet av ekonomisk effektivitet.⁹⁵ Kritikerna brukar t.ex. framhålla att begreppet ekonomisk effektivitet inte tar hänsyn till hur resurserna i samhället initialt är fördelade. Är man medveten om att ekonomisk effektivitet bara är ett av flera beaktansvärda mål kan dock denna brist hos rättsekonomiska framställningar inte hindra att man efter förmåga försöker beakta de landvinningar som där görs i fråga om hur det ekonomiska livet bör vara utformat för att uppnå detta mål.

⁹³ Se t.ex. Strömholm i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s. 535 f. och Häyhä i *Welfarism in Contract Law* s. 135.

⁹⁴ Som exempel på lagregler, vilka kan motiveras utifrån dessa tre typer av marknadsdysfunktioner, kan nämnas konkurrenslagen, informationsreglerna i konsumentförsäkringslagen (5–7 §§) och inlösen av strömfallsfastighet (8 kap. 1 § 3 st. vattenlagen).

⁹⁵ Detta framhålls av t.ex. Dworkin, *A Matter of Principle* s. 237 ff. Se även Jørgensen, *Retfærdighed og ret* s. 87.

1.6.3 Rättvis fördelning

I föregående avsnitt framhölls att förmögenhetsrätten har en välfärds-skapande uppgift. Förmögenhetsrätten utgör en del av det institutionella ramverk vilken bidrar till stabilitet och förutsebarhet. Därigenom skapar den förutsättningar för att ekonomiskt effektiva situationer spontant skall uppstå.

Ett annat grundläggande mål är att värden (nyttigheter) i samhället skall fördelas någorlunda rättvist mellan människor. Detta mål är mer omdiskuterat. I debatten har vissa framhållit att staten överhuvudtaget inte bör ta på sig rollen att fördela nyttigheterna i samhället.⁹⁶ Andra ställer sig positiva till att en sådan omfördelning skall genomföras men framhåller att denna bör genomföras på offentligrättslig väg. Omfördelningen bör t.ex. ske genom att staten tar ut skatter vilka sedan kan tillföras behövande. Däremot bör, enligt denna uppfattning, civilrätten inte användas för sådana ändamål.⁹⁷ Ytterligare andra menar att även välfärdsfördelande uppgifter bör ankomma på förmögenhetsrätten.⁹⁸ Således framhåller Anthony Kronman att frågan om en viss omfördelning skall åstadkommas genom civilrättsliga regler eller genom offentligrättsliga arrangemang är beroende av vilken av metoderna som är effektivast i det aktuella sammanhanget. Därvid bör beaktas att båda sätten minskar individernas frihet och kan medföra andra oönskade effekter.⁹⁹

Värdet av rättvis fördelning har en framträdande plats i den moderna välfärdsstaten. Rättsordningen försöker på olika sätt korrigera de fördelningseffekter som uppkommer genom marknaden. Den moderna civilrätten uppvisar också en lång rad regler vilka åtminstone till någon del kan sägas ge uttryck för en strävan att fördela tillgångar i samhället. Främst förekommer de inom konsument-, hyres- och arbetsrätt.

Den stora svårigheten med målet rättvis fördelning ligger i att avgöra vad som utgör en rättvis fördelning. Det finns en omfattande diskussion om vad som skall fördelas samt efter vilka principer fördelningen bör ske. Man kan t.ex. fördela tillgångar lika till alla, efter förtjänst, efter behov eller enligt köprincipen.¹⁰⁰ Dessa diskussioner har mindre intresse

⁹⁶ Se t.ex. f. Hayek, *The Constitution of Liberty* s. 93 ff., Nozick, *Anarchy, State and Utopia* s. 149 ff. och Buchanan i *Market and Morals* s. 69.

⁹⁷ Rawls, *A Theory of Justice* s. 87 f. och samma författare i *Values and Morals* s. 52 ff. Se även Sandgren, JT 1992–93 s. 661 ff.

⁹⁸ Se t.ex. Kronman, *Yale Law Journal* vol. 89 (1980) s. 472 ff.

⁹⁹ Kronman, *Yale Law Journal* vol. 89 (1980) s. 498 ff. För ytterligare argument se Wilhelmsson, JT 1993–94 s. 506 f.

¹⁰⁰ Frågorna har diskuterats ingående av t.ex. Perelman, Eckhoff och Rawls. För en översikt och diskussion kring dessa frågor se Peczenik, *Vad är rätt?*, kap. 5.5.

för denna framställning. Frågan här är inte vilken fördelning som är rättvis utan om rättsreglerna på det undersökta området kan ses som uttryck för en strävan till att fördela nyttigheter rättvist mellan arbetstagare och arbetsgivare.

Regler med målet att fördela värden rättvist kan utformas på olika sätt. Ett sätt är tvingande lagregler som relativt konkret anger vilka rättigheter och skyldigheter som parterna har i en viss typ av avtal. Ingrepp i marknaden av detta slag är relativt ovanliga såvitt gäller de primära penningprestationer som skall utgå för varor och tjänster.¹⁰¹ Det finns t.ex. inte någon regel om viss minimilön i Sverige. Istället möter man de tvingande reglerna i andra frågor. I arbetsrätten finns t.ex. tvingande regler som till anställningsavtalet kopplar ersättningar utöver vad som överenskommits mellan arbetsgivare och arbetstagare, t.ex. sjuklön och semester. Vid denna typ av regleringar används den för rättsstaten traditionella formen för lagregler med generella och abstrakta regler, vilka i de klara fallen låter sig hanteras genom huvudsakligen subsumtionslogisk argumentationsmodell. Man talar om en *formell rationalitet*.¹⁰² Reglernas materiella innehåll legitimeras dock av en strävan att åstadkomma en viss fördelning av nyttigheterna mellan avtalsparterna.

Ett annat sätt att främja målet rättvis fördelning är att ge allmänt hållna eller elastiska regler av typen generalklausuler och ange att värdet av rättvis fördelning skall beaktas, t.ex. vid prövning av om ett avtal är oskäligt. Vid denna typ bestämmelser får den juridiska argumentationen en något annan inriktning. Tillämpningen av dylika regler förutsätter i varje konkret fall en avvägning mellan de intressen som skall beaktas. Den rättsliga argumentationen präglas av en *materiell rationalitet*.¹⁰³

Ett tredje sätt att främja en rättvis fördelning är att ge regler vilka skapar förutsättningar för förfaranden som i sin tur genererar rättvis fördelning. Rättsordningen inriktar sig i sådana situationer inte direkt på det materiella innehållet i avtalsförhållanden, utan på att skapa förutsättningar för självreglerande processer. Hur värden skall fördelas skall inte bestämmas uppifrån av samhället, utan i samspel mellan individer, grupper eller olika sammanslutningar. Samhällets uppgift är att uppställa regler vilka syftar till att garantera att vissa förfaranden kommer till stånd. Tanken är att dessa förfaranden skall utmynna i en rättvis fördelning. Detta beskrivs som *reflexiv rationalitet*.

¹⁰¹ Wilhelmsson, Perspectives of Critical Contract Law s. 31.

¹⁰² Weber, Ekonomi och samhälle 2 s. 277 ff. och t.ex. Eriksson i Festskrift till Eckhoff s. 282.

¹⁰³ Ovan not 102.

Den som starkast förknippas med reflexiv rätt är Gunther Teubner.¹⁰⁴ Teubner beskriver en rättslig utveckling från formell via materiell till reflexiv rätt. Utvecklingen beskrivs i termer av evolution. Det kan ifrågasättas om en sådan utveckling verkligen har skett. I själva verket finns nog alla dessa former av regleringar samtidigt i rättsordningen, låt vara att tyngdpunkten lagts olika under skilda perioder.¹⁰⁵ I vart fall har den svenska arbetsrätten inte följt Teubners utvecklingsschema. Den liberala epoken i svensk arbetsrätt kännetecknades förvisso av en formell rättsstatlig rättsuppfattning. Men denna period avlöstes på anställningsavtalsrättens område inte primärt av materiella regleringar. Lagstiftaren förhöll sig fram till 1970-talet huvudsakligen passiv på detta område och överlät istället till arbetsmarknadens parter att, utifrån de spelregler för dem som givits i lag, själva utforma hur utbytet mellan arbetsgivare och arbetstagare skulle se ut.¹⁰⁶ Man kan säga att den svenska arbetsrätten hoppade över den materiella perioden.

Det mest framträdande exemplet på reflexiv rationalitet är den kollektiva arbetsrätten. Den relativt gynnade position som fackföreningar intar i Norden kan förstås ur detta perspektiv. Starka fackföreningar ses som ett primärmål för att uppnå en rättvis fördelning.¹⁰⁷ De tendenser till gynnande av de etablerade som finns i såväl lagregler och domstolspraxis kan också förklaras härav. Reglerna syftar, åtminstone delvis, till att undvika organisationssplittring vilket skulle minska fackföreningarnas möjligheter att medverka i en process som utmynnar i en rättvis fördelning. Om dessa tendenser även är försvarliga är omdiskuterat.¹⁰⁸ Frågan faller utanför denna framställning.

1.6.4 Skydd för etablerade positioner

Som ett särskilt mål kan uppställas skydd för etablerade positioner. Detta värde har inte på samma sätt som ekonomisk effektivitet och rättvis fördelning diskuterats i den rättsvetenskapliga litteraturen. Den som tydligast i Sverige belyst detta mål är Anna Christensen.¹⁰⁹

Ett grundläggande mål för rättsordningen anses vara att bidra till att mänskliga konflikter kan lösas på fredlig väg och bevara samhälls-

¹⁰⁴ Se framförallt Teubner, *Law & Society*, Vol. 17 (1983) s. 239–285.

¹⁰⁵ Se t.ex. Hydén, *Ds C 1984:12* s. 43.

¹⁰⁶ Sigeman, *SvJT 1984* s. 881 ff.

¹⁰⁷ Se t.ex. Bruun, *Kollektivavtal och rättsideologi* s. 158 ff.

¹⁰⁸ Se t.ex. Flodgren, *Fackföreningen och rätten* s. 210 f., Christensen i *Perspektiv på arbetsrätten* s. 9 ff., och Fahlbeck i samma bok s. 67 ff.

¹⁰⁹ Christensen, *TfR 1996* s. 522 ff. Se även samma författare, *Hemrätt i hyreshuset* s. 355 ff. och i *Festskrift till Agell* s. 78 ff. (se ovan vid not 81).

friden.¹¹⁰ En central uppgift för rättsordningen är därvid dels att ge instrument för hur förändringar i människors förmögenhetssituation skall kunna ske under ordnade former, dels att hindra att förändringar sker på annat sätt, dvs. att skydda de etablerade positionerna.

Kännetecknande för det värde vi här talar om är att redan den omständigheten att förhållandena har gestaltat sig på ett visst vis är *ett skäl* som talar för att denna ordning skall bestå. Det handlar alltså inte om att skydda vissa typer av (befogade) förväntningar, utan skydda vissa positioner. Skyddet gäller bara den som redan har en etablerad position och målet säger inget om under vilka förutsättningar en sådan position uppnås. Skyddet för etablerade positioner skiljer sig från värdet av rättvis fördelning på så vis att det senare syftar till att åstadkomma en rättvis eller i alla fall rimlig fördelning av värden mellan individer och denna fördelning kan innefatta att etablerade positioner förändras. ”Skydd för etablerad position fokuserar på den redan uppnådda positionen och bekymrar sig inte om dem som ännu inte har några positioner.”¹¹¹ Målet tillgodoser behovet av trygghet och stabilitet men kan samtidigt utgöra ett hinder mot önskvärda förändringar.

Önskemålet om trygghet och stabilitet utgör även ett primärmål i förhållande till ekonomisk effektivitet. Det betonas ofta att stabilitet och trygghet är en förutsättning för en fungerande marknadsekonomi. För att långsiktiga investeringar skall komma till stånd är det nödvändigt att den som gör investeringarna har rimliga garantier för att få njuta frukterna av dem.

Skyddet för etablerade positioner har traditionellt främst förknippats med skyddet för besittningen till fast och lös egendom. Man kan t.ex. erinra om att det är brottsligt att tillgripa egendom som finns i annans besittning, även om gärningsmannen är ägare till saken.¹¹² Listan på regler som avser att skydda eller i vart fall ger ett försteg för den som har besittningen till fast och lös egendom kan göras lång.¹¹³ Skyddet för etablerade positioner är inte begränsat till besittning av fast eller lös egendom. I immaterialrätten möter vi t.ex. skydd för varumärken som blivit inarbetade (2 § varumärkeslagen). Ett likartat värde återkommer också i hyresgästens besittningsskydd och i anställningsskyddet.¹¹⁴

Anställningsförhållanden är varaktiga till sin karaktär. Under anställningsförhållandet kommer vissa mönster att utbilda sig. Det kan röra sig

¹¹⁰ Se t.ex. Jørgensen, Ret og Samfund s. 48, Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 152 och Taxell, Rätt och demokrati s. 150.

¹¹¹ Christensen, TFR 1996 s. 528.

¹¹² 8 kap. 8 § BrB.

¹¹³ Se t.ex. Håstad, Sakrätt s. 50 ff.

¹¹⁴ Christensen i Festskrift till Agell s. 78 f.

om sådana saker som att arbetsgivaren brukar utge vissa förmåner, att en arbetstagare brukar få utföra vissa arbetsuppgifter eller att arbetstiden brukar anpassas efter arbetstagarens önskemål. En fråga är i vilken utsträckning sådana inarbetade positioner har rättslig relevans. Vilka faktiska situationer eller förhållanden anses i arbetsrätten skyddsvärda?

Den etablerade positionen behöver inte direkt anknyta till ekonomiska värden. Själva kärnområdet för skyddet av vissa positioner (rättigheter) avser sådana saker som ligger nära individernas integritet.¹¹⁵ Enligt den romerska sentensen *suum cuique tribuere* är rättsordningens främsta uppgift att skilja mellan vad som tillhör den ena och vad som tillhör den andra. En klassisk uppfattning är att en individs suum i första hand innefattar sådana saker som liv, kropp, goda rykte, ära och handlingsfrihet.¹¹⁶ Man kan mot bakgrund härav ställa frågan i vilken utsträckning sådana saker som möjligheten att utnyttja den yrkesskicklighet som arbetstagare förvärvat, värdet av samvaro med gamla arbetskamrater och liknande skall skyddas.¹¹⁷ Att de ekonomiska intressena har en framträdande roll på förmögenhetsrättens område innebär inte att personliga eller ideella intressen kan förbises.¹¹⁸

Hanne Petersen behandlar i sin avhandling *Informell ret på kvinde-arbejdspladser* frågor av liknande slag. Hon framhåller att det föreligger en konflikt mellan lönearbete och hemarbete, t.ex. när det gäller frågor om skyldigheten att arbeta övertid och om arbetstidens förläggning. Enligt Petersen löses detta i praktiken genom att arbetsgivaren i sin arbetsledning tar sociala hänsyn och hon diskuterar därefter förutsättningarna för att den informella hänsynsnorm som kommer till uttryck i praktiken skall få rättsligt genomslag.

En annan fråga anknyter till sådana positioner vilka har rättslig relevans. Frågan är därvid hur dessa positioner kan ändras. Anställningsförhållanden är dynamiska i den meningen att dessa typiskt sett förändras under anställningens bestånd. Skyddet för etablerade positioner är i dagens rättsordning oftast utformad så att individer kan genom avtal avstå från sin position. I den följande framställningen kommer att uppmärksammas frågan om förutsättningarna för att en förändring skall komma till stånd är beroende av hur de förutvarande rättsliga eller faktiska positionerna var utformade.

¹¹⁵ Christensen, *Hemrätt i hyreshuset* s. 355 f.

¹¹⁶ Peczenik, *Vad är rätt?* s. 409 och 427 och Töllborg, *Retfærd* nr 74 s. 37.

¹¹⁷ Jfr t.ex. AD 1978 nr 89 och 1989 nr 67.

¹¹⁸ Taxell, *Avtalsrättens normer* s. 13.

1.7 Disposition

Den fortsatta framställningen har följande uppläggning. I kapitel 2 diskuteras viss *grundläggande begreppsbildning*. Inledningsvis redovisas innebörden av några arbetsrättsliga termer och begrepp. Huvuddelen av kapitlet ägnas åt den begreppsbildning som anknyter till de rättsfakta vilka ger upphov till avtalsrättsliga anspråk.

Kapitel 3 och 4 ägnas åt *tvingande rättsregler* samt *kollektivavtalets tvingande* verkan. En central fråga i dessa kapitel är hur man avgör om en regel är tvingande eller dispositiv i förhållande till personliga avtal. Därutöver diskuteras vid vilken tidpunkt som parterna uppnår avtalsfrihet samt vilka förutsättningar i övrigt som uppställs för att tillåta avvikelser från tvingande regler.

Kapitlen 5–8 behandlar *dispositiva rättsregler*. Frågan är huvudsakligen under vilka förutsättningar arbetsgivare och arbetstagare har avvikit från vissa dispositiva regler, som framgår antingen av lag eller rättspraxis. Därutöver kommer att undersökas vilken betydelse individuella moment tillmäts när allmänt eller elastiskt utformade utfyllande regler preciseras vid tillämpningen i särskilda fall. Kapitlen behandlar kollektivavtalets utfyllande verkan (kap. 5), avtal om anställningsform (kap. 6), avtal om skiljeförfarande (kap. 7) samt personliga avtal i arbetsledningsfrågor (kap. 8).

Jag har valt att behandla avvikelse från en regel i taget. Det finns flera skäl till detta. Det främsta skälet är att angreppssättet gör det möjligt att belysa vilken betydelse de utfyllande reglerna har för frågan om en situation är reglerad genom avtal eller utfyllande rätt. Genom angreppssättet blir det möjligt att beakta både den utfyllande regelns tekniska utformning och konsekvenserna för arbetsgivare och arbetstagare av att anställningsförhållandet ges ett innehåll som avviker från utfyllande rätt.

Ett annat skäl är att uppläggningsen torde främja framställningens praktiska användbarhet. Den som handlägger en tvist om vilken anställningsform som har avtalats behöver inte ta del av mer än kapitel 6. Det kan även noteras att uppläggningsen tycks överensstämma med AD:s sätt att arbeta. Om ett mål t.ex. rör frågan om ett skiljeavtal har träffats så tycks domstolen vid domsskrivningen huvudsakligen använda äldre domar om införlivade av skiljeavtal som förebild. Som en nackdel med uppläggningsen kan antecknas att den medför vissa upprepningar. Eftersom ytterligt få personer lär läsa juridiska avhandlingar från pärm till pärm kan denna nackdel inte vara särskilt besvärande.

De kapitel som behandlar avvikelse från olika utfyllande regler har huvudsakligen en likartad uppbyggnad. Inledningsvis beskrivs vilken rättslig betydelse reglerna har och hur regleringen är uppbyggd. Därefter

analyseras förutsättningarna för att avvika från reglerna. Som en följd av att de undersökta reglerna har olika uppbyggnad och funktion föreligger dock vissa variationer.

Kapitel 9–11 behandlar vissa frågor som särskilt sammanhänger med anställningsförhållandets varaktiga karaktär. I kapitel 9 analyseras frågan om under vilka förutsättningar arbetsgivaren ensidigt äger ändra förmåner som tidigare utgått. Kapitel 10 och 11 rör avtalsförändringar. I kapitel 10 ges en översikt över olika metoder för att åstadkomma ändringar i anställningsförhållandet. Kapitel 11 behandlar huvudsakligen frågan om hur LAS skall tillämpas vid uppsägningar som har sin bakgrund i oenighet mellan arbetsgivare och arbetstagare om vilka anställningsvillkor som skall gälla för framtiden.

En sammanfattande diskussion genomförs i kapitel 12.

2 Något om den grundläggande begreppsbildningen

2.1 Några arbetsrättsliga termer och begrepp

Inom arbetsrätten skiljer man mellan den kollektiva nivån och den individuella nivån.¹ Med den kollektiva nivån avses regler som rör förhållandet mellan arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer samt mellan arbetstagarorganisationer och enskilda arbetsgivare. Den individuella nivån avser relationen mellan enskilda arbetsgivare och arbetstagare. Vid den rättsliga normeringen av den individuella nivån samverkar normer av olika slag. För att på ett fruktbart sätt kunna beskriva samspelet mellan de olika normkällorna behövs vissa termer. Det följande syftar till att klargöra några av de distinktioner och termer som används i framställningen. Arbetsrättens normkällor är många och samspelet mellan dem mer komplicerat än som framgår nedan. Den begreppsbildning som här förordas torde, med något undantag, vara allmänt vedertagen. I rättspraxis och litteratur används begreppen inte helt konsekvent och det finns därför anledning att helt kort uppmärksamma dem.

De normer som bestämmer den rättsliga regleringen av den individuella nivån skapas av olika aktörer. Vissa normer skapas av arbetsmarknadens parter, andra normer av lagstiftaren och domstolar. Ytterligare normer härrör direkt från interaktionen mellan individuella arbetsgivare och arbetstagare. Det förekommer även normer som utvecklats utan någon omedelbart normskapande aktivitet, huvudsakligen sedvanor. Som en obestämd och vidsträckt beteckning för summan av dessa normer används termen *anställningsförhållande*.²

¹ Se t.ex. Göransson i Facklig arbetsrätt s. 208.

² Termen förekommer redan i AD 1939 nr 107 (Petrén, SvJT 1949 s. 508 not 1. Jfr Bergström Arbetsrättsliga spörsmål I s. 35 not 4).

Lagstiftaren har givit en stor mängd *lagar* vilka reglerar förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Ett särdrag för arbetsrättsliga lagar är att överträdelser regelmässigt är skadeståndssanktionerade och att skadeståndsskyldigheten inte bara omfattar ersättning för ekonomisk skada utan även s.k. allmänt skadestånd.

Normer som härrör från arbetsmarknadens parter uppträder främst i form av *kollektivavtal*. Kollektivavtalet är den i praktiken mest betydelsefulla normkällan. Till kollektivavtalet anknyter vissa särskilda rättsverkningar. Vissa av dessa följer redan av *existensen* av ett kollektivavtal. Här kan erinras om reglerna om tolkningsföreträde i 33–35 §§ MBL. Andra rättsverkningar anknyter till att en *viss fråga* är reglerad i kollektivavtal, såsom att kollektivavtalets regler är bindande även för medlemmar i de avtalsslutande organisationerna (26 § MBL). Vidare kan arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal inte med giltig verkan träffa avtal som strider mot kollektivavtalet (27 § MBL). Ett kollektivavtal kan alltså ha tvingande verkan i förhållande till överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare. Om arbetsgivare eller arbetstagare som är bundna av kollektivavtal bryter mot avtalet kan de bli skyldiga att utge ekonomiskt och allmänt skadestånd (54–55 §§ MBL).

För att en fråga skall anses reglerad i kollektivavtal är det inte nödvändigt att frågan uttryckligen angivits i avtalstexten. AD har, utan hinder av formkravet i 23 § MBL, tillskrivit kollektivavtalet s.k. dolda klausuler eller tysta utfyllnadsregler. Genom att dolda klausuler intolkas i avtalet blir kollektivavtalets särskilda rättsverkningar tillämpliga.³

I detta sammanhang kan framhållas att omständigheter som härrör från den kollektiva nivån kan få betydelse för förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare även på annat sätt än som kollektivavtalsnormer. Som exempel kan nämnas att uppfattningar som arbetsgivare och den lokala fackföreningen hyser, kan ha betydelse vid bedömningen av arbetsskyldighetens geografiska omfattning.⁴ Man kan här tala om att *det enskilda anställningsavtalet utfylls med kollektivavtalsförutsättningar*.⁵

Förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare bestäms även av andra normer än lagregler och kollektivavtalsregler. Det är här tillräckligt att erinra om utfyllande regler som framgår av rättspraxis, sedvanor i branschen och bruk på arbetsplatsen. Vid överträdelser av dessa normer aktualiseras dock inte de särskilda rättsverkningar som följer vid brott

³ Se vidare avsnitt 4.3.5.

⁴ Se avsnitt 8.4.

⁵ Källström, Lokala kollektivavtal s. 203 ff.

mot arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal, främst det allmänna skadeståndet. Det finns därför anledning att skilja de normer som härrör från lag eller kollektivavtal från andra normer. Uttrycket *det enskilda anställningsavtalet* används ofta just för att markera denna skillnad. Uttrycket används då för att markera att en viss norm inte är en lag- eller kollektivavtalsregel.⁶

När termen anställningsavtal används utan bestämmningen ”enskild” syftar detta ofta till att ange vilken avtalstyp som är i fråga.⁷ Uttrycket anställningsavtal används också som en synonym till termen anställningsförhållande. Så är t.ex. fallet när Schmidt ställer frågan från vilka normkällor anställningsavtalet får i sitt innehåll.⁸ En annan betydelse av beteckningen anställningsavtal är den akt vilken konstituerar ett anställningsförhållande. Man kan här tala om avtal om anställning.⁹

När det sägs att normer ”ingår i det enskilda anställningsavtalet” görs ingen åtskillnad mellan de normer som är grundade på överenskomelser mellan arbetsgivare och arbetstagare, och andra normer. För att skilja dessa åt behövs en term som syftar på de delar av det enskilda anställningsavtalet som kommit till stånd genom avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Här kan man lämpligen tala om *det personliga avtalet*.¹⁰

Med uttrycket det enskilda anställningsavtalet åsyftas alltså normer som härrör dels personliga avtal, dels utfyllande regler som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare men som inte regleras genom lag eller kollektivavtal.

Gränsdragningen mellan personliga avtal och de andra normer som ingår i det enskilda anställningsavtalet har inte på samma sätt betydelse för vilka rättsföljder som kan komma ifråga som uppdelningen mellan lag- och kollektivavtalsregler respektive andra normer. Distinktionen behövs av andra skäl. Huvuduppgift i denna avhandling är att undersöka vilken betydelse AD tillmäter personliga avtal och andra individuella tolkningsdata i förhållande till övriga normkällor, när det gäller att fastställa vilka förhållningsregler som gäller i ett anställningsförhållande. Och uppdelningen mellan personliga avtal och andra normer som ingår i det enskilda anställningsavtalet gör det lättare att

⁶ AD 1989 nr 67. Eftersom en omplacering inte stred mot lag och arbetstagaren inte var bunden av kollektivavtal ansågs en omplacering ”uteslutande som ett brott mot det enskilda anställningsavtalet”.

⁷ Se t.ex. 4 § 1 st. LAS ”Anställningsavtal gäller tillsvidare”.

⁸ Schmidt, Löntagarrätt, 2 uppl. 1980, s. 13. Se även Sigeman i Löntagarrätt s. 15.

⁹ Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 179 f.

¹⁰ Termen torde ha myntats av Bergström, Kollektivavtalslagen s. 15 f.

beskriva och förstå relationen mellan anställningsförhållandets olika normkällor.

I Finland används uttrycket arbetsförhållande huvudsakligen på samma sätt som anställningsförhållande i Sverige. Termen arbetsavtal motsvarar det som i Sverige benämns personligt avtal. Någon motsvarighet till termen enskilda anställningsavtal förekommer inte.¹¹

2.2 Om tolkning och utfyllning

Gränsdragningen mellan personliga avtal och andra regler som normerar relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare motsvarar det avtalsrättsliga begreppsparet tolkning och utfyllning.

Enligt den klassiska begreppsbildningen benämns den verksamhet varigenom en rättshandling eller ett avtals innehåll och rättsverkningar fastställs för tolkning i vidsträckt mening.¹² Detta begrepp brukar i sin tur delas upp i tolkning i inskränkt mening respektive utfyllning. Med tolkning i inskränkt mening (eller enbart tolkning) avses den verksamhet som syftar till att fastställa den betydelse av avtal och rättshandlingar som i varje särskilt fall skall läggas till grund för fastställandet av avtalets rättsverkningar. Tolkning kan även avse frågan om en viss handling överhuvudtaget har några rättsverkningar, dvs. om en rättshandling överhuvudtaget föreligger. Utfyllning avser den ytterligare verksamhet som krävs för att fastställa avtalets rättsverkningar.

Holmbäck har framhållit att man vid bestämningen av begreppsparet, åtminstone i äldre litteratur, tagit fasta på *objektet* för verksamheten. Vid tolkning är föremålet att fastställa innehållet hos en viss rättshandling eller ett visst avtal medan föremålet vid utfyllning är att komplettera ofullständiga avtal eller rättshandlingar. Skälet till uppdelningen är dock, enligt Holmbäck, i första hand skillnaden i verksamheternas *karaktär*.¹³ Tolkning karaktäriseras som inriktad på omständigheter vilka är specifika för den föreliggande avtalssituationen, såsom lydelse och andra tolkningsdata som är ägnade att belysa parternas uppfattning

¹¹ Sarkko, Arbetsrätt s. 21 och Suviranta, Nord 1990:42 s. 87.

¹² En modern och ingående redogörelse återfinns hos Lehrberg, Förutsättningsläran s. 120 ff. och Avtalstolkning s. 2 ff. Se även Arnholm, Privatrekt II s. 35 ff., Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 242 ff., Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi s. 104 ff., Hov, Avtalerett s. 69 ff., Huser, Avtaletolkning, särskilt s. 127 ff., Karlgren, SvJT 1961 s. 215 ff., Madsen i Aftaler og Mellemmænd s. 395 ff. samt TiR 1996 s. 191, Ussing, Aftaler s. 432 ff. och Vahlén, Avtal och tolkning s. 193 ff. samt JFT 1964 s. 387 ff. Ytterligare hänvisningar återfinns hos Lehrberg.

¹³ Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi s. 106 f.

om vad avtalet innebär.¹⁴ Det brukar även framhållas att tolkning i första hand är ojuridisk i den meningen att verksamheten syftar till att med hjälp av språkvetenskap, psykologi, logik och liknande fastställa innehållet i en specifik rättshandling eller ett specifikt avtal.¹⁵ Utfyllning sägs däremot vara helt av rättslig natur och består vanligen i tillämpning av allmänna regler, dvs. dispositiva rättsregler av olika slag, såsom lagregler eller regler utbildade i rättspraxis.

Det brukar även framhållas att uppdelningen i tolkning och utfyllning har betydelse inom misstagsläran. Ett misstag om innehållet i en förklaring eller i ett avtal bedöms enligt 32 § 1 st. AvtL. Rör misstaget inte avtalsinnehållet utan innebörden av utfyllande rätt är utrymmet för att medge misstaget relevans betydligt mer begränsat. Gränsdragningen anses även ha betydelse om ena parten felaktigt förutsatt att ett visst faktiskt förhållande förelegat. I den mån denna ”förutsättning” hänförs till avtalet är 32 § 1 st. AvtL tillämplig. Om den felaktiga förutsättningen inte rör avtalsinnehållet blir förutsättningsläran tillämplig.¹⁶

Ett ytterligare skäl som anförts för denna uppdelning är att tolkningsregler och utfyllande rättsregler uppbyggs av delvis olika ändamålsskäl. Det har sagts att tolkningsreglerna bör främja partsautonomi och att utrymmet för att vid tillämpningen av dessa tillgodose speciella allmänna intressen, såsom sociala skyddssynpunkter, är begränsat.¹⁷ Frågan är dock föremål för olika uppfattningar.¹⁸

Den traditionella uppdelningen, eller i vart fall betydelsen av den, har ifrågasatts. Man har bl.a. framhållit att gränsen är diffus.¹⁹ Även om tolkning i första hand karaktäriseras som ojuridisk har framhållits att tolkning i stor utsträckning sker med tillämpning av mer eller mindre klart fixerade tolkningsregler, vilka kan beskrivas som utfyllande rättsregler.²⁰ Det är vidare tydligt att utfyllande rättsregler har betydelse vid tolkning, även om olika vikt läggs vid detta i skilda framställningar.²¹ Å

¹⁴ Se t.ex. Lehrberg, Förutsättningsläran s. 122 f.

¹⁵ Se t.ex. Ussing, Aftaler s. 432. Detta torde, som Adlercreutz (Avtalsrätt II s. 37) framhåller, ske intuitivt på grundval av allmänmänsklig erfarenhet av språket.

¹⁶ Karlgren, SvJT 1961 s. 215 f. och Vahlén, Avtal och tolkning s. 30.

¹⁷ Lehrberg, Avtalstolkning s. 6 och 11 ff. samt Fohlin, Avtalstolkning s. 28.

¹⁸ Se t.ex. avsnitt 2.3.8.

¹⁹ Se t.ex. Bengtsson, Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor s. 6, Gomard, Almindelig kontraktsret s. 183, Huser, Avtaletolkning s. 127, Madsen i Aftaler og Mellemænd s. 396, Sundberg, Om ansvaret for fel i lejt gods s. 36 och Vahlén, JFT 1964 s. 388 f.

²⁰ Se t.ex. Jørgensen, Kontraktsret I s. 168 och Madsen i Aftaler og Mellemænd s. 397. Se även Sigeman i Arbetsrätten i udvikling s. 224.

²¹ Se t.ex. Adlercreutz, SvJT 1990 s. 578 ff.

andra sidan kan även individuella tolkningsdata påverka utfyllningen. Man brukar då tala om individuell utfyllning.²²

Den traditionella uppdelningen mellan tolkning och utfyllning betonar starkt avtalets företrädare framför normer av annan karaktär. Det heter t.ex. att utfyllning avser att komplettera ofullständiga avtal eller att utfyllning är den verksamhet som tillgrips när underlaget för tolkning inte längre är bärande.²³ Ett annat uttryck för denna uppfattning är att tolkning i ett tänkt flödesschema föregår utfyllning. Har avtalets innehåll bestämts genom tolkning, är även avtalets rättsverkningar fastställda. Därvid pekar uppdelningen inte bara på avtalets funktion att grundlägga rättsförhållanden, utan även på det särdraget hos avtalet att dess innehåll är omedelbart avgörande för dess rättsföljder.²⁴

Författare som menar att individuella och subjektiva moment inte har eller bör ha en så framträdande plats inom den allmänna avtalsrätten har mot bakgrund härav valt att undvika eller tona ner distinktionens betydelse.²⁵ Det är inte ovanligt att man använder en annan bild för att beskriva förhållandet mellan avtal och dispositiv rätt. Genom avtal grundläggs ett rättsförhållande. Innehållet i detta bestäms av dispositiva regler, om inte parterna har avtalat om annat.

Båda sätten att beskriva förhållandet mellan utfyllande rättsregler och partsskapade normer äger sin riktighet. Den senare beskrivningen förefaller ha särskilt fog för sig vid avtalstyper där den individuella regleringen normalt inte är avsedd att fullt ut reglera parternas mellanhavanden, såsom vid anställningsavtal. Men även med ett sådan synsätt är det enligt min uppfattning värdefullt att skilja mellan tolkning och utfyllning och då särskilt för att klargöra enligt vilka regler eller överväganden som vissa omständigheter får juridisk relevans.

Vid tolkning söker man alltså fastställa innehållet i partsskapade normer. Men inte alla individuella tolkningsdata omfattas av det traditionella tolkningsbegreppet. Så är t.ex. inte fallet vid analogisk tillämpning av kontraktsbestämmelser eller vid den precisering av generella

²² Adlercreutz, *Avtalsrätt II* s. 22 ff., Holmbäck, *Studier i förutsättningslärans terminologi* s. 135 ff., Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 114 och Vahlén, *Avtal och tolkning* s. 202 ff..

²³ Se t.ex. Holmbäck, *Studier i förutsättningslärans terminologi* s. 107 och Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 111.

²⁴ Se t.ex. Hov, *Avtalerett* s. 70 och Sundberg, *SvJT* 1961 s. 12. När det sägs att ett avtals innehåll bestämmer dess rättsverkningar måste det likväl hållas i minnet att detta i sin tur beror på att rättsordningen tillerkänner avtal dessa rättsverkningar (Agell, *SvJT* 1995 s. 747 och Arnholm, *Privatrett I* s. 208 f.).

²⁵ Se t.ex. Grönfors, *Tolkning av fraktavtal* s. 24 och 42 samt Ramberg i *Festskrift till Agell* s. 505.

utfyllande regler som sker genom individuella tolkningsdata (t.ex. 17 § 3 st. köplagen).

Gränsen mellan tolkning och utfyllning faller i första hand tillbaka på rättshandlings- eller viljeförklaringsbegreppet. Om tolkning går ut på att fastställa den betydelse av en *rättshandling* och därmed ett avtal som i varje särskilt fall skall läggas till grund för fastställandet av avtalets rättsverkningar, bör frågan ställas vad som avses med en rättshandling. Problemet med gränsdragningen mellan tolkning och utfyllning sammanhänger med svårigheten att överhuvudtaget bestämma vilka omständigheter som utlöser avtalsverkningar. I denna fråga råder delade meningar i doktrinen och vissa aspekter av frågan behandlas i avsnitt 2.3.

Det kan även vara fråga om tolkning i klassisk mening om de avvikande normerna inte framgår av parternas yttrande eller motsvarande. Det är för att en viss fråga skall vara avtalsreglerad tillräckligt att parterna har en gemensam uppfattning om vilka normer som ingår i avtalet. Tanken är att den rättshandling eller det avtal, som gjort att ett avtalsförhållande uppkommit, tolkas i enlighet med parternas gemensamma uppfattning om avtalsinnehållet. Vad som avses med gemensam partsuppfattning berörs i avsnitt 2.4.

2.3 Avtalets byggstenar

2.3.1 Allmänt

Man brukar i nordisk rätt liksom i de flesta andra rättsordningar skilja mellan förmögenhetsrättsliga anspråk som vilar på kontraktsrättslig (avtalsrättslig) och sådana som vilar på utomkontraktsrättslig grund.²⁶ Medan reglerna om kontraktuella anspråk i första hand är till för att möjliggöra ekonomisk omsättning har reglerna om utomkontraktuella anspråk andra uppgifter, bl.a. att skydda redan existerande positioner.²⁷

I nordisk doktrin används ett flertal beteckningar för rättsfakta som ger upphov till avtalsrättsliga anspråk, såsom rättshandling, viljeför-

²⁶ Om denna uppdelning se t.ex. Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 10 ff., Lehrberg, SvJT 1996 s. 462, Madsen, TfR 1986 s. 598 ff. och Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law* s. 348 f. Uppdelningen är inte uttömmande. Även mellanformer finns, såsom *negotiorum gestio*. För en översikt av sådana mellanformer se Mellquist & Persson, *Fordran och skuld* s. 31 ff. Se även Rodhe, *Obligationsrätt* s. 3.

²⁷ Madsen, TfR 1986 s. 599.

klaring, ”dispositiv utsagn” och avtalsgrundande rättsfakta.²⁸ Redan om man begränsar sig till Norden och tiden efter införandet av avtalslagen finns en omfattande diskussion om hur begreppsbildningen bör vara utformad och vilka krav som skall ställas på dessa rättsfakta.

I avtalslagen används huvudsakligen termen rättshandling.²⁹ Avtal konstitueras, med det synsätt som anläggs i avtalslagen, genom två rättshandlingar: anbud och accept. Ett sådant synsätt är naturligt i en rättsordning där anbud anses bindande för avgivaren även innan accept avgivits (löftesprincipen).³⁰ Den närmare innebörden av begreppet rättshandling är omstridd och ett stort antal definitioner förekommer.³¹ I motiven till avtalslagen framhölls att någon definition i lagtexten av begreppet inte kunde komma ifråga. Uttrycket användes ”i så vidsträckt bemärkelse, att därunder innefattas alla viljeförklaringar, vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande, som faller inom förmögenhetsrättens område.”³² Även viljeförklaringar som syftar till att *bevara* rättsförhållanden får hänföras till begreppet rättshandling.³³ Denna definition ger inte mycket ledning för vilka handlingar eller beteenden som utgör rättshandlingar. Enligt Vahlén avsåg inte lagstiftaren att självständigt ta ställning till detta begrepp eller att begränsa det till någon vid tidpunkten för lagens tillkomst förfäktad mening i doktrinen.³⁴

Av definitionen framgår dock att uttrycket rättshandling används som synonymt med viljeförklaring.³⁵ Termen viljeförklaring antyder att rättsfakta som grundlägger avtal består av två delar, dels någon form av vilja, dels en förklaring.

Uttrycket vilja kan syfta på flera saker. Det kan avse en vilja att avge förklaringen, t.ex. yttra orden eller skicka brevet (förklaringsvilja). Viljan kan även avse en vilja att bli rättsligt bunden (rättsverkningsvilja). Man kan vidare tänka sig att viljan kan avse en vilja att

²⁸ I äldre doktrin används också termen rättsärende (Arnholm, TfR 1948 s. 372). Även termen disposition förekommer (t.ex. Karlgren i Festskrift till Nial s. 333).

²⁹ Se dock 32 § där termen viljeförklaring används.

³⁰ NJA II 1915 s. 232. Denna begreppsbildning avvek från den som tidigare var vanlig, nämligen att uppfatta avtalet som en rättshandling. Jfr dock lagens rubrik (”avtal och *andra* rättshandlingar”, kursiverat här).

³¹ Se t.ex. Arnholm, TfR 1948 s. 368–431.

³² NJA II 1915 s. 232. Bestämningen ansluter nära till uppfattningar i tysk 1800-tals doktrin. Se särskilt Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, band 1, s. 310. Den tyska diskussionen belyses ingående i Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll.

³³ Se t.ex. Björling, SvJT 1916 s. 319 f. och Grönfors, Avtalslagen s. 179. Se även NJA II 1915 s. 233.

³⁴ Vahlén, Avtal och tolkning s. 10.

³⁵ Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 61 och Vahlén, Avtal och tolkning s. 9.

uppnå bundenhet av andra normer än rättsregler, t.ex. moralregler (allmän bundenhetsvilja).³⁶ Ytterligare en fråga är om det är avgivarens vilja eller mottagarens befogade tillit till att en vilja av något slag föreläggat hos avgivaren som är avgörande.

Inte heller är det helt givet vad som skall förstås med uttrycket förklaring. Det kan syfta på förklaringens yttre manifestation (med Karlgrens terminologi ”de nakna orden”). Men det är även möjligt att tänka sig att uttrycket syftar på förklaringens innehåll (dess meningsinnehåll).³⁷

I det följande skall några aspekter av problematiken kring begrepps-bildningen diskuteras.³⁸ Diskussionen förs huvudsakligen mot bakgrund av nordisk 1900-tals doktrin. Inledningsvis kan några historiska noter-ingar vara på sin plats.

2.3.2 En historisk skiss

Föreställningen att viljan har en avgörande betydelse för uppkomsten av kontraktuella förpliktelser kan härledas åtminstone tillbaka till den rationalistiska naturrätten.³⁹ Hugo Grotius (1583–1645) formulerade en allmän regel om formlösa avtals bindande verkan. Enligt Grotius var det viljan som gjorde att formlösa avtal hade bindande verkan. En person blev bunden endast av det som omfattades av hans avsikter. Emellertid var det inte möjligt att direkt anknyta rättsverkningar till enbart viljan. En ”inre vilja” vilken inte kommit till uttryck för omvärlden kunde inte ge upphov till rättsverkningar. Det krävdes att viljan meddelats omvärlden. Detta meddelande – en förklaring – uppfattades som ett tecken på den inre viljan (signum voluntatis). Liknande tankar framfördes även av Samuel Pufendorf (1632–1694). Denna voluntaristiska syn på avtal kom att godtas av företrädare för den tyska historiska skolan, såsom Friedrich Karl von Savigny (1779–1861), om än den ideologiska grunden där var en annan.⁴⁰

³⁶ Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 63 ff. och s. 123 ff. samt Ussing, Aftaler s. 38 (båda med hänvisningar).

³⁷ Arnholm, Privatrecht I s. 203.

³⁸ En fråga som inte behandlas är kravet på förklaringsvilja. Se härom t.ex. Arnholm, Privatrecht II s. 284 ff., Hessler, Om stiftelser s. 227 ff., Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 51 ff. samt Ussing, Aftaler s. 38 ff. och 81 ff.

³⁹ Det följande bygger främst på Jørgensen, TtR 1965 s. 400 ff., TtR 1967 s. 457 ff. och UfR 1967 B 153 ff. samt Olivecrona i Rätten och viljan s. 27 ff. Se även t.ex. Atiyah, Promises, Morals and Law s. 9 ff.

⁴⁰ Olivecrona, Rättsordningen s. 180 ff. Se även Stang, Innledning til formueretten s. 243 f.

Att de teorier vilka tillerkände viljan en avgörande betydelse fick ett sådant genomslag i avtalsrätten kan förklaras av att teorierna gav legitimitet åt ett uppbrott från den formbundna avtalsrätt som präglade äldre och mer primitiva samhällsförhållanden. I dessa samhällen tillgodosågs människors materiella behov huvudsakligen genom självhushållning och den ekonomiska interaktionen mellan medborgarna var låg. Samhället hade en kollektiv prägel. Socialstrukturen byggde på stammen eller släkten som ekonomisk och social enhet. Utrymmet för enskilda att ”göra affärer” med varandra var begränsat. Med urbaniseringen och den begynnande industrialismen uppkom ett behov av att underlätta det ekonomiska utbytet mellan medborgarna. I detta samhälle hade det formlösa avtalet en viktig funktion att fylla.⁴¹ Den syn på avtalet som förespråkades av Grotius och Pufendorf passade också väl in i det samhällsideal som förespråkades inom utilitarismen och liberalismen.

Som framgått uppfattas rättshandlingar som ett medel för enskilda att självständigt genomföra och organisera sina ekonomiska mellanhavanden. I regel går detta bra. Om någon yttrar orden ”Jag säljer bilen till dig för 10 000 kr” står detta normalt i överensstämmelse med hans avsikter, både i den betydelsen att han vill avge yttrandet och att han vill uppnå vissa rättsverkningar. Uttalandet kommer också att uppfattas på detta sätt av mottagaren. Men emellanåt förhåller det sig inte så. Yttrandet ger inte uttryck för avgivarens avsikter eller så orsakar det oriktiga föreställningar hos mottagaren. Detta förhållande skapar problem i flera avseenden, t.ex. för frågan om en bindande rättshandling föreligger och hur denna skall tolkas. Förhållandet väcker också frågan om vad som är det avgörande i rättsligt hänseende: avgivarens avsikt, de föreställningar som yttrandet väckt hos mottagaren eller yttrandets objektiva innehåll. Diskussionen om viljans betydelse på avtalsrättens område kretsade under årtiondena runt sekelskiftet kring vilket av dessa synsätt som skulle vara utgångspunkten för avtalsrättens utformning.⁴²

Uppfattningen att avgörande vikt skall läggas vid avgivarens avsikter benämns *viljeteorin*. Denna teori har, åtminstone till en del, sina rötter i 1600-talets naturrättsliga föreställningar. Som redan nämnts ansåg Grotius och Pufendorf att det var viljan som gav upphov till den rättskapande effekten. Mot denna bakgrund var det naturligt att utgå från avgivarens avsikter vid frågor om en förklaring är bindande och hur den skall tolkas. Sådana uppfattningar framfördes t.ex. av författare som von

⁴¹ Sambandet mellan samhällsutvecklingen och avtalsrättens utformning betonas starkt av Adlercreutz i *Högsta domsmakten 1789–1989* del II, särskilt s. 119 f.

⁴² Se till det följande t.ex. Arnholm, *Privatrett* I s. 212 ff., Hov, *Avtalerett* s. 27 ff. och Ussing, *Aftaler* s. 19 ff.

Savigny och Bernhard Windscheid (1817–1892). I nordisk doktrin brukar främst Oscar Platou förknippas med denna uppfattning.

Viljeteorin har påtagliga brister. Från handelslivets perspektiv är det uppenbart att ett synsätt som lägger alltför stor vikt vid avgivarens avsikter är ägnad att medföra negativa konsekvenser för omsättningen.⁴³ Som en reaktion mot viljeteorin kom en *tillitsteori* att formuleras. Enligt denna var det inte avgivarens vilja som var det rättsskapande elementet, utan den tillit vilken förklaringen skapar hos mottagaren. Denna ståndpunkt motiveras inte av önskan att ge fördelar åt mottagaren, utan av hänsyn till intresset av en väl fungerande handel. Uppfattning fick starkt genomslag i nordisk doktrin och även i de nordiska avtalslagarna.

En något modifierad version av tillitsteorin är den *förklaringssteori* vilken främst utvecklats av Fredrik Stang. Avgörande, enligt denna teori, är inte vilken uppfattning mottagaren hyst, utan istället hur förklaringens innehåll skall uppfattas oberoende av mottagaren.

Ett av huvudsyftena i diskussionen om dessa teorier, och då särskilt viljeteorin, var att finna en motivering till varför rättshandlingar är bindande. Den förklaring man kom fram till fick sedan återverkningar på uppfattningarna om hur rättsreglerna var eller skulle vara utformade. Redan tidigt ersattes tanken att det var viljan som konstituerade rättshandlingars bindande kraft med uppfattningen att rättshandlingars rättsliga effekter bestäms av rättsreglerna. Även sedan detta synsätt slagit igenom fanns ofta en önskan att återföra rättsreglerna på en rättsgrund, t.ex. avgivarens vilja eller mottagarens tillit. Numera anser man att det inte är möjligt att förfara så. Istället uppfattas rättsreglerna som grundade på olika rättspolitiska och praktiska överväganden. De avtalsrättsliga reglerna utgår inte heller entydigt från någon av dessa teorier. Det anses därför inte möjligt att lägga *en* av dessa till grund för en framställning av rättsområdet.⁴⁴

Det bör också uppmärksammas att vilje-, tillits- och förklarings-teorierna under diskussionen har närmat sig varandra. Således finner man i framställningar med viljeteoretisk grundinställning situationer där avgivarens vilja får vika för mottagarens tillit. På samma sätt finner man att i framställningar av tillitsteorin att den tillit som skall beaktas inte är den tillit som den enskilde mottagaren hyst, utan den som en förnuftig mottagare skulle ha känt. Genom att skjuta in en sådan bonus pater har tillitsteorin närmat sig förklaringssteorin. Den praktiska skillnaden

⁴³ Det sagda får inte fördunkla det förhållandet att viljeteorin var ett framsteg när den lanserades (Stang, *Innledning til formueretten* s. 240).

⁴⁴ Se t.ex. Grönfors, *Avtalslagen* s. 196, Jørgensen, *Kontraktsret I* s. 32, Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 7 ff., Ussing, *Aftaler* s. 25 ff. och Vahlén, *Avtal och tolkning* s. 25.

mellan teorierna är – i den utformning de till slut erhållit – inte så stor. När man numera talar om tillits-, vilje-, respektive förklarings teorier är det mot bakgrund härav lämpligt att uppfatta dem som principer vilka lägger vikt vid mottagaren, avgivaren respektive förklaringen.⁴⁵ Ingen av principerna kan göra anspråk på att ensam bestämma hur rättsreglerna skall utformas eller tolkas. Med en sådan uppfattning saknas anledning att närmare beakta de modifieringar som äldre företrädare gjort i principerna. Tvärtom finns det anledning att renodla principernas utgångspunkter. När det i denna framställning talas om vilje-, förklarings-, respektive tillitsprincipen betraktas dessa som ahistoriska idealtyper.⁴⁶

Ett gemensamt drag för vilje-, förklarings- och tillitsteorierna är att de utgår från att viljan är ett avgörande kriterium för att avtal skall uppkomma. Skillnaden mellan principerna ligger istället i om det är avgivarens vilja, mottagarens eller en utomståendes intryck av att avgivaren hyst en vilja som skall vara avgörande. Viljan behöll alltså en framskjuten position även sedan tanken att viljan utgör det rättsskapande elementet för rättshandlingars bindande kraft ersatts av tanken att rättshandlingars rättsverkningar bestäms av rättsregler.

Axel Hägerström publicerade år 1935 artikeln ”Begreppet viljeförklaring på privaträttens område”.⁴⁷ Hägerström framför där tesen att det inte är logiskt möjligt att en rättsverkningsvilja kan vara en förutsättning för att en viljeförklaring skall föreligga. Svein Eng och Ola Svensson har försökt visa att tesen inte är riktig.⁴⁸

2.3.3 Något om allmänna läror

Frågan om under vilka förutsättningar avtalsverkningar skall utlösas bestäms av rättsreglerna och det är därvid inte nödvändigt att rättsreg-

⁴⁵ Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 36 samt Schmidt, SvJT 1959 s. 497 ff. och 1960 s. 420 ff.

⁴⁶ Om idealtypsdefinitioner se t.ex. Hedenius i Filosofi och rättsvetenskap s. 50 ff.

⁴⁷ Uppsatsen publicerades ursprungligen i Theoria 1935. Den återfinns numera även i boken Rätten och viljan, Två uppsatser av Axel Hägerström (1961). Det är allmänt omvittnat att Hägerströms uppsats är allt annat än lättillgänglig (se t.ex. Arnholm, Privatrecht I s. 204 f.). För den som önskar närma sig artikeln kan det vara värt att i först hand läsa Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 181 ff., Olivecrona i Rätten och viljan s. 42 ff. eller Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 67 ff., vilka alla försökt framställa uppsatsens huvudpunkter i mer begriplig form.

⁴⁸ Eng, SvJT 1993 s. 10 ff. och Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 70 ff. Andra författare har accepterat Hägerströms tes. Se Olivecrona i Rätten och viljan s. 42 ff. och Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 181 ff. Se även Ross, Om ret og retfærdighed s. 284 ff.

lerna anknyter till någon form av vilja. Å andra sidan tycks det heller inte finnas något hinder mot att avtalsverkningars uppkomst kopplas till någon form av vilja. Det har mot bakgrund härav sagts att frågan om viljans betydelse för att etablera avtal är ett empiriskt spørsmål.⁴⁹ Frågan är vilka regler och principer som lämpligen kan konstrueras utifrån det befintliga rättsmaterialet.

Ovan angavs att varken lagtext eller motiv ger några entydiga direktiv för svaret på frågan.⁵⁰ I doktrinen råder en bred enighet om att uttalanden, ord eller beteenden vilka enligt konventioner eller sedvänjor i en given situation signalerar att avgivaren har en avsikt att binda sig utgör ett väsentligt moment för frågan om orden eller uttrycken skall utlösa avtalsverkningar. Å andra sidan råder också enighet om att avtalsverkningar kan uppkomma även när någon viljeförklaring i klassisk mening inte föreligger. Det är naturligtvis möjligt att efter en systematisk genomgång av rättspraxis visa vilka omständigheter som tillagts avtalsgrundande verkningar.⁵¹ Men går det att ur rättsmaterialet konstruera någon allmän lära för vilka omständigheter som skall, bör eller får vara avgörande för att avtalets rättsverkningar skall inträda?

Det framhålls ibland att rättsvetenskapen har ett särskilt ansvar för att utveckla allmänna läror. Värdet av att utveckla sådana är dock omdiskuterat. Under efterkrigstiden har man i nordisk rättsvetenskap ställt sig skeptisk till försök att formulera allmänna läror, i vart fall om läroarna givits formen av relativt precisa begrepp, modeller eller konstruktioner med anspråk på att styra den rättsliga argumentationen. Begrepp och konstruktioner har uppfattats som framställningstekniska hjälpmedel och man har varnat för att utnyttja sådana för argumentation i rättsfrågor.⁵² Under senare år har framhållits att allmänna läror och liknande faktiskt har betydelse i den juridiska argumentationen. Man pekar på att systemföreställningar och begreppsbildning påverkar rättstillämpning och regelbildning. Beredvilligheten att formulera allmänna läror och argumentera utifrån dessa tycks också ha ökat.

Även vad som avses med allmänna läror tycks vara föremål för olika uppfattningar. Enligt en uppfattning består allmänna läror av begrepp och principer. Med begrepp särskiljer eller skär man ut de delar av verkligheten som är rättsligt relevanta. Begreppen har till uppgift att begränsa beslutsunderlaget eller det område som är föremål för under-

⁴⁹ Eng, SvJT 1993 s. 38 och Ramberg i Festskrift till Agell s. 503 not 4.

⁵⁰ Se även Jørgensen, Kontraktsret I s. 36 f.

⁵¹ Jfr angreppssättet hos Røsæg, Garantier eller fattigmans tröst? s. 137 f.

⁵² Se t.ex. Ross i Festskrift till Ussing s. 478 ff., Schmidt, TfR 1980 s. 559 ff. och Sigeman, Lönefordran s. 147 ff. Se även Ekelöf, Processuella grundbegrepp s. 212 ff.

sökning. Principerna har en annan funktion. Principerna ingår som en del av den juridiska argumentationen. De utpekar från vilket håll argument skall hämtas och vilket resultat som bör eftersträvas. Funktionen för allmänna läror tycks i första hand vara att verka sammanhållande på rättsordningen eller en del av denna.⁵³

Vid diskussion om allmänna läror bör man ha klart för sig att dessa utgör konstruktioner. Det finns ingen auktoritativ formulering av dem.⁵⁴ Läroarna står i ett cirkulärt förhållande till det konkreta rättsmaterialet.⁵⁵ De byggs upp bl.a. av redan existerande lagregler och prejudikat och påverkar samtidigt utformningen av nya lagregler och prejudikat. Det konkreta rättsmaterialet är inte helt igenom konsistent och att det kan generaliseras på olika vis. Formuleringen av allmänna läror förutsätter därför ett val av vilket material som skall lyftas fram och vilket som skall träda i bakgrunden. Detta blir särskilt tydligt om läroarna gör anspråk på att täcka större områden. Valet kan inte fullt ut dikteras av inomrättsliga överväganden.⁵⁶

I de följande avsnitten skall jag redovisa och jämföra några olika författares uppfattningar om hur förutsättningarna för avtalsverkningarnas inträde skall formuleras. Jag försöker därvid beskriva författarnas angreppssätt och vad de avser att använda sina resultat till. Avslutningsvis skisseras vilken syn som läggs till grund för den fortsatta framställningen.

2.3.4 Karlgrens viljeförklaringsbegrepp

En av dem som ingående diskuterat frågeställningen är Hjalmar Karlgren.⁵⁷ Syftet för Karlgren är att utröna till vilka omständigheter (rättsfakta) som rättsordningen anknyter avtalets rättsverkningar.⁵⁸ Karlgren intresserar sig för vilka komponenter som ingår i regeln och hur dessa förhåller sig till varandra. Argumentationen är huvudsakligen logiskt inriktad.

En fråga för Karlgren är om det är tillräckligt att vissa ord uttalas eller om det därutöver krävs att det föreligger en *rättsverkningsvilja* hos

⁵³ Pöyhönen, JFT 1994 s. 663 och Wilhelmsson, Social Civilrätt s. 19 ff.

⁵⁴ Liknande Jareborg, Straffrättens ansvarslära s. 345.

⁵⁵ Prawitz i Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen s. 28 f. Se även t.ex. Taxell i Festskrift till Ylöstalo s. 418.

⁵⁶ Wilhelmsson, Social Civilrätt s. 27. Se även Schmidt, SvJT 1960 s. 420 f.

⁵⁷ Avtalsrättsliga spørsmål s. 179 ff. Han återkommer till temat i Festskrift till Nial s. 324 ff. samt i SvJT 1969 s. 199 ff. och SvJT 1970 s. 126 ff.

⁵⁸ Karlgren, Festskrift till Nial s. 325 f. och Avtalsrättsliga spørsmål s. 183 och 188.

avgivaren. Enligt Karlgren kan man av den omständigheten att vissa ord uttalas dra slutsatsen att den förklarande har en rättsverkningsvilja. Men denna slutsats kan då inte grundas på orden, utan får istället grundas på något annat, nämligen att rättsordningen tillerkänner orden denna verkan. Tanken är att när rättsordningen anknyter vissa rättsföljder till att vissa ord uttalas så kan man utgå från att den som uttalar orden har en vilja att uppnå rättsföljderna. Förekomsten av en rättsverkningsvilja är därför, enligt Karlgren, sekundär i förhållande till att viljeförklaringen enligt rättsordningen har rättslig verkan. Den omständigheten att avgivaren har en rättsverkningsvilja blir därför utan intresse för frågan om vad som vid en viljeförklaring utgör rättsfaktum. För Karlgren blir slutsatsen att det rättsligt relevanta (rättsfaktum) vid viljeförklaringen är ”de nakna orden”. Och rättsordningen kräver primärt inte någon rättsverkningsvilja hos avgivaren.⁵⁹

Den hittills refererade diskussionen för Karlgren utifrån frågan om det hos avgivaren skall föreligga en rättsverkningsvilja, eller med andra ord en vilja att åstadkomma förändringar på det rättsliga planet. Emellertid har flera författare framhållit att viljan att bli bunden inte behöver avse just rättslig bundenhet, utan att det är tillräckligt att viljan avser bundenhet av andra normsystem i samhället såsom moral och seder (*allmän bundenhetsvilja*).⁶⁰ Om det är denna bundenhet som viljan skall avse är det, enligt Karlgren, bara ett cirkelresonemang i den mån bundenhetsviljan hänger samman med att rättsordningen upprätthåller bundenheten. Något hinder mot att anknyta rättsverkningar till sådana fall då man kan sluta sig till existensen av en genom andra än rättsliga faktorer uppkommen bundenhetsvilja föreligger inte. Men även med denna utgångspunkt är det enligt Karlgren riktigare att beskriva förhållandet så att rättsfakta utgörs av de omständigheter vilka är betingelser för moral- och sedereglernas ingripande än att rättsordningen anknyter till den vilja som genom moral- och sedereglerna uppkommit.

Hur skiljer man då enligt Karlgren mellan en definitiv rättshandling och ett projekt till rättshandling? Jo, genom att rättsordningen genomför den anordningen att viljeförklaringen i det förra fallet måste innehålla andra ord eller förete ett annat yttre utseende än i det senare. Detsamma måste enligt Karlgren även gälla för frågan om vilka rättsverkningar en viljeförklaring skall ha, om förklaringen innefattar rättsliga begrepp som t.ex. köp. När ordet köp används följer därav köpets rättsverkningar utan

⁵⁹ Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål s. 193.

⁶⁰ Ussing, Aftaler s. 38 med hänvisningar. Se även Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 63 ff.

att det är någon (positiv) betingelse att man kan sluta sig till att den förklarande haft dessa rättsverkningar i sikte.

Karlgren är påfallande försiktig när han behandlar hur rättstillämparen bör gå tillväga när han väljer ut vilka ord eller beteenden som skall tilläggas egenskapen att utlösa avtalsverkningar. En grupp som utan tvivel hör hit är ord eller uttryck vilka enligt konventionell uppfattning signalerar att avgivaren har för avsikt att åstadkomma bundenhet: orden uttrycker en fantasiföreställning om inträdet av rättigheter och skyldigheter. Därutöver räknar Karlgren med konkludenta viljeförklaringar. Dessa är emellertid av så skiftande beskaffenhet att Karlgren inte anser det möjligt att mera allmänt uttala sig i ämnet.⁶¹

Att rättsfaktum utgörs av de nakna orden betyder inte enligt Karlgren att rättsverkningsvilja helt saknar rättslig relevans. *Frånvaro* av rättsverkningsvilja hos avgivaren kan vara en omständighet vilken utesluter att avtalsverkningar inträder. Karlgren framhåller att detta följer av att rättsordningens syfte med att till vissa ord etc. anknyta uppkomsten av avtalets rättsverkningar är att ge enskilda verktyg att gestalta sina privata rättsförhållanden. Med hjälp av orden kan enskilda uppnå sina syften. Om det av *andra fakta än orden* framgår att den förklarande inte haft någon avsikt att uppnå de rättsverkningar som rättsordningen tillskriver orden så kan denna avsaknad av bundenhetsvilja vara relevant. Om en person företar handlingen a, som enligt rättsordningen ger upphov till vissa rättsföljder och det av ett annat yttre faktum, b, framgår att han inte velat åstadkomma dessa rättsverkningar, så kan detta föranleda att rättsverkningarna uteblir. Sådana b-fakum kan alltså – ”i den av särskilda praktiska skäl starkt begränsade omfattning som följer av positiva rättsregler” – föranleda denna neutraliserande effekt.⁶²

Karlgrens omformulering av det klassiska viljeförklaringsbegreppet har kritiserats. Det har framhållits att om avgivaren yttrar ord vilka signalerar en bundenhetsvilja och några neutraliserande fakta inte föreligger så har mottagaren regelmässigt fog att utgå från att avgivaren hyser en rättsverkningsvilja. Därmed skulle omformuleringen i praktiken inte leda till andra resultat än den klassiska viljeförklaringssteorin i tillitsprincipens tappning.⁶³ Karlgren var väl medveten om detta förhållande.⁶⁴ Likväl medför Karlgrens omformulering en viss förskjutning i den juridiska argumentationen. Det primärt avgörande är inte avsikterna i det

⁶¹ Karlgren i Festskrift till Nial s. 333.

⁶² Karlgren i Festskrift till Nial s. 327 (kursiverat här).

⁶³ Eng, SvJT 1993 s. 33 f. och Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 92. Se även Lehrberg, SvJT 1996 s. 470.

⁶⁴ Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål s. 196.

konkreta fallet. Och frågan om i vilken utsträckning avsaknad av bundenhetsvilja skall ha relevans får lösas utifrån skilda ändamålsöverväganden av mer allmän karaktär.

Uppdelningen mellan omständigheter som normalt grundar vissa rättsföljder och motfakta vilka utesluter eller modifierar rättsföljden är inte en gång för alla given, utan är beroende av vilken grad av precision man önskar ge rättsfaktum respektive rättsföljd.⁶⁵ Det sagda kan illustreras med ett exempel. Preskription uppfattas allmänt som ett motfaktum. Rättsregeln kan skrivas ut på följande vis. Om någon har en fordran så har han rätt till betalning, om inte fordran är preskriberad. Detta hindrar inte att det i och för sig är möjligt att frånvaron av preskription hör till den första kategorin. Rättsregeln skulle då lyda: Om någon har en fordran och denna inte är preskriberad så har han rätt till betalning. Valet mellan att hänföra en viss omständighet till huvudregeln eller till motfakta har uppfattats som huvudsakligen framställningstekniskt betingat. Samtidigt synes dock denna praktiska uppdelning normalt ha betydelse för argumentationsbördan. Den som påstår att man skall avvika från huvudregeln måste framföra tillräckliga skäl för detta.⁶⁶

Den lösning Karlgren förordar bygger på en hård centrering på de språkliga uttrycken. Hållbarheten i den uppdelning mellan det (rent) objektiva förklaringsinnehållet och andra fakta som Karlgrens modell förutsätter kan ifrågasättas. Det brukar framhållas att all språkförståelse är kontextuell, att språkliga uttryck saknar mening om de inte sätts in i ett sammanhang.⁶⁷ Mot bakgrund härav framstår den uppdelning som Karlgren förordar som olämplig.⁶⁸ Däremot har Karlgren en poäng när han framhåller att förekomsten av rättsverkningsvilja hos avgivaren eller mottagarens intryck av en sådan är beroende av rättsreglernas innehåll samt att förekomsten av dessa subjektiva moment i konkreta och pro-

⁶⁵ Arnholm, Privatrecht I s. 143 f. och Ross, Om ret og retfærdighed s. 278 f. Om termen motfakta Ekelöf & Boman, Rättegång I s. 33 och Olivecrona, Rätt och dom s. 205 ff.

⁶⁶ Hellner, Rättsteori s. 57 f. Se även Wilhelmsson, Social Civilrätt s. 27.

⁶⁷ Se t.ex. Wennström, The Lawyer and Language, t.ex. s. 20 ff. Se även Ramberg i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s. 506, Roos, SvJT 1972 s. 626 f. och Schmidt, SvJT 1960 s. 424.

⁶⁸ En annan sak är att konstruktionen av 32 § 1 st. förutsätter att man vid en första bedömning bortser från om avgivarens avsikt avvek från förklaringsinnehållet och om mottagaren insett eller bort inse misstaget (se t.ex. Karlgren, SvJT 1966 s. 161 ff. och Vahlén, Avtal och tolkning s. 41 f.). Jag kan inte inse att denna regel nödvändigtvis behöver läggas till grund för den här diskuterade frågan. Enligt motiven till AvtL skall en viljeförklarings innehåll fastställas ”genom tolkning av förklaringen, varvid hänsyn naturligtvis bör tagas icke blott till dennas ordalydelse utan till samtliga omständigheter, som kunna vara av betydelse för ett riktigt bedömande av dess innebörd” (NJA II 1915 s. 251).

blematiska fall svårligen låter sig fastställas i process. Till detta finns det anledning att återkomma i avsnitt 2.3.9.

2.3.5 Arnholms ”dispositive utsagn”

Arnholm tog 1948 upp begreppsbildningen till diskussion i uppsatsen ”Omkring rettshandelsteorien”.⁶⁹ I uppsatsen lanserar han begreppet dispositive utsagn.

Arnholm är kritisk mot det norska uttrycket ”rettshandel” eftersom detta inte för tankarna till handling utan till handel i betydelsen ekonomisk omsättning. Han avvisar även termen rättshandling då termen i Norge används för vissa processuella handlingar. Med uttrycket ”dispositiv” vill Arnholm markera gränsen mellan yttranden som har förberedande karaktär och yttranden som tar sikte på att utlösa rättsverkningar: gränsen mellan konversation och disposition. Med att sätta ”utsagn” istället för förklaring vill Arnholm undvika den flertydighet som vidlåter det senare uttrycket. Utsagn pekar i vart fall starkare mot det utsagda (de nakna orden) än mot det orden utsäger (meningsinnehållet). Begreppet dispositive utsagn har numera slagit igenom även hos andra författare.⁷⁰

En annan måltavla för Arnholm var Stangs definition av rättshandlingsbegreppet. Enligt Stang utgörs en rättshandling av sådana viljeförklaringar *som medför åsyftade rättsverkningar*.⁷¹ En ogiltig viljeförklaring är med Stangs definition således inte en rättshandling. En sådan begreppsbestämning är enligt Arnholm inte lämplig. Arnholm framhåller att inte ens Stang själv lyckas genomföra den konsekvent. Fortfarande i tredje upplagen av Stangs *Innledning til Formueretten* talar författaren på flera ställen om ogiltiga rättshandlingar.⁷² För svensk rätts del omöjliggörs en sådan definition redan av rubriken till 3 kap. AvtL, vilken talar just om ogiltighet av rättshandlingar. Av obligationsrättskommitténs definition av rättshandlingar framgår även att något krav inte uppställs på att syftet att grundlägga rättsförhållande etc. verkligen uppnås.⁷³

⁶⁹ TfR 1948 s. 368–431. Se även Arnholm, *Privatrett I* s. 194 ff.

⁷⁰ Se t.ex. Gomard, *Almindelig kontraktsret* s. 43, *Hov, Avtalerett* s. 24, Jørgensen, *Kontraktsret I* s. 36 f., och Krüger, *Norsk kontraktsrett* s. 34. För kritik se Woxholth, *Avtaleinngåelse i og utenfor avtaleloven* s. 53 ff. Begreppet har inte slagit igenom i Sverige. Man kan notera att Arnholm själv så sent som 1969 var pessimistisk om möjligheterna att terminologin skulle accepteras (*Lærebok i avtalerett* s. 3).

⁷¹ Stang, *Innledning til formueretten* s. 210.

⁷² TfR 1948 s. 392 f. och 402.

⁷³ NJA II 1915 s. 232.

Arnholms dispositive utsagn utgör ett begrepp i den mening som angavs i avsnitt 2.3.3, dvs. Arnholm ser som sin uppgift att hitta en begreppsbestämning som sorterar ut de situationer vilka lämpligen bör behandlas i ett sammanhang.⁷⁴ Begreppet har huvudsakligen en identifikationsfunktion.⁷⁵ Arnholm betonar att när man genom en viss begreppsbestämning samlar en viss mängd av fenomen till gemensam behandling, kan man därav inte sluta sig till vilka regler som gäller för fallen utanför mängden. Det är i och för sig möjligt att fallen utanför begreppsmängden har samma verkningar som de fall vilka befinner sig inom mängden. Skulle det förhålla sig så i stor utsträckning medför detta, enligt Arnholm, att indelningen är olämplig.⁷⁶

Arnholm håller huvudsakligen andra avtalsgrundande rättsfakta än de som grundas på mänskliga utsagor utanför begreppet dispositive utsagn. Han framhåller därvid att de andra avtalsgrundande rättsfakta som kan komma ifråga – passivitet, realanbud m.m. – skiljer sig från typiska utsagor på flera punkter, t.ex. i fråga om reglernas utformning och ändamålen bakom dessa.⁷⁷

Ambitionen hos Arnholm, att genom begreppsbildningen styra den rättsliga argumentationen, tycks vara begränsad till att tona ned partsviljans betydelse. I fråga om kravet på vilja yttrar Arnholm. ”Bak et dispositivt utsagn ligger det normalt en hensikt hos avgiveren; han ønsker å fremkalle nettopp de virkningar utsagnet gir uttrykk for. Men dette er for det første noe man ikke alltid kan se av det som objektivt foreligger. Og det er for det annet noe som hverken er eller bør være et ubetinget vilkår for at utsagnet skal få virkning efter sitt innhold. Man må trekke en vidare ramme for undersøkelsen. Det er nok at utsagnet som *det objektivt foreligger*, fremtrer som et dispositivt utsagn. Det er ikke engang nødvendig at det fremtrer slik for enhver iakttagere. Det er nok at det gjør det for den enkelte adressat”.⁷⁸

2.3.6 Grönfors’ avtalsgrundande rättsfakta

Grönfors har framförallt utvecklat sin uppfattning i boken Avtalsgrundande rättsfakta.⁷⁹ Framställningen utgår från ett utvecklingsper-

⁷⁴ Arnholm, TfR 1948 s. 403 och 411.

⁷⁵ Termen från Lindskog, Preskription s. 30.

⁷⁶ Arnholm, TfR 1948 s. 411 (se även s. 417).

⁷⁷ Arnholm, TfR 1948 s. 417 och Privatrekt I s. 232 ff.

⁷⁸ Privatrekt I s. 207.

⁷⁹ Temat återkommer i ett flertal av Grönfors’ skrifter, se t.ex. Tolkning av fraktavtal s. 17 ff. Motsvarande tankegångar beträffande fullmaktsförhållanden utvecklas bl.a. i TfR 1987 s. 297 ff.

spektiv. I det viljeteoretiska utvecklingsstadium som föregick avtalslagen var avtalsfriheten den självklara grunden. Under denna period var det partsviljan hos avgivaren som gav avtalet dess bindande kraft. Parts- viljan utgjorde den rättsskapande kraften och avtal kom till stånd genom sammanstående viljeförklaringar. Vid tiden för avtalslagens till- komst var avtalsfriheten alltså den säkra grunden. Genom tillitsteorin kom perspektivet inom avtalsrätten att vridas 180 grader; från avgivaren till mottagaren. Avgörande för den bindande verkan var inte längre avgivarens vilja, utan mottagarens befogade tillit till att sådan vilja förelåg. En följd av denna förskjutning i perspektiv är, enligt Grönfors, att viljeelementet kom att förlora i betydelse.

”Om mottagarens intryck i god tro av viljeförklaringen är det som avgör, då kan detta lika väl beskrivas som att avgivaren har en *klargörandeplikt för att undgå avtalsrättslig bundenhet*. Han borde ha ingripit (...) för att und- danröja det intryck som mottagaren på goda skäl har fått. Ett sådant krav på aktivitet innebär, att *avtalsbundenheten* i händelse av avgivarens under- låtenhet *drabbar som en sanktion*. Därmed har också viljeförklaringens ställning som ensamt och avgörande rättsfaktum kompletterats med tanken på att avtalsbundenhet kan uppkomma även som en sanktion. Samhälls- perspektivet i betydelsen av den rättspolitiska helhetssynen tränger in på det område, som i utgångsmodellen är helt reserverat för partsviljan.”⁸⁰

Efter avtalslagens tillkomst har avtalsfriheten kommit att få en mer begränsad betydelse, bl.a. genom tvingande lagar och ökade möjligheter till jämkning. Grönfors gör även en genomgång av situationer där avtalsverkan uppkommer utan att någon viljeförklaring i klassisk me- ning föreligger.⁸¹ Den slutsats Grönfors drar av genomgången är att avtal kan uppkomma antingen på grund av sammanstående viljeför- klaringar eller genom andra avtalsgrundande rättsfakta. Dessa avtals- grundande rättsfakta kan grundas antingen på element av vilja eller element av sanktion. Ibland framstår dessa element som alternativ till varandra ibland verkar de i samspel. Ju mer viljeelementet tunnas ut, desto mer förtätas sanktionselementet.⁸²

För Grönfors är uppgiften att hitta ett sätt att beskriva rättsreglerna mer adekvat än tidigare. Denna nya beskrivning eller – med Grönfors bildspråk – matris måste ”vara rimligt rättvisande” för att kunna ”tjänstgöra som ett handtag till regelmassan”. ”Den måste underlätta den juridiska analysen av olika situationer och får absolut inte stå hindrande

⁸⁰ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 124.

⁸¹ Kapitel 4–8. Se även Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, kap. 22.

⁸² Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 126.

i vägen för en pågående och nödvändig rättsutveckling.”⁸³ Enligt Grönfors är det en viktig uppgift att precisera vilka fakta som kan grunda avtal ”för att kunna framställa en användbar matris att lägga över nutidens brokiga rättsmaterial”. Detta material är alltför heterogent för att låta sig sammanfattas under en enda term: viljeförklaringen.⁸⁴

Karlgrens, Arnholms och Grönfors framställningar har som framgått sinsemellan helt olika inriktning. Trots olikheterna i angreppssätt finns ett centralt och gemensamt drag. Såväl för Karlgrens viljeförklaring som för Arnholms dispositiva utsagn och Grönfors avtalsgrundande rättsfakta är *det förekomsten av vissa konkreta faktiska omständigheter som utlöser avtalsverkningar*. Dessa ger prima facie upphov till avtalets rättsverkningar utan att någon undersökning behöver företas om avgivaren i ett konkret fall har avsett eller givit uttryck för en avsikt att binda sig.⁸⁵

Det kan noteras att författarna har få eller inga referenser till varandra. Även Karlgren som var först ut på plan av de tre med Avtalsrättsliga spørsmål från 1940 hade i den andra upplagan från 1954 kunnat beakta Arnholms artikel från 1948. När Grönfors talar om viljeförklaring utgår han från det klassiska viljeförklaringsbegreppet. Mot den bakgrunden blir kontrasten mot hans egen uppfattning stor. I förhållande till Arnholms och Karlgrens framställningar blir kontrasterna mindre. Om Grönfors valt att anknyta till Arnholm och Karlgren hade kontinuiteten i utvecklingen framgått tydligare, särskilt som andra författare mer eller mindre tydligt anslutit sig till framförallt Arnholms tankegångar.⁸⁶

2.3.7 Lehrbergs viljeförklaringsteori

Viljeförklaringsbegreppet intar en central ställning i Bert Lehrbergs avtalsrättsliga framställningar.⁸⁷ I en recension av Grönfors Avtals-

⁸³ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 129.

⁸⁴ Begreppet avtalsgrundande rättsfakta har tagits upp av Taxell, Avtalsrättens normer s. 87 f. Grönfors’ framställning har även inspirerat Woxholth, Avtaleinngåelse i og utenfor avtaleloven s. 56 ff.

⁸⁵ Arnholm, Privatrekt I s. 194 och Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål s. 196 ff. Se även Jørgensen, Kontraktsret I s. 43, och Ross, Om Ret og Retfærdighed s. 279. Liknande Ussing, Aftaler s. 37 f. Om även Grönfors menar att hans avtalsgrundande rättsfakta har prima facie-karaktär framgår såvitt jag kunnat finna inte av hans framställningar.

⁸⁶ Se. t.ex. Jørgensen, Kontraktsret I s. 36 ff., Hov, Avtalerett s. 30 f. och Krüger, Norsk kontraktrett s. 34. Se även Rodhe, SvJT 1971 s. 178.

⁸⁷ Se t.ex. Förutsättningsläran, avsnitt 4.3 och 9.2, Festskrift till Agell s. 325 ff. samt SvJT 1990 s. 552 ff.

grundande rättsfakta utvecklar han sin syn på begreppet.⁸⁸ Lehrberg anknyter till den klassiska begreppsbildningen och framhåller att de huvudsakliga momenten i viljeförklaringsbegreppet är att en person skall ha en vilja att binda sig rättsligt, att denna vilja kommer till uttryck på något sätt och att detta viljeuttryck uppfattas som ett sådant av en tilltänkt medkontrahent.⁸⁹ Lehrberg utvecklar begreppets uppgift mer explicit än som görs i äldre framställningar. Hos Lehrberg används begreppet inte som en bestämning av vad som utgör nödvändiga betingelser för avtalsverkningars inträde. Begreppet utgör istället en förklaringsmodell som kopplar samman ändamål med regelnivån. Värdet av en förklaringsmodell ligger enligt Lehrberg i dess förmåga att förklara varför en viss rättsregel (huvudregeln för typiska fall) är gällande. Förklaringsmodeller utgör hos Lehrberg en sammanfattning av de ändamål som uppbär en eller flera rättsregler och en förklaringsmodell kan därför tas till utgångspunkt vid de resonemang som erfordras för bedömningen om regeln är tillämplig i ett visst problematiskt fall. Viljeförklaringsbegreppet är för Lehrberg användbart genom att det förklarar vad som är utmärkande för de klara fallen. När en domstol ställs inför frågan om ett visst handlande skall medföra avtalsverkningar är det i första hand likheten med effekterna av de klara fallen som skall övervägas.

När Lehrberg framhåller viljeförklaringsteorin är det just teorins betydelse för den rättsliga argumentationen som betonas. Teorin fungerar därigenom som en princip i den mening som angavs i avsnitt 2.3.3. Den centrala funktionen för Lehrbergs viljeförklaringsteori är att vara ett stöd vid argumentationen i problematiska fall. Genom att ge anvisningar om hur frågorna skall ställas bidrar förklaringsmodellen till att främja förutsebarheten i rättstillämpningen. Å andra sidan minskar modellen utrymmet för att ta hänsyn till andra faktorer än parternas avsikter.

Här framträder såväl skillnader mot som likheter med Grönfors framställning. Även för Grönfors tycks uppgiften vara att styra den rättsliga argumentation, om än i en annan riktning än den Lehrberg förordar. Grönfors är medveten om att hans matris är mindre tydlig än viljeförklaringsmodellen. Syftet med att framhålla begreppet avtalsgrundande rättsfakta är istället att lyfta fram andra överväganden än de som ryms inom ramen för viljeförklaringsmodellen.⁹⁰ Tanken hos Grönfors synes, för att anknyta till Lehrbergs terminologi, vara att domstolarna i ett

⁸⁸ SvJT 1996 s. 461–482.

⁸⁹ Se även t.ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt I* s. 18.

⁹⁰ Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 129. För en likartad syn se Ramberg i *Festschrift till Agell* s. 502 och 512.

problematiskt fall lika gärna skall kunna analogisera från de fall som ligger inom viljeförklaringsmodellens kärnområde, som från fall vilka ligger klart utanför detta område, men som likväl godtagits som avtalsgrundande i rättspraxis (t.ex. uppställande av bil på parkeringsplats).⁹¹ Lite tillspetsat kan sägas att där Lehrberg framhåller att viljeförklaringsmodellen är användbar betonar Grönfors att hans matris är utvecklingsbar.

Såväl Grönfors som Lehrbergs begreppsbildning tycks huvudsakligen svara mot målet ekonomisk effektivitet. Det som skiljer författarna åt tycks istället vara hur detta mål bäst skall nås. Viljeförklaringsmodellen anknyter nära till den traditionella marknadsteorin som betonar att ekonomisk effektivitet uppnås genom individernas fria val.⁹² Grönfors' framställning anknyter närmare till de rättsekonomer vilka betonar att det största hindret mot att uppnå ekonomiskt effektiva tillstånd ligger i transaktionskostnaderna.⁹³

2.3.8 Ett materiellt avtalsparadigm

Under senare år har diskuterats om de avtalsrättsliga reglerna även bör främja andra mål än ekonomisk effektivitet. Genom att lyfta fram de delar av det konkreta rättsmaterialet vilket t.ex. lägger vikt vid en rättvis fördelning har man sökt skapa en avtalsrätt som är anpassad till välfärdsstatliga värderingar.⁹⁴ I anslutning här till har diskuterats och utvecklats vad som har kallats ett materiellt avtalsparadigm, i vilket avtalsbundenheten delvis baseras på kriterier som anknyter till själva avtalsinnehållet.⁹⁵

P.S. Atiyah kan betraktas som en exponent för denna inriktning. Han avslutar sitt mastodontverk *The Rise and Fall of Freedom of Contract* med att understryka behovet av en ny syn på avtalsrätten. Atiyah framhåller att avtalsrätten bör vila på tre principer: att ersättning skall utgå för nytta eller förmån som erhållits, att befogade förväntningar på att erhålla viss förmån eller nytta skall skyddas samt att det finns möjlighet att frivilligt skapa rättigheter och skyldigheter.⁹⁶

⁹¹ NJA 1981 s. 323 och Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 52 ff.

⁹² Se ovan avsnitt 1.6.2.

⁹³ Se t.ex. Williamson i *The Economic Approach to Law* s. 39 ff.

⁹⁴ En redovisning av denna diskussion ges av Sandgren i JT 92–93 s. 456–486 och 643–668. Se även Wilhelmsson, JT 93–94 s. 499–508 och samma författare i *Perspectives of Critical Contract Law* s. 9 ff.

⁹⁵ Se t.ex. Wilhelmsson i *Festskrift till Grönfors* s. 446.

⁹⁶ s. 779.

Enligt Atiyah har förmögenhetsrättsliga anspråk i flertalet fall sin bakgrund antingen i att någon har erhållit en förmån. Så är t.ex. fallet vid avtal som reglerar ersättningsskyldigheten för utomobligatoriska skador. Enligt Atiyah kan även ett vanligt köpeavtal förstås på detta vis. Köpeavtalet kan sägas bestå av två beståndsdelar, dels ett medgivande av villkoren för utbytet av prestationer, dels ett bindande åtagande att genomföra transaktionen. Han framhåller därvid att skyldigheten att prestera enligt de medgivna villkoren uppkommer när motprestationen fullgörs. Köparens skyldighet att erlagga köpeskillingen uppkommer när köparen mottar varan och säljarens skyldighet att lämna ut varan uppkommer när köpeskillingen erlagts. Överenskommelsen om villkoren fungerar därmed, enligt Atiyah, som ett erkännande om att motprestationen inte är benefik och villkoren är skäligen.⁹⁷ En annan, och i förhållande till löftet fristående grund för bundenhet, är att mottagaren agerat utifrån befogade förväntningar på att komma i åtnjutande av vissa förmåner eller nyttigheter.⁹⁸ Enligt Atiyah har löftet i dessa sammanhang huvudsakligen en *bevisfunktion*.

“The role of explicit promises (...) is not so much to create obligations as to provide evidence to clear up what would otherwise be doubtful issues. It is precisely because it is often difficult to say whether an obligation arises in certain circumstances that explicit promises are useful.”⁹⁹

Atiyah framhåller att uppfattningen om löftets bevisfunktion inte håller streck när det är fråga om löften som inte följts av någon nytta, t.ex. när den bil köparen lovat att betala för inte har levererats, eller när mottagaren inte har agerat i förlitan på löftet. Atiyah diskuterar flera argument för att anse löften rättsligt bindande även i dessa fall. Han betonar dock att ”the search for independent grounds for treating the promises as obligatory is much less satisfying than most people would expect.”¹⁰⁰

Atiyahs uppfattning låter sig inte omedelbart överföras till nordisk rätt, vilken bygger på löftesprincipen. Däremot finns det anledning att fästa avseende vid hans argument för att rättfärdigandet av avtalsbundenhet inte kan förstås enbart med hänvisning till individernas fria val.

⁹⁷ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 184 ff.

⁹⁸ Se även MacCormick, Legal Right and Social Democracy s. 190 ff.

⁹⁹ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 176.

¹⁰⁰ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 202 ff. (cit. på s. 213)

I Finland har Juha Pöyhönen utvecklat dessa tankar ytterligare.¹⁰¹ Pöyhönen anknyter därvid till diskussionen om att grunden till avtalsbundenhet får sökas i mönster eller praxis som skapats i samhället eller delar av detta.¹⁰² Tanken är att bundenhet uppstår när parterna deltar i sådana institutionella arrangemang, vilka upprätthålls på grund av en gemensam tro på de regler som ligger i bakgrunden för arrangemanget. En sådan institution är löftet. Den bundenhet som uppstår när ett löfte avges utgör emellertid bara ett exempel bland de beteendemönster som framkallar avtalsbundenhet. Till detta lägger Pöyhönen ett rättvisekriterium. Endast rättvis praxis är enligt modellen ägnad att framkalla avtalsbundenhet.¹⁰³

2.3.9 Några konklusioner

En utgångspunkt vid diskussionen om vilka handlingar eller beteenden som skall utlösa avtalsverkningar bör vara att parterna själva kan bestämma om ett rättsligt bindande avtal skall uppkomma eller inte. Om det av vad som förevarit mellan parterna klart framgår att avtalsbundenhet åsyftats, eller motsatsen, bör detta respekteras av domstolarna, med mindre tvingande regler lägger hinder i vägen.¹⁰⁴ Men vilka hänsyn skall tas om – vilket är det vanliga när tvist uppstår – det som förekommit mellan parterna inte ger klart besked? Att partsautonomin ses som utgångspunkten behöver inte betyda att förekomsten av vilja i konkreta fall skall vara utgångspunkten för ställningstaganden i enskilda frågor.

Utvecklingshistoriskt råder ingen tvekan om att det moraliskt bindande löftet kommer före rättshandlingen. I samhället utvecklas vissa sätt att bete sig. Den som lovar att göra något kommer normalt också att fullgöra detta. När en sådan praxis har utvecklat sig kommer den som lovar att göra något också känna sig bunden fullgöra löftet. Och den som blivit lovat något kommer förvänta sig att löftet uppfylls. Det är

¹⁰¹ Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu (Det avtalsrättsliga systemet och jämkning av avtal). s. 382 f. Avhandlingen föreligger bara på finska. Se även Wilhelmsson, Standardavtal s. 30.

¹⁰² Se även Jørgensen, Kontraktsret I s. 43 samt Larentz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts s. 534 ff. Jfr Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 60 f.

¹⁰³ Som exempel på andra författare vilka framhållit det materiella innehållets betydelse kan nämnas Roberto Unger, Harvard Law Review, vol. 96 1983 s. 625 ff. och Anthony Kronman, Yale Law Journal vol. 89 1980 s. 472 ff.

¹⁰⁴ Jørgensen, Kontraktsret I s. 33, Krüger, Norsk kontraktrett s. 34 f. och Ussing, Aftaler s. 37. Se även Atiyah, An Introduction to the Law of Contract s. 161 ff.

denna institutionalisering av beteenden som rättsordningen bygger vidare på.¹⁰⁵

Vid diskussion om ett visst beteende normalt skall utlösa avtalsverkningar intar därigenom konventionella uppfattningar och praxis i berörda grupper en central roll. När någon konventionell uppfattning inte föreligger, eller är vacklande, blir den avgörande frågan om det finns skäl för rättsordningen att medverka till att bygga upp en sådan uppfattning.¹⁰⁶ Härvid kan beaktas såväl om föreliggande praxis bidrar till ekonomiskt effektiva lösningar som om den motsvarar rimliga krav på rättvis fördelning av nyttigheter eller erbjuder ett rimligt skydd för etablerade positioner.

När väl vissa beteenden har givits karaktären av att utlösa avtalsbundenhet förstärker detta känslan av bundenhet och förväntningar på uppfyllelse. Det sagda har tillspetsat uttryckts så, att när rättsordningen tillerkänner vissa beteenden egenskapen att grunda avtal eller kontraktsrättsliga förpliktelser medför detta i sin tur att den som använder sig av dessa normalt har för avsikt att förplikta sig, på samma sätt som den som avfyrar en revolver mot någon annan normalt har avsikt att döda denne.¹⁰⁷ Och rättfärdigandet av den bundenhet som uppkommer om individer deltar i en sådan praxis utan att ha för avsikt att bli bundna får sökas i skälen för att en viss praxis upprätthålls i praktiken och erkänns av rättsordningen.

Ett annat skäl för att i problematiska fall inte ta utgångspunkten i subjektiva moment är att dessa är svåra att komma åt i en process.¹⁰⁸ För att nå fram till dessa måste man gå omvägen över sådana bevisfakta som språkliga konventioner, normalt beteende i vissa branscher och parternas tidigare mellanhavanden. Det förefaller mot bakgrund härav rimligare att direkt lägga vikt vid de språkliga konventionerna (etc.) än att i varje konkret fall utnyttja dessa som bevisfakta för en avsikt hos en specifik avgivare.

Det sagda tycks ligga väl i linje med uppfattningar i senare nordisk doktrin.¹⁰⁹ Den undersökning som presenteras i denna avhandling ger också stöd för att frågan om vilka handlingar etc. som i problematiska

¹⁰⁵ Arnholm, Lærebok i avtalerett s. 2. Se även Schmidt, TfR 1980 s. 568.

¹⁰⁶ Ross, Om ret og retfærdighed s. 287.

¹⁰⁷ Uttrycket hämtat från Ross, Om ret og retfærdighed s. 286. Se även Jørgensen, TfR 1965 s. 425, Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 190 samt Arnholm citatet i avsnitt 2.3.5.

¹⁰⁸ Se t.ex. Karlgren, SvJT 1970 s. 127 ff.

¹⁰⁹ Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 117, Iversen, Støtteerklæringer s. 62, Jørgensen, TfR 1965 s. 425, Ramberg i Festschrift till Agell s. 503, Taxell, Avtalsrättens normer s. 87, För annan uppfattning se Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll, kap. 4–6.

fall utlöser avtalsverkningar inte kan förstås enbart utifrån överväganden om parternas viljor eller uttryck för dessa. Svaret på frågan förutsätter att bredare hänsyn tas. Här kommer särskilt att uppmärksammas sambandet med de utfyllande reglerna och värderingarna bakom dessa.

Något försök att uppställa mer allmänna principer för hur denna fråga skall lösas kommer dock inte att göras. Detta ger undersökningen inte underlag för. De regler och principer som formuleras i framställningen tar sikte på relativt konkreta och begränsade konfliktsituationer. Förhoppningen är dock att den redovisning och analys av AD:s praxis som här lämnas kan vara till nytta för framtida undersökningar på andra områden.¹¹⁰

Som term för de aktiviteter, vilka utlöser avtalsverkningar på grund av att de enligt språkliga konventioner eller sedvänjor i en given situation signalerar att avgivaren har en avsikt att binda sig, är det mot bakgrund härav lämpligt att använda *rättshandling*. Termen rättshandling förekommer i avtalslagen och är helt accepterad i juridiskt språkbruk. De nackdelar vilka Arnholm framhåller beträffande det norska uttrycket rettshandel, gör sig inte gällande för det svenska uttrycket rättshandling. I de fall avtalsverkningar utlöses på andra grunder används istället uttrycket *avtalsgrundande rättsfakta*. Däremot undviks termen viljeförklaring huvudsakligen, eftersom denna term riskerar att leda tanken fel.

2.4 Om gemensam partsuppfattning m.m.

Ovan framhölls att om det klart framgår att parterna åsyftat avtalsbundenhet eller motsatsen så bör detta normalt respekteras av domstolarna. Det är väl förenligt härmed att låta en gemensam partsuppfattning bestämma avtalets innehåll, om det kan utredas att en sådan föreligger och tvingande regler inte lägger hinder i vägen. Uppfattningen kan återföras på värdet av partsautonomi eller avtalsfrihet. Att den gemensamma partsuppfattningen har företräde framför det uttryckta avtalsinnehållet är i stort oomtvistat i doktrinen och förutsattes bl.a. i motiven till 1905 års köplag.¹¹¹ Stöd för att låta den gemensamma partsuppfattningen få genomslag kan även hämtas i 6 § 2 st., 32 § 1 st.

¹¹⁰ Se Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 132.

¹¹¹ NJA II 1906 nr 1 s. 6 och t.ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt* II s. 34, Arnholm, *Privatrecht* II s. 38, Fohlin, *Avtalstolkning* s. 36, Hov, *Avtalerett* s. 76, Huser, *Avtaletolkning* s. 378 ff., Håstad, NJM 1990 s. 281, Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 17 ff., Madsen i *Aftaler og Mellemmænd* s. 406 f., Ramberg, *Allmän avtalsrätt* s. 129 och Ussing, *Aftaler* s. 422. Se även prop. 1994/95:17 s. 52 och 100.

och 34 § AvtL.¹¹² Den gemensamma partsuppfattningen lär även ha företräde framför dispositiva rättsregler.

Historiskt uppfattade man, som redan berörts, viljan som ett avgörande kriterium för att ett bindande avtal skulle komma till stånd. Det var då naturligt att tolkningen av ett avtal var inriktad på att utröna denna vilja. Betoningen av den gemensamma partsuppfattningen som avgörande för tolkningsresultatet har kritiserats på den grunden att den lett till att domstolarna avgjort mål med hänvisning till en gemensam partsuppfattning, utan att en sådan förelegat. Att man tidigare förfallit till fiktioner behöver dock inte föranleda att man nu tar avstånd från tanken att en gemensam partsuppfattning får bestämma avtalets rättsverkningar i de fall det kan utredas att en sådan förelegat.¹¹³

Om nu parternas gemensamma uppfattning skall ha företräde såväl framför det uttryckta avtalsinnehållet som dispositiva regler, bör man ställa frågan vad denna uppfattning skall gå ut på. Denna fråga brukar diskuteras under rubriken avtalsinnehåll och förutsättningar. Enligt den traditionella uppfattningen är det fråga om avtalsinnehåll om ett visst faktum *varit uppe i parternas medvetande och föremål för deras beslut*.¹¹⁴ Den närmare innebörden av denna vaga formel är inte helt klar. För att vara fråga om avtalsinnehåll lär krävas att parterna bokstavligen ha ägnat saken en tanke i samband med avtalets ingående. Att parterna närmast omedvetet godtagit att visst faktum föreligger anses inte vara tillräckligt för att det skall vara fråga om avtalsinnehåll.¹¹⁵ Å andra sidan är det heller inte tillräckligt att parterna tänkt på saken. Därutöver krävs att den varit föremål för deras beslut. Med detta uttryck avses att markera skillnaden mellan parternas medvetna antagande om innehållet i avtalet och medvetna antaganden om förhållanden som ligger utanför avtalet. I det senare fallet är det inte fråga om avtalsinnehåll, utan om en medveten förutsättning på vilken förutsättningsläran är tillämplig. Hur avgörs då om ett medvetet antagande avser något som ligger inom eller utom avtalsinnehållet? Fohlin menar att kravet på att en viss situation varit föremål för parternas *beslut* innebär ett krav på att parterna även skall medvetet ha tagit ställning till om någon rättsverkan följer av att situationen inträder.¹¹⁶ Enligt Fohlin måste avtalsvillkor, på samma sätt som andra rättsregler, bestå av rättsfaktum och rättsföljd. Man kan av

¹¹² Lehrberg, Avtalsolkning s. 18 f.

¹¹³ Se t.ex. Håstad, NJM 1990 s. 281.

¹¹⁴ Karlgrén, SvJT 1961 s. 216, Vahlén, JFT 1964 s. 391 och Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 42. Se även Stang, Innledning til Formueretten s. 478.

¹¹⁵ Annorlunda Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 110 ff. och 126 f.

¹¹⁶ Fohlin, Avtalsolkning s. 17 f.

Fohlins framställning få intrycket att det skulle krävas att parterna tagit ställning till att åtminstone en viss konkret rättsföljd skall inträda; om husvagnen inte levereras för semestern så får köparen häva köpet.¹¹⁷ Detta måste vara att ställa väl höga krav. Det torde vara tillräckligt att parterna tänkt att någon påföljd kan inträda; om husvagnen inte levereras före semestern är säljaren i dröjsmål och avtalet får modifieras på något vis. I detta fall fastställs handlingsnormen (tidpunkten för leverans) genom tolkning medan rättsföljden fastställs genom utfyllning.¹¹⁸

Det framhölls nyss att frågan om en gemensam partsuppfattning förelegat får betydelse om det är möjligt att utreda att en sådan förelegat. Frågan om vem som har bevisbördan för att en gemensam partsuppfattning föreligger låter sig inte besvaras generellt. Svaret är delvis beroende av hur det uttryckta avtalsinnehållet är utformat. En klar lydelse utgör ett starkt indicium för att den gemensamma partsuppfattningen motsvarar lydelsen. Så är det i vart fall om det rör sig om individuellt avtalade villkor eller centrala avtalsförpliktelser. Den part som gör gällande att parterna trots lydelsen hyst en annan uppfattning om avtalets innebörd har därför bevisbördan. Om däremot ett standardiserat avtalsvillkor rör mer sekundära bestämmelser kan man därav inte omedelbart dra slutsatsen att båda parter verkligen tänkt på frågan. Men även i denna situation får den klara lydelsen ett slags presumtionsverkan. Skälet till detta är inte någon sannolikhetsbedömning av parternas uppfattning. Istället är det närmast fråga om en sanktion för att ena parten inte läst avtalsvillkoren. Vid analys av rättsfall där en domstol lägger vikt vid ett kontrakts lydelse är det därför svårt att avgöra om domstolen ansett att kontraktets lydelse utgör ett bevisfaktum för en gemensam partsuppfattning eller ett självständigt (konkret) rättsfaktum. Bevissvårigheterna gör också att domstolarna faller tillbaka på tolkningsregler av lägre dignitet.¹¹⁹ Vidare påverkas bevisbördans placering av innehållet i de utfyllande rättsreglerna.

Något krav på att frågans lösning skall vara eftersträvad från båda parter lär inte uppställas. Även i de fall ena parten eller båda parter inte kan sägas ha önskat en viss avtalslösning, men likväl är av uppfattningen att avtalet har denna innebörd föreligger en gemensam partsuppfattning.¹²⁰ Enligt 6 § 2 st. AvtL är det också tillräckligt att anbudstagaren *anser* att accepten överensstämmer med anbudet för att avtal, under

¹¹⁷ Fohlin, Avtalstolkning s. 26 f.

¹¹⁸ Se t.ex. Agell SvJT 1972 s. 744.

¹¹⁹ Huser, Avtaletolkning s. 386.

¹²⁰ Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 47 ff. och 169 ff. Se även Arnholm, TfR 1948 s. 414.

övriga i paragrafen angivna förutsättningar, skall komma till stånd. Något krav på att anbudstagaren skall eftersträva att uppnå bundenhet i enlighet med anbudet uppställs inte. Mot bakgrund härav föredrar jag uttrycket *gemensam partsuppfattning* framför *gemensam partsavsikt*. Uttrycket avsikt indikerar att det krävs ett syfte, dvs. att följden av en handling är eftersträvad antingen som ett mål i sig eller ett steg på vägen mot ett mål.¹²¹ I straffrättslig lagtext används emellanåt uttrycket avsikt just för att markera att det krävs direkt uppsåt, dvs. en önskan att uppnå viss följd (t.ex. 2 § 2 st. skattebrottslagen i äldre lydelse).

Hittills har den situationen behandlats att båda parter har tänkt samma sak. Parterna har en gemensam uppfattning om vad som utgör avtalsinnehåll. Detta är inte nödvändigt. Det är tillräckligt att situationen varit uppe i ena partens medvetande och föremål för hans beslut samt att motparten måste ha insett detta. Om så är fallet är *dolusregeln* tillämplig. Stöd att för denna finns i 6 § 2 st. AvtL, som anses analogt tillämplig i vid omfattning.¹²² Regeln syftar till att motverka spekulation i motpartens misstag och är ägnad att ge incitament till ett lojalt parts-handlande.¹²³ Dolusregeln ligger mycket nära regeln om företrädet för den gemensamma partsuppfattningen. Den beskrivna regeln skiljer sig från den gemensamma partsuppfattningen endast på så vis att motparten inte själv uppfattat avtalsinnehållet på samma vis som avgivaren, men väl förstått avgivarens uppfattning. Regeln är inte tillämplig om parterna har var sin uppfattning om vad som utgör avtalsinnehåll och båda förstår vilken uppfattning motparten har.

¹²¹ Jareborg, Straffrättens ansvarslära s. 199.

¹²² Se vidare om dolusregeln i Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 116 f., Fohlin, Avtalsstolkning s. 52 ff. och Lehrberg s. 22 ff., samtliga med hänvisningar till rättsfall och doktrin. För kritik av regeln se t.ex. Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 119 f. med hänvisningar.

¹²³ NJA II 1901 nr 1 s. 29 f. och NJA II 1915 s. 170 f. samt t.ex. Huser, Avtaletolkning s. 416 f. och Lehrberg, Avtalsstolkning s. 29 (jfr samma författare, SvJT 1996 s. 480).

3 Tvingande rättsregler

3.1 Inledning

3.1.1 Allmänt

Ett karaktäristiskt drag för 1900-talets civilrättsliga lagstiftning, såväl inom arbetsrätten som inom förmögenhetsrätten, är att tvingande rättsregler används i ökande omfattning.¹ Det kännetecknande för tvingande rättsregler är att de inte kan frångås genom avtal mellan avtalsparterna. De tvingande reglerna sätter gränsen för parternas avtalsfrihet.²

Genom att avtal i strid med lagens regler är ogiltiga innebär tvingande regler, i jämförelse med dispositiva, ett steg i riktning mot ökad samhällelig styrning. Skillnaderna i graden av samhällelig styrning är i övrigt inte så stor. Även vid tvingande civilrättsliga regler ligger ansvaret för lagarnas efterlevnad till största del hos de enskilda.³ I många fall är det den part som reglerna avser att skydda som ytterst har att väcka talan för att komma i åtnjutande av sin rätt.⁴ Inte heller åligger det generellt domstolarna att ex officio beakta tvingande regler i de fall omständigheter som gör dessa tillämpliga inte har åberopats i rättegång.⁵

¹ En koncis sammanställning finns i SOU 1974:83 s. 31 ff. Se även t.ex. Nial i Minneskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm s. 190 ff. och Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 97 ff. Se för arbetsrättens del t.ex. Sigeman, SvJT 1984 s. 875 ff.

² Jfr Grönfors i Festskrift till Nial s. 224.

³ Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 162 f. och Strömholm, Rätt, rättsskällor och rättstillämpning s. 166 f.

⁴ Se för arbetsrättens del t.ex. AD 1995 nr 60 och Christensen i Festskrift till Agell s. 84 ff.

⁵ Ekelöf & Boman, Rättegång I s. 57. Se även Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 203 f.

Som kommer att framgå i det följande innebär tvingande regler inte något absolut hinder mot avvikande avtal. I detta kapitel skall undersökas vilka möjligheter parterna i det enskilda anställningsförhållandet har att göra avsteg från tvingande regler. De frågor som därvid tas upp är dels från vilken *tidpunkt* parterna kan avvika från reglerna (avsnitt 3.4), dels *hur* eftergift från reglerna kan ske (avsnitt 3.5). Därutöver skall vissa frågor rörande *ensidigt tvingande regler* beröras (avsnitt 3.3). Först skall dock några allmänna frågor behandlas.

3.1.2 Olika typer av tvingande regler

Det förekommer flera typer av tvingande rättsregler och det är möjligt att kategorisera dem efter olika grunder. På *rättsfaktumsidan* kan man skilja mellan två grupper av tvingande regler. Den ena gruppen anknyter på rättsfaktumsidan till vad som förevarit mellan parterna. Hit hör främst ogiltighetsreglerna i 28–33 §§ AvtL.⁶ Regler med denna utformning har karaktäriserats som *formella*, eftersom reglerna inte inriktas på avtalens innehåll utan på omständigheter vid dessas tillkomst. Det är denna utformning som traditionellt använts inom avtalsrätten.

Att reglerna har denna utformning berättigar inte till slutsatsen att man vid införandet av tvingande formella regler överhuvudtaget inte beaktade avtalets innehåll. Den ideologiska utgångspunkten var att parterna själva är bäst skickade att förstå och ta tillvarata sina egna intressen. Ett avtal som är tillkommet på frivillig väg är därigenom per definition ett skäligt avtal. Vidare bör framhållas att avtalets innehåll har betydelse även vid tillämpningen av dessa regler. För att ocker skall föreligga krävs bl.a. att avtalets innehåll är sådant att parternas prestationer står i uppenbart missförhållande. Även vid tillämpningen av de lagrum vilka inte anger avtalets innehåll som ett rättsfaktum har avtalsinnehållet ofta betydelse som bevisfaktum. Så är t.ex. fallet för frågan om någon blivit svikligen förledd (30 § AvtL) eller om avtal slutits under inflytande av psykisk störning (1924 års lag).

Den andra gruppen anknyter på rättsfaktumsidan direkt till avtalets innehåll. Exempel på denna typ av tvingande regler återfinns i LAS och semesterlagen. Ett personligt avtal som tillåter arbetsgivaren att säga upp en anställning med kortare uppsägningstid än en månad är ogiltigt oavsett vad som förevarit vid anställningstillfället (2 och 11 §§ LAS). Man kan tala om *tvingande materiella regler*. (En mellanställning intar 36 § AvtL, vilken påbjuder att hänsyn skall tas såväl till avtalets innehåll

⁶ Att dessa är tvingande framhålls t.ex. av Grönfors, Avtalslagen s. 182 och Vahlén, Avtal och tolkning s. 19.

som till omständigheterna vid dess tillkomst.) I den fortsatta framställningen är det framförallt tvingande materiella regler som skall uppmärksammas.

Även i *rättsföljdshänseende* kan man skilja mellan två typer av tvingande rättsregler, dels sådana som medför att avtalet upphör eller anses aldrig ha kommit till stånd, dels sådana där avtalet består men innehållet ändras. Till den första kategorin hör i första hand ogiltighetsreglerna i 28–33 §§ avtalslagen. Även vid tillämpningen av dessa kan följden bli att avtalet består med ändrat innehåll. Så är t.ex. fallet om ingen av parterna i process gör gällande annat (17 kap. 3 § RB). Även i andra fall kan tänkas att följden begränsas till att bara avse viss del av avtalet.⁷ Vid andra regler är det klart att avtalet som huvudregel skall bestå, men att dess rättsverkningar skall korrigeras. Detta framgår vanligen direkt av lagtexten.⁸ Tvingande materiella regler har vanligen denna typ av rättsföljder.

Beträffande den senare kategorin kan man i sin tur skilja mellan regler som konkret anger vad som skall träda i stället för den åsidosatta avtalsbestämmelsen och regler som inte anvisar någon konkret ersättningsnorm. För det förra fallet kan återigen semesterlagen och LAS anföras som exempel. Om ett personligt avtal ger en arbetstagare färre semesterdagar än lagen föreskriver kommer semesterns längd att bestämmas av semesterlagens regler. Däremot framgår inte av 23 § jämställdhetslagen vad som skall ersätta en avtalsbestämmelse som är ogiltig för att den innebär otillåten könsdiskriminering.⁹ I AD 1985 nr 134 jämkades en kollektivavtalsbestämmelse med stöd av 23 § JämL så att den inte längre var diskriminerande. I 12 § lagen mot etnisk diskriminering har en sådan jämningsmöjlighet uttryckligen givits.¹⁰

3.1.3 Skälen för att införa tvingande regler

Tvingande lagregler på anställningsförhållandets område har i första hand motiverats av behovet att skydda arbetstagare mot oförmånliga avtalsvillkor. Det brukar även framhållas att det rör sig om för arbetstagarnas livssituation viktiga intressen.¹¹ Arbetstagares skyddsbehov

⁷ Se t.ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s. 224 och Nørgaard i *Aftaler og mellemmand* s. 234 f. Se även Wilhelmsson, *Standardavtal* s. 107.

⁸ Se t.ex. 2 § 2 st. LAS ("Ett avtal är ogiltigt *i den mån* det upphäver eller inskränker arbetstagarnas rättigheter enligt denna lag") och 4 § konsumentkreditlagen ("*Avtalsvillkor* ... är utan verkan"). Kursiverat här.

⁹ Motsvarande gäller för 8 § 3 st. MBL.

¹⁰ Prop. 1993/94:101 s. 70 f.

¹¹ Se t.ex. prop. 1938:286 s. 216 (semesterlagen) och prop. 1973:129 s. 191 (LAS).

motiveras av att de normalt intar en svagare förhandlingsposition än arbetsgivare. En orsak härtill är att en anställning i det enskilda fallet har större betydelse för arbetstagare än för arbetsgivare. För arbetstagaren utgör anställningen basen för hans försörjning medan anställningsavtal för arbetsgivare ofta har karaktär av massavtal. Till detta kommer att arbetsgivare normalt har bättre kännedom om såväl verksamheten som rättsreglerna.¹² Skälen för att införa tvingande lagstiftning på anställningsförhållandets område är huvudsakligen desamma som för den konsumenträttsliga lagstiftningen. Målet för reglerna är att korrigera de fördelningseffekter som uppkommer spontant på marknaden och därigenom att bidra till en rättvis fördelning.¹³

Emellanåt framhålls att tvingande lagregler inte är oförenliga med ekonomisk effektivitet. Utgångspunkten är därvid att någon perfekt marknad inte föreligger och de tvingande reglerna uppfattas som ett medel att åstadkomma den fördelning av nyttigheter och risker som en perfekt marknad skulle ha åstadkommit. Lagstiftaren försöker genom tvång återställa rubbningar i balansen på marknaden.¹⁴ Nial uttrycker denna tanke på följande vis. ”Det är inte någon avvikelse från den riktiga tanken i avtalsfrihetens princip, om man begränsar den, där den visar sig leda till för betungande frihetsinskränkningar; det är endast att ge principen den ändrade utformning, som är nödvändig för att den skall fylla sin tilltänkta funktion under nya faktiska förhållanden.”¹⁵

Skyddet för svagare part är inte det enda motivet för att införa tvingande regler på anställningsförhållandets område.¹⁶ I vissa fall har framhållits att de tvingande reglerna är avsedda att främja allmänna och samhällsintressen. I motiven till lagen om ledighet för vissa föreningsuppdrag inom skolan betonas värdet av föreningsmedverkan i skola.¹⁷ Semesterlagstiftning har motiverats av att den motverkar att arbetskraften förslits

¹² Hasselbalch, *Arbetsrättens allmänna del* s. 176.

¹³ Tvingande materiella regler går i vissa fall längre än som är nödvändigt för skydda den ena partens underlägsna förhandlingsposition. Ett paternalistiskt drag framträder där regeln är avsedd att skydda ena parten mot förhastade och illa övertänkta beslut. Se nedan vid not 83.

¹⁴ Grönfors i *Festskrift till Nial* s. 205.

¹⁵ Nial, *Nordisk tidskrift* 1931 s. 110. Se även Häyhä i *Welfarism in Contract Law* s. 143 ff. Häyhä framhåller att tvingande materiella regler genom sin uppbyggnad bidrar till förutsebarhet och stabilitet på marknaden (jfr ovan avsnitt 1.6.3).

¹⁶ Jfr beträffande tvingande regler i allmänhet t.ex. Krüger, *Norsk kontraktsrett* s. 387 f., Nial i *Minnesskrift* utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm s. 194 f. och Taxell, *Avtalsrättens normer* s. 52 f.

¹⁷ Prop. 1978/79:159 s. 5 ff. och 17.

i förtid, vilket ansetts utgöra ett nationalekonomiskt intresse.¹⁸ De tvingande reglerna om skydd för föreningsrätten avser att indirekt skydda arbetsmarknadens organisationer (8 § 2 st. MBL). Att EU:s arbetsrättsliga regler i första hand syftar till att förbättra arbetstagarnas arbetsvillkor och levnadsstandard hindrar inte att reglerna även är tänkta att utjämna konkurrensförhållandena mellan medlemsstaterna och att göra EU politiskt accepterat hos breda befolkningsgrupper.¹⁹

På samma sätt kan sägas att den humanitärt färgade inställningen till förbättrade livsvillkor för vissa grupper emellanåt går hand i hand med en önskan att minska antalet medborgare som är i behov av samhällsliga stödsatser.²⁰ Sådana tankar framskymtar i motiven till den s.k. äldre-lagen. Mot bakgrund av att de rationaliseringar som genomfördes under slutet av 1960-talet främst drabbade äldre arbetstagare infördes genom äldrelagen ett visst anställningsskydd för dessa grupper. I motiven noterade man att rationaliseringarna medförde höga kostnader för samhället i form av arbetslöshetsunderstöd till dessa grupper.²¹ Samma argument framkommer tydligt i förarbetena till den ändring i anställningsskyddslagen genom vilken möjligheterna till lokala överenskom-melser om s.k. äldreavgångar begränsades. Bakgrunden var en utbredd praxis att vid driftsinskränkningar säga upp personer vilka p.g.a. sin ålder kunde komma i åtnjutande av förtidspension. Härigenom kom kostnaderna för strukturförändringar att övervältras på staten.²² Liknan-de överväganden torde för övrigt redan ha legat bakom bestämmelsen i tjänstehjonstadgan om att husbonde ej fick förskjuta tjänstehjon, som hos honom troget och väl tjänat från sitt trettionde år till sin ålderdom.²³

Även om det viktigaste motivet för att införa tvingande regler på anställningsförhållandets område är att skydda parter med svag förhandlingsposition så är det således långt ifrån det enda.

¹⁸ Sigeman, Semesterrätt s. 24. Se även AD 1935 nr 34.

¹⁹ Artikel 117 romfördraget och Nielsen, EF-arbejdsret s. 37 f. och Sigeman i Löntagar-rätt s. 43 f.

²⁰ Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 176 f.

²¹ Prop. 1971:107 s. 49 ff.

²² Prop. 1983/84:162 s. 8. Regeln har upphävts fr.o.m. 1997-01-01. Om skälen här till se prop. 1996/97:16 s. 28.

²³ Schmidt, Kollektivavtalet s. 15.

3.2 Hur känner man igen tvingande rättsregler?

3.2.1 Inledning

När man i doktrinen började diskutera tvingande regler framhölls ofta svårigheten att avgöra om en viss lagregel var tvingande eller ej. Man pekade därvid på att svaret långt ifrån alltid framgick av lagtexten.²⁴ Numera har lagstiftningstekniken förbättrats i detta avseende och det framgår vanligen direkt av lagtexten vilka bestämmelser som är tvingande respektive dispositiva. Undantaget som bekräftar regeln är sjömanslagen, där lagstiftaren medvetet har överlämnat frågan till rättstillämpningen.²⁵

Att en lagregel är tvingande markeras vanligen med en bestämmelse som anger att avtal eller avtalsvillkor som avviker från lagen är ogiltiga (eller motsvarande).²⁶ I stort sett alla lagar som reglerar förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare är tvingande utom till den del lagtexten medger avvikelser genom personliga avtal. Beträffande lagen 1949 om rätten till arbetstagares uppfinningar (AUL) gäller dock det motsatta. Lagen är dispositiv i den mån inte annat anges (2 § 2 st.).²⁷

Även om det i moderna lagar uttryckligen anges vilka bestämmelser som är tvingande så medför detta inte att man med säkerhet kan ange vilket avtalsinnehåll som är tillåtet. I det följande skall ges en översikt över fall där tveksamhet kan råda om hur stort utrymmet är för parternas avtalsfrihet.

3.2.2 Tvingande lagars tillämpningsområde

Att det normalt är enkelt att avgöra vilka lagbestämmelser som är tvingande hindrar naturligtvis inte att det uppkommer svårigheter att fastställa tillämpningsområdet för en tvingande regel. En tvingande lagregel kan tillämpas såväl extensivt som restriktivt.

²⁴ Grönfors i Festskrift till Nial s. 206 ff., Jørgensen, Kontraktsret I s. 28 f., Taxell, Avtal och rättsskydd s. 52 och Ussing, Aftaler s.188 f. Se även diskussionen om den s.k. 200-kronorsregeln i KAL, t.ex. Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål 1, Petrén, SvJT 1949 s. 249 f. och Conradi, SvJT 1951 s. 356 ff.

²⁵ Prop. 1973:40 s. 105 f. och 143 f.

²⁶ Se t.ex. 2 § 2 st. LAS, 2 § 1 st. semesterlagen, 2 § 1 st. studieledighetslagen, 2 § 1 st. föräldraledighetslagen, 2 § 1 st. sjuklönelagen och 1 § 2 st. lagen om husligt arbete.

²⁷ Om tolkningen av motsvarande bestämmelse i den finska lagen se Bruun, Uppfinnar rätt i anställningsförhållande s. 46 f.

Som exempel på en restriktiv tillämpning kan följande nämnas. Enligt 7 § LAS skall uppsägning från arbetsgivarens sida vara sakligt grundad. Denna regel är tvingande. Av 4 § LAS framgår att tidsbegränsade anställningar upphör utan uppsägning vid anställningstidens utgång om inte annat har avtalats eller det rör sig om en provanställning. Ifall avtal har träffats om att den tidsbegränsade anställningen skall kunna sägas upp i förtid, kan arbetstagaren normalt kräva att uppsägningen är sakligt grundad.²⁸ Men kan parterna avtala om att arbetsgivarens uppsägning inte i ett sådant fall inte behöver vara sakligt grundad? Annorlunda uttryckt: är 7 § LAS tvingande även beträffande tidsbegränsade anställningar? Lagtexten antyder inget annat. I AD 1986 nr 12 var fråga om en arbetsgivare kunde bryta en anställning som gällde "tills vidare för viss säsong" innan säsongen gått till ända utan att iaktta uppsägningstid och krav på saklig grund. I målet utgick domstolen från att en sådan möjlighet kan tillkomma arbetsgivaren antingen genom det enskilda anställningsavtalet, tillämpligt kollektivavtal eller viss kvalificerad branschpraxis. Det i målet omtvistade anställningsförhållandet befanns dock inte ha denna innebörd. Räckvidden av avgörandet är osäker. Möjligen bör avgörandet ses mot bakgrund av att avtalsbestämmelsen om säsonganställning till sin karaktär är förhållandevis obestämd. Målet visar emellertid att AD i ett fall varit beredd att uppfatta 7 § LAS som dispositiv.

Tvingande lagregler kan få betydelse även utanför lagtextens betydelseområde. Konsumenttjänstlagens regler anses, åtminstone i vissa delar, analogt tillämpliga i kommersiella förhållanden.²⁹ På motsvarande sätt torde anställningsskyddslagens regler om uppsägningstidens längd kunna tillämpas analogt på arbetstagare som enligt 1 § 2 st. är undantagna från lagens tillämpning. När tvingande materiella regler på detta sätt tillämpas *i andra avtalsrelationer* än som anges i lagtexten får reglerna normalt dispositiv karaktär.³⁰ Utrymmet för att låta den tvingande karaktären slå igenom utanför lagregelns betydelseområde är större om tvisten rör *avtalsrelationer som regleras genom den tvingande lagen*. I dessa fall kan hänsynen till den tvingande lagens effektivitet

²⁸ Prop. 1973:129 s. 240 och SOU 1973:7 s. 177. Jfr SOU 1993:32 s. 789. Beträffande överenskommen visstidsanställning anges detta explicit (prop. 1996/97:16 s. 32 och 34 f.). Se även Henning, Tidsbegränsad anställning s. 378, som menar att regeln är tvingande även i förhållande till kollektivavtal. Hon framhåller dock att ett annat synsätt är möjligt.

²⁹ Hellner, Speciell avtalsrätt II, första häftet s. 84 f.

³⁰ Bernitz, Standardavtalsrätt s. 60 f. och Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 201.

utgöra ett skäl att låta dess tvingande verkan slå igenom utanför en viss lagregels betydelseområde.

I AD 1977 nr 15 var frågan med vilket belopp som efterprovision skulle utgå. Enligt då gällande 68 § kommissionslagen hade handelsagent rätt till efterprovision. Regeln var tvingande. Däremot angavs inte i lagen hur efterprovisionen skulle beräknas. Enligt AD innebar detta inte att avtalsfrihet skulle råda i denna fråga. ”Om så skulle vara fallet, skulle bestämmelserna om efterprovision lätt kunna sättas ur spel genom att provisionen bestämdes till ett mycket lågt procenttal. Detta skulle strida mot bestämmelsernas tvingande natur.” Visst stöd för denna utgång kunde också hämtas i förarbetena.³¹

I AD 1990 nr 84 fann domstolen av liknande skäl att överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om uttagande av obetald semester inte är bindande, när överenskommelsen träffats på initiativ av arbetsgivaren och i arbetsgivarens intresse, trots att stöd för att uppställa ett sådant krav saknades i lagtexten.³²

3.2.3 Kringgående av lag

En likartad fråga är om avtalsinnehåll vilket inte direkt omfattas av en tvingande bestämmelse kan åsidosättas med hänvisning till att innehållet framstår som ett sätt att *kringgå tvingande lag*.³³ Ett sätt att komma åt sådana avtalsvillkor är att domstolarna vid tolkning av ett avtalsvillkor ser mera till villkorets reella innebörd än dess utformning.³⁴ Denna metod används vid försök till kringgående av arbetstagarbegreppet.³⁵ Emellanåt finns konkret stöd i den tvingande lagens förarbeten för att åsidosätta avtalsvillkor vilka uppfattas som ett kringgående av lagens regler.³⁶ Även utan sådant stöd kan åsidosättande ske, då främst med stöd av 36 § AvtL. I förarbetena till 36 § AvtL uttalas att den omständigheten att ett avtalsvillkor framstår som ett försök till kringgående av tvingande lag kan göra att detta anses oskäligt. Det befanns dock inte

³¹ Prop. 1974:29 s. 75. Regeln om efterprovision återfinns numera i 10 § handelsagentlagen och är där dispositiv.

³² Se även Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 256 och Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 198 ff.

³³ Ett tidigt fall som anförs av Grönfors (Festskrift till Nial s. 210 f.) är NJA 1955 s. 544 vilket rörde kringgående av hyresreglering.

³⁴ SOU 1974:83 s. 134 och t.ex. AD 1947 nr 73 (som gällde kringgående av kollektivavtal).

³⁵ Se t.ex. SOU 1975:1 s. 739, prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 309.

³⁶ Se föregående not och AD 1977 nr 15.

möjligt att närmare ange när ett kringgående skulle anses föreligga. Saken överlämnades till rättstillämpningen.³⁷

AD har i två fall gjort allmänna uttalanden om åtgärder som vidtagits till kringgående av bestämmelserna om företrädesrätt till återanställning enligt LAS.³⁸ Uttalandena har ansetts ge uttryck för en allmän princip om hur kringgående av lag skall bedömas.³⁹ I AD 1986 nr 50 yttrade domstolen följande.

”Självfallet skulle det vara stötande och från rättslig synpunkt oriktigt att låta kringgående av lag passera. Det är en uppgift för rättstillämpningen att medverka till att så inte sker. Med hänsyn till de rättsliga följder som kan bli resultatet av att man konstaterar ett kringgående av lag (...) måste det emellertid till en början krävas inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna måste antas ha varit att undgå tillämpning av ifrågasvarande lagregler. Detta är dock inte tillräckligt. Därutöver måste nämligen krävas att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet framstår som otillbörligt.”

Uttalandet upprepades i AD 1986 nr 144 där domstolen även tillade att den omständigheten att en part utnyttjar en i lagen angiven begränsning inte i och för sig kan sägas innebära att han gör sig skyldig till ett otillbörligt kringgående.⁴⁰ AD synes uppfatta detta som en självständig regel. Innebörden av denna är att det är en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning att *syftet* med åtgärden varit att kringgå den tvingande lagen. Någon bevislättning av den typ som används vid föreningsrättskränkningar har domstolen inte medgivit.⁴¹ Därutöver krävs att handlandet framstår som otillbörligt eller i strid med god sed på arbetsmarknaden.⁴² Det senare uttrycket används i AD 1986 nr 144 som synonymt med uttrycket otillbörligt.⁴³ I rättsfallet läggs avgörande vikt

³⁷ SOU 1974:83 s. 135 och prop. 1975/76:81 s. 121.

³⁸ AD 1986 nr 50 och 1986 nr 144. Se även AD 1995 nr 8, 1996 nr 56 och 1996 nr 67.

³⁹ SOU 1993:32 s. 246.

⁴⁰ Samma uppfattning uttrycks i SOU 1974:83 s. 135

⁴¹ Se om denna i t.ex. Källström i Facklig arbetsrätt s. 90 ff. samt nedan avsnitt 11.3.2.1. Se även 8 § lagen mot etnisk diskriminering (prop 1993/94:101 s. 83 f.) och 17 § jämställdhetslagen (prop. 1990/91:113 s. 82). Motsvarande bevislättning har i praxis även införts i andra sammanhang där syftet med en viss åtgärd varit relevant (AD 1941 nr 3 och 1953 nr 49).

⁴² Uttrycket otillbörligt användes i de äldre generalklausulerna. I SOU 1974:83 förordades att termen skulle användas även i 36 § AvtL (s. 117 ff.). I propositionen fann man dock att termen oskäligt, som återfinns i avtalsvillkorslagen, var lämpligare (prop. 1975/76:81 s. 106 f.). Någon betydelseskilnad synes inte föreligga mellan uttrycken.

⁴³ Domssamlingen s. 961.

vid frågan om arbetsgivaren rimligen måste ha känt till vissa omständigheter. Om så var fallet var AD beredd att klassa åtgärden som stridande mot god sed på arbetsmarknaden. Det är tydligt att den regel som arbetsdomstolen i det senare fallet anvisar har hämtat sitt innehåll från 33 § AvtL och inte från 36 § AvtL. Målen rörde, som redan nämnts, frågan om vissa åtgärder företagits till kringgående av företrädesrätten enligt LAS. Det var således inte fråga om jämkning eller ogiltighet av något avtalsvillkor. Rättsfallen torde därför inte vara bestämmande för möjligheterna att åsidosätta avtalsvillkor som framstår som tillkomna för att kringgå tvingande lag.

3.2.4 Offentlighetsrättsligt sanktionerade regler

På anställningsförhållandets område uppträder civil- och offentlig-rättsligt sanktionerade regler ofta sida vid sida.⁴⁴ Regler av båda slag förekommer t.ex. i sjömanslagen och lagen om företagshemligheter. I det följande skall mot bakgrund av arbetsmiljö- och arbetstidslagstiftningen mycket kortfattat antydast hur utrymmet för parternas avtalsfrihet påverkas av offentlighetsrättsligt sanktionerade regler.⁴⁵

I arbetsmiljölagen ges grundläggande regler för arbetsmiljön (2 kap. AML). Bestämmelserna kompletteras av arbetsmiljöförordningen (1977:1166) och av föreskrifter som arbetarskyddsstyrelsen utfärdar med stöd av 18 § i förordningen. Regleringen riktar sig huvudsakligen mot arbetsgivaren och denne kan åläggas en rad offentlig-rättsliga påföljder för brott mot reglerna, såsom straff, vite och företagsbot. På motsvarande sätt finns i arbetstidslagen bestämmelser om begränsningar i arbetstidens längd och dess förläggning. Om arbetsgivaren bryter mot dessa regler, kan han åläggas straff i form av böter. Han kan även åläggas att utge en särskild övertidsavgift (26–27 §§). Kännetecknande för dessa lagar är – såvitt här är av intresse – att de föreskriver vissa förhållningsregler men att överträdelser av normerna enligt lagtexten endast är offentlig-rättsligt sanktionerade.⁴⁶ Frågan är om lagreglerna har någon civilrättslig verkan och i så fall vilken.

⁴⁴ I det följande bortses från att offentliga anställningsförhållanden delvis regleras av offentlig-rättsliga bestämmelser och att dessa sätter gränsen för det avtalsfria området. Som exempel kan nämnas att avtalad tystnadsplikt inte kan förekomma för offentlig-anställda (Fahlbeck, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet s. 41).

⁴⁵ För motsvarande fråga i anslutning till lagen om företagshemlighet se Fahlbeck, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet, passim.

⁴⁶ Se dock 3 § 4 st. arbetstidslagen som rör ogiltighet i vissa fall av kollektivavtal som avviker från lagen (prop. 1995/96:162 s. 36 f.).

Anvisningar om vilka civilrättsliga verkningar en viss regel skall ha kan förekomma i förarbetena.⁴⁷ Av 2 § lagen om skydd för företagshemligheter följer att arbetstagaren har rätt att t.ex. avslöja något som kan misstänkas utgöra ett brott på vilket fängelse kan följa. I motiven ges uttryck för uppfattningen att arbetstagare och arbetsgivare inte äger träffa avtal om en tystnadsplikt som begränsar denna möjlighet.⁴⁸ Däremot återfinns såvitt jag kunnat finna inga sådana uttalanden i förarbetena till arbetsmiljö- respektive arbetstidslagen.

Motsvarande fråga har diskuterats rörande avtal i allmänhet under rubriken avtal i strid med legala förbud.⁴⁹ Det har därvid antagits att domstol inte kan ålägga någon att fullgöra avtal om han genom fullgörandet av avtalet bryter mot straffsanktionerad lag.⁵⁰ I övrigt kan någon generell regel om verkan av avtal i strid offentlighetsrättsligt sanktionerade regler inte uppställas. Redan i motiven till AvtL framhölls att det ingalunda är säkert att en rättshandling som ur viss synpunkt är lagstridig eller till och med straffbar inte är civilrättsligt giltig.⁵¹ Allmänt antas att man vid prövningen av frågan måste se till lagregelns ändamål, konsekvenserna av ogiltighetspåföljden samt behovet av en sådan påföljd. Nial har därvid framhållit att ett skäl att låta den offentlighetsrättsligt sanktionerade regeln medföra ogiltighet är om den införts för att skydda den ena av avtalsparterna och en sådan påföljd är till gagn för den som regeln avser att skydda. Om däremot ogiltigheten är till nackdel för den skyddade parten bör det motsatta gälla. ”Den förstärkning av förbudets preventiva funktion som ogiltighetsregeln innebär kan kanske

⁴⁷ Jfr NJA 1992 s. 717.

⁴⁸ Se särskilt 1989/90:LU37 s. 23 och 45 samt Fahlbeck, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet s. 99.

⁴⁹ Termen är från tyskans gesetzliches verbot (§ 134 BGB). Den grundläggande framställningen är Nials artikel ”Om förvärv i strid mot legala förbud” (TfR 1936 s. 1–77). Se även t.ex. Adlercreutz i Festskrift till Agell s. 9 ff., Almén, Om köp och byte av lös egendom s. 43 ff., Bernitz, SvJT 1974 s. 126, Grönfors, Avtalslagen s. 181, Hjerner, Främmande valutalag och internationell privaträtt s. 604 ff. och Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 74 ff. Frågeställningen har även berörts i vissa lagstiftningsärenden, t.ex. NJA II 1915 s. 235 (AvtL), prop. 1975:103 s. 496 (aktiebolagslagen), prop. 1981/82:165 s. 237 f. (1982 års konkurrenslag). Från rättspraxis kan NJA 1942 s. 614, 1953 s. 99 och 1992 s. 717 nämnas. Se även Hov, Avtalerett s. 163 ff., Nørgaard i Aftaler och melle-mænd s. 298 f. samt Stang, Innledning til formueretten s. 581 f. och Ussing, Aftaler s. 194 f.

⁵⁰ Nial, TfR 1936 s. 14 och samme författares yttrande i NJA 1992 s. 717 samt Almén, Om köp och byte av lös egendom s. 44. Se även prop. 1969:78 s. 38 och AD 1978 nr 72 och 1994 nr 99.

⁵¹ NJA II 1915 s. 235.

köpas för dyrt, om man i de fall då förbudet likväl överträdes alldeles stjälpes den man vill skydda.”⁵²

Schmidt har antagit att offentlighetsrättsligt sanktionerade regler på arbetsrättens område civilrättsligt verkar som en ogiltighetsregel.⁵³ Man kan mot bakgrund härav ställa frågan vad ogiltigheten innebär för anställningsavtalen. Låt oss anta att en arbetstagare åtagit sig att utföra arbete i strid med bestämmelsen om veckovila i 14 § arbetstidslagen och att han nu vägrar att utföra arbete i enlighet med åtagandet. Till att börja med bör framhållas att en domstol inte kan ålägga arbetstagaren att utföra arbetet. Exekutivt tvång kan varken användas för att framtvunga att arbetstagaren skall utföra arbetet eller för att arbetsgivaren skall ”motta” arbete. Detta följer redan av andra regler.⁵⁴ Däremot lär 14 § arbetstidslagen medföra att arbetstagaren kan vägra att utföra arbetet utan att riskera påföljder.⁵⁵ Reglerna om tolkningsföreträde ålägger inte arbetstagare att lyda order som innebär överträdelse av författningar.⁵⁶ Arbetstagare som vägrar utföra arbete under hänvisning till att detta strider mot lag, torde inte göra sig skyldig till brott mot anställningsavtalet, om han haft fog sin uppfattning.

Något annorlunda lär det förhålla sig på arbetsmiljöområdet. Frågan om lagreglernas civilrättsliga återverkningar torde påverkas av att arbetsmiljölagen anvisar vissa förfaranden för lösning av arbetsmiljövårder. En arbetstagare som finner att arbete innebär omedelbar och allvarlig fara för liv eller hälsa skall snarast underrätta arbetsgivaren eller skyddsombud. För skada som uppkommer till följd av att arbetstagaren underlåter att utföra arbete i avvaktan på besked om arbetet skall fortsätta är han fri från ersättningsskyldighet (3 kap. 4 § AML). Enligt motiven skall inte heller annan påföljd kunna komma ifråga.⁵⁷ En följd av denna bestämmelse lär vara arbetstagare som vägrar utföra arbete under hänvisning till att arbetet inte uppfyller lagens krav går fri från påföljder endast om han har fog för uppfattningen att arbetet medför omedelbar eller allvarlig fara samt att han snarast underrättat arbetsgivare eller skyddsombud.⁵⁸

Om arbetstagaren å andra sidan har utfört arbete kan arbetsgivaren inte vägra att utbetala lön under hänvisning till att utförande av arbetet

⁵² Nial, TfR 1936 s. 30 f.

⁵³ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 22. Se även Sigeman i Löntagarrätt s. 22.

⁵⁴ Sigeman i Löntagarrätt s. 32 med hänvisningar.

⁵⁵ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 222 och Sigeman i Löntagarrätt s. 22.

⁵⁶ Se t.ex. SOU 1975:1 s. 331. Om tolkningsföreträde i övrigt se avsnitt 8.1.4.

⁵⁷ Prop. 1976/77:149 s. 395.

⁵⁸ Jfr AD 1976 nr 97 och 1979 nr 164

stod i strid med en offentlighetsrättsligt sanktionerad regel.⁵⁹ Även i andra fall torde ligga närmast till hands att arbetsgivaren – vilken är den som primärt är ansvarig för att reglerna efterlevs – får bära risken för förluster till följd av att det tilltänkta arbetet står i strid med bestämmelser.⁶⁰

Det sagda är tillräckligt för att visa att någon generell regel inte heller på arbetsrättens område låter sig uppställas. För arbetsrättens del lär detta dock inte i någon högre grad bero på att reglerna har skiftande ändamål.⁶¹ Som exemplet från arbetsmiljölagen visar påverkas de civilrättsliga verkningar av den omgivande rättsliga regleringen.

3.2.5 36 § AvtL och tvingande materiella regler uppställda i praxis

Tvingande rättsregler förekommer inte bara i lag utan kan även framgå av rättspraxis. En särskild svårighet ligger i att avgöra om en regel som framgår av rättspraxis är tvingande. Den enda gång det med säkerhet kan fastslås att en rättsregel är tvingande är om den är formulerad som en ogiltighetsregel. I övriga fall torde man vara hänvisad till regelns ändamål för att avgöra frågan.⁶²

Ett tidigt exempel på en tvingande regel som utbildats i praxis återfinns i NJA 1913 s. 496. Av domen framgår att arbetstagare inte kan överlåta rätten till framtida lön. Visst stöd för en sådan regel fanns i förarbetena till 1877 års utsökningslag. Regeln bärs upp av hänsyn såväl till arbetstagaren som till arbetsgivaren, vilken annars kunde riskera uteblivande eller försämring av arbetsprestationen. Överåtelseförbudet gäller även om arbetsgivaren givit sitt tillstånd till överlåtelsen.⁶³

Ett annat klassiskt exempel är avtal som uppenbart strider mot goda seder. I motiven till avtalslagen angavs att frågan om sådana avtalsgiltighet fick överlämnas till domstolarna. Innebörden av rättspraxis är att fullgörande av sådana avtal inte kan framtvingas på rättslig väg.⁶⁴ På liknande sätt bedöms privata avtal om spel och vad.⁶⁵

⁵⁹ Berg, *Arbetsrätt* s. 53 f. Jfr Almén, *Om köp och byte av lös egendom* s. 44.

⁶⁰ Liknande Hasselbalch, *Arbetsrättens almindelige del* s. 204.

⁶¹ Jfr Almén, *Om köp och byte av lös egendom* s. 43.

⁶² Grönfors, *Festskrift till Nial* s. 211. I avsnitt 4.3.5 diskuteras om de dolda klausuler till kollektivavtal som utvecklats i praxis är tvingande i förhållande till personliga avtal.

⁶³ Sigeman, *Festskrift till Hessler* s. 383 ff

⁶⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt* 1 s. 275. Hänvisning till praxis finns i Almén & Eklund, *Avtalslagen*, s. 103 not 2. Se även NJA 1992 s. 299.

⁶⁵ Agell, *De lege* 1993 s. 333 ff. Jfr NJA 1989 s. 768 och Agell, *JT* 1989–90 s. 627 ff.

I övrigt synes domstolarna länge inte ha ansett sig befogade att utan stöd i lag åsidosätta avtalsvillkor på grund av deras innehåll.⁶⁶ I takt med att antalet tvingande materiella lagregler och generalklausuler ökade synes domstolarnas benägenhet att utan direkt lagstöd åsidosätta avtalsvillkor ha ökat.⁶⁷ Här kan NJA 1948 s. 138 nämnas i vilket en bestämmelse i ett arrendekontrakt åsidosattes såsom varande uppenbart otillbörligt utan stöd i dåvarande arrendelag.⁶⁸

Behovet av att i rättspraxis självständiga tillskapa tvingande materiella regler har minskat genom införandet av 36 § AvtL. Förhållandet belyses av en jämförelse mellan NJA 1974 s. 574 och 1992 s. 143. I 1974 års fall uttalade HD att en skiljeklausul som tillerkänner ena parten rätt att fritt utse flertalet skiljemän inte kan godtas som rättegångshinder. NJA 1992 s. 143 – som alltså avgjordes efter införandet av 36 § AvtL – rörde en skiljeklausul där ena parten var berövad möjlighet att påverka skiljemännens sammansättning. HD fann, med beaktande även av hur bestämmelsen införts i avtalet, att denna fick anses oskäligen och borde lämnas utan avseende. Det förefaller mot bakgrund av denna dom troligt att även skiljeklausulen i NJA 1974 s. 573 idag skulle åsidosatts med stöd av 36 § AvtL.

Som framgått ovan har problemet att dra gränsen för vilka avtalsinnehåll som rättsordningen tillåter förskjutits. Möjligheterna för domstolarna att förbigå avtal p.g.a. av dess innehåll har under 1900-talet successivt ökat och detta särskilt genom 36 § AvtL. Ett av skälen för införandet av 36 § AvtL var just insikten om att det inte är möjligt för lagstiftaren att täcka alla de situationer där det kan vara befogat att inskrida mot avtalsvillkor med tvingande materiella regler. Gränsen mellan tvingande och dispositiv rätt har härigenom blivit mindre skarp.⁶⁹

3.3 Avvikelse från ensidigt tvingande regler

Tvingande materiella regler som syftar till att skydda svagare avtalsparter är regelmässigt *ensidigt tvingande*, dvs. det är endast avtal till nack-

⁶⁶ Rodhe, Obligationsrätt s. 13.

⁶⁷ Se bl.a. 33 § AvtL (1915), 8 § lagen 1915:219 om avbetalningsköp, 34 § lagen 1927:77 om försäkringsavtal, 8 § skuldebrevslagen (1936) och 9 § AUL (1949). Att 8 § skuldebrevslagen var avsedd att kunna läggas till grund för analogier framgår av dess förarbeten (NJA II 1936 s. 52).

⁶⁸ Se även Karlgrens analys av vilka möjligheter som stod till buds ett årtionde innan generalklausulen i 36 § AvtL infördes (JFT 1967 s. 428 ff.).

⁶⁹ Bernitz, Standardavtalsrätt s. 61 och Wilhelmsson, Social Civilrätt s. 189.

del för den svagare parten som strider mot regeln. I 2 § 2 st. LAS heter det att avtal är ogiltiga i den mån de upphäver eller inskränker arbetstagarnas rättigheter enligt lagen. Motsvarande formuleringar återfinns i de andra lagar som ger tvingande regler på anställningsförhållandets område och inom konsumenträtten.⁷⁰

Hur skall bedömningen av vilka avvikelser som är till förmån för ena parten ske? En person med en kronisk sjukdom skulle med visst fog kunna hävda att det är till fördel för honom att avstå från rätten till sjuklön enligt sjuklönelagen om han därigenom erhåller ett arbete han annars inte skulle ha fått.⁷¹ Så skall emellertid bedömningen inte gå till. Bedömningen skall göras objektivt i den meningen att någon betydelse inte tillmäts vad en speciell person i den av lagen gynnade kretsen har för uppfattning om vad som är bäst för honom. I AD 1977 nr 56 framhöll domstolen att det saknar betydelse om avtalets innehåll tillkommit i den gynnade partens intresse.⁷² Inte heller tillmäts det någon relevans om den skyddade parten vid avtalstillfället kände till att avtalsvillkoret stred mot en tvingande regel. Tvingande materiella regler tillåter inte någon prövning om de ändamål som uppbär reglerna har betydelse i de enskilda fallen. Lagens regler är schematiska och bör följas även när ett skyddsbehov inte är för handen in casu.⁷³

Av lagtexten följer normalt att jämförelsen skall göras mellan lagregeln och vad avtalet innehåller i motsvarande avseende. Jämförelsen skall göras beträffande varje regel och avtalsvillkor för sig. Någon total värdering av den svagare avtalspartens rättigheter enligt lagen med de förmåner som följer av avtalet i dess helhet skall inte företas.⁷⁴ På denna

⁷⁰ Se t.ex. 2 § 1 st. semesterlagen, 2 § 1 st. studieledighetslagen, 2 § 1 st. föräldraledighetslagen, och 2 § 1 st. sjuklönelagen samt 3 § 1 st. konsumentköplagen, 3 § hemförsäljningslagen och 3 § 1 st. konsumenttjänstlagen. I 1 § 2 st. lagen om husligt arbete uttrycks samma sak på det viset att överenskommelser som strider mot lagen inte är bindande för arbetstagaren. Även 6 b § LAS kan sägas vara ensidigt tvingande i det att arbetstagaren – men inte arbetsgivaren – kan motsätta sig anställningen övergår till annan arbetsgivare tillsammans med verksamheten.

⁷¹ Hasselbalch, *Arbetsrättens almindelige del* s. 189.

⁷² Jfr AD 1990 nr 84 (ovan i avsnitt 3.2.2).

⁷³ Taxell, *Avtalsrättens normer* s. 66.

⁷⁴ Prop. 1989/90:89 s. 66 (konsumentköplagen), prop. 1984/85:110 s. 156 (konsumenttjänstlagen) och prop. 1992/93:95 s. 69 (paketreselagen). Att detta skall gälla även enligt semesterlagen framgår av prop. 1976/77:90 s. 168 (mer klart uttryckt i prop. 1938:286 s. 217). Motsvarande gäller för tvingande EG-rättsliga regler (mål 324/86 Daddys's Dance Hal, REG 1988 s. 739 och Nielsen, EF-arbetsrät s. 275). Vid anpassningen av arbetstidslagen till EU:s arbetstidsdirektiv ansåg föredragande statsråd att svensk lag som helhet gav ett väl så gott skydd som direktivet och att några materiella förändringar i regelsystemet därför inte erfordrades (prop. 1995/95:162 s. 15 f.). Uppfattningen har kritiserats.

punkt skiljer sig de ensidigt tvingande lagreglerna från 36 § AvtL där en sådan helhetsjämförelse påbjuds.⁷⁵ Som huvudregel gäller alltså att en avtalsbestämmelse är ogiltig i den mån den på någon punkt eller i någon situation ger ett för den gynnande parten oförmånligare resultat än lagen anvisar.⁷⁶

I en serie rättsfall som rör 1945 års semesterlag diskuterades om kollektivavtal enligt vilka arbetsgivaren skulle betala semesterersättning via en semesterkassa istället för direkt till arbetstagaren, var ogiltiga till följd av att semesterersättningen förföll till betalning senare än lagen föreskrev. Såväl AD som HD fann att så inte var fallet, trots att resultatet på denna punkt gav arbetstagarna sämre förmåner än lagen föreskrev.⁷⁷ Domstolarna hänvisade till att systemet med semesterkassor accepterades i motiven och att ett sådant system inte låter sig genomföras utan att betalningen innehålls längre än lagen föreskrev. Att domstolarna i dessa fall godtagit avtalen trots att de i visst avseende gav arbetstagarna sämre förmåner förklaras således av inställningen till semesterkassor i motiven. Fallen kan ses som undantag från den tidigare angivna huvudregeln.⁷⁸

Denna huvudregel medför emellanåt svårigheter för den som önskar träffa avtal som avviker från det mönster lagen föreskriver. Om lagen har en komplicerad uppbyggnad blir det helt enkelt svårt att avgöra om avtalet på någon punkt avviker från en tvingande regel. Ett exempel där sådana svårigheter uppstår är avtal om annat semester- och kvalifikationsår än som följer av semesterlagen.⁷⁹ Ett annat är avtal om att semesterlönen skall inkluderas i arbetstagarens ordinarie lön. Tillåt mig redovisa vilka överväganden som krävs för att komma till svaret i det senare fallet.

Ett avtal om att inkludera semesterlönen i den ordinarie lönen väcker två frågor, dels om avtalet på ett otillåtet sätt avviker från reglerna om *seme-*

Hur jämförelsen skall gå till berördes inte i förarbetena till LAS (se prop. 1973:129 s. 193 och prop. 1981/82:71 s. 114) och inte heller beträffande lagen om husligt arbetet (prop. 1970:150 s. 46).

⁷⁵ Se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 106 och 111.

⁷⁶ Likartat i Finland, se Sarkko, Arbetsrätt s. 272 och Tiitinen i Inledning till Finlands rättsordning s. 633. I Danmark räknar man med att en avvikelse från lagen i ett visst avseende i begränsad utsträckning kan kompenseras genom bättre villkor i annat avseende. Detta anses i vart fall gälla vid tillämpningen av funktionærloven (Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 31 f. Jfr Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 191 f.)

⁷⁷ AD 1949 nr 21 och 1961 nr 33 samt NJA 1949 s. 713.

⁷⁸ Numera är regeln om tidpunkten för erläggande av semesterersättning semidispositiv (2 § 2 st. och 26 § semesterlagen).

⁷⁹ Sigeman, Semesterrätt s. 62 f.

terlönens beräkning, dels om avtalet står i strid med semesterlagens regler om *när* semesterlönen tidigast får utbetalas (frigörelsetiden).⁸⁰

Regler om semesterlönens beräkning återfinns i 16–17 §§ semesterlagen. Enligt 16 § semesterlagen skall den ordinarie lönen och semesterlönen beräknas var för sig. Semesterlönen skall utgå med ett belopp som motsvarar tolv procent av den under intjänande året förfallna lönen. Semesterlön skall också beräknas för s.k. semestergrundande frånvaro, på sätt som anges i 16 § 2 st. och 17 §. För okontrollerade arbetstagare gäller motsvarande enligt 27 § 2 st. Att semesterlönen beräknats på annat sätt än semesterlagen föreskriver utgör inte en otillåten avvikelse från lagen så länge avvikelsen grundar sig på avtal och arbetstagaren inte i något avseende kommit att åtnjuta sämre ekonomisk kompensation än lagen föreskriver. För att det senare kravet skall anses uppfyllt krävs att det tydligt kan fastställas vilken andel av arbetslönen som utgör semestergottgörelsen enligt det träffade avtalet och att det visas att denna gottgörelse inte i och för sig inneburit sämre förmåner än som följer av semesterlagens regler. Arbetsgivaren har bevisbördan.⁸¹ Något principiellt hinder mot att inkludera semesterlönen i den ordinarie lönen utgör alltså inte 16, 17 eller 27 §§ semesterlagen. Avtal om avvikelse från semesterlagens metod för beräkning av lön medför i sig inte att avtalet är ogiltigt, utan endast att det ställs stränga krav på bevisningen om att ett sådant avtal har träffats och inte medför att arbetstagaren erhåller mindre förmåner.⁸²

Den andra frågan rör vid vilken tidpunkt som semesterlönen tidigast får betalas ut. I denna fråga anger lagen olika lösningar för kontrollerade och okontrollerade arbetstagare. Semesterlönen för *kontrollerade arbetstagare* skall enligt 26 § första meningen betalas ut i samband med semesterledigheten. Avsteg från denna regel kan bara göras till förmån för arbetstagaren och genom centrala kollektivavtal (2 §). Ett personligt avtal där semesterlönen inkluderas i den ordinarie lönen innebär att arbetstagaren erhåller lönen tidigare än vad 26 § 1 st. föreskriver. Ett sådant avtal anses strida mot semesterlagen. I förarbetena framhölls att det är ett allmänt intresse att arbetstagare kommer i åtnjutande av semester för rekreation och att detta kan skadas genom att semesterlönen betalas ut för tidigt, eftersom det finns risk för att de medel, som är avsedda att finansiera ett lämpligt utnyttjande av ledigheten, konsumeras. Vidare angavs att regeln syftade till att resa hinder mot avtal om att semesterlönen inkluderas i den ordinarie lönen.⁸³

Ett avtal om att lönen betalas ut tidigare än som anges i 26 § är alltså ogiltigt. I princip kan arbetstagaren kräva att semesterlönen skall betalas ut

⁸⁰ Rodhe, Obligationsrätt s. 168 och Sigeman, Lönefordran s. 329.

⁸¹ NJA 1950 s. 225 II och 1950 s. 241 samt AD 1958 nr 3, 1989 nr 68 och 1991 nr 90.

⁸² Se särskilt AD 1958 nr 3. Regeln avviker från vad som gäller beträffande kollektivavtalets tvingande verkan, se nedan avsnitt 4.3.3.

⁸³ SOU 1962:44 s. 211 f. och prop. 1976/77:90 s. 209 samt AD 1989 nr 68.

senare. Har semesterlönen redan betalats kan arbetstagare emellertid inte kräva fullgörelse på nytt. Däremot lär allmänt skadestånd kunna utdömas.⁸⁴

För okontrollerade arbetstagare är regeln i stället att semesterlön skall betalas ut *senast* viss dag efter intjänande årets slut (27 § 3 st.). Något hinder mot att utbetalning sker tidigare än denna dag följer således inte av lagen. Detta sammanhänger med att det utmärkande för okontrollerade arbetstagare anses vara deras självständighet att bestämma över förläggning av arbetstid och fritid.

Som redan nämnts är huvudregeln att ett avtal som strider mot en tvingande materiell regel fortsätter att gälla men att domstolen justerar dess innehåll. Utgångspunkten är därvid att de avtalsvillkor som strider mot den tvingande regeln lämnas utan avseende och att den tvingande regelns innehåll träder i villkorets ställe. Frågan kan ställas om denna ogiltighet skall återverka på övriga delar av avtalet. I motiven till 1938 års semesterlag besvarades denna fråga nekande. Ingås ett avtal med delvis bättre och delvis sämre förmåner än lagen, skall de bättre förmånerna gälla. Däremot skall lagens bestämmelser tillämpas istället för de sämre förmånerna.⁸⁵ Denna uppfattning har – under hänvisning till kravet på lagens effektivitet – antagits gälla generellt.⁸⁶ Från rättspraxis kan hänvisas till AD 1977 nr 24.

En arbetsgivare och en arbetstagare träffade avtal om att en anställning skulle gälla till 31 december 1975. Avtalet ansågs innefatta en utfästelse från arbetsgivarens sida att inte bryta anställningen före detta datum. Utfästelsen ansågs giltig oavsett om avtalet innebar en otillåten visstidsanställning och anställningen därmed skulle anses som en tillsvidareanställning. Enligt AD hade avtalet, om det en otillåten visstidsanställning, den innebörden att den uppsägningsrätt som normalt tillkommer arbetsgivare vid tillsvidareanställningar var undandragen arbetsgivaren under år 1975.

Även om huvudregeln är att ogiltighet i en del inte påverkar avtalets innehåll i övrigt kan det inte uteslutas att den ogiltiga bestämmelsen har sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att avtalet i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll. Avtalet kan jämkas även i annat hänseende eller t.o.m. i sin helhet förklaras ogiltigt. Ett exempel där jämkning av andra avtalsvillkor bör tillåtas är om ett personligt avtal föreskriver att arbetstagaren inte skall erhålla någon semesterlön men att arbetstagaren istället fritt får utnyttja arbetsgivarens fritidsanläggning

⁸⁴ Sigeman, Lönefordran s. 329 f. Jfr AD 1991 nr 90.

⁸⁵ Prop. 1938:286 s. 217.

⁸⁶ Rodhe, Obligationsrätt s. 10 och t.ex. prop. 1939:166 s. 216 f. (nyttjanderätt till fast egendom) samt prop. 1973:138 s. 164 (konsumentköplag). Se även Jørgensen, Kontraktsret I s. 29 och Ussing, Aftaler s.189.

under semesterledigheten. Domstolen bör i ett sådant fall samtidigt som den ålägger arbetsgivaren att utge semesterlön i enlighet med lagens regler kunna lämna villkoret om nyttjandet av fritidsanläggning utan avseende.⁸⁷ Detta bör om inte annat kunna ske med stöd av 36 § AvtL. I motiven till lagen mot etnisk diskriminering, där en jämningsmöjlighet uttryckligen givits, poängteras att bestämmelsen endast i undantagsfall bör få användas för att skydda arbetsgivaren mot negativa effekter av ett otillåtet avtalsvillkor åsidosätts. Intresset av att skydda arbetsgivaren är i denna situation mycket begränsat.⁸⁸

3.4 När uppnås avtalsfrihet?

3.4.1 Tvingande lagar i allmänhet

Att en lagregel är tvingande utesluter inte att det vid någon tidpunkt är möjligt att disponera i strid med regeln. En uppställning kan göras över olika tänkbara tidpunkter när avtalsfrihet för parterna uppkommer.⁸⁹

1. Den starkaste formen av tvingande verkan tillkommer avtal som uppenbart strider mot vedertagna moralnormer och goda seder (*pactum turpe*). En talan som grundar sig på ett sådant avtal skall ogillas eller avvisas, även om talan medges av motparten.⁹⁰ För att avvisning skall tillgripas lär krävas att det otillbörliga syftet uppenbart framgår av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet (NJA 1992 s. 299). Även i andra fall där de tvingande reglerna avser att skydda tredje man eller allmänna intressen kan sådan tvingande verkan uppkomma.⁹¹

2. Det är även möjligt att dispositioner utom process är utan verkan men att dispositioner *inom ramen för process* är bindande, antingen det sker genom förlikningsavtal eller genom processuellt medgivande. Processen är med andra ord dispositiv, till skillnad från vad som gäller för sådana avtal som avses under 1.

I lag (1981:739) om ersättning för inkassokostnader m.m. ges tvingande regler om borgenärs rätt till ersättning för kostnader avseende åtgärder som

⁸⁷ Jfr U 1961/449 och Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 33.

⁸⁸ Prop. 1993/94:101 s. 97. Se också Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 204.

⁸⁹ Conradi, SvJT 1951 s. 357 och Grönfors i Festskrift till Nial s. 214 f. Uppställningen är inte uttömmande, t.ex. behandlas inte den speciella regeln i 12 kap. 45 § 2 st. JB.

⁹⁰ Bramsjö, Om avtals återgång s. 59 ff.

⁹¹ Se t.ex. NJA 1986 s. 205, 1986 s. 258 och 1986 s. 741 (jfr NJA 1993 s. 319) samt Ekelöf & Boman, Rättegång I s. 57 f. och Hellner, Rättsteori s. 65.

syftar till att förmå gäldenären att betala förfallen skuld. Lagen är enligt 6 § i huvudsak tvingande. I Ds Ju 1979:8 förslogs att dispositioner i strid med lagen endast skulle få ske inom ramen för process.⁹² Enligt promemorian skulle en bestämmelse där avtalsfrihet uppkom tidigare riskera att medföra att lagens effektivitet urholkades. Förslaget godtogs inte i propositionen.⁹³

3. Det vanligaste är att tvingande materiella regler endast är tvingande i förhållande till avtal varigenom en part *på förhand* avstår från rättigheter eller påtar sig skyldigheter som står i strid med tvingande regler. Ett tidigt exempel på en sådan lagreglering återfinns i 1915 års lag om avbetalningsköp. I lagen gavs huvudsakligen regler om verkan av köparens kontraktsbrott. Lagens regler skulle tillämpas även om köparen gjort längre gående åtaganden i förhållande till den händelse att han i framtiden skulle bryta mot sina förpliktelser, oavsett om åtagandet gjordes i det ursprungliga avtalet eller senare. Någon inskränkning i avtalsfriheten förelåg dock inte efter det att köparen redan gjort sig skyldig till kontraktsbrott. Att så var fallet framgick av lydelsen i 17 §. I motiven förklarades att erfarenheten visar att köparen vid denna tidpunkt är i vida bättre stånd att tillvarata sitt intresse än fallet är innan någon försummelse ligger honom till last. Det ifrågasattes även om en utvidgning av reglernas tvingande verkan skulle avskräcka från att uppgörelser träffades.⁹⁴ Sannolikt avsågs att säljaren skulle vara obenägen att träffa uppgörelse av rädsla för att den på någon punkt skulle strida mot lagen och därmed i denna del vara ogiltig. En viktig funktion för förlikningsavtal av denna karaktär är just att skingra den osäkerhet som kan råda om vilka rättigheter och skyldigheter som enligt lagen tillkommer vardera part.⁹⁵

Lösningen från 1915 års lag om avbetalningsköp har stått modell för de tvingande regler som införts i den konsumenträttsliga lagstiftningen under de senaste decennierna. En skillnad är att regeln numera inte framgår av lagtexten, utan endast anges i förarbetena.⁹⁶ Således anges t.ex. i 3 § konsumenttjänstlagen att avtalsvillkor som i jämförelse med lagen är till nackdel för konsumenten är utan verkan mot denne. I förarbetena påpekas följande.

⁹² § 221.

⁹³ Prop 1980/81:10 s. 106.

⁹⁴ NJA II 1915 s. 340.

⁹⁵ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 185.

⁹⁶ Lagrådet framhöll vid sin granskning av 1977 års konsumentkreditlag att lagtexten borde utformas så att det av denna framgick att lagen enbart var tvingande i förhållande till avtal som avser framtiden. Enligt föredragande statsråd var det dock klart att lagen hade denna innebörd (prop. 1976/77:123 s. 348 och 369 f).

”(P)aragrafen avser avtalsvillkor varigenom konsumenten på förhand godtar inskränkningar i sina rättigheter eller utvidgningar av sina skyldigheter enligt lagen. Däremot hindrar paragrafen inte att konsumenten, när en befogenhet eller förmån eller en skyldighet enligt lagen väl har aktualiserats, i det konkreta fallet avstår från befogenheten eller förmånen med giltig verkan eller binder sig vid en längre gående skyldighet”.⁹⁷

Den avgörande tidpunkten brukar således beskrivas som när den rättighet, skyldighet eller intressekonflikt som lagen reglerar *aktualiseras*. I flertalet fall torde inte detta ge upphov till några svårigheter i tillämpningen. Denna regleringsmodell har på konsumentområdet nått en sådan utbredning att det knappast kan betvivlas att regeln gäller även för tvingande konsumenträttslig lagstiftning där frågan inte berörts i förarbetena, såsom är fallet i 4 kap. 19 d § JB.

3.4.2 Arbetsrättsliga lagar

Frågan om när avtalsfrihet uppnås framgår av lagtexten i två fall.⁹⁸ *Lagen (1949:345) om arbetstagares uppfinningar* (AUL) är huvudsakligen dispositiv (2 § 2 st.) men innehåller ett par tvingande bestämmelser. En av dem är 6 § 1 st., som tillförsäkrar arbetstagare skälig ersättning för den rätt han avstår till en uppfinning som gjorts under anställningen. Redan av lagtexten framgår att bestämmelsen enbart är tvingande i förhållande till vad som avtalats *före* uppfinningens tillkomst. I förarbetena framhölls att även om det i vissa fall kunde tänkas vara svårt att bedöma det ekonomiska värdet av en uppfinning (jfr 6 § 2 st.), kunde detta inte tillmätas sådan betydelse att det fick överväga de ”olägenheter ur rättssäkerhetssynpunkt, som skulle uppstå om en efter uppfinningens tillkomst träffad uppgörelse i nämnda fråga icke i princip erhöle bindande verkan.”⁹⁹ Skälet till att den tvingande verkan inte sträcker sig längre i tiden än till dess rätten till ersättning aktualiseras, är således att underlätta slutliga ekonomiska uppgörelser.

⁹⁷ Prop. 1984/85:110 s. 156. Motsvarande gäller beträffande, 4 § konsumentkreditlagen (prop. 1976/77:123 s. 348 och 369 f. samt prop. 1991/92:83 s. 106), 3 § hemförsäljningslagen (prop. 1981/82:40 s. 27), 3 § konsumentköplagen (prop. 1989/90:89 s. 66), 3 § konsumentförsäkringslagen (prop. 1979/80:9 s. 102), 6 § inkassolagen (prop. 1980/81:10 s. 162 f), 3 § fastighetsmäklarlagen (prop. 1983/84:16 s. 29 och 1994/95:14 s. 64) samt 4 § paketreselagen (prop. 1992/93:95 s. 69). Se även beträffande hyresförhållanden NJA 1978 s. 64 samt prop. 1939:166 s. 216.

⁹⁸ Se även Luganokonventionen artikel 17.5 (Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna s. 151).

⁹⁹ Prop. 1949:101 s. 58.

Enligt LRA skall arbetstvister prövas direkt av AD eller tingsrätt med AD som fullföljdsinstans. Detta hindrar inte att avtal kan träffas om att arbetstvister istället skall hänskjutas till skiljenämnd. Ett undantag från denna huvudregel är tvister som rör föreningsrätt, könsdiskriminering eller etnisk diskriminering. I dessa fall får skiljeavtal utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen inte träffas före tvistens uppkomst (1 kap. 3 § LRA).¹⁰⁰

Regleringen går tillbaka på AD 1954 nr 21. Enligt 29 § lagen om förenings- och förhandlingsrätt skulle mål om bl.a. föreningsrättskränkningar väckas vid AD. I målet förklarade domstolen att forumregeln inte på förhand kunde sättas ur kraft genom ett skiljeavtal. Domstolen fann visst stöd i att övriga stadganden i den aktuella lagen, med ett undantag, var tvingande och att det varken i lagtext eller förarbeten framkom något som pekade på att forumregeln skulle behandlas annorlunda.¹⁰¹ Därutöver framhöll domstolen att skiljemän inte är bundna av materiella bestämmelser. Vidare pekade domstolen dels på vikten av garantier för en sakkunnig och opartisk prövning, dels på betydelsen av en enhetlig lagtillämpning, särskilt som lagbuden var relativt allmänt avfattade. Regeln kodifierades vid införandet av LRA och har sedermera utvidgats till att omfatta även tvister som rör könsdiskriminering och etnisk diskriminering.¹⁰²

Som berörs i avsnitt 7.2 anser man numera att skiljemän är skyldiga att döma efter gällande rätt. Inte heller anses intresset av saklig och opartisk prövning samt enhetlig rättstillämpning hindra att tvister som rör tvingande rättsregler hänskjuts till skiljenämnd.¹⁰³ Tvister som rör t.ex. anställningsskyddslagen kan därigenom hänskjutas till skiljeförfarande (AD 1978 nr 62). Utan att ta ställning till vilket av dessa synsätt som har mest fog för sig kan konstateras att åtskillnaden inte tycks sakligt motiverad.

Med undantag för 6 § 1 st. AUL och 1 kap. 3 § LRA anges inte i lagtext vid vilken tidpunkt som avtalsfriheten inträder. Frågan brukar dock beröras i förarbetena. I motiven till anställningsskyddslagen uttalas följande.

”Tvingande lagstiftning har i allmänhet den verkan att, om den som lagen vill skydda avstår från sin rätt, så är avståendet ogiltigt under förutsättning

¹⁰⁰ Bestämmelsen blir inte tillämplig bara för att ena parten gjort en invändning om att en tvist som omfattas av skiljeklausul rör t.ex. könsdiskriminering. För att skiljeklausulen skall sakna verkan som rättegångshinder krävs att parten gör sannolikt att könsdiskriminering har ägt rum (AD 1994 nr 28).

¹⁰¹ Annorlunda hos Bolding som menar att den regel domstolen etablerade saknade stöd i lag (Skiljedom s. 44).

¹⁰² Prop. 1974:77 s. 106 och 145, prop. 1979/80:129 s. 14 samt prop. 1993/94:101 s. 69 f.

¹⁰³ NJA 1973 s. 620.

att avståendet tar sikte på framtiden. I enlighet härmed bör enligt min mening en arbetstagare inte med bindande verkan i samband med uppsägning kunna avstå från framtida uppsägningslön eller från företrädesrätt till återanställning. Läget förändras emellertid när det är fråga om rättigheter som redan har aktualiserats. Normalt torde i sådana fall gälla, att arbetstagaren kan avstå från rättigheten i fråga. (...) Enligt min mening bör detsamma gälla i fråga om den nu aktuella lagen. Arbetstagaren måste sålunda med bindande verkan kunna avstå från uppsägningslön som avser förfluten tid. Likaväl som det står arbetstagaren fritt att överlämna sin lön till vem som helst ⁽¹⁰⁴⁾ måste han kunna avstå förfallen uppsägningslön till sin arbetsgivare.”¹⁰⁵

Uttalandet har följts i rättspraxis och det är således klart att en arbetstagare kan acceptera en uppsägning och därigenom efterge möjligheten att få prövat om uppsägningen stod i överensstämmelse med LAS.¹⁰⁶ Arbetstagaren kan då även medge att anställningen skall upphöra tidigare än som följer av lagens uppsägningsregler. En sådan eftergift kan lämnas när uppsägning eller avsked skett. Medgivandet kan vidare lämnas redan när frågan om uppsägning har aktualiserats av arbetsgivaren, dvs. när tvist uppstått om anställningens bestånd.¹⁰⁷ På samma sätt är det möjligt för arbetstagare att avstå från tillämpning av preskriptionsreglerna i 7 § 3 st. och 18 § 2 st. LAS.¹⁰⁸ Däremot kan arbetstagaren, enligt förarbetena, inte efterge krav på uppsägningslön som ännu inte förfallit till betalning. En sådan eftergift kan dock de facto komma till stånd genom att arbetstagaren godtar att anställningen upphör i förtid. Ett sådant avstående medför att arbetstagaren går miste om den lön som han annars skulle haft rätt till.¹⁰⁹

Annorlunda förhåller det sig enligt motiven beträffande rätten till företrädesrätt till återanställning enligt 25–27 §§ LAS. Avstående från företrädesrätt till återanställning anses kunna ske först sedan den aktualiserats, dvs. efter att uppsägning har skett och besked enligt 15 § LAS lämnats.¹¹⁰ Uttalandet tycks mig mindre väl förenligt med att överenskommer om anställningens upphörande accepteras.¹¹¹ En sådan överenskommelse kan innebära just att anställningsförhållandet avslutas

¹⁰⁴ AD 1939 nr 54 och 1947 nr 73.

¹⁰⁵ Prop. 1973:129 s. 193.

¹⁰⁶ Se t.ex. AD 1983 nr 74.

¹⁰⁷ Se t.ex. AD 1977 nr 126.

¹⁰⁸ AD 1986 nr 59.

¹⁰⁹ AD 1988 nr 66. Jfr Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 153.

¹¹⁰ Prop. 1981/82:71 s. 139. Se även remissyttrandet från ordföranden i AD angående LAS 1974 (prop. 1973:129 s. 334).

¹¹¹ Prop. 1973:129 s. 193 och Sigeman i Löntagarrätt s. 20.

för gott. Så torde bli fallet om överenskommelsen utmynnar i att arbetstagaren säger upp sig själv eller att han accepterar en uppsägning som uppges ha skett av personliga skäl. Om en uppgörelse om anställningens upphörande i ett konkret fall även innebär en eftergift av företrädesrätten är en tolkningsfråga.

Även i motiven till *studieledighetslagen*, *föräldraledighetslagen* samt *lagen om rätt till ledighet för föreningsuppdrag i skolan* framhålls att parterna i det enskilda anställningsavtalet kan disponera i strid med de tvingande reglerna sedan rättigheterna enligt lagen aktualiserats.¹¹² I förarbetena till 1979 års *jämställdhetslag* hänvisas beträffande denna fråga till motivuttalandet till LAS.¹¹³ Någon ändring härvidlag innebär inte 1991 års *jämställdhetslag*.¹¹⁴ Motiven till *lagen mot etnisk diskriminering* hänvisar i sin tur till jämställdhetslagens motiv.¹¹⁵

Att *semesterlagen* är tvingande framgår av dess 2 §. Frågan om från vilken tidpunkt arbetstagare kan disponera över rättigheter som tillkommer honom enligt lagen framgår inte av lagtexten. Inte heller har frågan – såvitt jag kunnat finna – berörts i motiven till nuvarande eller tidigare semesterlagar. AD intog i domen 1941 nr 7 ståndpunkten att rättigheter enligt semesterlagen inte var möjliga att efterge ens i samband med anställningens upphörande.

I målet var fråga om fyra anställda hade eftergivit sin rätt till betalning enligt kollektivavtal och semesterlagen genom att skriva på särskilda kvitton vari det angavs att de erhållit full arbetslön samt att den betalning de erhållit vid uppsägningen utgjorde slutlikvid. AD ansåg att även om de anställda genom kvittona avsett att frångå sig rätten att föra talan om ytterligare förmåner enligt kollektivavtalet eller semesterlagen var en sådan eftergift, jämlikt 3 § KAL (numera 27 § MBL) och 2 § semesterlagen inte bindande.

Avgörande för att AD intog denna ståndpunkt synes vara att den överensstämde med vad som gällde för kollektivavtalets tvingande verkan enligt 3 § KAL.¹¹⁶ I doktrinen har också antagits att eftergift var möjlig först under process.¹¹⁷

Likväl uttalade föredragande statsråd i förarbetena till LAS att en arbetstagare kan avstå från semesterlön eller semesterersättning som

¹¹² Prop. 1974:148 s. 91, prop. 1977/78:104 s. 43 och prop. 1978/79:159 s. 22.

¹¹³ Prop. 1978/79:175 s. 132 f.

¹¹⁴ Prop. 1990/91:113 s. 114.

¹¹⁵ Prop. 1993/94:101 s. 96.

¹¹⁶ Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 152. Jfr Källström, SvJT 1984 s. 982. Om kollektivavtalets tvingande verkan, se avsnitt 4.4.1.

¹¹⁷ Conradi, SvJT 1951 s. 357 f. och Grönfors i Festskrift till Nial s. 214.

förfallit till betalning utan hinder av att semesterlagen är tvingande.¹¹⁸ Uttalandet gav mot bakgrund av ställningstagandet i AD 1941 nr 7 inte en korrekt beskrivning av rättsläget vid denna tidpunkt.¹¹⁹ Sedermera har AD övergivit ståndpunkten från domen 1941 nr 7. I AD 1991 nr 90 förklarade domstolen att en arbetstagare enligt semesterlagen är tillförsäkrad vissa rättigheter inte hindrar att denne *efter anställningstidens utgång* med bindande verkan kan träffa en överenskommelse i vilken han avstår från sin rätt.¹²⁰ I målet var fråga om en överenskommelse som träffats efter anställningstidens utgång. Domen ger därför ingen ledning för frågan om eftergift kan ske tidigare än så. I doktrinen har dock, mot bakgrund av uttalandena i förarbetena till LAS, antagits att avstående kan ske redan när förfallotiden är inne.¹²¹

Numera torde man kunna utgå från att det är möjligt för arbetstagare att efterge sin rätt enligt tvingande lagar sedan rättigheten aktualiserats även beträffande de lagar där det varken framgår av lagtext eller förarbeten vid vilken tidpunkt som avtalsfrihet uppnås.¹²² Så är fallet med lagen om arbetstid m.m. i husligt arbetet och sjuklönelagen.

De fall som varit upp i AD har alla gällt uppgörelser vid anställningsförhållandets avveckling. Parterna i de enskilda anställningsavtalet har därvid givits frihet att, i den mån de kan komma överens, reglera formerna för avvecklingen, även om tvingande rättsregler därvid kommer att frångås.¹²³ Sådana uppgörelse innefattar vanligen inte bara tidpunkten för anställningens upphörande utan även en slutlig reglering av parternas ekonomiska mellanhavande. Att uppgörelser träffas en gång för alla kan ha stora fördelar för parterna som slipper de olägenheter i form av ekonomiska risker, tidsutdräkt och oro för utgången som följer med en eventuell process. Sådana uppgörelser är också vanliga och allmänt accepterade på arbetsmarknaden.¹²⁴ Det har sagts mig att uppgörelser av detta slag inte sällan medför att arbetstagare kan erhålla

¹¹⁸ Prop 1973:129 s. 193.

¹¹⁹ Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 153. Eklund framhåller att rättskällevärdet av uttalandet var lågt, eftersom det framfördes i ett lagstiftningsärende som inte behandlade semesterlagen. Se även Källström, SvJT 1984 s. 982 och t.ex. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 373.

¹²⁰ Se även AD 1993 nr 9.

¹²¹ Sigeman i Löntagarrätt s. 21 och Semesterrätt s. 47 f. Wikrén & Eriksson ifrågasätter dock om eftergift skulle vara möjlig före utgången av det semesterår då förmännen rätteligen skulle ha utgått (Semesterlagen s. 45).

¹²² I SOU 1980:42 (s. 147) betecknas regeln som en allmän princip. Motsvarande antas gälla beträffande den norska arbeidsmiljøloven (Friberg, Arbeidsmiljøloven s. 67.). För dansk rätt se Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 184 f. och nedan vid not 145.

¹²³ Jfr dock om 25–27 §§ LAS ovan vid not 111.

¹²⁴ AD 1988 nr 80.

bättre arbetsbetyg än de annars kunnat förvänta sig. Att uppgörelser vid anställningens upphörande accepteras även i den mån de innebär eftergifter av tvingande rättsregler torde i första hand bäras upp av tanken att underlätta uppgörelser utom process. Även uppfattningen att arbetstagaren inte är i behov av något ovillkorligt skydd när han nära nog har pengarna i handen kan spela in.¹²⁵ Det är värt att notera att samma tankegångar låg bakom utformningen av 1915 års lag om avbetalningsköp.¹²⁶

Det bör även påpekas att yttersta gränsen för när en rättighet enligt en tvingande lagregel senast kan åberopas självfallet sätts av reglerna om preskription och att preskriptionsfristerna i arbetsrättsliga lagar är mycket korta. Arbetstagarsidan kan genom att underlåta att påkalla förhandling eller väcka talan i tid förlora sin rätt.¹²⁷

3.5 Förutsättningarna i övrigt för eftergift av tvingande regler

Det är alltså normalt möjligt för den gynnade parten att efterge sin rätt sedan den aktualiserats. En frågeställning är om några särskilda krav ställs för att eftergifter av tvingande rätt skall vara bindande. Någon praxis från de allmänna domstolarna som belyser denna fråga synes inte föreligga.

Frågan berördes dock i förarbetena till lag (1981:739) om ersättning för inkassokostnader m.m. I lagen regleras en gäldenärs skyldighet att ersätta en borgenärs kostnader för indrivning av förfallen skuld. Avtalsvillkor som innebär att gäldenären skall betala ersättning utöver vad som följer av lagen är ogiltiga (6 §). Gäldenären kan dock sedan frågan om betalning av inkassokostnader har aktualiserats med bindande verkan avtala om längre gående ersättningsskyldighet. Enligt föredragande statsråd borde inte enbart den omständigheten att en gäldenär erlägger betalning, i enlighet med ett anspråk på kostnadsersättning som går utöver lagen, vara tillräckligt för att en sådan överenskommelse anses träffad. Lagrådet replikerade att betalning som erlägges utan protest i allmänhet torde få anses som ett godkännande av att betalningsskyldighet föreligger. En annan sak var, enligt lagrådet, att om en borgenär t.ex. utnyttjat gäldenärens okunnighet om gällande regler, den överenskommelse som kommit till stånd kan vara ogiltig eller eljest jämkas eller

¹²⁵ Sigeman i Löntagarrätt (1988) s. 16.

¹²⁶ Se ovan vid not 94.

¹²⁷ Se t.ex. AD 1995 nr 60.

lämnas utan avseende, främst med stöd av 36 § AvtL. Föredragande statsråd genmälde att någon överenskommelse enligt hans mening inte träffats i sådan situation, i vart fall om gäldenären är konsument och om det inte i samband med kravet klargörs att anspråket går utöver vad som medges i lagen.¹²⁸

Replikskiftet belyser två möjliga angreppssätt. Enligt föredragande statsråd bör särskilda krav ställas för att en eftergift överhuvudtaget skall anses vara för handen. Närmast torde han anse att frånvaro av rättsvillfarelse i vissa situationer skulle vara ett sådant krav. Lagrådet, å andra sidan, synes vara av uppfattningen att sådana frågor bör lösas genom tillämpning av ogiltighets- eller jämningsregler och att rättsvillfarelse är ett moment som vid eftergiften av tvingande lagregler bör beaktas vid tillämpningen av 36 § AvtL. Det bör här framhållas att gränsen är oskarp mellan vad som förs till, å ena sidan, ogiltighetsregler och, å andra sidan, rekvisit för att en bindande rättshandling skall föreligga. Hur gränsdragningen görs är måhända i första hand en terminologisk lämplighetsfråga men tycks påverka hur argumentations- och bevisbördan placeras.¹²⁹

Frågan kom upp i AD 1977 nr 126. Målet rörde en överenskommelse om att anställningen skulle upphöra och domstolen angav som en allmän utgångspunkt följande.

”Den anställningstrygghet som arbetstagaren är tillförsäkrad genom anställningsskyddslagen är grundad på att giltigheten av en uppsägning eller ett avskedande från arbetsgivarens sida kan underkastas rättslig prövning. Det är viktigt från rättssäkerhetssynpunkt att denna prövningsmöjlighet inte går förlorad för arbetstagaren på grund av misstag, förbiseende eller annan sådan orsak. Lagens regler om att arbetsgivarens uppsägning skall ha skriftlig form och att uppsägningen skall innehålla upplysning om vad arbetstagaren har att iaktta om han inte vill godta uppsägningen samt om varsel, underrättelse och överläggning inför en tilltänkt uppsägning utgör element i ett system för att skapa så stor rättstrygghet som möjligt i detta avseende. Det är en ofrånkomlig konsekvens av detta regelsystem att en restriktiv inställning måste iakttagas till påståenden som innebär att arbetstagaren i en uppsägningssituation skulle ha gjort utfästelser varigenom

¹²⁸ Prop. 1980/81:10 s. 106 f., 332 och 338. Jfr även prop. 1984/85:110 s. 156 (konsumenttjänstlagen) och prop. 1989/90:89 s. 66 (konsumentköplagen) där det uttalas att frågan om ett sådant avstående från konsumentens sida skall anses ha skett och i vad mån det är bindande för konsumenten får bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga regler, varvid konsumenten skyddas av bl.a. 36 § AvtL.

¹²⁹ Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 221. Arnholm, Privatrekt II s. 17 f. och Krüger, Norsk kontraktsrett s. 601 f. Jfr AD 1988 nr 66 nedan. Se även avsnitt 2.3.4.

arbetstagaren frånhänt sig rätten att få prövat av domstol huruvida uppsägningen står i överensstämmelse med lagens bestämmelser.”

Uttalandet tar direkt sikte endast på avtal om att godta en uppsägning, men torde vara möjligt att generalisera även till andra tvingande lagregler. Även för dessa torde det var viktigt ur rättssäkerhetssynpunkt¹³⁰ att de rättigheter som tillkommer den gynnade parten inte går förlorade på grund av misstag, förbiseende eller annan sådan orsak. Detta leder till att en restriktiv inställning bör iakttas till påståenden om att den gynnade parten eftergivit sin rätt enligt de tvingande reglerna. Även i förarbetena till 1979 års jämställdhetslag framhölls att man i rättstillämpningen måste vara restriktiv med att godkänna uppgörelser av detta slag, om lagen skall nå sitt syfte fullt ut.¹³¹

Hur skall då denna restriktiva syn ta sig uttryck? Frågan har behandlats av AD i en serie rättsfall där domstolen successivt sökt sig fram till lösning.

I AD 1977 nr 126 ställde domstolen, mot bakgrund av det ovan förda resonemanget, frågan om det *stått helt klart för arbetstagaren* att hon genom att underteckna ett protokoll förbundit sig att inte begära domstolsprövning av den kommande uppsägningen. AD fann det ganska naturligt eller vart fall inte på något sätt orimligt att arbetstagaren inte uppfattat att så var fallet. Någon bindande överenskommelse ansågs därför inte ha kommit till stånd. I målet synes avgörande vikt ha lagts vid arbetstagarens uppfattning om innebörden av vad som sagts under förhandlingen och lydelsen av det protokoll hon hade undertecknat. Vad arbetsgivaren haft för uppfattning eller borde ha förstått berörs inte. I domskälen nämns endast att arbetsgivarens uppgifter vid förhör inte utesluter att arbetstagaren uppfattat situationen på sätt hon påstått. Uttalandet görs närmast som ett led i bevisvärderingen. Domen skulle

¹³⁰ Med uttrycket torde AD åsyfta intresset av lagregelns genomslag i praktiken. Uttryckssättet ankyter till det som emellanåt benämns materiell rättssäkerhet. Detta begrepp brukas ställas i motsättning till formell rättssäkerhet, vilket refererar till intresset av förutsebarhet i rättstillämpningen. Terminologin är omdiskuterad. Se t.ex. Bruun & Wilhelmsson, SvJT 1983 s. 707., Jareborg, Straffrättsideologiska fragment s. 81 ff. samt Peczenik, Vad är rätt? s. 51 och 94.

¹³¹ Prop. 1978/79:175 s. 132 och SOU 1978:38 s. 168 f. I ett annat lagstiftningsärende har yttrats att en förutsättning för att en bindande eftergift skall föreligga är att den gjorts ”av fri vilja”. Det framhölls också att arbetsgivaren inte får begagna sig av arbetstagarens beroendeställning. (prop. 1974:148 s. 91, se även 1977/78:104 s. 43). Om därmed åsyftas något annat än att en eftergift inte får vara behäftad med någon av avtalslagens ogiltighetsgrunder är oklart. Se även prop. 1973:129 s. 193.

kunna uppfattas som ett stöd för att viljeprincipen bör upprätthållas vid eftergifter av tvingande lagregler.¹³²

Motsvarande fråga kom upp i det interimistiska beslutet AD 1983 nr 74. En arbetstagare hade vid en förhandling förelagts en handling vari angavs att han sades upp p.g.a. personliga förhållanden. Arbetstagaren skrev under att han tagit del handlingen och att han accepterade förhållandet till alla delar. AD yttrade att ordalydelsen av arbetstagarens skriftliga förklaring inte kunde förstås på annat sätt än att han godtagit att anställningen skulle upphöra. Utredningen gav heller inte stöd för att han avsett något annat med sin förklaring. I varje fall var omständigheterna, enligt AD, inte sådana arbetsgivaren bort inse att arbetstagaren haft någon annan avsikt. En bindande överenskommelse ansågs ha träffats. Beslutet utgår entydigt från tillitsprincipen och motsäger därmed att det avgörande för att en eftergift skall föreligga är arbetstagarens uppfattning.¹³³

Rättspraxis erhöll stadga först genom AD 1988 nr 66. I målet hade Anette sagts upp med en månads uppsägningstid. Hon hade godkänt uppsägningen ”såsom ömsesidig”. Frågan var om hon därigenom kunde anses ha eftergivit den rätt till fem månaders uppsägningstid som tillkom henne enligt LAS. AD formulerade följande regel.

”För att en sådan uppgörelse skall anses ha träffats krävs (...) att det klarläggs att arbetstagaren verkligen har avsett att därigenom avstå från sina rättigheter enligt lagen, eller i vart fall att omständigheterna är sådana att arbetsgivaren har haft fog för att anta att arbetstagaren hade en sådan avsikt.”

En första iakttagelse av denna formulering är att förutsättningen för en bindande eftergift inte är begränsad till att arbetstagaren förstår avtalets innehåll, utan han måste även förstå att han genom avtalet *avstår från rätt som tillkommer honom enligt tvingande lag*. Skillnaden kan tyckas

¹³² Arbetsgivarledamöterna var skiljaktiga. Dessa fann det visat att arbetstagaren ”verkligen accepterat” att anställningen skulle upphöra. Någon annan uppfattning i rättsfrågan synes de inte ha hyst.

I AD 1978 nr 40 diskuteras en omvandling av en tillsvidare anställning till en tidsbegränsad anställning. En sådan förändring kan inte genomföras ensidigt av arbetsgivaren, utan åtgärden kräver samtycke från arbetstagaren. I målet anförde domstolen att det i normfallet fordras att arbetsgivaren gör den anställda uppmärksam på innebörden av omvandlingen.

¹³³ I AD 1983 nr 74 framhöll domstolen att arbetstagarens accept – till skillnad mot i AD 1977 nr 126 – tillkommit *efter* att arbetstagaren sagts upp. Domstolen synes i AD 1983 nr 74 mena att särskilda krav för att en bindande eftergift skall ha kommit till stånd endast upprätthålls vid avtal som träffats efter att tvisten aktualiserats men före uppsägning. Så har AD inte i senare domar uppfattat rättsläget (se t.ex. AD 1991 nr 90).

subtil men belyses av bedömningen av målet. Genom att godkänna uppsägningen som ömsesidig kan Anette inte rimligen ha förstått annat än att hon godtog att anställningen skulle upphöra efter en månad. Däremot saknade hon, enligt vad AD fann utrett, kännedom om att LAS gav henne rätt till fem månaders uppsägningstid. Det är sannolikt att målet hade bedömts annorlunda om Anette istället för att kräva lön för fem månaders uppsägningstid hade yrkat att uppsägningen skulle ogiltigförklaras. Under dessa förhållanden hade sannolikt domstolen förklarat att Anettes skriftliga förklaring inte kan tolkas på annat vis än att hon godtagit att anställningen skulle upphöra och att hon därmed inte med stöd av LAS kunde kräva fortsatt anställning (jfr AD 1983 nr 74 strax ovan). Det är dock inte nödvändigt att arbetstagaren förstått att han efterger rätt enligt tvingande lag, utan det är tillräckligt att arbetsgivaren har fog för att anta att sådan insikt föreligger. Återigen är alltså bevis temat inte insikt om innehållet i avtalet, utan vad som genom avtalet efterges.

Vidare framgår att en bindande eftergift föreligger om det *klarläggs* att omständigheterna är sådana som nyss beskrivits. Innebörden av detta blir att arbetsgivaren får bevisbördan för att arbetstagaren inser att han avstår från sina rättigheter eller att omständigheterna är sådana att arbetsgivaren haft fog att uppfatta att arbetstagaren avsett att efterge rätten.

Det sagda leder till att en förutsättning för att en bindande eftergift skall föreligga är att arbetstagaren inte är i rättsvillfarelse om vilken rätt som tillkommer honom enligt den tvingande lagen, eller i vart fall att arbetsgivaren haft fog att anta att han inte svävade i sådan villfarelse.

Regeln upprepas i AD 1991 nr 90. Frågan var här om eftergift av rätt till semesterersättning och regeln framställs som tillämplig på eftergift av rätt enligt tvingande lag i allmänhet.

Målet rörde en biträdande jurist vid en advokatbyrå. Arbetsgivare och arbetstagare hade efter anställningstiden utgång träffat muntliga överenskommelser om slutavräkning av provisionsbaserad lön. Frågan var om dessa överenskommelser även omfattade arbetstagarens krav på semesterlön. AD fann att arbetstagaren inte avsett att avstå från någon rätt enligt semesterlagen, men att arbetsgivaren uppfattat situationen så att arbetstagaren inte hade några ytterligare krav av något slag. Enligt AD kan inte uttrycket lön entydigt uppfattas så att därmed inte avses semesterlön.¹³⁴ Frågan var då, enligt AD, om arbetsgivaren hade fog för sin uppfattning. AD fann att så var fallet. Avgörande för denna ståndpunkt var att arbetsgivaren frågat om arbetstagaren hade ytterligare krav. Arbetstagarens svar

¹³⁴ Se även AD 1993 nr 9 nedan.

hade givit arbetsgivaren fog att uppfatta att så var inte var fallet. Visserligen påstod arbetstagaren att han med sitt svar enbart avsåg krav på lön. Emellertid måste han ha förstått att arbetsgivaren avsett ersättning över huvudtaget. Något godtagbart skäl för arbetstagaren att inte lämna klart besked att han avsåg att förbehålla sig rätten att återkomma med krav på semesterersättning hade inte framkommit.

Man får förstå AD som att en bindande eftergift kom till stånd genom att arbetsgivaren haft fog att uppfatta uppgörelsen som att de avsåg parternas samtliga mellanhavande. Detta var dock inte tillräckligt. Därutöver krävdes att arbetstagaren förstod att han, enligt arbetsgivarens uppfattning av uppgörelsens innebörd, inte kunde återkomma med krav på semesterersättning. Arbetstagaren befann sig inte i någon rättsvillfarelse. Det kan här bara anmärkas att AD hade kunnat nå samma resultat med stöd av dolusregeln kombinerad med regeln från AD 1988 nr 66. Arbetstagaren måste ha insett att arbetsgivarens uppfattning var att uppgörelsen var slutlig och att han därmed inte kunde återkomma med krav på semesterersättning.¹³⁵

AD 1993 nr 9. Mellan en arbetsgivare och en arbetstagare träffades en skriftlig överenskommelse om att anställningen skulle upphöra påföljande dag och att bolaget skulle, dels betala ”lön” t.o.m. denna dag, dels utge ett vederlag om 150 000 kr. Därutöver angavs att arbetstagaren inte hade några ytterligare krav mot arbetsgivaren. Frågan i målet var om arbetstagaren därutöver hade rätt till semesterersättning.

AD fann, i likhet med i domen 1991 nr 90, att ordet lön inte har någon alldeles entydig innebörd. Uttrycket kan betyda den ordinarie lön som arbetstagare periodvis uppbär men kan även innefatta annan ekonomisk ersättning, såsom semesterersättning. Enligt AD förelåg ett visst försteg för arbetsgivarens uppfattning att med lön avsågs endast ordinarie lön.

Frågan för AD blev då om vederlaget om 150 000 kr kunde anses innefatta kompensation för semesterersättningen. AD:s uppfattning i denna del kan sammanfattas som att vad som förevarit vid förhandlingarna gav visst försteg för arbetstagsidans uppfattning att vederlaget inte innefattade kompensation för semesterersättningen. Detta sammantaget med att det inte av lydelsen klart gick att utläsa att arbetstagaren skulle sakna rätt till den inestående semesterersättningen medförde enligt AD att arbetstagsidan fick anses ha haft fog för sin uppfattning.

Därutöver tillfogade AD att av särskild betydelse för det slutliga ställningstagandet var att en ”tolkning av den träffade överenskommelsen i enlighet med arbetsgivaridans ståndpunkt skulle innebära att (arbetstagaren) hade eftergivit sin på lag och kollektivavtal grundade rätt till intjänad semesterersättning. *Detta skulle ha skett utan att frågan om rätten till så-*

¹³⁵ Se om dolusregeln avsnitt 2.4.

*dan ersättning över huvud taget nämnts mellan parterna och utan att överenskommelsen klart ger vid handen att en sådan eftergift från (arbetstagar-
ren) var åsyftad” (kurs. här).*

Domen synes ge ytterligare stöd för att eftergift av rätt enligt tvingande regler inte kan ske om inte arbetstagaren förstått att det var fråga om att efterge sådan, eller att arbetsgivaren haft fog att arbetstagaren haft sådan insikt. Efter att ha konstaterat att ordalydelsen gav visst försteg för att arbetsgivaren inte skulle betala mer än ordinarie lön till viss dag och ett vederlag om 150 000 kr ställer domstolen inte frågan om arbetsgivaren bort förstå vilken uppfattning arbetstagsidan hyste eller liknande. Istället frågar sig domstolen om semesterersättningen kunde ha ingått i beräkningen av vederlaget. Frågan relaterar inte till överenskommelsens innehåll (hur mycket pengar arbetstagaren skulle få), utan till om arbetstagsidan förstått att överenskommelsen kunde innebära att arbets- tagarens rätt till semesterersättning eftergavs respektive att arbetsgivar- sidan haft fog för uppfattningen att sådan insikt förelåg.¹³⁶

Det framgår således av AD:s senare praxis att domstolen uppställt en regel där arbetstagarens frånvaro av rättsvillfarelse, eller arbetsgivarens befogade intryck av att sådan villfarelse inte föreligger, utgör en förut- sättning för eftergift av tvingande regler.

I den allmänna avtalsrättsliga doktrinen behandlas rättsvillfarelse i samband med ogiltighetsläran. Det brukar ”anbefallas särskild försiktig- het med att fritaga part från bundenhet på grund av hans rättsvill- farelse”.¹³⁷ Det framhålls likväl att den från romersk rätt härstammande satsen att var och får stå följderna av sin egen rättsvillfarelse (*error juris semper nocet*) inte kan godtas som generell regel. Rättsvillfarelse torde i första hand medföra att en bindande rättshandling inte föreligger om motparten känt till villfarelsen eller framkallat densamma, exempelvis genom att ge intryck av att veta besked, och då närmast med stöd av 30 och 33 §§ AvtL.¹³⁸ Vid tillämpning av 36 § AvtL torde rättsvillfarelse åtminstone i konsumentförhållanden utgöra en omständighet bland andra som kan medföra att ett avtal anses oskäligt.¹³⁹ Enligt Lehrberg bör rättsvillfarelse, inom ramen för förutsättningsläran, behandlas

¹³⁶ Se även AD 1986 nr 59 där avgörande vikt lades vid att arbetstagaren inte varit medveten om en tvingande rättsregels existens.

¹³⁷ Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 274.

¹³⁸ Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 274 och Nørgaard i Aftaler og mellemænd s. 251.

¹³⁹ Jfr prop. 1975/76:81 s. 125 f. där det framhålls att 36 § AvtL bör ge ökade möjlig- heter att angripa ett avtal på grund av omständigheterna vid dess tillkomst, även om omständigheterna inte är sådana att 28–32 §§ AvtL är tillämpliga. Hänsyn bör även kunna tas till omständigheter som anknyter till den svagare partens sida, även om motparten inte medvetet har utnyttjat dem. Se även prop. 1980/81:10 s. 332 och 338.

strängt bara i de fall löftesgivaren uppmärksammat lagstiftningen och förstått att dess innehåll är osäkert. I de fall rättsvillfarelsen är oreflekterad bör den behandlas på i princip samma sätt som oreflekterad faktisk villfarelse. Det avgörande är om löftesgivaren varit culpös, låt vara att culpabedomningen är särpräglad. Rättsvillfarelse bör därvid, enligt Lehrberg, behandlas mer liberalt än oreflekterad faktisk villfarelse, eftersom det ofta ligger närmare till hands att tänka på faktiska omständigheter än rättsliga.¹⁴⁰

I den rättsregel som AD uppställde i domen 1988 nr 66 finns ingen antydning till prövning om rättsvillfarelsen varit culpös. Istället skjuts intresset av de tvingande reglernas genomslag i förgrunden. Regeln återknyter till uttalandet i AD 1977 nr 126 om att de rättigheter som tillkommer den gynnade parten inte skall gå förlorade på grund av misstag eller förbiseende.

Det är inte nödvändigt att arbetstagaren erhåller något i utbyte för sin eftergift, såsom avgångsvederlag eller längre uppsägningstid. Det avgörande enligt den uppställda regeln kan sägas vara att arbetstagaren vet vilka kort han har på hand.¹⁴¹ Hur arbetstagaren spelar dessa kort går primärt på hans egen risk. Eftergifter av tvingande rätt kan självfallet föranleda tillämpning av avtalsrättsliga ogiltighetsregler. Vid tillämpningen av dessa kan frånvaro av sådan motprestation från arbetsgivarens sida ha betydelse.¹⁴²

Avslutningsvis bör framhållas att den regel som utvecklades i AD 1988 nr 66 såvitt avser eftergift av rättigheter enligt LAS bara tillämpats på avtal som försämrar anställningsskyddet eller som rör anställningsförhållandets upphörande.¹⁴³ Om arbetstagaren accepterar en omplacering som ligger utanför ramen av anställningen är en sådan accept bindande även om arbetstagaren inte förstått att det krävdes saklig grund för att arbetsgivaren ensidigt skulle få tillgripa åtgärden.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Lehrberg, Förutsättningsläran s. 455 f. Se även sidorna 381–384, 389, 409, 433–435 och 442 med hänvisningar till litteratur och praxis.

¹⁴¹ I AD 1977 nr 126 tycks den omständigheten att det påstådda avtalet inte innehöll några för arbetstagaren fördelaktiga moment, ha talat mot att arbetstagaren förstod att överenskommelsen innebar en eftergift av tvingande rätt.

¹⁴² Jfr AD 1983 nr 74.

¹⁴³ AD 1978 nr 40 (ovan i not 132).

¹⁴⁴ Se vidare avsnitt 8.2.

3.6 Några avslutande synpunkter

I svensk rätt har utvecklats relativt distinkt utformade regler för möjligheterna att genom avtal avvika från tvingande materiella regler. Reglerna tycks också vara enhetliga för de olika tvingande lagarna.

I dansk rätt har motsvarande distinkta regler inte utvecklats. Istället arbetar man med en ufravigelighedsprincip.¹⁴⁵ Bedömningen av vid vilka tillfällen som avvikelse är tillåten skiljer sig något åt mellan olika lagar. Detta följer av att lagtexten har olika utformning och att lagarna uppbärs av delvis skiftande ändamål. Normalt görs en avvägning i det enskilda fallet mellan de allmänna intressen som talar för att upprätthålla respektive åsidosätta en viss överenskommelse. Vid avvägningen kan beaktas om arbetstagaren i ett konkret fall verkligen befunnit sig i en underlägsen ställning och vid vilken tidpunkt avtalet träffats. Vidare kan vägas in om avtalet varit till förmån för arbetstagaren, varvid eftergifter från tvingande rätt i viss mån kan kompenseras av fördelar i andra hänseenden. Som synes rör det sig i stort sett om samma argument som beaktats i svensk rätt. I Sverige har argumenten karaktär av ändamålsöverbärganden som legat till grund för regelbildningen medan argumenten i dansk rätt – och i anslutning till Sundbys och Eckhoffs terminologi – kan beskrivas som riktlinjer inom ramen för en avvägningsnorm.¹⁴⁶

De tvingande materiella reglerna på anställningsavtalets område har i första hand införts för att skydda arbetstagare mot oförmånliga avtalsvillkor och därigenom bidra till en rättvis fördelning. Som en följd härav tillåter reglerna att avtal träffas som är *till förmån* för arbetstagaren. Trots att ändamålet med de materiellt tvingande reglerna är att skydda arbetstagare mot sämre villkor tillåter rättsordningen att avtal med sådana villkor träffas sedan den skyddade rättigheten *har aktualiserats*. Denna möjlighet har motiverats dels av en önskan att underlätta uppgörelser utom process, dels av att skyddsbehovet inte är lika stort sedan den skyddade rättigheten har aktualiserats.

Man kan fråga sig om det senare argumentet verkligen har fog för sig. Förhåller det sig verkligen så att arbetsgivare och arbetstagare är jämbördiga t.ex. när anställningsförhållandet står inför sin upplösning?¹⁴⁷ Även i dessa fall besitter arbetsgivaren – om arbetstagaren inte biträds av fackföreningen – ofta överlägsen kunskap om regelsystemet och överblick om vilka handlingsalternativ som står till buds.

¹⁴⁵ Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 24 ff., Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 175 ff. och Nielsen, Lærebog i Arbejdsret s. 225 ff. För kritik av denna utformning se Bruun, Retfærd 15 s. 102 f.

¹⁴⁶ Eckhoff & Sundby, Rettsystemer s. 109 ff.

¹⁴⁷ Schmidt, TFR 1980 s. 260.

AD tycks inte ha tillmätt argumentet någon större vikt eftersom man funnit det nödvändigt att uppställa ett krav på *frånvaro av rättsvillfarelse* vid eftergifter av rättigheter som tillkommer ena parten enligt tvingande rätt. Detta krav har uppställts just för att skydda de positioner som etablerats genom tvingande regler från att gå förlorade av misstag, förbiseende eller liknande.

Det är värt att notera att domstolen inte primärt valt att anknyta skyddet till att arbetstagaren erhållit skälig compensation för att han avstått från en tvingande rättighet utan till vad som förevarit mellan parterna vid avtalstillfället. Att domstolen har föredragit denna typ av formella reglering för att främja genomslaget av de tvingande materiella reglerna är förståeligt. En reglering som gått ut på att pröva skäligheten av det utbyte arbetstagaren erhöll av avståendet torde ha fått innefatta en prövning av t.ex. om saklig grund för uppsägning förelåg. En sådan reglering hade sannolikt blivit mer svårhanterlig och hade snarast motverkat uppgörelser utom process. Likväl innebär kravet på frånvaro av rättsvillfarelse ett längre gående skydd för de positioner som de tvingande reglerna ger än det krav på tydlighet som upprätthålls vid tvingande eller överraskande avtalsklausuler.¹⁴⁸

Ändamålen med den tvingande materiella lagstiftningen är huvudsakligen densamma på arbetsrättens och konsumenträttens område. Reglerna om hur man avgör vad som är till nackdel för den skyddade parten respektive vid vilken tidpunkt avtalsfrihet uppkommer är desamma för båda rättsområdena. Däremot har någon motsvarighet till kravet på frånvaro av rättsvillfarelse inte utvecklats inom konsumenträtten.

¹⁴⁸ Se härom i kapitel 7.3 och 7.8.

4 Kollektivavtalets tvingande verkan

4.1 Inledning

På 1870-talet bildades de första fackföreningarna i Sverige.¹ Under stort motstånd kom därefter kollektivavtal att träffas för allt större delar av arbetsmarknaden. Först skedde detta i form av lokala avtal för ett eller flera företag på samma ort. Senare, när arbetsgivarsidan organiserat sig, började även riksavtal att träffas. År 1905 träffades det första verkstadsavtalet. Under denna period kom även kollektivavtalens innehåll att utvecklas. Från början innehöll dessa vanligen bara olika tariffer för vilken lön som skulle utgå. Sedermera kom avtalen ofta att innehålla mer fullständiga regleringar av förhållandet såväl mellan arbetsgivare och arbetstagare som mellan kollektivavtalsparterna.

Kollektivavtalet som regleringsform växte fram oberoende av lagstiftning och länge rådde en påtaglig osäkerhet hur denna företeelse skulle infogas i rättssystemet.² Det ansågs bl.a. osäkert om kollektivavtalet överhuvudtaget var bindande och om bundenheten i så fall omfattade de avtalsslutande organisationerna och/eller medlemmarna i dessa. Dessa frågor fick sin huvudsakliga lösning först 1928 genom lagen om kollektivavtal (KAL). De lösningar som kom till uttryck där har överförts till MBL utan några betydande ändringar. En annan omstridd fråga var vilken rättsverkan som kollektivavtalet skulle ha för

¹ Kortfattade framställningar som berör det följande finns i t.ex. Adlercreutz, Svensk arbetsrätt s. 16 ff. och Schmidt, Kollektiv arbetsrätt s. 13 ff. För mer fullständiga redogörelser se framförallt Adlercreutz, Kollektivavtalet och Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, främst kap. 5.

² Detta framgår med önskvärd tydlighet av Östen Undéns avhandling Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt (1912). Se i övrigt Adlercreutz, Kollektivavtalet, särskilt s. 407 ff. och Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi.

arbetstagare som stod utanför den kollektivavtalsslutande fackföreningen.

Kollektivavtal är inom sitt tillämpningsområde bindande såväl för de avtalsslutande organisationerna som för deras medlemmar (26 § MBL, tidigare 2 § KAL). Detta gäller även om medlemmen inträder i organisationen efter att kollektivavtalet träffats (om han inte vid inträdet redan var bunden av annat kollektivavtal). Utträder medlem ur organisation som slutit kollektivavtal så upphör han därmed inte att vara bunden av avtalet.³ Bundenhet kan även uppkomma genom att verksamhet övergår från en arbetsgivare till en ny arbetsgivare. Detta gäller dock inte om den nya arbetsgivaren redan är bunden av annat kollektivavtal (28 § MBL).⁴

Av 26 och 28 §§ MBL framgår således vilka subjekt som är *bundna* av kollektivavtalet. Att en arbetsgivare och en arbetstagare är bundna av kollektivavtalet innebär, såvitt är av intresse för denna framställning, att dessa vid domstol direkt kan åberopa kollektivavtalets innehåll och göra gällande de sanktioner som följer av kollektivavtalsbrott, främst allmänt skadestånd.⁵ Vidare framgår av 27 § MBL (tidigare 3 § KAL) att arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av samma kollektivavtal inte med giltig verkan kan träffa överenskommelser i strid med kollektivavtalet. Man talar om kollektivavtalets tvingande verkan och det är denna som skall behandlas i detta kapitel. Kollektivavtalets verkningar för arbetstagare och arbetsgivare som enligt 26 eller 28 §§ MBL inte är bundna av kollektivavtal behandlas i kapitel 5. För det senare fallet används här beteckningen kollektivavtalets utfyllande verkan. Termen normerande verkan används som en samlingsbeteckning för båda dessa former av rättsverkan.⁶

Reglerna om kollektivavtalets tvingande verkan bör ses mot bakgrund av att medlemmarna i de avtalsslutande organisationerna är bundna av kollektivavtalet (26 § MBL och 2 § KAL). Därav har ansetts följa en skyldighet även för medlemmarna att iaktta kollektivavtalets bestämmelser när enskilda anställningsavtal träffas. I förarbetena till KAL diskuterades, mot bakgrund av utländska erfarenheter och tidigare lagförslag,

³ Om den närmare innebörden härav se SOU 1975:1 s. 801 ff. och Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 291.

⁴ Se vidare Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 301 ff. samt prop. 1994/95:102 s. 57 f. och 84 ff.

⁵ Prop. 1928:39 s. 68 och Källström, Lokala kollektivavtal s. 88 f.

⁶ Terminologin är något vacklande. Emellanåt används termen kollektivavtalets normerande verkan som beteckning för rättsverkan enligt 27 § MBL (AD 1995 nr 130). Andra gånger används uttrycket för att beteckna kollektivavtalets återverkningar för utanförstående arbetstagare (AD 1978 nr 163, 1984 nr 79 och SOU 1975:1 s. 234).

vilken sanktion som skulle följa av att denna förpliktelse inte iakttogs. Att enbart låta sådana brott mot kollektivavtalet vara skadestånds-sanktionerade var inte aktuellt. Detta skulle stå i den bestämdaste strid med uppfattningen inom fackorganisationerna å ömse sidor. Valet stod mellan att anställningsavtal som stred mot kollektivavtalet skulle vara ogiltigt redan i sig eller att ogiltighet skulle inträda först efter domstols-utslag. Departementschefen anslöt sig till uppfattningen att anställnings-avtalet skulle vara ogiltigt i sig. Detta beskrevs som att kollektivavtalets bestämmelser automatiskt skulle ingå i det enskilda avtalet.⁷

Ändamålet med kollektivavtalets tvingande verkan synes primärt vara att *skydda kollektivavtalsparterna* mot att kollektivavtalet undergrävs av enskilda överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare.⁸ I förarbetena till KAL motiverades kollektivavtalets tvingande verkan med att kollektivavtalets förmåga att skapa enhetliga anställningsvillkor skulle stärkas av en sådan regel.⁹ AD har också betonat kollektiv-avtalsparternas intresse av ordning och reda i avtalsförhållandet och därmed organisationernas möjlighet till kontroll av kollektivavtalets efterlevnad.¹⁰ Man kan uttrycka saken så att organisationernas kontroll över att kollektivavtalet efterlevs utgör ett primärmål. Kontrollen skall i sin tur leda till att kollektivavtalets förmåner verkligen kommer medlemmarna till del. I svensk rätt antar man dock att kollektivavtalets tvingande verkan även har till uppgift att *skydda arbetstagare* mot att påtvingas sämre villkor än vad som följer av kollektivavtalet.¹¹ Man bör härvid vara uppmärksam på att organisationernas intressen i viss utsträckning kan stå i strid med enskilda medlemmars intressen.¹² Organisationens främsta intresse är att gynna medlemmarna. Den interna solidariteten och möjligheterna till en långsiktigt gynnsam utveckling för medlemsgruppen kan vara viktigare för organisationen än enskilda medlemmars intressen på kort sikt.

⁷ Prop. 1928:39 74 ff.

⁸ Se AD 1989 nr 112 där domstolen yttrar att 27 § MBL har tillkommit *främst* för att skydda kollektivavtalsparterna.

⁹ Prop. 1928:39 s. 76 och 81.

¹⁰ AD 1936 nr 69, 1944 nr 82 och 1956 nr 9. Se även AD 1987 nr 156.

¹¹ Se AD 1932 nr 68 där en enskild arbetstagare utan stöd av sin fackförening förde talan om rätt till lön enligt kollektivavtal. AD ogillade en invändning från arbetsgiversidan om att arbetstagare som avtalat med arbetsgivare om lägre lön än kollektivavtalet föreskrev, inte själv ägde föra talan om att få lön enligt kollektivavtalet. Se även Schmidt, SvJT 1958 s. 220 f. och Sigeman i NORD 1990:42 s. 356 som framhåller ändamålet att skydda arbetstagarna. Annorlunda i Danmark, se Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 218 och Källström & Sigeman, NORD 1990:93 s. 30 f.

¹² Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 209.

4.2 Verkan av avtal i strid med kollektivavtal

Av 27 § MBL följer att personliga avtal som avviker från kollektivavtalsbestämmelser är ogiltiga.¹³ Något uttalande om innebörden av denna ogiltighet gjordes inte i motiven till KAL. Innebörden har dock i flera avseenden klarlagts i rättspraxis.

AD har uttalat att den ogiltighet som följer av 27 § MBL är av typen nullitet.¹⁴ I tysk rätt skiljs beträffande ogiltighetens art mellan nullitet (Nichtigkeit) och angräplighet (Anfechtbarkeit).¹⁵ Denna uppdelning förekommer även i nordisk doktrin, men är inte lagfäst såsom i Tyskland.¹⁶ Det karaktäristiska för en ogiltighet av typen nullitet brukar sägas vara att den är självverkande i det att någon reaktion inte behövs för att göra ogiltigheten gällande, att ogiltigheten kan göras gällande även av utomstående, att den inte kan läkas genom ratihabition eller passivitet, att den skall beaktas ex officio och den verkar även mot kontrahent i god tro. Ogiltighet av typen angräplighet kännetecknas av att ogiltighetens inträde kräver någon form av reaktion, att den endast kan göras gällande av ena parten, att den kan läkas genom ratihabition eller passivitet av olika slag samt att den inte kan göras gällande mot part i god tro. Distinktionen har inte genomförts i nordisk rätt. Indelningen har tvärtom kritiserats för att den spänner över för mycket för att kunna läggas till grund för en systematik och i många allmänna avtalsrättsliga framställningar avstår man numera från att använda distinktionen.¹⁷ När uppdelningen används sker detta inte för att dra juridiska slutledningar från begreppen utan som ett sätt att i grova drag karaktärisera skillnader mellan olika arter av ogiltighet.¹⁸ Begreppen fungerar närmast som idealtypsdefinitioner. Som kommer att framgå i det följande bär den ogiltighet som följer av 27 § MBL flera av nullitetens karaktäristiska drag.

¹³ Nära nog likalydande lagbestämmelser finns i Norge (arbeidstvisteloven § 3 nr 3) och i Finland (6 § kollektivavtalslagen). Danmark saknar lagreglering i ämnet. Personliga avtal som strider mot kollektivavtal anses där, närmast på avtalsrättsliga grunder, vara ogiltiga i den meningen att de inte kan göras gällande vid domstol. Däremot är det osäkert i vilken utsträckning enskilda arbetstagare vid domstol kan påfordra att kollektivavtalets normer skall tillämpas (Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 215 ff., Illum, Den kollektive arbejdsret s. 147 och Ussing, Aftaler s. 230 ff.).

¹⁴ AD 1933 nr 122, 1956 nr 27 och 1989 nr 108.

¹⁵ BGB 140–144 §§.

¹⁶ Se framförallt Karlgrén i Festskrift till Ussing s. 247 ff. och även Adlercreutz i Festskrift till Agell s. 4 ff.

¹⁷ Se t.ex. Hov, Avtalerett s. 153 f., Krüger, Norsk kontraktsrett s. 601 f., Jørgensen, Kontraktret 1 s. 157 f., Nørgaard i Aftaler og mellemmand s. 169. Begreppen återfinns inte i sakregistret till Ramberg, Allmän avtalsrätt.

¹⁸ Karlgrén i Festskrift till Ussing s. 248 f. och Adlercreutz, Avtalsrätt 1 s. 222 f.

När det gäller frågan om ogiltigheten skall beaktas ex officio kan tillfogas att vid arbetstvister skall rättegångsbalkens bestämmelser om dispositiva tvistemål tillämpas i den mån annat inte föreskrivs i LRA (5 kap. 3 § LRA). Ett undantag från dispositionsprincipen i LRA återfinns i 5 kap. 1 § 2 st. Enligt bestämmelsen skall domstolarna i arbetstvister om det förekommer anledning att kollektivavtal, som slutits av andra än parterna i målet, har betydelse för tvisten bereda kollektivavtalsparterna möjlighet att yttra sig. Sådana yttranden skall beaktas av domstolen, även om de inte åberopas av parterna i målet.¹⁹ Något stöd för att otillåtna avvikelser skall beaktas ex officio i större utsträckning än som följer av denna bestämmelse föreligger inte.

En otillåten avvikelse i ett personligt avtal medför inte att anställningsförhållandet upphör utan endast att kollektivavtalets villkor träder istället för det personliga avtalets villkor. Det krävs inte någon reaktion i form av klandertalan eller liknande för att göra ogiltigheten gällande.

När det gäller de närmare rättsverkningarna av ogiltighet finns det anledning att skilja mellan sådana som avser framtiden och sådana som avser förfluten tid.²⁰ Såvitt avser *framtiden* har arbetsgivare och arbetstagare alltid möjlighet att åberopa kollektivavtalets bestämmelser istället för det personliga avtalets. Någon uppsägning av det personliga avtalet behövs inte.²¹ Inte heller har det någon betydelse om båda eller någon av parterna i det personliga avtalet var medvetna om att en avvikelse var otillåten.²²

Även beträffande *förfluten tid* är utgångspunkten att båda parter har möjlighet att i efterhand åberopa kollektivavtalet i stället för det personliga avtalet. En arbetstagare som till följd av ett personligt avtal erhållit lägre lön än kollektivavtalet föreskriver har rätt till det överskjutande beloppet. Principen har upprätthållits även i situationer där den kan medföra att arbetstagaren överkompenseras i förhållande till om kollektivavtalet följts.

AD 1939 nr 54. Ett handelsbolag hade träffat avtal med sina anställda om att dessa under viss tid skulle göra insatser i bolaget genom avdrag från lönen. Dessa belopp skulle bokföras på ett konto och de anställda skulle därefter erhålla ett andelsbevis för varje inbetalt hundratal kronor. AD fann att avtalen stred mot kollektivavtalet och förpliktade bolaget att till de an-

¹⁹ Bergqvist i Rättegången i arbetstvister s. 250.

²⁰ Bergström använder termerna enkel och retroaktiv ogiltighet (Kollektivavtalslagen s. 77 f.).

²¹ AD 1973 nr 23 och 1989 nr 112.

²² AD 1931 nr 113 och 1956 nr 27.

ställda utge de lönebelopp som redan satts in i bolaget samt att för framtiden utge lön enligt kollektivavtalet.

AD 1947 nr 73. En arbetsgivare hade träffat avtal med ett par servitriser om att servitriserna slapp utföra visst städningsarbete mot att de betalade en angiven del av sin lön till den som utförde arbetet. Servitriserna erhöll således full lön av arbetsgivaren, men hade i förhållande till honom åtagit sig att betala visst belopp till den som utförde städningen. AD bedömde detta som att arbetsgivaren i strid med kollektivavtalet innehållit viss del av lönen och förpliktade arbetsgivaren att utge beloppet.

Avgörandena bör ses som ett utslag av en strävan att säkra att avtalsenlig lön betalas ut till arbetstagarna och att motverka s.k. trucksystem, dvs. att arbetsgivaren istället för kontant avlöning betalade arbetstagarna med t.ex. varor eller anvisningar vilka användes som betalningsmedel i arbetsgivarens affär. För en sentida betraktare framstår likväl rättsföljden som väl stark. Åtminstone i AD 1939 nr 54 måste domen ha fått till följd att arbetsgivaren fick betala arbetstagarna två gånger.²³ Är det inte en tillräckligt stark sanktion att arbetstagarsidan kan erhålla allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrott och påfordra att kollektivavtalsbestämmelser tillämpas för framtiden? Möjligen kan ett förändrat synsätt skönjas i senare praxis.

AD 1992 nr 143. Ett bolag var bundet av ett hängavtal med Byggnadsarbetareförbundet. Bolaget hade i strid med avtalet dragit granskningsarvode från arbetstagarnas löner. Förbundet yrkade bl.a. förpliktande för bolaget att för förfluten tid utge ersättning för de belopp som motsvarade gjorda löneavdrag. Bolaget invände att ett sådant krav var oskäligt enligt 36 § AvtL och skulle jämkas. Som skäl härför angav bolaget att lönen satts med beaktande av att avdrag skulle göras. AD fann det inte visat att lönen bestämts med hänsyn till löneavdraget och bolagets invändning lämnades därför utan avseende. Bolaget invände vidare att arbetstagarna samtyckt till att lägre ersättning utgått. I målet ansågs arbetstagarna inte ha känt till att deras ersättning avvek från kollektivavtalets bestämmelser och jämkning kunde därför inte komma ifråga.

AD synes i målet hålla dörren på glänt för att vederlag enligt kollektivavtal för förfluten tid inte skall utgå om arbetstagaren antingen kompenenserats på annat sätt eller accepterat att hans ersättning avvek från kollektivavtalet. I målet prövades detta, till följd av hur arbetsgivaren utformat sin talan, utifrån 36 § AvtL.

²³ Arbetsgivaren lär visserligen i en sådan situation ha anspråk på restitution av de redan utgivna prestationerna. Detta anspråk kan dock normalt inte kvittas mot senare förfallen lön (se nedan vid not 26).

Även vid personliga avtal om otillåten överbetalning är arbetstagare som utgångspunkt skyldig att återbetala vad han uppburit för mycket. Från denna utgångspunkt finns vissa undantag. I AD 1938 nr 16 konstaterade domstolen att arbetsgivaren måste ha förstått att det personliga avtalet var ogiltigt, att något förbehåll om återbetalningsskyldighet inte gjorts från arbetsgivarens sida samt att arbetstagaren mottagit och förbrukat den utbetalda lönen i god tro. Vid dessa förhållanden ansågs inte skäligt att ålägga arbetstagaren återbetalningsskyldighet.²⁴ Bergström har, med instämmande av Schmidt, antagit att arbetsgivaren inte kan återkräva lön, om han själv tagit initiativet till överbetalningen.²⁵

Även om arbetsgivaren har ett återkrav på för mycket utbetald lön kan kvittning mot senare förfallen lön i normalfallet inte komma ifråga. För att kvittning skall tillåtas krävs arbetstagarens medgivande eller att arbetstagaren mottagit beloppet med full insikt om att ett misstag skett och underlåtit att underrätta arbetsgivaren om felaktigheten.²⁶

Den viktigaste begränsningen i möjligheten att för förfluten tid påkalla tillämpning av kollektivavtalet ligger i de regler om frister för förhandling och för väckande av talan om skadestånd och fullgörelse enligt kollektivavtal som ges i MBL 64–68 §§ MBL.²⁷ Av reglerna framgår att organisationer eller arbetsgivare som själva slutit kollektivavtal skall påkalla förhandling inom fyra månader efter att den som önskar framföra kravet fått kännedom om den omständigheten vartill yrkandet hänförs sig eller senast efter två år från det att omständigheten inträffat (64 §). Talan skall sedan väckas inom tre månader från att förhandlingarna avslutas (65 §). Dessa bestämmelser kan frångås genom kollektivavtal. De förekommande förhandlingsordningarna i kollektivavtal överensstämmer dock i hög utsträckning med 64–65 §§ MBL.²⁸ För enskilda medlemmar finns inget krav på att förhandlingar skall hållas och fristen för att väcka talan är något längre (66 §). Väcker part inte

²⁴ I AD 1930 nr 64 blev utgången densamma. I domskälen antecknades där endast att arbetsgivaren inte gjort förbehåll om återbetalning. Något krav på god tro hos arbetstagaren uppställdes inte. Se om frågan Bergström, Kollektivavtalslagen s. 78 ff., Geijer i Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte s. 222 f. och Schmidt, Kollektiv arbetsrätt s. 142 f. Någon senare praxis där yrkanden framställts om återbetalning av för hög lön som utbetalats p.g.a. personliga avtal synes inte föreligga. Om återkrav av lön som utbetalats av misstag se AD 1975 nr 58, 1983 nr 163 och 1989 nr 55–59. Jfr AD 1988 nr 177.

²⁵ Se föregående not.

²⁶ 2 § och 3 § 1 st. kvittningslagen, prop. 1970:94 s. 43 och AD 1975 nr 58. Se även Sigeman, Lönefordran. s. 355 ff.

²⁷ Utförligare i t.ex. Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 502 ff.

²⁸ Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 59 f.

talans inom föreskriven tid, förlorar han rätten att kräva fullgörelse eller skadestånd (68 §). Lön som bortfallit p.g.a. preskription kan inte dömas ut såsom allmänt skadestånd. Däremot har domstolen i vissa fall vid bedömningen av det allmänna skadeståndets storlek i någon mån tagit hänsyn till att arbetsgivaren gjort sig skyldig till kollektivavtalsbrott även under tid för vilken preskription inträtt.²⁹

En annan begränsning följer av att en arbetstagare som organiserar sig efter att han anställts inte kan kräva förmåner enligt kollektivavtalet för tiden innan arbetsgivaren fick kännedom om medlemskapet.³⁰ I AD 1976 nr 33 ansågs arbetsgivaren skyldig att tillämpa kollektivavtalet i stället för personliga avtal med anställda, som var organiserade redan när de anställdes, oavsett om arbetsgivaren kände till att dessa var organiserade. Den handlingsnorm som framgår av rättsfallen är att arbetsgivare är skyldig att undersöka om nyanställda är organiserade eller inte. Däremot föreligger ingen skyldighet för arbetsgivaren att fortlöpande kontrollera om en arbetstagare under anställningstiden ansluter sig till fackföreningen.³¹

En ytterligare begränsning i möjligheten att för förfluten tid göra gällande kollektivavtalets regler sammanhänger med att kollektivavtalsparternas ursprungliga och gemensamma uppfattning har företrädare framför avtalets lydelse vid bestämmande av avtalets innehåll. Enligt domstolen kan enskilda arbetsgivare inte skäligen åläggas förpliktelser i enlighet med kollektivavtalsparternas gemensamma uppfattning, om denna står i strid med avtalets lydelse, förrän arbetsgivaren underrättats om bestämmelsens rätta innebörd. Mot bakgrund härav ogillades i AD 1944 nr 4 en grupp arbetstagares krav på viss högre lön för tiden innan arbetsgivaren fått kännedom om kollektivavtalsparternas uppfattning.³² Motsvarande fråga för arbetstagares prestationsskyldighet löses enligt reglerna om tolkningsföreträdare.³³ Däremot kan inte medlemmar – vare sig arbetsgivare eller arbetstagare – grunda rättigheter på ett avtals lydelse om kollektivavtalsparterna gemensamt avsett något annat. Det synes i denna situation sakna betydelse om medlemmen var i god tro om kollektivavtalsparternas avsikt.³⁴

²⁹ AD 1956 nr 30 och 1957 nr 29.

³⁰ AD 1932 nr 176, 1934 nr 6 och 1938 nr 66.

³¹ Se även AD 1941 nr 135.

³² Jfr AD 1955 nr 36 och Källström, Lokala kollektivavtal s. 99.

³³ Se om dessa t.ex. Victorin i Facklig arbetsrätt s. 172 ff. och nedan avsnitt 8.1.4.

³⁴ I AD 1987 nr 145 uttalas att det ligger i kollektivavtalets natur att den enskilda medlemmen inte kan på kollektivavtalet grunda någon längre gående rätt än den som de kollektivavtalsslutande parterna gemensamt åsyftat att tillägga medlemmen.

4.3 Hur avgörs om en kollektivavtalsbestämmelse är tvingande eller dispositiv?

4.3.1 Inledning

I 27 § MBL återfinns, till skillnad från i t.ex. LAS och semesterlagen, inte några materiella regler.³⁵ De normer som genom 27 § MBL görs tvingande framgår inte av lagen utan av kollektivavtal. Kollektivavtalet har därför beskrivits som en norm av ett slag som kan jämföras med lag.³⁶

I 27 § MBL anges att ogiltigheten drabbar avtal som *strider mot kollektivavtalet*. Regeln behöver inte hindra överenskommelser om t.ex. högre lön än som anges i kollektivavtalet. En kollektivavtalsbestämmelse kan tillåta avvikelser från sitt materiella innehåll. Om kollektivavtalet tillåter en viss avvikelse så strider det personliga avtalet inte mot kollektivavtalet.

Detta framgick tydligare av 3 § KAL där det angavs att överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare inte var gällande *i vidare mån än avvikelsen kunde anses tillåten enligt kollektivavtalet*. Vid införandet av MBL ansågs detta sätt att uppfatta kollektivavtalets tvingande verkan så inarbetat att det inte ansågs nödvändigt att behålla den språkligt ganska komplicerade utformning som 3 § KAL hade.³⁷

Det ligger alltså vid avtalstillfället i kollektivavtalsparternas hand att avgöra om en viss kollektivavtalsbestämmelse är tvingande eller dispositiv. Frågan om ett personligt avtal står i strid med ett kollektivavtal är därför i varje enskilt fall beroende av tolkning av kollektivavtalet, varvid sedvanliga tolkningsmetoder är tillämpliga. Avgörande är i första hand kollektivavtalsparternas gemensamma uppfattning. Om en sådan kan styrkas får denna genomslag även i strid med avtalets ordalydelse. Måhända kan vissa begränsningar i denna huvudregel föreligga p.g.a. kravet på skriftlig form för upprättande av kollektivavtal (23 § MBL). Vid sidan av den gemensamma partsuppfattningen läggs stor vikt vid avtalets lydelse. I de fall någon gemensam partsuppfattning inte går att styrka och avtalets lydelse inte heller ger besked, använder sig AD av ett flertal dissensmodeller och andra tolkningsregler för att fastställa avtals-

³⁵ En grundlig genomgång av äldre praxis som berör de frågor vilka behandlas i avsnitt 4.3 återfinns i Geijer & Schmidt, Arbetsgivare och fackföreningsledare kap. 3.

³⁶ Se t.ex. Fahlbeck i Arbetsrätten i utveckling s. 136.

³⁷ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 375.

innehållet. Därutöver beaktas praxis hos avtalsparterna samt i någon mån även medlemmarnas praxis. I sista hand bestäms avtalsinnehållet av ett allmänt övervägande av vad som utifrån sett verkar vara en bestämmelses ändamål och vilka praktiska följder olika tolkningsalternativ får.³⁸

Beträffande frågan om en kollektivavtalsbestämmelse är tvingande eller dispositiv sägs i motiven till KAL att ledning vid tolkningen bör kunna erhållas av "sakens natur och förutvarande praxis".³⁹ Måhända kan hänvisningen till sakens natur ha givit domstolen större frihet att ta hänsyn till ändamålen med en viss regel, såsom de framstår för en utomstående, än som är möjligt i andra tolkningsfall. I vart fall har AD i flera mål tagit hänsyn till ändamålet med en kollektivavtalsbestämmelse, utan att detta ändamål till synes har kunnat återföras till kollektivavtalsparterna. Tydligast framgår detta kanske i AD 1971 nr 10. Domstolen framhåller där att vissa regler i byggnadsavtalet fungerar "såsom skyddsregler för den svagare parten i ett anställningsförhållande, och i sådana lägen torde det inte vara förenligt med avtalet att tillåta avvikelser därför genom enskilda överenskommelser".⁴⁰

4.3.2 Underbetalning

Även om svaret på frågan om avvikelse från ett kollektivavtal skall sökas genom en individuell prövning av varje avtal och avtalsbestämmelse kan i AD:s praxis urskiljas ett par indubio- eller schablontolkningar för de fall konkreta tolkningsdata inte ger tillräckligt stöd i ena eller andra riktningen.

Det är således klart att *underbetalning* in dubio inte är tillåtet enligt kollektivavtal. Redan i domen 1931 nr 32 framhöll AD följande.

"Då en arbetstagarorganisation framför krav om kollektivavtal för viss arbetsplats, är syftet att till medlemmarnas fördel åstadkomma en enhetlig reglering av arbetsförhållandena på det kollektiva avtalets grund. För att i och med kollektivavtalets ikraftträdande detta syfte skall nås, fordras att anställningskontrakten ändras i överensstämmelse med det kollektiva avtalets villkor. Man torde också böra antaga att, i regel och såvitt annat ej överenskommit, kollektivavtalet slutes under en sådan förutsättning åtminsto-

³⁸ Se om kollektivavtalstolkning Eklund i Facklig arbetsrätt s. 153 ff. och Vad säger kollektivavtalet?, Arbetsrättsliga uppsatser 5 i Lag & Avtals skriftserie.

³⁹ Prop 1928:39 s. 81 f.

⁴⁰ Se även AD 1935 nr 34 och 1965 nr 12 samt Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 248 och 277.

ne då det innehåller för arbetaren förmånligare villkor än det personliga avtalet.”⁴¹

Avtal om underbetalning är in dubio otillåten, även om det personliga avtalet träffats p.g.a. att arbetstagaren av en eller annan anledning varit oförmögen att utföra fullgod arbetsprestation.⁴² På samma sätt har avvikelse från andra villkor än lön vilka avser att ge skydd åt enskilda arbetstagare ansetts otillåtna.

AD 1965 nr 16. Enligt ett kollektivavtal för maskinbefäl ”gällde en uppsägningstid av 30 dagar för lämnande av tjänsten i svensk hamn”. Frågan var om ett personligt avtal som innebar att tjänsten kunde upphöra i utländsk hamn utgjorde en otillåten avvikelse från kollektivavtalet. AD ansåg det ligga nära till hands att regeln var avsedd att skydda arbetstagare mot att tvingas lämna fartyget i utländsk hamn. Om detta syfte skulle uppnås borde den, enligt AD, uppenbarligen inte sättas ur spel genom överenskommelser i samband med att anställningsavtalet träffades.⁴³

4.3.3 Metoder för lönens beräkning m.m.

AD har vidare antagit att det in dubio innebär en otillåten avvikelse från kollektivavtalet att använda andra *metoder för lönens beräkning* än den som avtalet föreskriver. Och detta även om resultatet i form av utbetalad lön inte blir lägre. Skälet härför är att beräkning enligt andra metoder äventyrar ordning och reda i avtalsförhållandet och därigenom försvårar organisationernas kontroll över kollektivavtalets efterlevnad. I AD 1988 nr 123 ansågs det därför utgöra en otillåten avvikelse från kollektivavtalet att till en servitör betala fast lön istället för provisionsbaserad lön, och detta oavsett om arbetstagaren gjorde en inkomstförlust.⁴⁴

I avsnitt 3.3 behandlades avvikelser från tvingande materiella rättsregler. Det avgörande för om ett personligt avtal skall strida mot en sådan regel är om avtalet på någon punkt ger ett sämre resultat än lagregeln. Däremot uppställs inte något krav på att t.ex. en förmån skall beräknas på samma sätt som i lagen. Således medför avvikelser från semesterlagens metod för

⁴¹ Se t.ex. AD 1932 nr 19 samt Göransson i Löntagarrätt s. 305 och Schmidt, Tjänsteavtalet s. 305 f. Principen upprätthålls även i övriga Norden, se t.ex. Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 209 ff., Jacobsen, Kollektiv arbejdsret s. 38, Evju i NORD 1990:42 s. 252 och Sarkko, Arbetsrätt s. 188.

⁴² Se t.ex. AD 1934 nr 177, 1939 nr 47 och 1946 nr 33 samt Göransson i Löntagarrätt s. 305. Se även AD 1984 nr 76.

⁴³ Se även beträffande samma kollektivavtalsbestämmelse AD 1934 nr 19. Samma typ av argumentation återkommer i AD 1971 nr 10.

⁴⁴ Se även AD 1936 nr 69, 1944 nr 82, 1956 nr 9 och Schmidt, Tjänsteavtalet s. 307.

beräkning av semesterlön inte i sig att ett personligt avtal är ogiltig, utan endast att det ställs stränga krav på bevisningen om att sådant avtal träffats och att avtalet inte medför att arbetstagaren erhåller mindre förmåner.⁴⁵ Skillnaden i behandling av avvikelser från de ensidigt tvingande lagreglerna respektive kollektivavtal får förstås mot bakgrund av att 27 § MBL främst är avsedd att skydda kollektivavtalsparterna. Det kan i detta sammanhang noteras att principen från kollektivavtalets tvingande verkan har tillämpats även när semesterlagen genom hänvisning i kollektivavtalet gjorts till kollektivavtalsinnehåll.⁴⁶

Det har vidare inte ansetts tillåtet att, utan stöd i kollektivavtalet, byta ut en kollektivavtalsgrundad förmån mot annan förmån, t.ex. övertidsersättning mot extra ledighet. Och detta även om utbytet tillkommit på arbetstagarens begäran.⁴⁷ Kontrollaspekten utgör inte det enda skälet för att anse personliga avtal om utbyte av förmåner som stridande mot kollektivavtalet. Det har också framhållits att arbetstagaren kan sakna någon verklig möjlighet att avslå ett anbud om byte samt att han kan ha svårigheter att överblicka de ekonomiska konsekvenserna av ett utbyte.⁴⁸

4.3.4 Överbetalning

I Norge anses överbetalning in dubio strida mot kollektivavtal. I Finland och Danmark gäller det motsatta. Huvudregeln är att överbetalning inte strider mot kollektivavtalet.⁴⁹ I Sverige har någon indubio-tolkning för frågan inte uppställts.⁵⁰

I motiven till KAL framhölls att frågan får lösas från fall till fall.⁵¹ Uttalandena kan uppfattas som att departementschefen förordade att någon indubio-tolkning inte borde uppställas. Uttalandena föranleddes emellertid av att ett flertal remissinstanser uppfattat de sakkunnigas förslag som att några avvikelser från kollektivavtalet överhuvudtaget

⁴⁵ Se särskilt AD 1958 nr 3.

⁴⁶ AD 1940 nr 79, 1940 nr 101 och 1956 nr 9.

⁴⁷ Se t.ex. AD 1935 nr 34 (semesterersättning istället för ledighet), 1935 nr 153 (inackordering istället för kontant lön) samt 1957 nr 3, 29 och 31 (ledighet istället för övertidsersättning). Se även Schmidt, SvJT 1958 s. 221.

⁴⁸ Sigeman, Lönefordran s. 354.

⁴⁹ Andersen, Fra arbejdslivets rett s. 39 f., Evju i NORD 1990:42 s. 252, Jacobsen, Kollektiv arbejdsret s. 527, Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 211 f., Sarkko, Arbetsrätt s. 271 f. och Suviranta i NORD 1990:42 s. 117.

⁵⁰ För äldre praxis se framförallt AD 1930 nr 64, 1933 nr 185 och 1938 nr 16. Frågeställningen har diskuterats av Geijer i Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte s. 215 ff., Schmidt, Tjänsteavtalet s. 308 ff. och Victorin, Lönenormering genom kollektivavtal s. 230 ff. Se även Göransson i Löntagarrätt s. 307.

⁵¹ Prop. 1928:39 s. 81 f.

inte var tillåtna. Uttalandena utgör ett förtydligande av att kollektivavtalsparterna har möjlighet att (i kollektivavtalets form) avgöra i vilken utsträckning avvikelse är tillåten. Något hinder mot att uppställa en indubio-tolkning utgör uttalandena därmed inte.⁵² Däremot kan lagstiftarens underlåtenhet att ta ställning till en eventuell indubio-tolkning ha givit AD anledning att iaktta försiktighet i denna fråga.

En sådan försiktighet är befogad mot bakgrund av att synen på kollektivavtalets ändamål skiftar. Enligt en äldre uppfattning betraktades kollektivavtal som tillkomna enbart för att tillgodose arbetstagarnas behov av skydd. En naturlig följd av denna uppfattning var att något hinder mot överbetalning inte förelåg. Senare kom kollektivavtalet att accepteras som något normalt av arbetsgivarna. Dessa kom då att uppfatta kollektivavtalet som ett medel att hindra konkurrens mellan arbetsgivare. En konsekvens av denna uppfattning är att varken över- eller underbetalning borde vara tillåten.⁵³ Under de senaste decennierna har dock utvecklingen gått i riktning mot en decentralisering av lönebildningen med ett ökat inslag av individuell lönesättning. I denna fråga har arbetsgiversidan varit pådrivande.

Traditionellt har frågan om överbetalning är tillåten diskuterats i anslutning till skillnaden mellan minimilöneavtal respektive normallöneavtal. Den huvudsakliga skillnaden mellan dessa typer av avtal avser dock inte frågan om tillåtligheten av överbetalning utan rör förpliktelserna mellan de avtalsslutande organisationerna.⁵⁴ Kortfattat kan skillnaden sägas innebära att arbetsgivaren vid minimilöneavtal är skyldig i förhållande till sin kollektivavtalsmotpart att vid den personliga lönesättningen utge löner utöver de nivåer som anges i avtalet. Avtal mellan arbetstagare och arbetsgivare om högre lön än som anges i kollektivavtal utgör vid minimilöneavtal ingen otillåten avvikelse. Det bör dock framhållas att det även i avtal som karaktäriserats som minimilöneavtal förekommer enskilda bestämmelser vilka inte tillåter någon som helst avvikelse. Vid normallöneavtal är utgångspunkten att arbetsgivaren i förhållande till fackföreningen är oförhindrad att verka för att lönerna inte överstiger de nivåer som anges i kollektivavtalet. Vissa normallöneavtal föreskriver att varje avvikelse från kollektivavtalet är otillåten, med mindre särskilt angivits. Enligt andra normallöneavtal är överbetalning

⁵² Samma uppfattning hos Victorin, Lönenormering genom kollektivavtal s. 233.

⁵³ Geijer i Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte s. 216 ff. och Andersen, Fra arbeidslivets ret s. 38 f. Se även arbetsgiversidans argumentation i AD 1992 nr 141 (s. 835 och 840).

⁵⁴ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 308 ff., Victorin, Lönenormering genom kollektivavtal s. 230 ff. samt Sigeman, SvJT 1974 s. 791.

tillåten.⁵⁵ Normallöneavtal vilka tillåter överbetalning enbart i de fall detta särskilt anges i avtalet brukar benämnas starkt normerande.⁵⁶

Uppdelning mellan minimilöne- respektive normallöneavtal utgör en modell för att beskriva huvuddragen i på arbetsmarknaden förekommande typer av kollektivavtal. Uppdelningen har begränsat värde för den fråga som är aktuell här, nämligen hur man avgör om ett personligt avtal står i strid med en viss kollektivavtalsbestämmelse. Uppdelningen ger ingen ledning om parterna tvistar om vilken karaktär ett kollektivavtal skall anses ha.⁵⁷ Och även om parterna är ense om att ett avtal som helhet skall betraktas antingen som ett minimilöneavtal eller som ett normallöneavtal så kan man därav inte dra någon säker slutsats om en viss bestämmelse tillåter avvikelse eller inte.

I AD 1995 nr 130 uttalar domstolen att det inte föreligger någon generell kollektivavtalsrättslig princip enligt vilken varje ersättningsbestämmelse i ett kollektivavtal tillåter avvikelser, även om parterna är ense om att själva lönebestämmelserna är av minimilönekaraktär. Av AD 1989 nr 108 framgår att även hårt normerande kollektivavtal kan lämna utrymme för personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare i olika frågor.

Någon slutsats kan alltså inte dras av hur avtalet som helhet kategoriserats utan avgörande är istället hur den omtvistade bestämmelsen skall tolkas. Härvid är sedvanliga tolkningsprinciper tillämpliga. Två domar från senare år visar hur bedömningen kan gå till. I AD 1989 nr 108 ledde en närmast systematisk tolkning till att överbetalningen ansågs otillåten.

Fråga var om en överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare om högre resekostnadsbidrag än som följde av en tabell i byggnadsavtalet var tillåten enligt kollektivavtalet. I byggnadsavtalet fanns dels en bestämmelse som angav att personliga avtal vilka stred mot byggnadsavtalet var ogiltiga, dels vissa bestämmelser som uttryckligen gav utrymme för avvikelse genom personliga avtal. Sett mot bakgrund bl.a. härav fann domstolen det naturligt att anta att bestämmelser som inte i sig gav uttryck för en möjlighet till avvikelser inte heller var avsedda att lämna utrymme för sådana avvikelser. Det måste därför, enligt domstolen, fordras särskilt stöd för att tolka sådana bestämmelser så att möjlighet till avvikelse likväl föreligger. Efter att ha analyserat bl.a. den aktuella bestämmelsens lydelse och vad

⁵⁵ AD 1989 nr 112.

⁵⁶ Se. t.ex. AD 1992 nr 141. I AD 1995 nr 130 används uttrycket hårt normallöneavtal (inom citationstecken).

⁵⁷ Jfr Schmidt, Tjänsteavtalet s. 310.

som förevarit vid dess tillkomst kom domstolen fram till att sådant stöd inte förelåg.⁵⁸

Mot bakgrund av AD 1989 nr 108 kan möjligen anföras att överbetalning in dubio är otillåten om kollektivavtalet innehåller en allmän bestämmelse som – i likhet med 27 § MBL – anger att personliga avtal som strider mot kollektivavtalet är ogiltiga.⁵⁹ I vart fall torde detta gälla om kollektivavtalet därutöver anger att överenskommelser är tillåtna i specifika frågor.

I AD 1995 nr 130 kom domstolen till samma resultat under hänvisning till att ordalydelsen i den omtvistade bestämmelsen inte tillät avvikelse och med beaktande av att bestämmelsen var hämtad från ett annat kollektivavtal, där den var tvingande.⁶⁰

4.3.5 Avvikelse från dolda klausuler

AD har, utan hinder av formkravet i 23 § MBL, tillskrivit kollektivavtalet s.k. dolda klausuler eller tysta utfyllnadsregler.⁶¹ Med dolda klausuler förstås normer som anses tillhöra kollektivavtalets innehåll utan att de framgår av avtalets lydelse. Dolda klausuler är, enligt tankemodellen, kollektivavtalsbestämmelser som är skrivna med osynligt bläck.

Begreppet dolda klausuler har ett vidare innehåll än det allmänna avtalsrättsliga begreppet utfyllning.⁶² Även normer som enligt kollektivavtalsparternas gemensamma uppfattning är avtalsinnehåll utgör en dold klausul om uppfattningen inte har manifesterats i skriftlig form. En sådan gränsdragning kan vara befogad mot bakgrund av att kollektivavtal utgör ett formbundet avtal. Det sagda skall dock inte fördunkla att de dolda klausuler som vanligen diskuteras anses gälla för alla kollektivavtal och att klausulerna tillförs kollektivavtal helt utan stöd i individuella tolkningsdata. På rättsfaktumsidan är det därför rimligt att tala om (tysta) utfyllnadsregler.

⁵⁸ Se även AD 1989 nr 112.

⁵⁹ Jfr AD 1944 nr 54 och 1956 nr 27 där motsvarande bestämmelse återfanns i kollektivavtalen. Se även AD 1995 nr 130 där avsaknaden av en sådan allmän bestämmelse inte fick motsatt effekt.

⁶⁰ Det senare argumentet utgör ett traditionell grepp vid kollektivavtalstolkning (se t.ex. Vad säger kollektivavtalet s. 5).

⁶¹ Båda uttryckssätten förekommer. Dolda klausuler (invisible clausul) används t.ex. av Suviranta (Scandinavian Studies in Law 1965 s. 182) och Göransson (Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 248) medan Sigeman använder uttrycket tysta utfyllnadsregler (Arbetsrätten s. 57).

⁶² Ovan avsnitt 2.2.

I rättsföljdshänseende är det kännetecknade för dolda klausuler att dessa ger upphov till rättsverkningar som enligt de aktuella lagreglernas betydelseområde (lydelse) endast tillkommer (uttryckliga) kollektivavtalsbestämmelser. Genom att dolda klausuler intolkas i avtalet blir kollektivavtalets särskilda rättsverkningar tillämpliga. Tankemodellen med dolda klausuler innebär i realiteten en analogisk tillämpning av hela paketet av kollektivavtalets rättsföljder.⁶³

Tekniken har stora likheter med den som används vid fastighetsköp när skadestånd utdöms för att fastigheten saknat s.k. kärnegenskap. För att skadestånd skall utgå vid fel i fastighet krävs enligt 4 kap. 19 § JB att fastigheten avvek från vad säljaren får anses ha utfäst. I fall då fastigheten är behäftad med en mycket allvarlig och fundamental brist har det ansetts att fastigheten saknade en kärnegenskap som måste anses utfäst, utan att säljaren ens behöver ha antytt att fastigheten hade denna egenskap.⁶⁴

Att dolda klausuler inläses i kollektivavtalet har betydelse framförallt för fredsplikten. En stridsåtgärd som syftar till kollektivavtalsreglering av en fråga som omfattas av en dold klausul är olovlig. Stridsåtgärden anses ha till ändamål att åstadkomma ändring i avtalet (41 § 1 st. 2 p. MBL). Det är också i förhållande till fredsplikten som de tysta utfyllande reglerna främst diskuterats.⁶⁵ Brott mot dolda klausuler anses också utgöra kollektivavtalsbrott, varvid 54–55 §§ MBL blir tillämpliga och då främst skyldigheten att utge allmänt skadestånd. Därutöver var frågan före införandet av LRA avgörande för AD:s behörighet.⁶⁶

Normer som utgör dolda klausuler ger innehåll åt anställningsförhållandet på samma sätt som uttryckliga kollektivavtalsregler. Den fråga som här skall uppmärksammas är hur man avgör om en avvikelse i ett personligt avtal från en dold klausul till ett kollektivavtal är tillåten eller inte.

⁶³ Jfr Suviranta, *Scandinavian Studies in Law* 1965 s. 179 ff. (särskilt s. 214 f.) som menar att kollektivavtalets rättsverkningar inte behöver behandlas i klump. Enligt Suviranta bör anställningsvillkor som inte omnämns i ett kollektivavtal kunna skyddas av fredsplikten utan att villkoren behöver få kollektivavtalets övriga rättsverkningar.

⁶⁴ NJA 1978 s. 307 och 1989 s. 177. Frågan om ett sådant ansvar föreligger även vid köp av lös egendom är omdiskuterad (NJA 1989 s. 156 samt t.ex. Håstad, *Den nya köprätten* s. 119 ff. med hänvisningar och Ramberg, *Köplagen* s. 106 och 439 f.).

⁶⁵ Prop. 1928:39 s. 95, SOU 1975:1 s. 393 ff., Bergqvist & Lunning, *Medbestämmandelagen* s. 433 ff. och Suviranta, *Scandinavian Studies in Law* 1965 s. 194 ff. och Göransson, *Kollektivavtalet som fredspliktinstrument* s. 242 ff.

⁶⁶ 1 och 11 §§ LAD. Jfr numera 2 kap. 1 § LRA. Se härom t.ex. Bergström, *Arbetsrättsliga spörsmål* I s. 42 ff.

Vissa dolda klausuler berör enbart förhållandet mellan kollektivavtalsparterna och saknar därför intresse för det som behandlas här. Så är t.ex. fallet för den utfyllande regel som anger att arbetsgivare är skyldig i förhållande till kollektivavtalsmotparten att tillämpa avtalet även på oorganiserade.⁶⁷ Det bör vidare erinras om att dolda klausuler kan åsidosättas genom uttryckliga kollektivavtalsregleringar.⁶⁸

Som framgått ovan löses frågan om tillåtligheten av avvikelser från uttryckliga kollektivavtalsbestämmelser genom tolkning av den omtvistade bestämmelsen. När det gäller att avgöra om avvikelse från en dold klausul är tillåten eller inte står normalt de vägar som används vid avtalstolkning (i inskränkt mening) inte till buds. Någon gemensam partsuppfattning om innebörden av en regel som inte är omnämnd i avtalet går vanligen inte att fastställa. Detta torde gälla även om den dolda klausulen grundas på omständigheter som är speciella för ett visst kollektivavtal.⁶⁹ Inte heller finns någon lydelse att utgå från. Istället är man, på samma sätt som vid tvekan om en lagregel eller en norm fastslagen i praxis är tvingande, hänvisad till ändamålet bakom normen. Här kan några riktlinjer urskiljas.

I de fall där den dolda klausulen bärs upp av ändamålet att *skydda arbetstagare mot att arbetstagare påtvingas sämre villkor* än som följer av den dolda klausulen är avvikelse i detta avseende otillåten. Denna syn harmonierar väl med uppfattningen att underbetalning in dubio är otillåten.⁷⁰

AD 1936 nr 29. Enligt ett kollektivavtal var den avtalsenliga timlönen inte garanterad vid ackordsarbete. AD ansåg det dock ligga i sakens natur, att man vid kollektivavtalets upprättande icke avsett, att arbetsgivare och arbetstagare skulle kunna komma överens om ett ackordspris, som de insett inte skulle kunna lämna förtjänst motsvarande avtalets timlön.⁷¹

AD 1964 nr 24. Verkstadsavtalet innehöll regler om lön men saknade bestämmelser om avlöningsperiodens längd. Arbetsdomstolen fann att verkstadsavtalet sedan gammalt byggde på förutsättningen att avlönning skulle ske veckovis och att införandet av längre avlöningsperioder med hänsyn härtill inte kunde ske utan särskild överenskommelse med central eller lokal fackförening. Motsatsvis kan av domskälen möjligen utläsas att längre avlöningsperioder inte kan införas genom personliga avtal.

⁶⁷ Se framförallt AD 1977 nr 49 och nedan avsnitt 5.2.

⁶⁸ Se t.ex. AD 1984 nr 58.

⁶⁹ Jfr AD 1964 nr 24.

⁷⁰ Ovan avsnitt 4.3.2

⁷¹ Jfr AD 1965 nr 13. Se vidare Victorin, Lönenormering genom kollektivavtal s. 217.

Enligt den s.k. bastubadarprincipen måste arbetsgivare ha godtagbara skäl för att ensidigt få besluta om att omplacera en arbetstagare inom ramen för dennes arbetsskyldighet, i de fall omplaceringen medför särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren och genomförs av skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen.⁷² Regeln utgör en dold klausul till kollektivavtal och har uppställts för att skydda arbetstagare. Enskilda anställningsavtal som avviker från denna torde därför i princip vara otillåtna. På samma sätt torde det förhålla sig med den dolda klausulen om att arbetstagare med timlön har rätt att behålla lönen om arbetet stoppats med stöd av 6 kap. 7 § AML och skyddsombudet haft fog för sin uppfattning.⁷³

I äldre praxis finner man dolda klausuler som kan sägas tjäna till att *skydda arbetstagarorganisationen* mot enskilda anställningsavtal som innebär inskränkningar av organisationens egna befogenheter.⁷⁴ Även från dessa ansågs avvikelser vara otillåtna.⁷⁵

I AD 1944 nr 82 var fråga om en längre tidsbegränsad anställning var otillåten enligt kollektivavtalet. Arbetstagarorganisationen gjorde gällande att ett avtal med sådant innehåll skulle utgöra hinder för arbetstagaren att delta i lovliga stridsåtgärder. AD uttalade att "(n)är ett kollektivavtal slutes, måste det anses utgöra en självklar förutsättning för avtalet, att icke i enskilda anställningsavtal med arbetare, som äro bundna av kollektivavtalet, sådana villkor inflyta, som skulle innefatta hinder för arbetaren att delta i stridsåtgärder, vilka beslutats av hans organisation. Därest tvist uppkommer, huruvida ett enskilt arbetsavtal har dylikt innehåll, måste vid tolkningen hänsyn tagas till denna kollektivavtalets förutsättning, och om det enskilda arbetsavtalet skulle befinnas strida däremot, blir tydligen det enskilda arbetsavtalet till denna del ogiltigt." Numera är klarlagt att anställningsavtalet består under stridsåtgärder. Någon uppsägning behöver således inte ske.⁷⁶

Annorlunda förhåller det sig med de fall där den dolda klausulen uppställts av *omsorg om arbetsfreden*. Så är fallet beträffande de dolda klausuler där *naturalii negotii* till det enskilda anställningsavtalet interpolerats i kollektivavtalet. Det klassiska exemplet är AD:s behandling

⁷² Se nedan avsnitt 8.1.3.

⁷³ Se AD 1979 nr 164, 1984 nr 58 och 1987 nr 58. Jfr AD 1979 nr 165. Se även Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 353 ff.

⁷⁴ Suviranta, *Scandinavian Studies in Law* 1965 s. 187 f.

⁷⁵ Se även t.ex. AD 1934 nr 51 där AD slog fast att det "av orsaker, som sammanhånga med kollektivavtalets rättsliga natur", var otillåtet för arbetsgivare att avskeda arbetstagare i föreningsrättskränkande syfte, även om uppsägningsrätten i övrigt var fri (se även SOU 1975:1 s. 397). Frågan regleras numera av 7–8 §§ MBL.

⁷⁶ Se t.ex. Sigeman i *Facklig arbetsrätt* s. 188.

av arbetsgivarens fria uppsägningsrätt.⁷⁷ Redan i AD 1932 nr 100 antog domstolen den allmänna rättsgrundsatsen att ett anställningsavtal som slutits för obestämd tid kan av såväl arbetstagare som arbetsgivare bringas att upphöra med iakttagande av avtalad eller skälig uppsägnings- och att det bakomliggande motivet i och för sig är utan rättslig betydelse. Denna allmänna rättsgrundsats ansågs utgöra en dold klausul i kollektivavtal.⁷⁸

I AD 1943 nr 45 anförde arbetsgiversidan att en utfästelse om anställning i fem år var otillåten enligt kollektivavtalet därför att arbetsgivaren enligt kollektivavtalet fritt fick avskeda arbetare. Enligt AD saknades anledning att anta att syftet med bestämmelsen varit att lösa frågan, om anställning fick ske för bestämd tid eller bara tills vidare. Syftet med bestämmelsen torde, enligt AD, endast vara att utmärka att arbetsgivaren äger avskeda arbetstagare utan rätt för arbetarna på arbetsplatsen eller deras organisation att hindra detta och utan att anledningen till avskedandet behöver styrkas eller uppges. Det personliga avtalet stod därför inte i strid med kollektivavtalet.⁷⁹

Även senare praxis stöder uppfattningen att avvikelser genom personliga avtal tillåts från dolda klausuler vilka uppställts av hänsyn till arbetsfreden. Den s.k. 29/29-principen, som anger den arbetsskyldighet som följer av ett kollektivavtal, utgör en dold klausul. Denna anses vara uppställd av omsorg om arbetsfreden. Principen gör inte överenskommelser mellan arbetstagare och arbetsgivare om mer begränsad arbetsskyldighet otillåtna. Detsamma gäller för överenskommelser om mer omfattande arbetsskyldighet.⁸⁰

En annan dold klausul, som kan föras tillbaka på arbetsgivarens arbetsledningsrätt, är arbetsgivarens ensidiga rätt att, inom de ramar som lagstiftning och uttryckliga kollektivavtalsbestämmelser ger, bestämma om arbetstidens förläggning. Även denna arbetsgivarens bestämmanderätt lär kunna begränsas genom personliga avtal.⁸¹

I SOU 1975:1 framförs uppfattningen att ett kollektivavtals lönebestämmelser och övriga villkor numera i regel torde vara uttömmande reglerade i kollektivavtalet och att stridsåtgärder som vidtas för att

⁷⁷ Se om denna i t.ex. Schmidt, Kring tjänsteavtalets rättskällor s. 211 ff., Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 204 f., Henning, Tidsbegränsad anställning s. 50 ff. samt Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 251 ff.

⁷⁸ AD 1933 nr 159, 1936 nr 121 och 1967 nr 17. Principen har åsidosatts genom LAS.

⁷⁹ Målet rörde ett kollektivavtal där rätten att fritt avskeda uttryckligen angivits. Det saknas anledning att anta att någon skillnad skulle föreligga beträffande kollektivavtal där rätten endast var tyst reglerad.

⁸⁰ Avsnitt 8.6.

⁸¹ Avsnitt 8.6.

genomdriva ytterligare vederlag, i form av högre lön, särskilda tillägg, naturaförmåner eller liknande, därmed skulle strida mot 41 § 1 st. 2 p. MBL.⁸² I den mån det är riktigt att tala om en dold klausul med denna innebörd, har denna uppställts av omsorg om arbetsfreden.⁸³ Denna dolda klausul anses inte i sig medföra att personliga avtal om ytterligare ersättning utgör en otillåten avvikelse.⁸⁴

4.4 När uppnås avtalsfrihet?

4.4.1 Rättsläget under KAL

Rättigheter som följer av tvingande materiella rättsregler, såväl på konsumenträttens som anställningsavtalets område, kan normalt efterges sedan den skyddade rättigheten aktualiserats. Att så är fallet följer vanligen av motiven till ifrågavarande lag.⁸⁵ I förarbetena till KAL diskuterades inte motsvarande fråga beträffande avtal i strid med tvingande kollektivavtalsbestämmelser. Fråga har dock belysts i rättspraxis från tiden före MBL.

AD 1933 nr 122. I målet var fråga om en överenskommelse mellan en källarmästare och vissa servitriser om att servitriserna skulle erhålla lägre lön än kollektivavtalet föreskrev. Arbetsgivaren påstod bl.a. att 3 § KAL enbart tog sikte på framtida förhållanden och inte hindrade arbetstagare att fritt förfoga över redan intjänad lön. En arbetstagare kunde inte lagligen hindras att som gåva skänka arbetsgivaren redan erhållen lön. Överenskommelsen skulle därför vara giltig såvitt avsåg belopp som intjänats eller, i vart fall, förfallit till betalning innan överenskommelsen träffades. Enligt AD kunde inte antas att 3 § KAL ”skulle gälla allenast beträffande överenskommelser om villkor, avsett att tillämpas i framtiden (...). Åsyftas med överenskommelsen att vinna en annan reglering av rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetare än som följer av kollektivavtalet, är densamma ogiltig, oavsett att man valt att söka åstadkomma regleringen i efterhand. En från

⁸² SOU 1975:1 s. 398 f.

⁸³ Jfr Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 272 ff.

⁸⁴ SOU 1975:1 s. 398. Jfr AD 1992 nr 141 där en arbetsgivare befanns ha träffat avtal med sina anställda om vissa lunchförmåner. Fråga var bl.a. om avtalet innebar en otillåten avvikelse från kollektivavtalet. AD betonade att detta var beroende av tolkningen av avtalet. De konkreta tolkningsdata som förelåg gav inte vid handen att avvikelsen var otillåten. Om arbetstagarorganisationen vidtagit stridsåtgärder för att få lunchsubventionerna kollektivavtalsreglerade hade dock åtgärderna varit olovliga (AD 1964 nr 5).

⁸⁵ Se ovan avsnitt 3.4.

kollektivavtalets bestämmelser avvikande reglering kan icke med rättslig verkan vinnas på annat sätt än genom att de parter, som slutit kollektivavtalet, träffa särskild uppgörelse i saken eller bekräfta en mellan arbetsgivaren och arbetarna därom träffad överenskommelse.”

På samma sätt har AD behandlat en invändning om att arbetstagare i efterhand förklarat sig nöjd med erhållen lön genom att kvittera beloppet.⁸⁶ Däremot har domstolen i åtminstone två fall uttalat att något hinder inte föreligger mot att arbetstagaren *sedan lönen utbetalats* fritt kan disponera över densamma.⁸⁷ I båda fallen ansågs dock personliga avtal om disposition av lönen utgöra en otillåten avvikelse från kollektivavtalet, eftersom avtalen träffats innan lönen förfallit till betalning.⁸⁸

Mot bakgrund härav synes det vara möjligt för arbetstagare att disponera över lönen efter att den betalats ut under förutsättning att dispositionen inte grundas på avtal som träffats före denna tidpunkt eller på annat sätt framstår som ett kringgående av kollektivavtalet.⁸⁹ Däremot kan parterna i anställningsavtalet inte redan när rättigheten aktualiserats disponera i strid med kollektivavtalet. Detta synsätt är förenligt med uppfattningen att kollektivavtalets tvingande verkan främst avser att skydda kollektivavtalsparternas intressen.⁹⁰ Det står även i överensstämmelse med den processuella regeln i 4 kap. 5 § LRA som ger de avtalsslutande organisationerna talerätt för medlemmens räkning vid AD.⁹¹

Talerätsregeln i 4 kap. 5 § LRA har sin förebild i 13 § LAD och innebär, såvitt avser kollektivavtalstvister, att den avtalsslutande organisationen har rätt att föra talan för den som är eller har varit medlem i organisationen. Först om organisationen inte önskar föra talan i frågan får medlemmen själv föra talan.⁹² Som skäl för denna ordning anføres i förarbetena att den avtalsslutande organisationen har ett intresse av att det egna avtalet blir riktigt tillämpat. Enskilda medlemmar, vilka inte på samma sätt som de avtalsslutande organisationerna kan ha kännedom om de förutsättningar under vilka detta kollektivavtal tillkommit, skulle

⁸⁶ Se t.ex. AD 1932 nr 68, 1949 nr 65 och 1957 nr 7.

⁸⁷ AD 1939 nr 54 och 1947 nr 73.

⁸⁸ Om verkningarna av ogiltigheten se ovan i avsnitt 4.2.

⁸⁹ Se även Sigeman, Lönefordran s. 360. I dansk doktrin har föreslagits att lön enligt kollektivavtal skall kunna efterges sedan den tjänats in om eftergiften inte skett i ”kollektivavtalsfientligt” syfte (Illum, Den kollektive arbejdsret s. 145 och Jacobsen, Kollektiv arbejdsret s. 520 f.).

⁹⁰ Ovan vid not 8.

⁹¹ Källström, Lokala kollektivavtal s. 93.

⁹² Se vidare Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 56 ff. och Bergqvist i Rättegången i arbetstvister s. 163 ff.

genom medgivanden eller bristfälligt utförande av sin talan kunna föranleda ett felaktigt domslut med faktiskt prejudicerande verkningar för de avtalsslutande organisationerna. Vidare har man brukat anföra att genom de förhandlingar som organisationerna måste genomföra för att få väcka talan vid AD åstadkoms en behövlig sovring av de mål som hänskjuts till AD (jfr 4 kap. 7 § LRA). Därutöver har det framhållits som en praktisk fördel att en organisation som företräder ett stort antal medlemmar, vilket inte är ovanligt vid mål om olovliga stridsåtgärder,⁹³ slipper förebringa fullmakter från alla dessa.⁹⁴

Hållbarheten i de uppgivna ändamålsskälerna har ifrågasatts av Fahlbeck som framhållit att den prejudicerande verkan som en oriktig dom, vilken en medlem skulle kunna utverka, endast innebär bevisverkan i en senare process. AD:s bedömning i den första processen blir inte bindande för organisationen.⁹⁵ Här kan även inskjutas att den sovring av måltillströmningen till AD som man avsåg att uppnå numera uppnås genom att talan av enskild skall föras vid tingsrätt som första instans (2 kap. 2 § LRA). Önskemålet att slippa infordra fullmakter kan inte heller motivera regeln. En sådan lösning kan enklare uppnås på andra vägar.⁹⁶

Istället torde regeln, vilket framhålls av Fahlbeck och Bergqvist, motiveras av den ställning som organisationerna intar utom process. Utom process har organisationerna bl.a. rätt att på sin sida och för sina medlemmars räkning förfoga över tolkningen av träffade kollektivavtal och rätt att förhandla för medlemmarnas räkning. Talerätten kan därför ses som en parallell till organisationernas civilrättsliga ställning vid ingående och tillämpning av kollektivavtal.⁹⁷ Denna kan i sin tur motiveras utifrån organisationens intresse av att avtalet efterlevs.

I detta sammanhang bör uppmärksammas vissa begränsningar i organisationernas behörighet att förfoga över rättigheter enligt redan träffade kollektivavtal. Utgångspunkten är att kollektivavtalsparterna kan överenskomma om avvikelse från kollektivavtalet. En i och för sig otillåten avvikelse blir giltig om kollektivavtalsparterna samtycker till den eller i efterhand godkänner densamma.⁹⁸ En begränsning i denna dispositionsmöjlighet rör s.k. *enskild rätt eller intjänade rättigheter*. Över sådana

⁹³ Ett extremt exempel är AD 1990 nr 78 där talan väcktes mot Metallindustriarbetareförbundet och 907 av dess medlemmar.

⁹⁴ Prop. 1928:39 s. 192 och prop. 1974:77 s. 172.

⁹⁵ Om arbetsprocessrätt s. 286 f.

⁹⁶ I UB 2 kap. 6 § och 47 § 2 st. lagen (1996:242) om domstolsärenden har kravet på fullmakt i viss mån eftergivits.

⁹⁷ Om arbetsprocessrätt s. 287 respektive Rättegången i arbetstvister s. 171.

⁹⁸ Se t.ex. AD 1933 nr 122, 1977 nr 116 och 1989 nr 112.

rättigheter kan kollektivavtalsparterna inte förfoga utan särskilt bemyndigande av medlemmarna.⁹⁹

Såsom intjänade rättigheter anses t.ex. rätten till lön för arbete som redan utförts,¹⁰⁰ rätten att återopa preskription,¹⁰¹ pensionsförmåner¹⁰² och arbetstagares anspråk i anledning av verkställd uppsägning.¹⁰³ Inte heller är kollektivavtalsparterna behöriga att avtala om i vilken ordning återanställning skall ske av arbetstagare som sagts upp p.g.a. arbetsbrist efter att uppsägningen har verkställts.¹⁰⁴ För bedömningen om en rättighet är intjänad tycks inte göras någon skillnad om rättigheten grundas på dispositiv lag eller kollektivavtal.

Tidpunkten för när en rättighet anses intjänad i denna bemärkelse synes i stort överensstämma med den tidpunkt då en rättighet aktualiserats (se avsnitt 3.4).¹⁰⁵ Från denna tidpunkt kan därför eftergift av rättigheter enligt tvingande kollektivavtalsbestämmelser inte ske annat än gemensamt av kollektivavtalspart och den enskilda medlemmen.

Som angivits ovan har enskilda organisationsmedlemmar en subsidiär talerätt. Arbetsgivare, som inte själv slutit kollektivavtal, och enskild arbetstagare skall väcka talan vid tingsrätt. Om dessa är eller, beträffande kollektivavtalstvister, har varit medlemmar i organisation som slutit kollektivavtal, skall organisationen beredas tillfälle att uppge om den vill föra talan. Begär organisationen inte detta äger medlemmen själv föra sin talan.¹⁰⁶ I detta läge torde inget hinder möta mot att enskild arbetsgivare och arbetstagare disponerar i strid med tvingande kollektivavtalsbestämmelser. Att tvister om rättigheter enligt kollektivavtal mellan medlemmar i de avtalsslutande organisationerna är dispositiva i den meningen att förlikning är tillåten kan knappast betvivlas.¹⁰⁷

Möjligheten att disponera i strid med tvingande kollektivavtalsbestämmelser enligt 3 § KAL kan sammanfattas enligt följande. Kollektiv-

⁹⁹ Se t.ex. AD 1947 nr 13, 1958 nr 23

, 1970 nr 24, 1984 nr 128 och 1995 nr 157 samt Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 370, 490 och 532. Se även Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 270 ff., Hemström i Facklig arbetsrätt s. 70 f. och Källström, Lokala kollektivavtal s. 97 ff.

¹⁰⁰ AD 1958 nr 23. Annorlunda förhåller det sig vid sådana retroaktiva uppgörelser som innebär att ett nytt kollektivavtals regler skall gälla från den tidigare dag då det gamla kollektivavtalet löpte ut (Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 271).

¹⁰¹ AD 1947 nr 13.

¹⁰² AD 1984 nr 128 och 1995 nr 157.

¹⁰³ AD 1976 nr 5 och 1977 nr 126.

¹⁰⁴ Prop. 1973:129 s. 266 samt AD 1996 nr 92.

¹⁰⁵ Sambandet mellan reglerna uppmärksammas i prop. 1973:129 s. 232.

¹⁰⁶ 2 kap 1 § och 5 § samt 4 kap. 5 § LRA.

¹⁰⁷ Jfr 5 kap. 1 § 2 st. LRA och ovan vid not 19.

tivavtalsparterna kan gemensamt disponera över avtalet såvitt avser allt utom enskilda eller redan intjänade rättigheter. Sedan en rättighet ”tjänats in” kan denna efterges endast av organisationen och medlemmen samfällt. Efter att organisationen avstått från att föra talan kan medlemmen ensam efterge rättigheten.

4.4.2 Rättsläget efter införandet av MBL

Av det föregående framgår att eftergift av rättigheter som grundas på tvingande lag normalt kan efterges sedan rättigheten aktualiserats, medan så inte är fallet beträffande rättigheter som grundas på kollektivavtal, åtminstone inte enligt rättspraxis från tiden för MBL. En följd av denna motsättning torde vara att det är möjligt för arbetstagare att t.ex. efterge uppsägningslön sedan den förfallit endast till den del lönen inte är bestämd i kollektivavtal. På motsvarande vis skulle det inte vara möjligt för arbetstagare att i samband med anställningens upphörande efterge krav på semesterersättning, om denna är bestämd i kollektivavtal. Den inställning som AD intog under KAL synes numera leda till ett relativt komplicerat regelsystem.

Bestämmelsen i 3 § KAL överfördes till 27 § MBL. I förarbetena redogjordes för arbetsdomstolens rättspraxis rörande 3 § KAL, dock utan att frågan om möjligheten för medlemmar att vid någon tidpunkt efterge kollektivavtalsgrundade rättigheter uppmärksammades. I specialmotiveringen framhöll föredraganden att 27 § var tvingande och att någon ändring i AD:s praxis vid avgörandet av frågor om enskilda anställningsavtals förenlighet med kollektivavtal inte var avsedd.¹⁰⁸ Värt att notera är även ett yttrande av lagrådet.

”I tydlighetens intresse kan vara värt att anmärka, att bestämmelserna i paragrafen om den tvingande karaktären av vissa regler i lagen torde ta sikte på avtal om avvikelse från lagen i fall som ännu inte har inträffat när avtalet sluts. Bestämmelserna lägger däremot inte hinder i vägen för uppgörelse i efterhand exempelvis om brott mot lagens fredspliktsregler eller om föreningsrättskränkning, även om uppgörelsen till äventyrs skulle innebära att part avstår från ett anspråk som kan grundas på lagen.”¹⁰⁹ Föredraganden anslöt sig till denna uppfattning.¹¹⁰

Yttrandet gjordes i anslutning till 4 § MBL, den bestämmelse som åtminstone formellt gör 27 § MBL till tvingande rätt. Inte heller detta

¹⁰⁸ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 374 f. Se även SOU 1975:1 s. 806 f.

¹⁰⁹ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 481.

¹¹⁰ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 530.

uttalande tog direkt syfte på den här diskuterade frågan. Det kan likväl konstateras att förarbetena till MBL innehåller motstridiga uttalanden på denna punkt.

AD har inte efter MBL:s införande klart tagit ställning till frågan.¹¹¹ Ett bräckligt stöd för att AD numera uppfattar det som möjligt för arbetstagare att efterge rättigheter enligt kollektivavtal sedan de aktualiserats kan finnas i AD 1993 nr 9. I målet var fråga om en överenskommelse som träffats mellan en arbetsgivare och arbetstagare innebar en eftergift av semesterersättning. Rätten till semesterersättning grundades såväl på semesterlagen som på verkstadsavtalet.¹¹² AD utgår från att en eftergift i princip är möjlig men fann att den aktuella överenskommelsen inte innebar någon eftergift.¹¹³ I samband härmed uttalar domstolen att en tolkning ”i enlighet med arbetsgivarens ståndpunkt skulle innebära att (arbetstagaren) hade eftergivit sin på lag och *kollektivavtal* grundade rätt till intjänad semesterersättning. Detta skulle ha skett utan att frågan om rätten till sådan ersättning överhuvudtaget nämnts mellan parterna och utan att överenskommelsen ger klart vid handen att en sådan eftergift från (arbetstagarens) sida var åsyftad” (kurs. här). Skrivningen tyder på att AD i detta fall uppfattat det som möjligt för arbetstagaren att efterge sin rätt enligt kollektivavtalet. Det måste dock anmärkas, dels att denna fråga inte var tvistig i målet, dels att såväl arbetsgivare som arbetstagare vid överenskommelsen biträdades av representanter från respektive organisation. Sannolikt var dessa dock inte behöriga att för sina huvudmäns räkning träffa avtal om avvikelse från kollektivavtal.¹¹⁴

Ett visst rättsligt stöd kan således åberopas för att AD:s praxis från tiden före MBL i denna del inte längre skall gälla. Enligt min mening är detta även önskvärt.¹¹⁵ Om det äldre rättsläget består uppkommer ett onödigt komplicerat system. Det kan erinras om att enhetligheten mellan 27 § MBL (3 § KAL) och semesterlagen synes ha varit avgörande för det nu övergivna ställningstagandet i AD 1941 nr 7.¹¹⁶ Och även om arbetstagare ges möjlighet att efterge rättigheter enligt tvingande kollek-

¹¹¹ Jfr dock AD 1992 nr 143 där domstolen obiter dicta uttalar att arbetstagares samtycke till otillåten avvikelse från kollektivavtal enligt 27 § MBL skulle vara utan verkan. Av domen framgår dock inte om uttalandet syftar på samtycke som lämnats efter att den omtvistade rättigheten aktualiserats.

¹¹² Enligt verkstadsavtalet skall semester utgå enligt lag. Detta anses in dubio innebära att lagens bestämmelser ingår som en del av kollektivavtalet (se bl.a. AD 1973 nr 47 och Sigeman, Semesterrätt s. 54 f.).

¹¹³ Se om fallet ovan avsnitt 3.5.

¹¹⁴ Jfr AD 1933 nr 122.

¹¹⁵ Jfr dock Källström, SvJT 1984 s. 982.

¹¹⁶ Se avsnitt 3.4.2.

tivavtalsbestämmelser sedan de aktualiserats, så hindrar inte detta arbetstagarorganisationer eller arbetstagare att för framtiden kräva att kollektivavtalet skall följas. Inte heller utesluter det möjligheten för arbetstagarorganisationer att kräva allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrott.¹¹⁷ Detta torde vara tillräckligt effektiva sanktioner.

Enligt min mening bör alltså kollektivavtalsbunden arbetsgivare och arbetstagare numera kunna efterge rätt enligt tvingande kollektivavtalsbestämmelser sedan rättigheten aktualiserats. Eftersom AD vid tillämpning av KAL inte tillåtit eftergifter och frågan därefter inte ställts på sin spets föreligger inte någon praxis som belyser övriga förutsättningar för bindande eftergifter.¹¹⁸

4.5 Avslutande synpunkter

Regeln om kollektivavtalets tvingande verkan ger, liksom de tvingande materiella reglerna, uttryck för en strävan mot en rättvis fördelning av nyttigheterna mellan parterna. Reglerna skiljer sig dock åt ifråga om hur detta mål skall nås. Som framgått synes ändamålet med kollektivavtalets tvingande verkan primärt vara att stärka kollektivavtalsparternas förmåga att skapa rättvisa villkor för medlemmarna och att kontrollera att dessa villkor verkligen kommer medlemmarna till godo. Att kollektivavtalets tvingande verkan i första hand uppbyggs av tanken att skydda kollektivavtalsparterna är en skillnad mot ändamålen bakom den konsumenträttsliga lagstiftningen och (i viss mån) tvingande lagstiftning på den individuella arbetsrättens område. På dessa områden har lagstiftaren konkret angivit vilka rättigheter och skyldigheter som avtalsparterna skall ha och skyddet för dessa anknyter direkt till konsumenterna eller arbetstagarna utan att först passera någon organisation.¹¹⁹

Som en följd härav är kollektivavtalets tvingande verkan på flera punkter mer ingripande för parterna i anställningsavtalet än den verkan som följer av tvingande materiella rättsregler. Redan avvikelse i beräkningsmetoder utgör en otillåten avvikelse (avsnitt 4.3.3) och ogiltighetsverkningar kan emellanåt leda till att arbetstagaren överkompenseras (avsnitt 4.2).

¹¹⁷ Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 468.

¹¹⁸ Jfr dock AD 1992 nr 143 där det faktum att arbetstagarna inte protesterat mot att visst granskningsbelopp innehölls av arbetsgivaren inte ansågs ge uttryck för ett samtycke. För motsvarande fråga beträffande tvingande lagregler, se avsnitt 3.5.

¹¹⁹ Jfr ovan avsnitt 1.6.3.

Trots att ändamålet med de tvingande materiella reglerna är att skydda arbetstagare och konsumenter mot sämre villkor än lagen anger så tillåts eftergifter av de skyddade rättigheterna sedan dessa aktualiserats. Arbetstagares möjligheter till eftergifter av kollektivavtalsgrundade rättigheter är mer begränsade (avsnitt 4.4). Detta beror inte på att förlikningar utom rätta inte skulle var tillåtna, utan endast på att arbetstagarorganisationen har monopol på tvisteförhandlingar. Även detta kan sägas ligga i linje med tanken att arbetstagarna skall uppnå jämbördighet genom sina organisationer.

Reglerna om kollektivavtalets tvingande verkan fick sin huvudsakliga utformning under 1930-talet och vid tillämpning av kollektivavtal på LO/SAF-området. Vid denna tid och på den sektorn av arbetsmarknaden var kollektivavtalet den helt dominerande regleringsformen. Några lagregler som anknöt till den individuella nivån förelåg inte och de existerande kollektivavtalen förutsatte ingen individuell komplettering. Numera är situationen en helt annan, särskilt om man betraktar arbetsmarknaden som helhet. Den stränghet med vilken kollektivavtalets tvingande verkan upprätthölls under arbetsdomstolens tidigaste skede framstår idag som något otidsenlig. I det föregående har antytts vissa vägar på vilka den tidigare strängheten kan mildras utan att kollektivavtalets effektivitet som regleringsinstrument hotas.

5 Kollektivavtalets verkan för utanförstående

5.1 Historiskt förspel och lösningen i KAL

I förra kapitlet diskuterades relationen mellan kollektivavtal och personliga avtal i fråga om arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal enligt 26 eller 28 §§ MBL. I detta kapitel behandlas kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagare och arbetsgivare, dvs. arbetstagare och arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal enligt 26 eller 28 §§ MBL (tidigare 2 § KAL). Med utanförstående arbetstagare avses således arbetstagare som inte är medlemmar i någon avtalsslutande organisation, oavsett om dessa är medlemmar i annan arbetstagarorganisation eller är oorganiserade. (Däremot är en arbetsgivare eller arbetstagare som utträtt ur avtalsslutande organisation inte utanförstående, i denna mening, så länge han är bunden av kollektivavtalet enligt 26 § 2 st. MBL.) Utanförstående arbetsgivare syftar på arbetsgivare som varken själv har slutit kollektivavtal eller är medlem i organisation som slutit kollektivavtal.

I det följande skall ges en skiss av de förslag till reglering av kollektivavtalets verkan för utanförstående som lades fram före införandet av kollektivavtalslagen 1928. Därefter analyseras den närmare innebörden av gällande rätt. Först behandlas arbetsgivarens skyldigheter gentemot kollektivavtalsslutande fackförening (avsnitt 5.2). Därefter redovisas under vilka förutsättningar kollektivavtalets normer ger innehåll åt anställningsförhållanden för utanförstående arbetsgivare och arbetstagare. I avsnitt 5.3 behandlas situationen att utanförstående arbetstagare är anställd hos kollektivavtalsbunden arbetsgivare. I avsnitt 5.4 redovisas situationen att arbetstagaren är anställd hos en arbetsgivare som inte är bunden av kollektivavtal.

Enligt 1910 års förslag till lag om kollektivavtal var kollektivavtal tvingande i förhållande till personliga avtal som träffats mellan arbetsgivare och arbetstagare som var bundna av kollektivavtalet. Om däremot en av kollektivavtalet bunden arbetsgivare träffade ett personligt avtal med en utanförstående arbetstagare var avtalet giltigt. Detta gällde även om arbetsgivaren i kollektivavtalet förbundit sig att iaktta avtalets bestämmelser i förhållande till utanförstående arbetstagare. Samtidigt framhölls att personliga avtal som avvek från kollektivavtalet sällan träffades i praktiken.

”Beträffande de flesta arbetsvillkor är enhetlighet därutinnan för hela företaget oundgänglig för driftens behöriga gång. Och äfven där, såsom i fråga om lönevillkoren, tekniska svårigheter ej alltid möta att göra skillnad mellan de af kollektivavtalet bundna och de af detsamma oberörda arbetarne, skulle ändock ett sådant förfarande oftast medföra förvecklingar och obehag af mångahanda slag. Äfven för arbetarne framstår det i allmänhet såsom självfallet, att enahanda villkor tillämpas för dem alla oberoende af medlemskap i organisation.”¹

När propositionen behandlades i riksdagen väcktes en motion om att kollektivavtalets regler skulle vara tvingande även för anställningsavtal som ingicks mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och utanförstående arbetstagare.² Det särskilda utskottet avslog motionen men föreslog istället en regel om att sådana anställningsavtal skulle anses slutet på kollektivavtalets villkor ”där ej annat förhållande visades”.³ En motsvarande regel återfanns även i 1911 års förslag till lag om kollektivavtal.⁴ Däremot uteslöts stadgandet i det förslag som Socialstyrelsen upprättade 1916. Som skäl härför angavs att bestämmelsen ansågs obehövlig både från arbetsgivar- och arbetstagarhåll. Bestämmelsen återkom i den utredning som låg till grund för KAL. Såsom motivering för bestämmelsen anfördes följande.

”Om arbetare, för vilken visst kollektivavtal icke är gällande, erhåller anställning hos arbetsgivare, som är bunden av avtalet, och inom fack, som avses däri, tillämpas i regel avtalets bestämmelser på arbetsförhållandet. (Den föreslagna bestämmelsen) avser att lagfästa vad som sålunda i allmänhet iakttages. (...) Erinras må emellertid, att den ifrågavarande be-

¹ Prop. 1910:96 s. 66.

² AK 1910:270 s. 7 f. Även Undén har förespråkat en sådan lösning (NJM 1919 s. 114).

³ SU 2 1910:6 s. 10.

⁴ Prop. 1911:43 s. 69. Även vid riksdagsbehandlingen 1911 väcktes en motion om att kollektivavtalet skulle vara tvingande för förhållandet mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och utanförstående arbetstagare (AK 1911:308). Motionen avstyrktes av det särskilda utskottet (SU 1 1911:1 s. 12).

stämelsen endast har karaktär av en presumtion. I den mån det kan visas, att överenskommelse träffats om villkor, som avvika från kollektivavtalets bestämmelser, sättes dessa bestämmelser ur tillämpning.

Stundom innebär kollektivavtal, att arbetsgivaren gentemot den arbetarorganisation, med vilken avtalet slutes, direkt åtager sig att tillämpa kollektivavtalet, även vid slutande av arbetsavtal med arbetare, som icke tillhöra ifrågasvarande organisation. Det kunde ifrågasättas, att för sådana fall (...) kollektivavtalets regler ovillkorligen (borde) komma att gälla även för anställning av arbetare, som icke tillhörde organisationen. Principiellt synes detta dock icke vara riktigt. Då arbetare står utom organisationen, kan dess åtgärd att sluta kollektivavtal icke i och för sig medföra, att han blir bunden av avtalet. Den ifrågasatta tillämpningen skulle emellertid på en omväg medföra dylik bundenhet för honom. Uppenbart är däremot, att arbetsgivarens åtgärd att sluta det enskilda arbetsavtalet på andra villkor än i kollektivavtalet stadgats, kan ådraga arbetsgivaren skyldighet att i förevarande fall utgiva skadestånd till arbetarorganisationen.”⁵

De sakkunnigas förslag utsattes för kritik vid remissbehandlingen.⁶ Från vissa håll, framför allt arbetsgivarorganisationer, framfördes att förslaget inte alls stod i överensstämmelse med uppfattningen på arbetsmarknaden. Fartygsbefälsföreningen framhöll att utanförstående genom bestämmelsen skulle komma i åtnjutande av förmåner ”som föreningen under mångårigt uppoffrande arbete av medlemmar åstadkommit för dessa.” Landssekreteriatet framhöll å andra sidan att regeln gav lagligt stöd för arbetsgivare att tubba arbetare att ställa sig utanför fackföreningen genom att erbjuda dem högre lön.⁷

Bestämmelsen uteslöts i propositionen. Det framhölls därvid att den verkan kollektivavtalet skulle ha för utanförstående arbetstagare inte var någon direkt verkan av kollektivavtalet och att bestämmelsen därför inte hade sin plats i en lag om kollektivavtal utan snarare i en lag om enskilda arbetsavtal. Samtidigt framhölls att regeln torde komma till skälig tillämpning även utan uttryckligt stadgande.⁸

Det kan ifrågasättas om detta argument verkligen var det avgörande för att bestämmelsen uteslöts ur förslaget.⁹ Av motiven framgår klart att huvudsyftet med lagarna var att skapa en ny form för rättsliga avgöranden av tvister p.g.a. kollektivavtal och därigenom minska antalet arbetsmarknads-

⁵ Prop. 1928:39 s. 79.

⁶ Prop. 1928:39 s. 80 f.

⁷ Vid denna tid var föreningsrätten ännu inte skyddad i lag. Inte heller hade den föreningsrätt som anses följa av kollektivavtal erhållit full klarhet.

⁸ Prop. 1928:39 s. 82. Någon bestämmelse härom återfanns inte i 1935 års förslag till lag om anställningsavtal (SOU 1935:18).

⁹ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 61, jfr s. 323.

konflikter.¹⁰ För att uppnå detta syfte ansågs det nödvändigt att i lag reglera kollektivavtalets *viktigaste* rättsverkning. Mindre viktiga och kontroversiella frågor kunde överlämnas till rättsskipningen. Så gjordes också beträffande t.ex. utträdande medlems bundenhet av kollektivavtalet och arbetsgivarens skyldighet i förhållande till kollektivavtalsmotpart att iakttä avtalets bestämmelser vid anställning av utanförstående arbetstagare.¹¹

Frågan om kollektivavtalets verkan för utanförstående kom härigenom inte att regleras i KAL utan fick istället lösas i rättspraxis. Som följd av forumreglerna i LAD kom frågor om kollektivavtalets tillämpning på utanförstående arbetstagare att delas mellan AD och de allmänna domstolarna.

5.2 Arbetsgivarens skyldigheter i förhållande till avtalsslutande arbetstagarorganisation

En fråga föll på arbetsdomstolens bord, nämligen frågan om kollektivavtalsbunden arbetsgivare gör sig skyldig till kollektivavtalsbrott och därmed kan bli skadeståndsskyldig mot fackföreningen, om han inte tillämpar kollektivavtalets bestämmelser på utanförstående arbetstagare. Frågan rör med andra ord förhållandet mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och den avtalsslutande fackföreningen.

För arbetstagsidan är det å ena sidan ett starkt intresse att arbetsgivaren inte lockas att rekrytera utanförstående arbetstagare till lägre lön. Å andra sidan kan det ligga i fackföreningens intresse att förbehålla medlemmarna de förmåner som avtalet ger och därigenom ge utanförstående arbetstagare ett incitament att inträda i föreningen. Avtal med sådant innehåll brukar benämnas exklusivavtal.¹² Historiskt är det den förra uppfattningen som bestämt den svenska fackföreningsrörelsens inställning. Det vanliga har, särskilt inom storindustrin, varit att kollektivavtalet tillämpats även för utanförstående arbetstagare.¹³ Arbetsgivaridan tycks inte heller ha haft något emot att tillämpa avtalen på utanförstående arbetstagare. Däremot motsatte man sig, naturligt nog, att det skulle föreligga en rättslig förpliktelse med detta innehåll.

Redan vid tillkomsten av KAL rådde enighet om att kollektivavtalsbunden arbetsgivare gjorde sig skyldig till kollektivavtalsbrott om han inte tillämpade avtalets villkor på utanförstående arbetstagare i de fall

¹⁰ Prop. 1928:39 s. 45 ff. och andra lagutskottet 1928:36 s. 12.

¹¹ Prop. 1928:39 s. 70 f. och 83.

¹² Se t.ex. Fahlbeck i Perspektiv på arbetsrätten s. 79 och SOU 1994:141 s. 340 not 55.

¹³ AD 1944 nr 37, Schmidt, Tjänsteavtalet s. 62 och Sigeman i Löntagarrätt s. 115.

kollektivavtalet uttryckligen angav att avtalet skulle tillämpas på alla anställda. Däremot var det oklart hur frågan skulle lösas när kollektivavtalet inte uttryckligen reglerade saken. I propositionen avvisades tanken att lagreglera denna situation.¹⁴

I AD 1931 nr 93 uttalade domstolen att "(v)id slutandet av ett kollektivavtal måste det i allmänhet vara en naturlig förutsättning, att arbetsgivare, som är bunden av avtalet, icke skall tillämpa sämre villkor än de i avtalet angivna i fråga om sådana arbetare, som stå utanför den avtalsslutande arbetarorganisationen men sysselsätts i arbete, som avses med avtalet. En dylik förpliktelse måste således även utan uttrycklig föreskrift i avtalet åligga arbetsgivaren gentemot nämnda organisation, såvitt icke annat framgår av avtalet."¹⁵

Frågan om en sådan skyldighet föreligger för arbetsgivaren får alltså lösas genom tolkning av avtalet. Avgörande är därvid i första hand kollektivavtalsparternas uppfattning. Kan en sådan inte utredas bildar nyss återgivna indubioregeln utgångspunkt för tolkningen.¹⁶ Tidigare ansågs det vara tillräckligt att kollektivavtalet t.ex. särskilt angav att avtalet skulle tillämpas på arbetstagarorganisationens medlemmar, för att avtalet skulle ha karaktär av exklusivavtal.¹⁷ Av AD 1977 nr 49 framgår att domstolen nu tycks ställa högre krav för att ett kollektivavtal inte skall innebära att arbetsgivaren är skyldig att tillämpa avtalet på alla anställda.¹⁸

Det kan tyckas som om ett särskilt angivande i avtalstexten att kollektivavtalet är tillämpligt på organisationens medlemmar utgör ett mycket starkt tolkningsdatum för att parterna avsett att avtalet skall ha karaktär av exklusivavtal. Det bör dock anmärkas att orsaken till utformningen kan vara någon annan, t.ex. att parterna velat markera gränsen för kollektivavtalets tillämpningsområde i förhållande till andra kollektivavtal.¹⁹

Undantagsvis kan förekomma bestämmelser i kollektivavtal som är av sådan art att arbetsgivaren inte är skyldig att tillämpa dessa i förhållande till utanförstående. I AD 1960 nr 18 aktualiserades en bestämmelse enligt vilken arbetsgivaren var skyldig att "göra löneavdrag å anställds månadsinkomst, motsvarande fackföreningsavgiften". Beloppet skulle sedan inleve-

¹⁴ Prop. 1928:39 s. 79 och 82 f.

¹⁵ Se även AD 1929 nr 26 och AD 1932 nr 95 samt Fahlbeck i Perspektiv på arbetsrätten s. 74 f.

¹⁶ Se t.ex. AD 1932 nr 95, 1974 nr 46 och 1991 nr 49.

¹⁷ AD 1935 nr 144 och 1938 nr 58.

¹⁸ Sigeman i Löntagarrätt s. 115 n 11.

¹⁹ Jfr AD 1977 nr 49 (s. 341).

reras till fackföreningen. Bestämmelsen ansågs inte innebära att arbetsgivaren var skyldig att göra avdrag för oorganiserad personal eftersom denna inte var skyldig att erlägga någon fackföreningsavgift.²⁰

Som framgått uttrycktes principen i t.ex. AD 1931 nr 93 så att arbetsgivaren inte fick tillämpa *sämre* villkor på utanförstående arbetstagare. I vissa fall kan det utgöra en otillåten avvikelse från ett kollektivavtal att en arbetsgivare och en arbetstagare, som är bundna av kollektivavtalet, träffar ett personligt avtal vilket tillerkänner arbetstagaren bättre villkor än kollektivavtalet föreskriver. Det personliga avtalet är i så fall ogiltigt i denna del (27 § MBL).²¹ Men gör sig arbetsgivaren skyldig till kollektivavtalsbrott om han träffar avtal med en utanförstående arbetstagare om motsvarande villkor? Frågan besvarades nekande i AD 1944 nr 37.²²

Domstolen noterade att i rättspraxis angivits att arbetsgivaren inte fick använda *sämre* villkor på utanförstående. ”Grunden till den antagna principen är, att om arbetsgivaren skulle äga rätt att anställa utomstående arbetare på *sämre* villkor än dem, som gälla för medlemmarna av den avtalsslutande organisationen, han därigenom skulle hava ett intresse att sysselsätta utomstående arbetare i största möjliga utsträckning för att därigenom undgå att följa kollektivavtalets mera betungande villkor. (...) Ett motsvarande resonemang kan icke föras för det motsatta fallet, d. v. s. då arbetsgivaren giver utomstående bättre villkor. Detta kan icke rimligen antagas ske för att undgå att följa kollektivavtalet. Och att arbetsgivaren därigenom skulle göra sig skyldig till något otillbörligt förfarande torde vara helt främmande för både arbetsgivares och arbetares uppfattning.”²³

AD 1978 nr 163 uttrycks principen på ett något annorlunda vis. ”I sådana fall är (...) arbetsgivaren i förhållande till den avtalsslutande

²⁰ Jfr AD 1976 nr 91.

²¹ Ovan avsnitt 4.3.4.

²² De i målet avvikande anställningsvillkoren följde inte av personliga avtal utan av konkurrerande kollektivavtal. Av domskälen att döma tycks detta förhållande inte ha tillmätts någon betydelse.

²³ I målet berördes även frågan om vad som skall anses vara *sämre* villkor. Domstolen framhöll därvid att det varken var nödvändigt eller lämpligt att bedöma varje detalj i anställningsvillkoren för sig. Om anställningsvillkoren i stort sett är bättre för den utanförstående gör sig arbetsgivaren inte skyldig till kollektivavtalsbrott även om villkoren i någon mer oväsentlig detalj skulle vara *sämre*. Det är värt att notera avvikelserna från hur den likartade frågan om avvikelse från tvingande lagregler respektive avvikelse från kollektivavtal bedöms (se avsnitt 3.3 och 4.3). Denna skillnad i bedömning motiverades enligt domstolen av ändamålen bakom principen om att *sämre* villkor inte får tillämpas på utanförstående. Att Arthur Lindhagen, som var ordförande i målet, var bekant med problemet framgår bl.a. av hans remissyttrande över 1938 års semesterlag (prop. 1938:286 s. 215 f.).

arbetstagarorganisationen förpliktad att tillämpa kollektivavtalets regler på anställningsavtal med arbetstagare som inte är medlemmar i organisationen.” Motsvarande formulering återfinns i AD 1977 nr 49 och 1991 nr 49. Någon reservation för att bättre villkor är tillåtna görs inte. Det är oklart om domstolen med detta nya uttryckssätt avsett att markera en förändring så att även överbetalning eller motsvarande avvikelse från kollektivavtalets regler till förmån för en utanförstående arbetstagare innebär ett brott mot kollektivavtalet, i den mån en sådan avvikelse är otillåten i förhållande till en kollektivavtalsbunden arbetstagare. Frågan har inte sedan 1944 års fall diskuterats i praxis.²⁴ En sådan förändring skulle svara mot den avtalsslutande arbetstagarorganisationens intresse av att utanförstående inte behandlas bättre än medlemmarna. Om utanförstående behandlas bättre saknar de incitament att organisera sig. Organisationsgraden i Sverige är numera så hög att fackföreningar inte, på samma sätt som när KAL infördes, har anledning att frukta att arbetsgivaren söker anställa utanförstående för att kringgå kollektivavtalet. Däremot tycks det finnas ett ökande intresse av att förbehålla medlemmarna åtminstone vissa av kollektivavtalets förmåner.²⁵ Å andra sidan skulle en sådan indubiotolkning på ett påtagligt vis minska utanförstående arbetstagares – åtminstone formella – möjlighet att åstadkomma mer förmånliga avtal. Hänsynen till denna avtalsfrihet har domstolen i andra sammanhang lagt vikt vid.²⁶ Man kan mot bakgrund härav ställa frågan om inte även en uttrycklig kollektivavtalsbestämmelse, som anger att arbetsgivaren med utanförstående arbetstagare inte äger avtala om bättre villkor, borde vara utan verkan.²⁷

Som bl.a. Schmidt har framhållit kan det förhållandet att arbetsgivaren utger högre lön till utanförstående arbetstagare än till medlemmar i den avtalsslutande fackföreningen utgöra en föreningsrättskränkning.²⁸ Arbetsgivaren kan då bli skadeståndsskyldig gentemot fackföreningen på den grunden (8 § 2 st. MBL). Däremot blir inte avtalet mellan arbetsgivaren och den utanförstående arbetstagaren ogiltigt.

²⁴ Jfr prop. 1994/95:102 s. 51 och SOU 1994:83 s. 69. Där framhålls att frågan får lösas genom tolkning av det särskilda avtalet. Vad som in dubio skall gälla tycks uppfattas som osäkert.

²⁵ Se även Fahlbeck i Perspektiv på arbetsrätten s. 79.

²⁶ Jfr AD 1977 nr 222, 1982 nr 69, 1983 nr 174 och 1984 nr 79.

²⁷ Jfr AD 1978 nr 111 och Sigeman i Löntagarrätt s. 133.

²⁸ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 62. För en redogörelse av de närmare förutsättningarna för att en föreningsrättskränkning skall föreligga se t.ex. Källström i Facklig arbetsrätt s. 82 ff.

Om arbetsgivaren inte tillämpar kollektivavtalets bestämmelser på utanförstående arbetstagare kan han alltså bli skadeståndsskyldig gentemot den avtalsslutande fackföreningen. Någon ekonomisk skada lär föreningen inte lida till följd härav, endast allmänt skadestånd torde komma i fråga. Skadeståndet lär i allmänhet inte sättas lägre än den vinst som arbetsgivaren gjort genom att avvika från kollektivavtalet.

Däremot medför den här berörda principen inte någon möjlighet för den utanförstående arbetstagaren att grunda anspråk direkt på kollektivavtalet. Det saknar betydelse om det är arbetstagaren själv eller fackföreningen som framställer yrkandet.²⁹ För det fall den utanförstående har anslutit sig till organisationen finns en praktisk möjlighet att uppnå samma resultat genom att organisationen för egen del yrkar skadestånd med ett belopp som motsvarar skillnaden mellan den utbetalda lönen och kollektivavtalets lön. Organisationens kan sedan utge ”sitt” skadestånd till arbetstagaren. En sådan modell tycks ha tillämpats i AD 1931 nr 93.

5.3 Förhållandet mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och utanförstående arbetstagare

5.3.1 Inledning

Att 26 § MBL inte är tillämplig när antingen arbetsgivaren eller arbetstagaren är utanförstående betyder inte att kollektivavtal skulle sakna betydelse för anställningsvillkoren. De normer som återfinns i kollektivavtal kan i dessa fall ge innehåll åt anställningsförhållandet på andra grunder än 26 § MBL. Det måste dock hållas i minnet att när anställningsvillkorens innehåll bestäms av kollektivavtalets normer på annan grund än genom 26 § MBL så utgör dessa normer inte kollektivavtal. Arthur Lindhagen uttryckte saken på följande vis. ”En uppgörelse mellan arbetsgivare och enskild arbetstagare angående tillämpning av ett kollektivavtal, som icke är bindande för någon av dem eller endast för den ene, kan aldrig bliva annat än ett enskilt arbetsavtal, låt vara att också detta lånat sitt innehåll från ett kollektivavtal”.³⁰ Brott mot normer som adopterats från kollektivavtalet kan inte sanktioneras som kollektiv-

²⁹ Se t.ex. AD 1935 nr 37 och 50.

³⁰ Lindhagen, SvJT 1942 s. 455 f. Se även t.ex. AD 1977 nr 62 och NJA 1933 s. 147.

avtalsbrott. Normerna ingår, som det heter, enbart i det enskilda anställningsavtalet.³¹

5.3.2 Personliga avtal om att tillämpa kollektivavtalets normer

En arbetsgivare och en arbetstagare kan träffa ett personligt avtal om att kollektivavtalets normer skall gälla för anställningen. Det är vanligt att det i skriftliga avtalsdokument anges att visst kollektivavtal gäller för anställningen.³² I 6 a § LAS föreskrivs också att arbetsgivaren skriftligen skall underrätta arbetstagaren bl.a. om tillämpligt kollektivavtal. I den mån denna handling har tillställts arbetstagaren innan anställningsavtalet träffades eller handlingen har undertecknats av arbetstagaren blir kollektivavtalets normer del av det personliga avtalet. Situationen är densamma som när individuella avtal hänvisar till ett standardavtal. Det saknar intresse att närmare utreda under vilka förutsättningar personligt avtal har träffats om tillämpning av kollektivavtalets bestämmelser. Som framgår av det följande kommer nämligen kollektivavtalets normer även utan personligt avtal att utfylla de enskilda anställningsavtalen.

Vid tolkning av vilka bestämmelser i kollektivavtalet som hänvisningen syftar på samt innebörden av dessa bestämmelser torde den för arbetstagaren och arbetsgivaren gemensamma uppfattningen principiellt vara avgörande.³³ Någon sådan lär dock i allmänhet inte föreligga. I avsaknad av individuella tolkningsdata torde en ren hänvisning till kollektivavtalet omfatta de kollektivavtalsnormer som har utfyllande verkan enligt de regler som beskrivs i de följande avsnitten. Såvitt avser tolkningen av innehållet i kollektivavtalets bestämmelser har man att falla tillbaka på sedvanliga regler för tolkning av kollektivavtal, dvs. i första hand kollektivavtalsparternas gemensamma uppfattning och andra till kollektivavtalsparterna anknyttande individuella tolkningsdata.³⁴ Här visar sig en avgörande skillnad mot vad som gäller vid inkorporering av standardavtal. Vid tolkning av standardavtal brukar anföras att denna är objektiv i den meningen att huvudvikten läggs vid avtalets lydelse och uppbyggnad samt att vad de som upprättat standardavtalen haft i tankarna och liknande i princip är irrelevant.³⁵

³¹ Se t.ex. AD 1989 nr 67 och Sigeman i Löntagarrätt s. 122.

³² Se t.ex. AD 1994 nr 28.

³³ AD 1987 nr 53.

³⁴ Jfr t.ex. NJA 1948 s. 1.

³⁵ Se t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt s. 49, Hellner, Jussens venner 1994 s. 273 ff. samt Håstad, SvJT 1991 s. 578 och Den nya köprätten s. 124 ff.

5.3.3 Allmänt om kollektivavtalets utfyllande verkan

Om en utanförstående arbetstagare är anställd hos en kollektivavtalsbunden arbetsgivare så är den rättsliga utgångspunkten att avtalsfrihet råder i fråga om lön och andra anställningsvillkor, inom de ramar som sätts av tvingande rättsregler i övrigt. Detta gäller även om arbetstagaren sysselsätts i arbete som omfattas av kollektivavtalet. Har någon överenskommelse inte träffats mellan arbetsgivare och arbetstagare i fråga om t.ex. lön får man falla tillbaka på en utfyllande rättsregel. Vi erinrar oss att bl.a. de sakkunnigas förslag till kollektivavtalslag innehöll en regel i ämnet.

”Regeln innebär (...), att om arbetsgivaren hos sig anställer exempelvis en oorganiserad arbetare, skall det mellan dem gällande enskilda arbetsavtalet anses slutet på samma villkor, som angivas i kollektivavtalet, med mindre uttrycklig överenskommelse träffats om andra villkor. Man presumerar sålunda en avsikt hos kontrahenterna att vilja låta kollektivavtalets bestämmelser gälla.”³⁶

Någon sådan regel upptogs, som redan nämnts, inte i KAL. Frågan fick i stället lösas i praxis och uppgiften ankom på de allmänna domstolarna. Frågan kom upp till prövning i NJA 1948 s. 1.

Byggnadsarbetaren Braf var anställd hos en kollektivavtalsbunden arbetsgivare. Braf var inte medlem i den avtalsslutande föreningen. Frågan var om Braf var skyldig att vidkännas ett avdrag på lönen för mätning av ackord som, i enlighet med kollektivavtalet, innehållits för arbetstagarorganisationens räkning. I hovrättens dom heter det. ”Någon uttrycklig överenskommelse angående Brafs anställningsvillkor har icke träffats. I målet framgår emellertid, att vid bolagets arbetsplatser städse tillämpas den ordningen att det under varje tidsperiod gällande kollektivavtalet följes beträffande samtliga anställda arbetare, oavsett om de äro anslutna till den avtalsslutande arbetstagarorganisationen. (...) Med anledning härav måste anses, att enighet rått mellan bolaget och Braf att den senares anställningsvillkor (...) skulle vara reglerade i överensstämmelse med” kollektivavtalet.³⁷ HD avslog dispensansökan.

Motsvarande tankegång återkommer i NJA 1967 s. 513. Av det förhållandet att kollektivavtalet brukat tillämpas på utanförstående arbetstagare dras slutsatsen att enighet rått mellan arbetsgivare och arbetstagare om att vid varje tidpunkt gällande kollektivavtal skall bestämma anställ-

³⁶ Prop. 1928:39 s. 82.

³⁷ Ordförande i hovrätten var Arthur Lindhagen.

ningsvillkorens innehåll.³⁸ Schmidt har med rätta framhållit att domstolarna med hjälp av en fiktion antagit samstämmighet mellan parterna.³⁹ Ett sådant tankemönster skulle för övrigt även ge intrycket av att kollektivavtalets normer inte skulle utfylla anställningsavtalet om ena parten t.ex. kunde visa att han inte hyst en sådan uppfattning. Att så inte är fallet framgår av t.ex. AD 1978 nr 163.

Schmidt menar att man bör bortse från den haltande slutledningen i NJA 1948 s. 1 och koncentrera sig på den rättssats som målen ger uttryck för, nämligen att *bruket på arbetsplatsen blir rättsbildande* så snart parterna inte manifesterat vilja i annan riktning.

I den arbetsrättsliga doktrinen används uttrycket bruket på arbetsplatsen för en sådan lokal sedvänja som inom den allmänna förmögenhetsrätten ofta inryms under beteckningen handelsbruk.⁴⁰ Med handelsbruk avses handlingsmönster (inom handelslivet) som har nått en hög grad av fasthet och stadga. Enligt en klassisk uppfattning upprätthålls som ett krav på att iakttagande av handlingsmönstret allmänt skall uppfattas som i en eller annan mening bindande av dem är som aktiva inom visst livsområde (s.k. *opinio necessitatis*). Beträffande detta krav har framhållits att en sådan uppfattning är i det närmaste omöjlig att utreda.⁴¹ Ett sådant krav lär heller inte upprätthållas vid tillämpningen av 3 § köplagen och motsvarande bestämmelser. För den situation som här är aktuell kan dock noteras att *opinio necessitatis* är en realitet, så till vida att arbetsgivaren i förhållande till avtalsslutande fackförening är rättsligt förpliktad att tillämpa kollektivavtalet på utanförstående.

I AD:s domskäl används vanligen inte omvägen över en presumerad partsuppfattning. Där framgår tydligare att det är fråga om en vanlig utfyllande rättsregel av innebörd att kollektivavtalets normer ger innehåll åt anställningsförhållandet.⁴²

³⁸ I NJA 1968 s. 570 hade kollektivavtalets bestämmelser inte tillämpats av arbetsgivaren (som heller inte var bunden av avtalet). Enligt HD kunde därför enighet inte anses ha rått mellan arbetsgivare och arbetstagare om att anställningsavtalet skulle vara reglerat i enlighet med kollektivavtalet.

³⁹ Schmidt i Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm s. 228.

⁴⁰ Om språkbruket inom den allmänna förmögenhetsrätten se t.ex. Grönfors i Juridikens källmaterial s. 164.

⁴¹ Se t.ex. Hellner, Rättsteori s. 112 och Karlgren, Kutym och rättsregel, 49 ff.

⁴² Sigeman i Löntagarrätt s. 118. Jfr dock AD 1984 nr 79. I domen heter det att det ligger nära till hands att presumera att arbetsgivaren och den utanförstående varit ense om att gällande kollektivavtal skall tillämpas (s. 511 n). Av de fortsatta domskälen framgår dock att "presumtionen" inte grundas på någon sannolikhetsbedömning av vilken uppfattning parterna hyst, utan på vilken utfyllande regel som utifrån andra överväganden framstår som lämplig (se särskilt s. 512 x och 513 x).

Det rättsfaktum som medför att kollektivavtalets bestämmelser får utfyllande verkan för utanförstående är att avtalet tidigare tillämpats för utanförstående arbetstagare.⁴³ Det avgörande är att kollektivavtalet som sådant har tillämpats på arbetsplatsen. Huruvida just de omtvistade bestämmelserna tidigare tillämpats saknar betydelse.⁴⁴ Detta gör det möjligt att även nya kollektivavtalsbestämmelser i frågor som tidigare varit oreglerade får verkan för utanförstående även under anställningsförhållandets bestånd. Anställningsförhållandet utfylls med normer ur det vid varje tidpunkt gällande kollektivavtalet.⁴⁵ Att arbetstagaren saknade kännedom om att arbetsgivaren var bunden av kollektivavtal eller avtalets innehåll har inte tillmätts någon betydelse.⁴⁶

Här finns anledning att anknyta till arbetsgivarens skyldighet att i förhållande till avtalsslutande arbetstagarorganisation tillämpa kollektivavtalets normer för utanförstående. Denna skyldighet kan som berördes ovan inte åberopas direkt av utanförstående. Skyldigheten har dock indirekt den betydelsen att den skapar en stark presumtion för vad som brukar tillämpas på arbetsplatsen.⁴⁷ Någon bevisning om att kollektivavtalet brukat tillämpas på utanförstående torde därför inte behöva föreläggas.⁴⁸ Om det däremot kan visas att kollektivavtalets normer uteslutande tillämpats på medlemmar i den avtalsslutande organisationen eller överhuvudtaget inte tillämpats på arbetsplatsen torde kollektivavtalet inte få utfyllande verkan.

AD 1976 nr 33. I målet hade ett hängavtal upphört genom att det avtalsslutande fackförbundet uppgått i annat fackförbund. Frågan var om tidigare gällande kollektivavtal gav innehåll åt de enskilda anställningsavtalen. Kollektivavtalsenliga förmåner hade inte någonsin tillämpats på arbetsplatsen. Tydligtvis saknade såväl bolagets företrädare som arbetstagarna kännedom, när anställningsavtalen träffades, om att arbetsgivaren var kollektivavtalsbunden. Under anställningstiden synes utgående löner ha höjts efter diskussion mellan bolaget och arbetstagarna utan att innehållet i riksavtalet särskilt beaktats. I målet hade inte framkommit någon omständighet som tydde på att de löneförmåner som utgått sedan kollektivavtalet upphört att gälla stred mot vad parterna var överens om. Kollektivavtalet

⁴³ I NJA 1967 s. 513 framhålls även att kollektivavtalet i andra avseenden än som var aktuella i målet tillämpats på *den arbetstagare som tvisten rörde*. Detta förhållande tycks dock inte vara av avgörande betydelse.

⁴⁴ NJA 1968 s. 570 och AD 1990 nr 33.

⁴⁵ NJA 1948 s. 1 och AD 1990 nr 33.

⁴⁶ AD 1978 nr 163. Se även AD 1992 nr 4 som rörde sådant bruk som inte grundas på kollektivavtal. Annorlunda i NJA 1917 s. 321.

⁴⁷ NJA 1973 s. 423.

⁴⁸ Se t.ex. AD 1977 nr 62.

befanns med hänsyn härtill varken ha utfyllande verkan på timlönen, för vilken överenskommelse synes ha träffats mellan arbetstagare och arbetsgivare, eller för helglön och permitteringslön, där individuella överenskommelser verkar ha saknats.⁴⁹

Det vilar en tung börda på den som söker påvisa att kollektivavtalet som helhet eller i visst avseende inte har tillämpats på arbetsplatsen. Det är inte tillräckligt att en part lyckats visa att en bestämmelse inte tillämpas i fall där så rätteligen skulle ha skett. Att avtalets regler i enskilda fall inte iakttagits kan bero på flera saker, t.ex. att båda parter i visst fall ansåg det vara till fördel att inte åberopa avtalsbestämmelsen eller att ena parten ansåg det lönlöst att kräva sin rätt. Som AD uttryckt saken medför inte det förhållandet att kollektivavtalsparterna i enskilda fall gjort avsteg från en strikt avtalstillämpning att arbetsdomstolen kan göra några sådana avsteg.⁵⁰

För den statliga sektorn framgår av 7 § förordningen (1976:1021) om statliga kollektivavtal m.m., att myndighet som är bunden av kollektivavtal skall inom yrkesgrupp och område som avses i avtalet tillämpa detta även på utanförstående arbetstagare.⁵¹ Bestämmelsen är inte direkt normerande för anställningsavtalet, men skapar en presumtion för att statliga kollektivavtal utgör sådant bruk på arbetsplatsen som utfyller utanförstående arbetstagares anställningsavtal.⁵² Bestämmelsen kan sägas utgöra en offentligrättslig motsvarighet till den skyldighet för arbetsgivare som normalt följer av kollektivavtal att i förhållande till avtalsslutande arbetstagarorganisation att tillämpa avtalets normer för utanförstående.⁵³

Vi kan alltså konstatera att enligt praxis kommer kollektivavtalets normer normalt att utfylla anställningsavtalen för utanförstående arbetstagare som sysselsätts i arbete vilket omfattas av kollektivavtalet, om inte annat avtalats mellan arbetsgivare och arbetstagare. Arbetstagaren har som utgångspunkt rätt till de löneförmåner och anställningsvillkor som finns i kollektivavtalet. Å andra sidan måste han också följa de

⁴⁹ Målet rörde kollektivavtalets efterverkan för kollektivavtalsbundna arbetstagare. Det förefaller troligt att AD skulle inta samma ståndpunkt för utanförstående arbetstagare under kollektivavtalets giltighetstid.

⁵⁰ AD 1991 nr 78. Se även NJA 1948 s. 799 (Socialstyrelsens yttrande s. 801) samt avsnitt 9.2.

⁵¹ En motsvarande bestämmelse återfanns även i 2 § lagen (1965:576) om ställföreträdare för kommun vid vissa avtalsförhandlingar m.m. Lagen upphävdes 1994 (SFS 1994:297).

⁵² NJA 1973 s. 423.

⁵³ Jfr prop. 1965:153 s. 19 och 33.

förpliktelser som finns i kollektivavtalet.⁵⁴ Den utfyllande rättsregel som här beskrivs har numera erhållit en betydande stadga. Den har också tagits för given av lagstiftaren.⁵⁵ Regeln är inte, vilket kommer att visas nedan, till alla delar beroende av vad som brukar tillämpas. Den bör därför lämpligen framställas som en självständig rättsregel.

Denna utfyllande regel har företräde framför andra utfyllande regler (dock inte helt tvingande lag). AD har således, med stöd i vissa motivuttalanden, antagit att kollektivavtalets normer har företräde även framför semidispositiva lagregler. I avsaknad av personligt avtal i frågan har anställningsavtalet fyllts ut med kollektivavtalets bestämmelser och inte med lagregeln.⁵⁶ Det saknas anledning att anta annat än att motsvarande skulle gälla för lagregler som är dispositiva även i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. På motsvarande vis har kollektivavtalet företräde framför förmåner som tidigare utgått till samtliga anställda med stöd av bruket på arbetsplatsen.⁵⁷ Relationen mellan den utfyllande regeln och personliga avtal behandlas i avsnitt 5.3.6.

I detta sammanhang förtjänar att påpekas att även bruk på arbetsplatsen, vilket inte stöder sig på kollektivavtal, kan komma att utfylla anställningsavtal med materiella normer.⁵⁸ Sådant bruk kan även ha betydelse vid tolkning av oklara bestämmelser i personliga avtal. Ett belysande exempel härpå är AD 1992 nr 4. Vid tolkningen av en oklar avtalsbestämmelse i ett personligt avtal tog AD bruket som utgångspunkt för tolkningen. Det är värt att notera att AD särskilt antecknade att det saknade betydelse om arbetstagaren ägde kännedom om brukets existens. AD gav bruket företräde framför möjligheten att analogt tillämpa 68 § kommissionslagen (nuvarande 10 § handelsagentlagen).

Av bl.a. motiven 3 § köplagen framgår numera att handelsbruk inte måste tillerkännas bindande verkan under alla förhållanden. Skulle det förekomma bruk som framstår som oskäligt kan domstolarna sätta det åt sidan.⁵⁹ I denna del föreligger en skillnad mellan bruk vilket grundar sig på kollektivavtal och bruk av annat slag. Beträffande kollektivavtalets utfyllande verkan minskas utrymmet för att sätta detta åt sidan av det förhållandet att avtalet förhandlats fram av i princip jämbördiga parter på arbetsmarknaden och måste anses ge uttryck för vad dessa ansett vara en

⁵⁴ AD 1977 nr 62.

⁵⁵ Se t.ex. prop. 1973:129 s. 192 och prop. 1994/95:102 s. 51.

⁵⁶ AD 1978 nr 163 och 1991 nr 78. Se även t.ex. Sigeman, Semesterrätt s. 52.

⁵⁷ AD 1990 nr 33.

⁵⁸ Sigeman i Löntagarrätt s. 120 och NJA 1917 s. 321. Jfr dock AD 1992 nr 141 (nedan avsnitt 9.3.2).

⁵⁹ Prop. 1988/89:76 s. 66, med hänvisningar.

generellt sett lämplig lösning.⁶⁰ I fråga om bruk av det senare slaget torde utrymmet för att åsidosätta detta vara betydligt större.⁶¹

5.3.4 Vilka kollektivavtalsnormer får utfyllande verkan?

Den fråga som nu skall behandlas är *vilka av kollektivavtalets normer* som enligt den utfyllande regeln blir bindande mellan arbetsgivare och utanförstående arbetstagare.

Inte alla kollektivavtalsnormer är avsedda att reglera förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Vissa bestämmelser syftar enbart till att reglera förhållandet mellan arbetstagarorganisation och arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare. Dessa bestämmelser anses inte ge innehåll åt anställningsvillkoren för medlemmar i arbetstagarorganisationen och kommer därför inte heller att ha utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare. Enbart de kollektivavtalsbestämmelser som är avsedda att reglera förhållandet mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och organiserad arbetstagare är ägnade att få utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare.⁶²

Emellanåt används, efter tysk förebild, beteckningarna obligatoriska respektive normativa regler.⁶³ Rättsverkningar av obligatoriska regler stannar på organisationsplanet medan normativa regler påverkar anställningsvillkoren. För svensk rätts del är den allmänna uppfattningen numera att kollektivavtalsparterna har möjlighet att bestämma om en avtalsbestämmelse skall vara normerande för parterna i anställningsförhållandet eller om bestämmelsens verkningar skall stanna på organisationsplanet. Frågan om en viss bestämmelse skall påverka anställningsvillkoren får lösas genom tolkning av kollektivavtalet.⁶⁴

Frågan om vilka av de bestämmelser, som är avsedda att reglera förhållandet mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och organiserad arbetstagare, som också har verkan för utanförstående arbetstagare låter

⁶⁰ Jfr möjligheten att jämka kollektivavtal med stöd av 36 § AvtL. Se härom Sigeman i Festskrift till Hellner s. 599 ff. och t.ex. NJA 1994 s. 712.

⁶¹ I AD 1992 nr 4 noterar domstolen särskilt att bruket överensstämmer med vad som är vanligt i branschen.

⁶² NJA 1948 s. 1.

⁶³ Ahlberg & Bruun, Kollektivavtal i EU s. 17, Bergström, Kollektivavtalslagen s. 20 och Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt s. 94. Se även Undén, Kollektivavtalet s. 13 ff., Hueck & Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts s. 200 ff., Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 187 ff. och Hasselbalch, Arbejdsretlige funktioner s. 173 ff.

⁶⁴ Se t.ex. prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 370, SOU 1975:1 s. 801 och Eklund i Facklig arbetsrätt s. 162, Schmidt, TfR 1980 s. 704 och Kollektiv arbetsrätt s. 124 ff samt Victorin, SvJT 1980 s. 545 f. Annorlunda Källström, Lokala kollektivavtal s. 89 ff.

sig enkelt besvaras för de fall kollektivavtalet ger *generella regler för alla anställda*. Så är ofta fallet för de allmänna anställningsvillkor vilka regelmässigt ingår i riksavtalen. Som exempel härpå kan nämnas de allmänna anställningsvillkor vilka gäller mellan SIF och Sveriges Verkstadsindustrier som innehåller generella regler om semester, sjuklön, övertidsersättning m.m. Det råder ingen tvekan om att dessa regler har utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare. På motsvarande sätt förhåller det sig om kollektivavtalet, såsom var mer vanligt tidigare, ger generella normer för vilken lön som skall utgå för visst arbete.

Frågan blir mer svårhanterlig i de fall kollektivavtalet ger bestämmelser som inte är avsedda att tillämpas på alla anställda.

Ett sådant fall är när *kollektivavtalet anger en miniminivå* för lönen men avtalet förutsätter att denna miniminivå skall kompletteras genom olika former av individuell lönesättning, där den lokala fackföreningen kan medverka i större eller mindre utsträckning. Vilken är då den lön som den utanförstående kan göra anspråk på? I AD 1984 nr 79 fann domstolen "att kollektivavtalets normerande verkan för oorganiserade begränsas till just de normer som kan härledas ur kollektivavtalet såsom tillämpliga för hela den grupp arbetstagare som den oorganiserade tillhör." Man skall alltså skilja mellan normer som är av *generell karaktär* och sådana som innefattar *individuella löneåtgärder*.⁶⁵ Att skilja mellan dessa typer av normer låter sig inte alltid enkelt göras. Mot bakgrund av senare rättspraxis kan rättsläget beskrivas på följande vis. Avgörande för frågan om en kollektivavtalsbestämmelse är av generell karaktär eller utgör en individuell löneåtgärd är kollektivavtalsparternas gemensamma uppfattning, såsom den framgår av avtalets konstruktion och lydelse. Har i ett centralt avtal avsatts visst löneutrymme för att disponeras enligt de lokala parternas gottfinnande och dessa fördelar lönen till vissa namngivna arbetstagare, så innefattar varken det centrala eller det lokala avtalet någon generell reglering. Någon utfyllande verkan uppkommer därför inte för utanförstående arbetstagare.⁶⁶ På samma sätt förhåller det sig om det centrala avtalet medger att lönen för vissa kategorier arbetstagare sätts inom visst fält, s.k. latitudlön. I den mån inplaceringen i dessa fält på lokal nivå sker individuellt i den meningen att det konkret utpekas vilka arbetstagare som skall ha vilken

⁶⁵ Detta sätt att resonera är möjligt sedan det genom införandet av MBL har klarlagts att kollektivavtal kan träffas även om enskilda arbetstagares individuella förhållanden. Tidigare hade diskuterats om det skulle krävas av ett avtal att det i en eller annan mening var generellt för att det skulle kunna kvalificeras som ett kollektivavtal. (SOU 1975:1 s. 312 ff. och prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 370, AD 1983 nr 141 och Eklund i Facklig arbetsrätt s. 147 f. Se även Schmidt, Kollektiv arbetsrätt s. 126 ff.).

⁶⁶ AD 1991 nr 100.

lön, så kan utanförstående varken på grund av det centrala eller det lokala kollektivavtalet kräva att få samma lön som sina arbetskamrater.⁶⁷ Att *utfallet* av lönebildningen i sådana fall indicerar att vissa normer iakttagits vid den individuella löneregleringen, t.ex. att viss högre lön ges till medlemmar i avtalsslutande organisation, tillmäts inte den betydelsen att en viss lönenivå betraktas som i realiteten varande av generell natur, med mindre särskilda skäl föreligger. Ett synsätt där utfallet lades till grund för frågan om vilka bestämmelser som är av generell natur skulle enligt AD leda till att varje överenskommelse som träffas i en lokal lönerevision skall tillämpas på utanförstående arbetstagare med motsvarande förhållanden, eftersom det får antas att alla sådana överenskommelser är objektiva och därmed möjliga att tillämpa i ytterligare fall.⁶⁸

Till synes gjordes en något annorlunda bedömning i AD 1983 nr 184.

Mellan kommunförbundet och kommunalarbetsförbundet (SKAF) hade en överenskommelse träffats om höjning av lönerna för trafikpersonalen inom vissa lönegrupper till närmast högre lönegrupp. Denna höjning genomfördes i alla kommuner utom Helsingborg genom att generella regler om uppflyttning av trafikpersonalen infördes i kollektivavtal mellan respektive kommun och SKAF:s olika avdelningar. Dessa höjningar kom därför även utanförstående arbetstagare till del. Att så skulle ske framgick av överenskommelsen mellan kommunförbundet och SKAF. För Helsingborgs kommun gjorde emellertid de centrala parterna ett undantag som innebar att löneåtgärderna skulle genomföras genom en lokal överenskommelse. Mellan Helsingborgs kommun och SKAF:s avdelning 7 slöts därefter ett kollektivavtal som innebar att 126 namngivna bussförare, som var medlemmar i SKAF, uppflyttades till en högre lönegrupp. Motsvarande uppflyttning skedde inte för de bussförare som var medlemmar i Yrkesförarförbundet. AD ansåg att det lokala kollektivavtalet till sin reella innebörd var att anse som en ändring av överenskommelsen mellan de centrala parterna och att den därmed var att uppfatta som en generell löneåtgärd. En sådan generell löneåtgärd kunde även utanförstående arbetstagare åberopa.

Sistnämnda rättsfall har i AD 1984 nr 79 och 1991 nr 100 tolkats så att utanförstående arbetstagare har rätt till de generella löneåtgärder som de centrala parterna har enats om. Därmed skulle målet stå i överensstämmelse med den gränsdragning som utmejslats i de senare fallen, nämligen att det avgörande är om någon generell reglering föreligger på antingen lokal eller central nivå.

⁶⁷ AD 1984 nr 79.

⁶⁸ AD 1991 nr 100.

Jag kan i detta sammanhang inte underlåta att påpeka den centrala överenskommelsen i 1983 års fall särskilt angav att frågan om överföring till närmast högre lönegrupp skulle behandlas lokalt såvitt gällde Helsingborgs kommun. Därmed tycks det mig ligga nära till hands att uppfatta situationen så att de centrala parterna var överens om att uppflyttningen i lönegrupper i Helsingborg enligt det centrala avtalet inte behövde ske generellt för alla arbetstagare, utan att denna fråga överlämnats till de lokala parterna. Uppfattat på detta vis blir det avgörande för utgången i AD 1983 nr 184 inte vilken lön som arbetsgivaren haft att utge enligt den centrala överenskommelsen (vilket domstolen antog i AD 1984 nr 79) utan om *utfallet* av den centrala överenskommelsen och det lokala avtalet i realiteten gav uttryck för en generell reglering. Den rättssats som utvecklats i AD 1984 nr 79 och 1991 nr 100 tycks därför i realiteten avvika från AD 1983 nr 184. Däremot synes de senare domarna stå i bättre överensstämmelse med tidigare rättsfall (t.ex. AD 1982 nr 69 och 1977 nr 222). Samtidigt måste framhållas att AD i domen 1991 nr 100 håller dörren öppen för att låta utfallet vara avgörande om särskilda skäl föreligger.

I AD 1984 nr 79 diskuterar domstolen även möjligheten att utanförstående arbetstagare skulle kunna åberopa arbetsgivarens faktiska handlanden eller, med andra ord, om *den faktiska lönesättningen för arbetskamraterna utgör ett sådant bruk på arbetsplatsen* att arbetsgivaren blir bunden därav i förhållande till den utanförstående. Man kan t.ex. tänka sig den situationen att arbetsgivaren under en följd av år givit alla anställda i en viss grupp samma lön. Enligt domstolens mening finns det inget utrymme för ett sådant resonemang när det gäller arbetsplaster där lönen är kollektivt reglerad. Denna uppfattning kommer även till uttryck i andra domar.⁶⁹

Ett annat fall där tvekan kan råda om kollektivavtalets bestämmelser har utfyllande verkan är det fall där kollektivavtalets tillämpningsområde, i vissa avseenden, är begränsat till medlemmar i den avtalsslutande organisationen. Kollektivavtalet innehåller alltså *exklusiva avtalsbestämmelser*. Det kan t.ex. vara fråga om att avtalet föreskriver att vissa förmåner enbart skall tillkomma medlemmar i den avtalsslutande organisationen. Här är alltså frågan om en generell reglering i den

⁶⁹ Domstolen anför i AD 1984 nr 79 att löner utöver den generellt angivna miniminivån vanligen bestäms individuellt på ett sådant sätt att man inte kan lägga lönesättningen för en arbetstagare till grund för lönesättningen för en annan anställd. Detta skulle gälla oavsett om överlönen bestämts efter förhandling mellan arbetsgivare och arbetstagare eller under medverkan av lokal fackförening. Argumentationen är åtminstone inte för det senare fallet övertygande. I AD 1991 nr 100 betonar domstolen istället att ett synsätt där lönesättningspraxis kunde åberopas av utanförstående ytterst skulle leda till att arbetsgivaren blev rättsligt förpliktad att utge lika lön för lika arbete (domssamlingen s. 674 x). Se även AD 1982 nr 69 och 1983 nr 184.

betydelse som avses i AD 1991 nr 100, men den generella regleringen utesluter utanförstående arbetstagare. En sådan reglering innebär att arbetsgivaren i förhållande till avtalsslutande arbetstagarorganisation inte är skyldig att tillämpa kollektivavtalets normer på utanförstående. Men kan den utanförstående arbetstagaren, med stöd i regeln om kollektivavtalets utfyllande verkan, göra gällande att bestämmelsen likväl skall tillämpas på honom. Svaret tycks vara nej.⁷⁰ Även för denna situation måste man dock hålla i minnet att kollektiva regleringar förekommer på flera nivåer. Om t.ex. det centrala avtalet föreskriver att vissa förmåner skall förbehållas medlemmar kan utanförstående inte grunda krav på det centrala avtalets normer (jfr AD 1982 nr 69 och 1991 nr 100). Skulle ett till det centrala avtalet anknyttande lokalt avtal sakna inskränkningen till medlemmar och är det lokala avtalet inte heller individualiserat, torde utanförstående kunna grunda rätt på detta avtals utfyllande verkan. För att utfyllande verkan skall uppkomma synes det vara tillräckligt att antingen det lokala eller det centrala avtalet innehåller bestämmelser på vilka en utanförstående kan grunda rätt.

Det förhållandet att arbetsgivaren utger högre lön till medlemmar i den avtalsslutande organisationen än han betalar till medlemmar i en minoritetsorganisation utgör inte heller en föreningsrättskränkning. En föreningsrättskränkning anses föreligga först om medlemmarna i minoritetsorganisationen har ett anspråk på likabehandling i lönehänseende som inte grundas på föreningsrätten.⁷¹

De här beskrivna reglerna tycks gälla även på den statliga sektorn. Enligt 7 § förordningen (1976:1021) om statliga kollektivavtal, m.m. skall statliga arbetsgivare tillämpa kollektivavtal även på utanförstående arbetstagare. I förarbetena motiverades visserligen bestämmelsen av en strävan mot enhetliga anställnings- och arbetsvillkor för tjänster av samma slag, men av samma motiv framgår att stadgandet utgör en motsvarighet till den på andra sektorer av arbetsmarknaden gängse regeln att kollektivavtalets förmåner, om ej annat avtalats, förutsätts utgå även till oorganiserade arbetstagare.⁷² I NJA 1973 s. 423 har HD godtagit att exklusiva avtalsbestämmelser inte får utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare.⁷³

⁷⁰ AD 1982 nr 69 och 1991 nr 100 (s. 671 y, jfr s. 668 y). Även NJA 1973 s. 423 kan förstås som stödjande den uppfattningen. Se även Lind, SvJT 1968 s. 403.

⁷¹ Se t.ex. AD 1982 nr 69, 1977 nr 222, 1971 nr 34 och 1942 nr 72. Se även t.ex. Flodgren, Fackföreningen och rätten s. 208 ff. och Christensen i Perspektiv på arbetsrätten s. 25 ff.

⁷² Prop. 1965:153 s. 19 och 33.

⁷³ För annan uppfattning se Fahlbeck i Perspektiv på arbetsrätten s. 95 ff.

I detta sammanhang bör erinras om att förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen enligt 1 kap. 9 § RF skall iakttä saklighet och opartiskhet. Denna regel anses dock inte ha civilrättslig återverkan i den meningen att arbetstagare som missgynnats skulle med stöd av regeln ha rätt till skadestånd.⁷⁴

Det som ovan sagts om skillnaden mellan generella och individuella normer, den avvisande hållningen till lönesättningspraxis samt verkan av exklusivavtal, visar att det råder en stark koppling mellan arbetsgivarens skyldighet gentemot avtalsslutande arbetstagarorganisation att tillämpa kollektivavtalet på utanförstående arbetstagare och kollektivavtalets utfyllande verkan för dessa arbetstagare. Om man lägger samman de principer som här beskrivits kan man med någon förenkling hävda att det enbart är de normer som arbetsgivaren i förhållande till föreningen är skyldig att tillämpa på utanförstående som denne i kraft av sitt anställningsavtal kan åberopa.

Härigenom har det skett en förskjutning i förhållande till vad som framgick av praxis från högsta domstolen. Såsom Schmidt uppfattade NJA 1948 s. 1 och NJA 1967 s. 513 var det bruket på arbetsplatsen som gjorde kollektivavtalet rättsbildande i förhållande till utanförstående arbetstagare.⁷⁵ Beträffande senare praxis är denna uppfattning riktig endast så till vida att bruket – den faktiska tillämpningen av kollektivavtalet som helhet – utgör en första förutsättning för att kollektivavtalet skall få verkan för utanförstående. När det sedan gäller frågan vilka av kollektivavtalets alla bestämmelser som får verkan för utanförstående spelar den faktiska tillämpningen ingen framträdande roll. Det viktigaste är istället arbetsgivarens skyldigheter gentemot kollektivavtalsmotparten.

De fall vilka lett till utvecklingen av principerna för vilka kollektivavtalsbestämmelser som får utfyllande verkan har haft sin bakgrund i konkurrens mellan olika arbetstagarorganisationer. Detta förhållande har också präglat domstolens lösningar. Som framgår av AD 1984 nr 79 utgör ett skäl för de lösningar som valts att domstolen inte ansett det rimligt att utanförstående arbetstagare ges en förmånligare ställning än den som tillkommer medlemmar i den avtalsslutande organisationen. Har arbetsgivaren betalat – eller haft rätt att betala – en eller flera medlemmar i den avtalsslutande föreningen en lön som motsvarar kollektivavtalets minimilön medan andra medlemmar fått individuella överlöner kan inte utanförstående arbetstagare göra anspråk på mer än minimilönen.

⁷⁴ AD 1984 nr 79.

⁷⁵ Ovan vid not 39.

”Man finner därmed att det faktiska skyddet för lönenivån för en oorganiserad arbetstagare beror på konstruktionen av det kollektivavtal som gäller på hans arbetsplats. Det finns inte i svensk rätt någon rättsgrundsats som ger arbetstagare en rätt till lika lön för lika arbete. I själva verket tillåter rättsordningen att arbetsgivare ger oorganiserade lägre lön än andra i den mån anställningsavtalet inte innebär något annat. Eftersom rätten att stå utanför en facklig organisation, den s.k. negativa föreningsrätten, inte är lagligen skyddad, är detta en ofrånkomlig följd av att det råder avtalsfrihet när det gäller att bestämma lönen.”⁷⁶

Domstolen var väl medveten om att detta synsätt kan – och i många fall kommer – att leda till att utanförstående inte kommer i åtnjutande av de överlöner vilka de facto utgår till medlemmar i den avtalsslutande organisationen. ”Detta är en konsekvens av att han valt att stå utanför den fackliga organisationen och därmed också avstått från den förhandlingshjälp organisationen kan ge sina medlemmar.”⁷⁷

Det synsätt som kommer till uttryck i bl.a. AD 1984 nr 79 går i sin tur tillbaka på den funktionsuppdelning för reglering av arbetsmarknaden som traditionellt gällt i Sverige. I AD 1983 nr 184 uttrycker sig domstolen så här.

”På svensk arbetsmarknad har utvecklats en ordning som innebär att förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i största utsträckning regleras genom kollektivavtal. Dessa avtal sluts mellan organisationer på ömse sidor. Systemet som växt fram på den privata sektorn av arbetsmarknaden har givits en nära motsvarighet på de statliga och kommunala områdena. Lagstiftningen har inriktats på att klarlägga eller fastställa vissa grundläggande regler för kollektivavtalsområdet, såsom regler om förhandlingsrätten, kollektivavtalets rättsverkningar, fredsplikten och förfarandet för prövning av rättstvister. Däremot har statsmakterna till skillnad mot vad som har skett i många andra länder avstått från att ange riktlinjer för hur normeringen av anställningsvillkoren närmare skall ske. Sålunda har lagregler exempelvis inte givits om någon gränsdragning mellan kollektivavtalsområdena eller om behörigheten för organisation att för visst sådant område sluta kollektivavtal eller om kollektivavtals tillämplighet på arbetstagare som inte är medlem i den avtalsslutande organisationen. I dessa och liknande avseenden har överlämnats åt arbetsmarknaden att själv utveckla grundsatser. Organisationer på ömse sidor har tillåtits att fritt kon-

⁷⁶ Jfr beträffande det sistnämnda SOU 1975:1 s. 232 ff. och SOU 1982:60 s. 278 ff., SOU 1993:40 s. 147 ff. Av intresse är även målet vid Europadomstolen Gustavsson mot Sverige (dom 25.4.96).

⁷⁷ Motsvarande argument återkommer vid frågan om jämkning av personliga avtal enligt 36 § AvtL. Se Sigeman i Festskrift till Hellner s. 612 f. och där angivna rättsfall samt AD 1986 s. 78.

kurrera om möjligheten att träffa kollektivavtal inom det egna verksamhetsområdet. Vid konflikter mellan organisationer har den egna styrkan fått fälla utslaget. Utvecklingen har ingalunda varit problemfri. I det stora hela har dock uppnåtts en ordning som bedömts vara godtagbar och statsmakterna har avstått från ingripanden fastän propåer därom framställts i skilda sammanhang.”

Man kan formulera saken så att anställningsvillkoren, främst i fråga om lönen, på den svenska arbetsmarknaden överlämnats till att bestämmas genom marknaden, med den skillnaden att kartellbildning på såväl arbetsgivar- som arbetstagersidan tillåts. Denna marknadsekonomiska lösning har upprätthållits inte enbart i relationen mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer utan även i relationen mellan konkurrerande arbetstagarorganisationer. Den här återgivna synen på kollektivavtalets utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare förklaras av detta förhållande. Utformningen av regeln har skett på ett sådant vis att medlemmar i minoritetsorganisationer inte omedelbart på grund av kollektivavtalet skall få del av alla de förmåner som den avtalsslutande fackföreningen förhandlat fram för sina medlemmar. Om så skulle vara fallet skulle avtalsfriheten mellan arbetsgivare och dessa arbetstagare kraftigt beskäras till följd av att sämre villkor skulle utgöra en föreningsrättskränkning.⁷⁸ Därmed skulle även konkurrensen mellan arbetstagarorganisationer väsentligen sättas ur spel.

Detta synsätt har inte undgått kritik. En inriktning av denna kritik är att utvecklingen inom arbetsrätten numera nått dithän att en mer allmän princip om likabehandling bör uppställas.⁷⁹ Andra har framhållit att AD utformar rättsregler på ett sätt som främjar den starkares intressen.⁸⁰

5.3.5 Exkurs om preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal m.m.

Huvudregeln i preskriptionslagen är att fordringar preskriberas tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionsavbrott skett.⁸¹ Preskriptionslagen

⁷⁸ Jfr ovan not 71.

⁷⁹ Fahlbeck i Perspektiv på arbetsrätten s. 84 ff. och Christensen i Perspektiv på arbetsrätten s. 25 ff. Jfr däremot Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 143 f. Se även t.ex. Numhauser-Henning i Studier i arbetsrätt s. 288 f. Se även Nielsen, Arbejdsgiverens ledelseret i EF-retlig belysning.

⁸⁰ Flodgren, Fackföreningen och rätten s. 244 ff.

⁸¹ Begreppet preskription är något löst i konturerna och dess relation till andra begrepp som avser fall där förpliktelser förändras eller upphör efter viss tid, såsom preklusion och bristande reklamation, är inte helt klar. Enligt vissa författare avser preskription lagbestämd tidsfrist efter vilken förpliktelsen upphör. Har tidsfristen bestämts i t.ex. avtal talas istället om preklusion (Mellqvist & Persson, Fordran och Skuld s. 77 f. Jfr Rodhe,

är i princip tillämplig även på fordringar som uppkommit i anställningsförhållanden. Emellertid gäller inom arbetsrätten till övervägande del andra preskriptionsregler, vilka regler ger betydligt kortare preskriptionstider. Även sätten för preskriptionsavbrott är andra.

Således ges i 64–68 §§ MBL regler om preskription för *anspråk som grundas på MBL eller kollektivavtal*.⁸² Innehållet i dessa regler är olika för, å ena sidan, organisationer och arbetsgivare samt, å andra sidan, enskilda arbetstagare. Organisationer och enskilda arbetsgivare avbryter preskription genom att påkalla förhandling inom fyra månader från att dessa fått kännedom om den omständighet vartill yrkandet hänför sig, dock senast två år från det att omständigheten inträffat (64 §). Sedan förhandling hållits skall talan väckas inom tre månader efter det att förhandlingen avslutats, i annat fall förloras rätten till talan (65 och 68 §§). Reglerna i 64–65 §§ MBL om tidsfrister och sättet för tvisteförhandlingar är semidispositiva (4 § 2 st. MBL). På de flesta avtalsområden finns i kollektivavtalens s.k. förhandlingsordningar bestämmelser om dessa frågor. Vanligen föreskrivs här att förhandling skall hållas både på central och lokal nivå.⁸³ För enskild arbetstagare gäller att han, för att anspråket inte skall preskriberas, måste väcka talan inom en månad efter att tidsfristen för organisationen att påkalla förhandling eller väcka talan löpt ut.

För anspråk på att en uppsägning skall ogiltigförklaras eller på skadestånd eller andra *fordringar som grundar sig på LAS* återfinns bestämmelser i 40–42 §§ LAS. Bestämmelserna är uppbyggda på ett likartad sätt. Det finns dels en kortare frist inom vilken anspråket skall anmälas till arbetsgivaren, dels en något längre frist inom vilken talan skall väckas. Den senare fristens längd är beroende av om förhandling har påkallats av organisation eller inte. Även i andra arbetsrättsliga lagar finns bestämmelser om kortare preskriptionstid för anspråk som grundar sig på dessa lagar.⁸⁴

Obligationsrätt s. 633 och 696). Andra talar om preskription även i de fall där tidsfristen och vad därmed sammanhänger är bestämd i avtal (Lindskog, Preskription s. 30 och 129). På det senare sättet används begreppet i arbetsrättslig doktrin och praxis från AD, när tidsfristen bestäms i kollektivavtal (Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt, t.ex. s. 226 och t.ex. AD 1977 nr 60). Så kommer begreppet även att användas i denna framställning.

⁸² Här ges en summarisk redovisning. Utförligare i t.ex. Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 502 ff.

⁸³ Se t.ex. Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 59 f.

⁸⁴ Se t.ex. 33 § semesterlagen, 53–55 §§ Jäml, 11 § FML och 23 § föräldraledighetslagen. Någon bestämmelse om specialpreskription återfinns inte i AUL. Se härom AD 1987 nr 78, prop. 1949:101 s. 81 samt Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 187. För frågan om vilka preskriptionsregler skall gälla om i kollektivavtal intagits regler som också återfinns i särskilda lagregler, se AD 1986 nr 126.

Flertalet anspråk som kan uppkomma i anställningsförhållanden omfattas av preskriptionsbestämmelserna i någon av dessa lagar. Preskriptionslagens bestämmelser torde huvudsakligen inte vara tillämpliga i andra fall än där anspråket grundar sig på enskilda anställningsavtal eller AUL.

Skälet till att det i arbetsrättslig lagstiftning införs bestämmelser med kort preskriptionstid är att anspråk skall aktualiseras snabbt. I kollektivavtals- och anställningsförhållanden uppkommer nya anspråk och tvister fortlöpande. Det anses därför vara ett intresse att förebygga att anspråk görs gällande p.g.a. förhållanden som ligger långt tillbaka i tiden. Vid talan om ogiltighet av uppsägning har man även framhållit att arbetsgivaren är skyldig att betala lön inte bara under uppsägningstiden utan även under tiden till dess dom fallit.⁸⁵

En diskussion om innehållet i de arbetsrättsliga preskriptionsbestämmelserna faller utanför denna framställning. Några anmärkningar skall dock göras. I såväl LAS som MBL anknyts utgångspunkten för beräkning av preskriptionsfrister för enskilda arbetstagare till den tidpunkt när tvisteförhandlingen avslutats (t.ex. 40 § 3 st. LAS och 65 § MBL). Ur rättssäkerhetssynpunkt är denna lösning tveksam, eftersom några garantier inte ges för att medlemmen får reda på när förhandlingen har avslutats. Kontrasten är slående mot andra fall där korta preskriptionsfrister förekommer. I dessa fall läggs stor vikt vid att den part som kan drabbas av preskription får klart besked om när fristen börjar löpa (se t.ex. 39 § 2 st. konsumentförsäkringslagen).⁸⁶

Som framgått är det stora flertalet anspråk som kan uppkomma i anställningsförhållanden underkastade specialpreskription. En fråga är i vad mån det är möjligt att genom *personliga avtal* mellan arbetsgivare och arbetstagare att med bindande verkan överenskomma om att annat skall gälla istället för dessa regler. Flertalet preskriptionsbestämmelser är ensidigt tvingande. Så är t.ex. fallet med 40–41 §§ LAS. En följd härav är att personliga avtal är giltiga som i fråga om preskription är gynnsammare i förhållande till arbetstagaren än lagens regler. Ett exempel är avtal enligt vilka arbetstagaren medges längre frister för att väcka talan. Däremot står ett avtal som medger arbetsgivaren förmåner i strid med lagreglerna. Om ett avtal föreskriver längre frister för både arbetsgivare och arbetstagare torde dessa frister vara giltiga för arbetstagaren, men inte för arbetsgivaren.⁸⁷ Även i den mån preskriptionslagen är tillämplig för vissa anspråk är det möjligt att träffa personliga avtal om att annat skall gälla.⁸⁸ Särskilda pre-

⁸⁵ Prop 1973:129 s. 188 f.

⁸⁶ NJA 1992 s. 303 och 1992 s. 845.

⁸⁷ Se avsnitt 3.3. För annan åsikt se Lindskog, Preskription s. 593.

⁸⁸ Se härom Lindskog, Preskription s. 580 ff.

skriptionsbestämmelser synes dock inte förekomma i personliga avtal. I vart fall har sådana avtal inte föranlett tvister vid AD.

Preskriptionsbestämmelser är vanligt förekommande i kollektivavtalens förhandlingsordningar. I dessa kollektivavtalsbestämmelser används ofta uttryck som antyder att det är rätten till förhandling som preskriberas. Bestämmelserna innebär likväl att även anspråken preskriberas.⁸⁹ Frågan är nu vilken verkan dessa bestämmelser har för enskilda arbetstagare.

AD har vid åtskilliga tillfällen *vid tillämpning av KAL* funnit att organiserade arbetstagare är bundna av de preskriptionsregler som återfinns i förhandlingsordningarna.⁹⁰ AD har därvid angivit att bestämmelserna skall tillämpas så i fråga om enskild medlem att denne är skyldig att för motparten klargöra sitt anspråk och grunden för det inom den tidsfrist som gällt ifall organisationen skulle ha påkallat förhandling. Medlemmen har sedan att väcka talan inom en frist som motsvarar den som organisationen har efter att förhandlingen avslutats. Den senare tidsfristens början skall beräknas från den tidpunkt som är närmast jämförlig med avslutande av central förhandling, vilket i flera fall har bedömts vara dagen efter att organisationen senast skulle ha begärt förhandling.

Skälet till att AD funnit att preskriptionsbestämmelserna skall vara bindande även för medlemmar är att syftet med dessa regler – huvudsakligen att få tvister lösta utan oskäligt dröjsmål – skulle förfelas om bestämmelserna på arbetstagarsidan endast var bindande för organisationerna.⁹¹ I annat fall skulle arbetstagarsidan även efter att preskription inträtt kunna få saken prövad genom att enskilda medlemmar och inte fackföreningen stod som part i målet.⁹²

Denna praxis kan på sätt och vis sägas ha kodifierats genom införandet av MBL. Fristen för organiserad arbetstagare att väcka talan bestäms numera bara delvis av förhandlingsordningar. Den organiserade har alltid en tilläggsfrist om en månad för att väcka talan. Fristen räknas från det att tiden för organisationen att påkalla förhandling eller väcka talan gick till ända. Detta följer av den tvingande bestämmelsen i 66 § MBL.⁹³

⁸⁹ Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 230.

⁹⁰ Se t.ex. AD 1975 nr 73 och AD 1977 nr 100 samt Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 319 med hänvisningar till äldre praxis.

⁹¹ AD 1969 nr 2.

⁹² Frågan har, såvitt jag kunnat finna, bara varit uppe när det gäller krav från arbetstagarsidan. Motsvarande resonemang låter sig föras beträffande arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal till följd av medlemskap i arbetsgivarorganisation.

⁹³ Av AD 1977 nr 60 framgår att även förutvarande medlem är bunden av preskriptionsregler i förhandlingsordning under den tid han är bunden av kollektivavtalet enligt 26 § MBL.

Preskriptionsbestämmelserna är således ägnade att reglera förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagare som är medlemmar i den avtalsslutande fackföreningen.⁹⁴ Hur förhåller det sig då för *utanförstående arbetstagare*?

För dessa är reglerna i 66–68 §§ inte direkt tillämpliga, eftersom utanförstående inte kan yrka skadestånd eller fullgörelse enligt kollektivavtal (64 § MBL *é contrario*). Frågan är då om de i kollektivavtal ingående preskriptionsbestämmelserna får utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare.

Fahlbeck menade 1974 att man måste utgå från att så är fallet. Det avgörande argumentet härför var, enligt Fahlbeck, att det med hänsyn till den synnerliga betydelse som preskriptionsreglerna har för arbetsgivaren, framstår som alldeles osannolikt att arbetsgivaren skulle ha accepterat andra och längre preskriptionsregler än dem som det gällande kollektivavtalet innehåller, om saken kommit på tal mellan arbetsgivaren och den utanförstående vid anställningstillfället. Det torde, fortfarande enligt Fahlbeck, ligga nära till hands att uppfatta preskriptionsreglerna som bruk vid företaget.⁹⁵

Frågan har därefter kommit upp i två fall.

AD 1977 nr 60. Fråga var bl.a. om en arbetstagare som under anställningen anslutit sig till kollektivavtalsbärande fackförening varit bunden av preskriptionsbestämmelser i kollektivavtalet avseende tiden före inträdet i fackföreningen. AD uttalade att det i kollektivavtalet saknades stöd för att preskriptionsbestämmelserna skulle vara tillämpliga för denna tid. Det kunde heller inte enligt AD antas att de avtalsslutande parterna åsyftat att ge avtalet en sådan innebörd. Slutligen anförde AD att det heller inte skulle låta sig göra att fastställa rimliga utgångspunkter för de tidsfrister som skulle gälla.

AD 1987 nr 53. Wiberg var oorganiserad och anställd hos kollektivavtalsbunden arbetsgivare.⁹⁶ Sedan anställningen upphört anslöt sig Wiberg till den avtalsslutande fackföreningen. Wiberg yrkade ersättning för traktement m.m. enligt bestämmelserna i kollektivavtalet. Arbetsgivaren gjorde gällande att Wibergs fordran var preskriberad enligt kollektivavtalets förhandlingsordning. Enligt AD saknades stöd för antagandet att parterna i det enskilda anställningsavtalet avsett att den för kollektivavtalsparterna

⁹⁴ Frågan om medlem kan vara bunden av preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal även beträffande anspråk som grundas på enskilda anställningsavtal behandlas av Fahlbeck i Om arbetsprocessrätt s. 327 f.

⁹⁵ Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 340 f.

⁹⁶ I målet hade arbetstagare och arbetsgivare träffat avtal om att tillämpa kollektivavtalets normer. Frågan torde ha bedömts på samma sätt även utan ett sådant avtal. Se ovan avsnitt 5.3.2.

gällande förhandlingsordningen och dess preskriptionsbestämmelser skulle vara tillämpliga i det enskilda anställningsförhållandet. Som skäl härför angavs att förhandlingsordningen i första hand reglerar förhållandet mellan kollektivavtalsparterna och att enskilda arbetstagare saknar förhandlingsrätt. Hänvisningen i anställningsavtalet till kollektivavtalet antogs därför enbart ta sikte på kollektivavtalets bestämmelser om löne- och anställningsvillkor. AD konstaterade vidare att någon utredning om vad som brukat tillämpas hos arbetsgivaren i fråga om preskription inte hade förebringats. Preskriptionsinvändningen ogillades.

Domarna ger besked om att preskriptionsregler i förhandlingsordningar inte på samma automatiska vis har utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare som löne- och anställningsvillkor i övrigt. Underlaget för att närmare ange under vilka förutsättningar preskriptionsregler får utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare är begränsat och måste närmast byggas på motsatsslut av de två ovannämnda domarna.⁹⁷ Så mycket är dock klart att redan den omständigheten att ett anställningsavtal hänvisar till kollektivavtalet eller utan direkt hänvisning får sitt innehåll från kollektivavtalet inte är tillräckligt. Något ytterligare måste tillkomma. Om arbetsgivare och arbetstagare varit av uppfattningen att preskriptionsbestämmelserna skall vara tillämpliga i förhållandet dem emellan är detta tillräckligt, men det torde vara ytterligt ovanligt att så är fallet. I AD 1987 nr 53 påpekar domstolen att någon utredning om vad som brukat tillämpas hos arbetsgivaren i fråga om förhandling och preskription inte hade förebringats. Uttalandet kan tyda på att preskriptionsreglerna blir bindande om de faktiskt tillämpats på arbetsplatsen. Om det därvid skulle vara tillräckligt att bestämmelserna tillämpats i förhållande till organiserade eller om det dessutom krävs belägg för att bestämmelserna tillämpats även i förhållande till utanförstående är oklart.

För egen del anser jag att det av rättssäkerhetsskäl är rimligt att preskriptionsbestämmelser i kollektivavtalens förhandlingsordningar inte tilläggs utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare, med mindre arbetsgivaren och arbetstagaren avtalat om just detta. Ett skäl härför är att reglerna vanligen på ett ganska ingripande sätt måste omtolkas för att kunna tillämpas på enskilda arbetstagare. Ett annat skäl är att grunden för att preskriptionsreglerna gjorts bindande för medlemmar i den avtalsslutande organisationen är att organisationen inte skall kunna kringgå reglerna genom att låta enskilda medlemmar väcka talan. Detta argument saknar betydelse för arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalsslutande organisationen. Mot bakgrund härav bör varken kollek-

⁹⁷ Jfr Sigeman i Löntagarrätt s. 118 not 17.

tivavtalsparternas uppfattning⁹⁸ eller det faktum att preskriptionsbestämmelser brukat tillämpas på visst sätt på arbetsplatsen medföra att utanförstående blir bunden av kollektivavtalets preskriptionsregler.

Det kan här anmärkas att preskriptionsbestämmelserna i 40–41 §§ LAS är semidipositiva och att en arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal som avviker från dessa regler får tillämpa kollektivavtalets regler även på utanförstående arbetstagare (2 § 6 st. LAS). Preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal som avviker från reglerna i LAS borde i likhet med vad som sagts ovan inte få utfyllande verkan, med mindre personligt avtal träffats härom.

Om utfyllande verkan av skiljeklausuler i kollektivavtal, se avsnitt 7.6.

5.3.6 Avvikelse genom personliga avtal

Mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och utanförstående arbetstagare råder avtalsfrihet. Kollektivavtalets normer får därför vika för personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Frågan om vad som krävs för att ett personligt avtal om avvikelse från den utfyllande regeln skall föreligga är ytterst sparsamt behandlad i praxis.

Innehållet i den utfyllande regeln hänvisar inte till vissa specifika materiella normer, såsom att viss uppsägningstid skall gälla. Regeln anvisar istället *en normkälla* ur vilken anställningsvillkoren skall hämtas. Att den utfyllande regeln har detta innehåll får konsekvenser för vilket innehåll ett avtal skall ha för att utgöra en avvikelse från regeln. Man kan här tala om avtalstema. Med termen avses vilket innehåll ett avtal skall ha för att avvika från en utfyllande regel (eller ett tidigare avtal).

Avvikelser från den utfyllande regeln kan ske på flera sätt. Ett sätt är att arbetsgivare och arbetstagare kommer överens om anställningsvillkor som avviker från någon materiell norm som kollektivavtalet föreskriver, t.ex. att den utanförstående arbetstagaren har rätt till några extra dagars semester. Den part som åberopar en sådan avvikelse har bevisbördan för att avtal med sådant innehåll träffats.

⁹⁸ Att kollektivavtalsparternas uppfattning diskuterades i AD 1977 nr 60 (domssamlingen s. 426 m) förklaras av att arbetstagaren hade inträtt i fackföreningen. Han blev därmed bunden av kollektivavtalet enligt 26 § MBL. Frågan var då om kollektivavtalet hade retroaktiv verkan, på så vis att arbetstagarens anspråk för förfluten tid hade omvandlats till kollektivavtalsgrundade anspråk. Detta var en fråga om tolkning av kollektivavtalet, varvid kollektivavtalsparternas uppfattning kunde ha varit avgörande.

Det personliga avtalet mellan arbetsgivare och arbetstagare är vanligen inte avsett att uttömmande reglera förhållandet mellan parterna. Avtalet förutsätts bli kompletterat med normer från annat håll. Att arbetsgivare och arbetstagare har avtalat om att lön skall utgå med visst belopp tolkas därför inte så att det är detta belopp som arbetstagaren har rätt till, utan överenskommelsen om viss lön kan kompletteras med kollektivavtalets bestämmelser om avdrag på lönen.⁹⁹ För att det personliga avtalet skall innebära en avvikelse från kollektivavtalets bestämmelser om löneavdrag fordras att individuella tolkningsdata pekar på att en avvikelse från just dessa normer har åsyftats.

Utanförstående kan inte på grund av kollektivavtalets utfyllande verkan fordra att komma i åtnjutande av andra kollektivavtalsförmåner än sådana som är generellt tillämpliga på den grupp av anställda han tillhör. Av AD 1977 nr 222 framgår att AD tänker sig att arbetsgivaren i det personliga avtalets form kan åta sig att utge samma lön till alla i en grupp av arbetstagare. Om arbetsgivaren senare höjer lönen för vissa av dessa arbetstagare, men underlåter att göra detta i förhållande till andra i gruppen, så utgör detta ett brott mot anställningsavtalet.¹⁰⁰

Vad krävs då för att arbetsgivaren skall ha gjort ett sådant åtagande? Att arbetsgivaren i allmänna ordalag yttrat att de utanförstående arbetstagarna inte skall bli sämre behandlade än medlemmar i den avtalslutande organisationen är inte tillräckligt för att konstituera ett sådant åtagande.¹⁰¹ Inte heller är det tillräckligt att arbetsgivare och arbetstagare när överenskommelsen om lön träffades hyste en gemensam uppfattning om att alla arbetstagare fortsättningsvis skall erhålla samma lön.¹⁰² Att arbetstagaren kan stödja sin uppfattning på en fast lönesättningspraxis förändrar inte situationen.¹⁰³ Det uttryckta avtalsinnehållet eller den gemensamma partsuppfattningen måste på ett mer konkret sätt anvisa att arbetsgivaren anser sig *skyldig* att till den utanförstående arbetstagaren utge mer än de förmåner som är generellt tillämpliga för den grupp arbetstagaren tillhör. Arbetsgivaren skall ha hyst eller givit uttryck för

⁹⁹ Jfr t.ex. AD 1985 nr 108.

¹⁰⁰ Domssamlingen s. 1411.

¹⁰¹ AD 1983 nr 184.

¹⁰² Jfr arbetsgivarföreträdarnas vittnesmål i AD 1984 nr 79 (s. 520). AD och TR:s majoritet ansåg att vad som förevarit inte konstituerade ett åtagande om att fortsättningsvis betala maskinisten Odenlid samma lön som övriga maskinister. En rådman i TR var skiljaktig och ansåg att arbetsgivaren måste ha insett att Odenlid utgick från att han fortsättningsvis skulle erhålla samma lön som övriga maskinister och att arbetsgivaren därför var skyldig att till Odenlid utge samma lön som till övriga maskinister (jfr dolusregeln i avsnitt 2.4).

¹⁰³ Se ovan vid not 69.

en rättverknings- eller allmän bundhetsvilja. Det är inte tillräckligt att arbetstagaren på goda grunder utgått från att han kommer att komma i åtnjutande av vissa förmåner. Och detta inte ens om arbetsgivaren förstått hans uppfattning.

Den normkälla som den utfyllande regeln anvisar är *det vid varje tidpunkt gällande kollektivavtalet*. Detta innebär i princip att utanförstående arbetstagares anställningsvillkor ändras med innehållet i kollektivavtalet, ehuru detta inte följer av 26 § MBL utan istället av vad som är innebörden av deras egna anställningsavtal med arbetsgivaren. Det är således inte de materiella normer som gällde vid anställningstillfället som bestämmer anställningsvillkoren, utan dessa kommer som huvudregel att variera med kollektivavtalet.¹⁰⁴

I AD 1991 nr 100 berörde domstolen frågan om under vilka förutsättningar arbetsgivaren i förhållande till utanförstående arbetstagare kan befria sig från skyldigheten att tillämpa kollektivavtalet. Mot bakgrund av att den rättsliga utgångspunkten är att arbetsgivaren och den utanförstående är fria att avtala om t.ex. andra lönevillkor än kollektivavtalets uttalade domstolen, att arbetsgivaren uppenbarligen kan ta initiativ till ett avtal om avvikelse från kollektivavtalet. ”Enligt arbetsdomstolens mening torde emellertid rättsläget dessutom principiellt sett få uppfattas så, om ett längre gående åtagande av arbetsgivaren inte uttryckligen har avtalats, att en förändring i kollektivavtalet i och för sig inte behöver godtas av någondera parten i det enskilda anställningsavtalet mellan arbetsgivaren och den utanförstående arbetstagaren och att *det därför räcker att arbetsgivaren vid det nya kollektivavtalets tillkomst klargör för arbetstagaren att han inte vill medge denne samma lönehöjning som enligt kollektivavtalet*” (kursiverat här).

Uttalandet tycks förutsätta att arbetsgivaren kan välja att inte tillämpa ett nytt kollektivavtal på utanförstående arbetstagare, utan att säga upp anställningen och därvid iakttä kravet på saklig grund. Däremot kan arbetsgivaren inte gärna ha möjlighet att ensidigt bestämma villkoren på annat sätt än som följer av antingen det nya eller det gamla kollektivavtalet, t.ex. genom att sänka lönen i förhållande till vad som tidigare har utgått. Uttalandet skulle kunna förstås så att arbetsgivaren har en option att antingen tillämpa det nya kollektivavtalet eller frysa utanförstående arbetstagares villkor i enlighet med det äldre avtalet. Men även uppfattat på detta vis framstår regeln – vilken uttalas i ett obiter dictum – som omotiverat gynnsam för arbetsgivaren.

¹⁰⁴ Se t.ex. NJA 1948 s. 1 och AD 1990 nr 33.

I det ovan återgivna uttalandet heter det att ingen av parterna i anställningsavtalet behöver godta en förändring av kollektivavtalet. Härav skulle man kunna förledas att tro att även arbetstagaren skulle kunna vägra att godta ett nytt kollektivavtal, som t.ex. medförde att vissa förmåner drogs in, och istället påfordra tillämpning av det äldre avtalet. Att så inte är fallet framgår av AD 1990 nr 33. Domstolen framhåller där att ett kollektivavtal om avveckling av en förmån får genomslag även för utanförstående arbetstagare med mindre de enskilda anställningsavtalen skall tolkas så att de just ifråga om förmånen varit undantagna från den eljest vanliga ordningen, att kollektivavtalet bestämmer anställningsvilkorens innehåll.¹⁰⁵ Av det sagda följer att om arbetsgivare och arbetstagare har kommit överens om vissa anställningsvillkor, som motsvarar kollektivavtalets, så anses anställningsavtalet in dubio inte avvika från innebörden av den utfyllande regeln.

Sammanfattningsvis kan sägas att den utfyllande regeln om kollektivavtalets utfyllande verkan p.g.a. sin uppbyggnad får ett starkt genomslag. För att en avvikelse från denna skall föreligga krävs att arbetsgivare och arbetstagare har avtalat om anställningsvillkor som avviker från de anställningsvillkor som framgår av kollektivavtalet eller, för det fall de överenskomna villkoren står i överensstämmelse med kollektivavtalet, det föreligger individuella tolkningsdata som tydligt pekar på att parterna avsett att avvika från den eljest vanliga ordningen; att det vid varje tidpunkt gällande kollektivavtalet bestämmer anställningsvilkorens innehåll. AD har inte varit beredd att utifrån mer diffusa individuella tolkningsdata anse att avvikelse har skett.

Genom 6 a § LAS åläggs dock arbetsgivare viss informationsplikt. Bestämmelsen har införts till uppfyllande av ett EG-direktiv.¹⁰⁶ Av bestämmelsen framgår att arbetsgivaren är skyldig att informera arbetstagaren om vilket kollektivavtal som är tillämpligt. Detta gäller även i förhållande till utanförstående arbetstagare.¹⁰⁷ Enligt Sigeman torde en försummelse från arbetsgivarens sida att lämna upplysningar om kollektivavtalets innehåll i vissa fall kunna påverka bedömningen av anställningens innehåll. Om det är fråga om för arbetstagaren betungande och överraskande förpliktelser borde, enligt Sigeman, arbetsgivarens för-

¹⁰⁵ Den i målet aktuella förmånen hade visserligen inte tidigare utgått p.g.a. kollektivavtal, utan snarast som bruk på arbetsplatsen. Något skäl att behandla förmåner som tidigare utgått enligt kollektivavtal annorlunda kan inte föreligga.

¹⁰⁶ Direktiv 91/533. Allmänt om regeln SOU 1993:32 s. 561 ff., 566 ff., och 773 ff. samt prop. 1993/94:67 s. 35 ff. och 62 ff. Se även Nielsen i Studier i arbetsrätt s. 237 ff. och Sigeman i Festskrift till Agell s. 581 ff.

¹⁰⁷ Prop. 1993/94:67 s. 63.

summelse att ge upplysning tala emot att förpliktelsen inlemmats i avtalet.¹⁰⁸ Jag delar Sigemans uppfattning men föredrar, närmast av systemematiska skäl, en något annan formulering. Kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagare har utformats som en utfyllande rättsregel. Det är fråga om en regel som tillgrips när annat inte har avtalats. Att denna regel skulle modifieras av att arbetsgivaren inte upplyser om innehållet i utfyllande rätt vinner varken stöd av lagtexten eller motiven. Däremot finns det utrymme att vid tillämpningen av denna regel utesluta vissa typer av kollektivavtalsbestämmelser från den utfyllande verkan som övriga delar av kollektivavtalet ger upphov till, såsom har skett beträffande preskriptionsbestämmelser. Om en viss typ av normer undantas från kollektivavtalets utfyllande verkan krävs ett personligt avtal för att bestämmelserna skall bli tillämpliga i relationen till utanförstående arbetstagare. Information från arbetsgivaren om innehållet i reglerna blir då i princip nödvändig för att ett personligt avtal – med innehåll som motsvarar kollektivavtalets normer – skall komma till stånd. En ren hänvisning till att kollektivavtalet skall tillämpas är t.ex. inte tillräckligt för att en i kollektivavtalet intagen preskriptionsbestämmelse skall ha företräde framför preskriptionslagens regler.¹⁰⁹

5.3.7 Avslutande synpunkter om kollektivavtalets utfyllande verkan

Reglerna om kollektivavtalets utfyllande verkan för utanförstående har en sammansatt bakgrund. Reglerna är delvis betingade av en strävan efter att tillförsäkra utanförstående arbetstagare viss grundtrygghet i form av anställningsvillkor. När det gäller att bestämma omfånget av grundtryggheten har AD särskilt tagit hänsyn till att omfattningen av området för det fria kraftspelet mellan olika intressen och intressegrupper på arbetsmarknaden inte skall begränsas. Vidare är reglerna ägnade att tillhandahålla metoder för reglering av utanförståendes anställningsvillkor som minskar transaktionskostnaderna.

I fråga om lön har avvägningen utfallit så att utanförstående p.g.a. den utfyllande regeln inte får del av alla de förmåner som arbetsgivaren utger till medlemmar i den avtalsslutande fackföreningen. Här har hänsynen till det fria kraftspelet mellan arbetsmarknadens parter vägt tyngst.

¹⁰⁸ Sigeman i Löntagarrätt s. 119 f. Se även samme författare i Festskrift till Agell s. 602 f.

¹⁰⁹ AD 1987 nr 53.

Behovet av en smidig reglering av utanförståendes anställningsvillkor tillgodoses genom att den utfyllande regeln inte anknyter till vissa materiella regler utan till vid varje tidpunkt gällande kollektivavtal. Att AD ställt sig avvisande till att inläsa längre gående åtaganden om t.ex. löneutveckling kan även ses som ett sätt att bevara flexibilitet över tiden i anställningsförhållanden.

Beträffande andra anställningsvillkor, som t.ex. arbetstid, semester och uppsägningstid, är kollektivavtalens bestämmelser normalt generellt utformade och tillämpliga på alla anställda. Frågor om differentiering mellan medlemmar i avtalsslutande fackförening och utanförstående arbetstagare är tillåtna för sådana villkor har därför inte uppkommit. Om frågan ställdes på sin spets är det är troligt att grundtryggheten här skulle göra sig gällande med större tyngd än ifråga om lönedifferenser.

Såvitt gäller preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal har utanförstående däremot fått en mer gynnsam ställning än medlemmar i avtalsslutande fackförening. I dessa fall har arbetsgivarens intresse av en smidig reglering fått vika för att skydda utanförstående, som inte biträds av fackförening, mot rättsförluster. Hur skiljeklausuler som ingår i kollektivavtal skall bedömas är oklart.¹¹⁰

5.4 Kollektivavtalets verkan för anställda hos utanförstående arbetsgivare

I avsnitt 5.3 behandlades fallet att en utanförstående arbetstagare var anställd hos en kollektivavtalsbunden arbetsgivare. I det här avsnittet behandlas situationen att arbetsgivaren inte är bunden av kollektivavtalet enligt 26 § MBL. Han är inte medlem i organisation som slutit avtal och har heller inte på egen hand tecknat kollektivavtal. Även här har parterna frihet att utforma anställningsvillkoren inom de ramar som följer av tvingande rättsregler i övrigt. I den mån viss fråga inte har lösts genom överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare måste anställningsförhållandet utfyllas med normer från annat håll. Frågan i detta avsnitt är under vilka förutsättningar kollektivavtalets normer i sådana situationer ger innehåll åt anställningsförhållandet. Det kan redan här anmärkas att det i princip saknar betydelse om arbetstagaren är organiserad eller ej.¹¹¹

¹¹⁰ Se avsnitt 7.6.

¹¹¹ Jfr dock NJA 1933 s. 147.

Kollektivavtalets normer blir bindande även i dessa relationer om anställningsavtalet uttryckligen hänvisar till detta. En målande beskrivning av hur det i praktiken kan gå till återfinns i AD 1991 nr 81. Vid anställningstillfället höll den utanförstående arbetsgivaren upp en grön bok vari kollektivavtalet i branschen fanns återgivet och yttrade att villkoren i boken skulle tillämpas.¹¹²

Normerna i kollektivavtalet för viss bransch kan också bli tillämpliga om kollektivavtalets bestämmelser konsekvent brukar tillämpas på arbetsplatsen.¹¹³ Härvid torde, på samma sätt som på arbetsplatser där arbetsgivaren är bunden av kollektivavtalet, även andra bestämmelser i kollektivavtalet än de som faktiskt tillämpats få utfyllande verkan. Undantag får dock, förutom sådana normer som berörts i avsnitt 5.3.4, även göras för bestämmelser som inte praktiskt låter sig tillämpas av utanförstående arbetsgivare. Ett exempel som brukar nämnas är regler om grupplivförsäkringar, där kollektivavtalsregleringen förutsätter att arbetsgivaren tecknar försäkring för sina anställda.¹¹⁴

I övrigt kan kollektivavtal såsom *sedvänja* utfylla anställningsavtalen i dessa relationer. I rättspraxis har så ansetts vara fallet bl.a. i fråga om uppsägningstid.

Att viss uppsägningstid skulle iaktas när tidsbestämda anställningar skulle bringas att upphöra var vid sekelskiftet ingalunda klart. Förhållandena växlade starkt mellan olika kategorier av anställda. Med tiden kom det dock att uppfattas som en allmän rättsgrundsats att skälig uppsägningstid skulle iaktas vid uppsägning av anställningsavtal, som löpte tillsvidare.¹¹⁵ I ett par mål som rörde tjänstemän anknöt HD vid bedömningen av vilken uppsägningstid som var skälig till 86 § kommissionslagen, som avsåg handelsresande.¹¹⁶ Först i NJA 1954 s. 230 hade kollektivavtalen på tjänstemannaområdet nått sådan utbredning att innehållet i dessa fick bestämma uppsägningstidens längd.¹¹⁷ Redan ett par år tidigare hade HD funnit att ett arbetarkollektivavtal dög till utfyllnad av uppsägningstidens längd för en arbetare inom cementindustrien.¹¹⁸ Rättsfallen har, såvitt gäller bestämmandet av uppsägningstid, numera huvudsakligen förlorat sin betydelse till följd av reglerna om uppsägningstid i 11 § LAS.

¹¹² Även utan en sådan uttrycklig hänvisning kan omständigheterna vara sådana att kollektivavtalets bestämmelser likväl anses avtalade mellan arbetsgivare och arbetstagare (AD 1975 nr 26 och NJA 1933 s. 147).

¹¹³ NJA 1968 s. 570 och t.ex. Sigeman i Löntagarrätt s. 120.

¹¹⁴ Sigeman i Löntagarrätt s. 121 f. Se även SAF:s yttrande i NJA 1968 s. 570.

¹¹⁵ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 98 ff.

¹¹⁶ NJA 1928 s. 188 och NJA 1943 s. 625.

¹¹⁷ Se även NJA 1963 s. 331.

¹¹⁸ NJA 1948 s. 799. Så bedömdes frågan även i SvJT 1927 ref. s. 57, som rörde en servitris.

På motsvarande sätt har kollektivavtalsbestämmelser om sjuklön (före sjuklönelagens införande) och övertidsersättning såsom sedvänja utfyllt anställningsförhållandet.¹¹⁹ Så anses även vara fallet vid fråga om vilken lön som skall utgå i avsaknad av överenskommelse härom.¹²⁰ I det följande skall redovisas hur bedömningen gått till.

Låt oss ta AD 1976 nr 65 som utgångspunkt för diskussionen. Omständigheterna var följande. En heltidsanställd arbetstagare med timlön hade arbetat övertid. Frågan var om övertidsarbete skulle ersättas med enbart den avtalade timlönen eller om därutöver skulle utgå övertidsersättning. Något avtal hade enligt AD inte träffats i frågan. AD uttalade följande.

”Enligt de för skilda sektorer av arbetsmarknaden normerande kollektivavtalen torde i det närmaste undantagslöst gälla att sådan heltidsanställd arbetstagare med fast arbetstid som över huvud taget är berättigad till kompensation för arbete på övertid har rätt till förhöjd ersättning vid utförande av sådant arbete. Det får antagas att förhållandet i största utsträckning är detsamma utanför det kollektivavtalsreglerade området. Mot den anförda bakgrunden talar starka skäl för att anse att ett anställningsavtal av nu angivet slag i vilket frågan om ersättning för övertid inte har uttryckligen reglerats är grundat på förutsättningen att förhöjd ersättning skall utgå vid övertidsarbete. Mot att anse arbetstagaren berättigad till sådan ersättning kan inte med fog invändas att det ej finns någon norm för bestämmande av övertidstilläggets storlek. I detta hänseende kan ledning sökas i den praxis som gäller inom branschen, varvid särskild hänsyn givetvis får tas till närmast tillämpligt kollektivavtal. I sista hand får övertidstilläggets storlek bestämmas med ledning av vad som i allmänhet brukar utges i orten för arbete som utförs under jämförliga förhållanden.”

Domen ger intryck av att domstolen först tillskapar en utfyllande regel av innebörd att heltidsanställd arbetstagare som har rätt till ersättning för övertidsarbete även har rätt till förhöjd ersättning vid utförande av sådant arbete. Grunden för att tillskapa en sådan utfyllande regel är att förhöjd ersättning normalt utgår. Det är således inte fråga om att, såsom i t.ex. 3 § köplagen, grunda avgörandet direkt på sedvänjan. Man kan uttrycka saken så att sedvänjan transformeras till en utfyllande rättsregel. Intrycket förstärks av AD 1991 nr 81 och 1991 nr 91 där domstolen tillämpar samma regel utan att undersöka om förhållandena på arbetsmarknaden alltfjämt var desamma som när 1976 års fall avgjordes.

¹¹⁹ NJA 1968 s. 570 respektive AD 1976 nr 65, 1991 nr 81 och 1991 nr 91.

¹²⁰ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 319 ff. och AD 1991 nr 26 (jfr NJA 1969 s. 409). Se även AD 1982 nr 142, 1983 nr 130 och 1986 nr 78.

Den närmare innebörden av denna utfyllande regel fastställs sedan genom innehållet i närmast tillämpliga kollektivavtal.

På motsvarande sätt synes HD ha resonerat i målen om uppsägningstid.

NJA 1948 s. 799. Fråga om uppsägningstid för arbetare i cementindustrin. Av utredningen i målet framgick att kollektivavtalen på de flesta områden, däribland byggnadsämnesindustrins, innehöll bestämmelser om uppsägningstid om minst en vecka. Mot bakgrund härav ansåg HD att arbetstagarerna var skyldiga att iaktta en skälig uppsägningstid och att en vecka var skäligt.

Också här tycks domstolen ha resonerat i två led. Först uppställs en regel om att arbetstagarerna skall iaktta skälig uppsägningstid och därefter preciseras denna regel med innehållet i närmast tillämpliga kollektivavtal. Även domskälen i NJA 1968 s. 570, som rörde sjuklön, är möjliga att uppfatta på detta sätt.

Det kan tyckas som om den här gjorda distinktionen är subtil i överkant. Den har dock ett visst värde. För det första visar den att det inte är nödvändigt att i en senare process åberopa bevisning att t.ex. förhöjd övertidsersättning utgår på breda sektorer av arbetsmarknaden. Den utfyllande regeln är vidare möjlig att tillämpa på områden där sedvänjan inte fått något genomslag, t.ex. för att kollektivavtal saknas i dessa branscher.¹²¹ Slutligen kan framhållas att inte varje på kollektivavtal grundad kutym får genomslag i anställningsavtal hos utanförstående arbetsgivare.

Vilka kriterier använder domstolarna för att en sedvänja skall transformerar till en utfyllande rättsregel? Något enkelt svar på frågan låter sig inte ges. Här skall bara några anteckningar göras. Det kan inledningsvis var av intresse att hänvisa till Ussings syn på frågan. Han framhåller framförallt två förhållanden som bör beaktas när det gäller att slå fast om en sedvänja skall förlänas bindande kraft. Det ena är hur allmän och fast sedvänjan är och det andra är om sedvänjans innehåll förtjänar att erkännas av rättsordningen. ”Domstolene vil ganske naturligt stille ringere Krav i den første Retning, naar Sædvanen er hensigtsmæssig og ikke strider mod almindelige Retsgrundsætninger. Hvis Sædvanen ikke har et anerkendelseværdigt Indhold, vil de derimod stille strenge Krav til Sædvanens Fasthed og til Beviset for Sædvanen.”¹²²

Uttalandet ger en god beskrivning av hur frågan behandlats på det område som här kan överblickas. Det är tydligt att domstolarna vid

¹²¹ NJA 1968 s. 570 och AD 1991 nr 91.

¹²² Ussing, Aftaler s. 439.

frågan om en viss sedvänja skall förlänas rättsbildande kraft lägger stor vikt vid att den har sin utbredning över skilda delar av arbetsmarknaden. Därvid brukar särskilt noteras om normerna iakttas även utanför det kollektivavtalsreglerade området.¹²³ Att en viss norm förekommer i ett riksavtal för viss bransch torde inte vara tillräckligt för att konstituera en sedvana av här angivet slag. Å andra sidan tycks inte det förhållandet att en viss reglering har en omfattande utbredning medföra att den som sedvänja transformeras till en utfyllande rättsregel, i de fall den står i strid med redan etablerade utfyllande regler. Det kan här erinras om att den av AD uppställda regeln om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt upprätthölls långt efter att regler om saklig grund för uppsägning införts i kollektivavtal för stora delar av arbetsmarknaden.¹²⁴ Att utfyllande regler, som är väl förenliga med rättsområdet i övrigt, kan uppställas även med svagt stöd i kutymer visas i AD 1978 nr 89.

De utfyllande regler om skälig uppsägningsstid, sjuklön och övertidsersättning som här berörts har alla karaktär av rättsliga standarder. Vid preciseringen av denna standard får sedvänjan i form av närmast tillämpligt kollektivavtal stort genomslag. I avsaknad av sådant kollektivavtal får lösningen sökas i mer skönsrättsliga hänsynstaganden.¹²⁵

Ovan angavs att det presumeras att kollektivavtalsbunden arbetsgivare brukar tillämpa kollektivavtalets normer även på utanförstående arbetstagare.¹²⁶ Någon motsvarande presumption upprätthålls inte när fråga är om en utanförstående arbetsgivare. Här är istället utgångspunkten istället att den som stöder sin talan på sedvänja har att visa att en sådan föreligger.¹²⁷ Om parten har lyckats visa att ett viss uniformt beteende föreligger och har domstolen bedömt att detta skall förlänas karaktär av rättsbildande sedvänja, åligger det å andra sidan motparten att visa att sådana omständigheter föreligger som utesluter sedvänjans rättsbildande effekt. Det kan t.ex. vara att personligt avtal med annat innehåll har träffats eller att bruk av annat slag tillämpas på arbetsplatsen. Detta torde gälla oavsett vilken partsställning som arbetstagare och arbetsgivare intar.¹²⁸

¹²³ AD 1976 nr 65 och 1991 nr 81 samt NJA 1968 s. 570.

¹²⁴ AD 1932 nr 100 och 1967 nr 17. Se beträffande frågan t.ex. Schmidt, SvJT 1968 s. 397 f. och Lind, SvJT 1968 s. 403. Se även Edlund i Tvärsnitt s. 473.

¹²⁵ AD 1976 nr 65 och 1991 nr 91. Se även Sigeman, Lönefordran s. 4 och särskilt samme författare i Arbetsrätten i utveckling s. 227 f.

¹²⁶ Ovan vid not 47.

¹²⁷ AD 1991 nr 81. Jfr dock AD 1976 nr 65 där någon bevisning inte tycks ha förebringats.

¹²⁸ NJA 1943 s. 625.

Kollektivavtalsnormernas genomslag hos utanförstående arbetsgivare torde vara betydligt svagare än i relationen mellan kollektivavtalsbunden arbetsgivare och utanförstående arbetstagare. En modell för att öka kollektivavtalsnormernas genomslag hos utanförstående arbetsgivare är genom regler om s.k. allmängiltigförklaring. Sådana regler är vanliga i Europa men saknas i Sverige och Danmark.

Enligt den finska arbetsavtalslagen är arbetsgivare skyldig att betala utanförstående åtminstone de löne- och andra anställningsvillkor, som bestämts för ifrågavarande eller därmed jämförligt arbete i riksomfattande kollektivavtal, vilket bör anses vara allmänt i vederbörande bransch (17 § 2 mom.). Ett kollektivavtal anses allmängiltigt om ungefär hälften av arbetstagarna i branschen omfattas av avtalet. Personliga avtal som strider mot allmängiltiga kollektivavtal är ogiltiga. Sedan 1993 finns även i Norge en lag om allmänförklaring av kollektivavtal.

Syftet med regler om allmängiltigförklaring av kollektivavtal lär i första hand vara att hindra inhemsk låglönekonkurrens. Regler om allmängiltigförklaring innebär ett starkare statligt ingrepp för reglering av anställningsvillkor än regler som bygger på att kollektivavtalet får effekt i kraft av sedvänja. Avsaknaden av regler om allmängiltighet kan dock kompenseras av relativt starka fackliga organisationer med vidsträckta möjligheter att vidta stridsåtgärder.¹²⁹

¹²⁹ Se om allmängiltiga kollektivavtal framförallt Ahlberg & Bruun, Kollektivavtal i EU. Se även Källström & Sigeman, NORD 1990:93 s. 27 ff.

6 Avtal om anställningsform

6.1 Inledning

I LAS skiljs mellan *tillsvidareanställning* och *tidsbegränsad anställning*. Av 4 § 1 st. LAS framgår att anställningsavtal gäller tillsvidare om annat inte avtalats.¹ Vid en tillsvidareanställning är anställningstiden inte bestämd på förhand. Anställningen upphör i normalfallet först efter uppsägning. Genom att uppsägningstid skall iakttas får parterna möjlighet att ordna sin framtida situation. För att arbetsgivaren skall få bringa anställningen att upphöra krävs att saklig grund föreligger. Vid tidsbegränsad anställning, å andra sidan, upphör anställningen vid anställningstidens utgång.² Någon uppsägning behöver inte ske. I vissa fall måste dock arbetsgivaren underrätta arbetstagaren om att han inte kommer att erhålla fortsatt anställning (15 § LAS). Något krav på att arbetsgivaren skall ha saklig grund för att avsluta en sådan anställning uppställs heller inte.

Tillsvidareanställning var redan vid införandet av LAS den vanligaste anställningsformen.³ Anställningsskyddet kom därför huvudsakligen att anknytas till denna anställningsform. Skyddet utformades främst som ett förbud mot uppsägningar utan saklig grund. Som en följd av denna rättstekniska lösning blir anställningsskyddet vid tidsbegränsade anställningar, där anställningen upphör utan uppsägning, generellt sett sämre.

I vissa situationer kan tidsbegränsade anställningar ge ett bättre skydd. Detta sammanhänger med att det inte är möjligt att avbryta tidsbegränsade anställningar i förtid utan att motparten grovt åsidosatt sina åligganden eller avtalet t.ex. blivit oskäligt betungande.⁴ Denna allmänna regel är dis-

¹ Motsvarande bestämmelse återfanns i 5 § 1 st. LAS 1974.

² Vikariat kan dock i vissa fall övergå till tillsvidareanställningar (se 5 § 2 st. LAS med övergångsbestämmelser).

³ SOU 1973:7 s. 135. Se även Schmidt, Tjänsteavtalet, 2 uppl., s. 60 ff.

⁴ Se t.ex. AD 1979 nr 152 samt SOU 1993:32 s. 425 ff.

positiv. I den mån parterna inte avtalat om uppsägningsrätt under anställningstiden ger en tidsbegränsad anställning *under anställningstiden* ett bättre anställningsskydd.⁵ Det har även gjorts gällande att tidsbegränsade anställningar kan vara ett sätt för svaga grupper på arbetsmarknaden, som t.ex. ungdomar och handikappade, att komma in på den reguljära arbetsmarknaden.⁶

Beträffande t.ex. besittningsskyddet för bostadshyresgäster har skyddet för fortsatt avtalsförhållande fått en annan rättsteknisk utformning än i LAS. Skyddet är där uppbyggt som en rätt till förlängning istället för ett förbud mot uppsägning. Uppsägningar är alltså tillåtna men hyresgästen har rätt till förlängning (12 kap. JB, särskilt 46 §). Med en sådan lösning föreligger inte samma skäl att begränsa möjligheterna till tidsbegränsade avtal (jfr 12 kap. 3 § JB).

Eftersom anställningsskyddet anknyter till tillsvidareanställningar måste bruket av tidsbegränsade anställningar motverkas. Anställningsskyddet skulle annars alldeles för lättvindigt kunna kringgå.⁷ I LAS sker detta främst genom att tidsbegränsade anställningar bara tillåts i särskilt angivna situationer (5–6 §§). Sedan den 1 januari 1997 tillåts arbetsgivare träffa avtal om s.k. *överenskommen visstidsanställning* (5 a § LAS). Denna anställningsform får beträffande samma arbetstagare omfatta sammanlagt högst tolv månader under tre år. En arbetsgivare får samtidigt ha högst fem arbetstagare med överenskommen visstidsanställning.⁸ En tidsbegränsad anställning får även avse bl.a. vikariat, tillfällig arbetsanhopning och provanställning samt avtal för viss tid, viss säsong och visst arbete, om det föranleds av arbetets särskilda beskaffenhet. Tidsbegränsad anställning kan vara tillåten även i andra fall med stöd i centralt eller lokalt kollektivavtal (2 § 3–4 st. LAS), eller i annan lag samt förordning som meddelats med stöd av lag (2 § 1 st. LAS).⁹

Därutöver har den utfyllande regeln om att anställningsavtal gäller tillsvidare sagts tjäna detta ändamål.¹⁰ Vid tvist om en giltig tidsbe-

⁵ Se t.ex. SOU 1973:7 s. 138.

⁶ SOU 1993:32 s. 300 f.

⁷ Jfr situationen i AD 1941 nr 140 där en arbetsgivare anställt arbetstagare för en dag i sänder och därigenom inte behövde iaktta den uppsägningstid som kollektivavtalet föreskrev för tillsvidareanställda.

⁸ Se vidare prop. 1996/97:16 s. 29 ff. och 48 f.

⁹ Se vidare t.ex. Källström i Löntagarrätt s. 165 ff., Lunning, Anställningsskydd s. 147 ff. och Henning, Tidsbegränsad anställning s. 243–365. Om förekomsten och utformningen av från lagen avvikande kollektivavtal, se SOU 1993:32 s. 271 ff. Avvikande författningsbestämmelser finns t.ex. i 9 § anställningsförordningen.

¹⁰ Källström i Löntagarrätt s. 164 och Henning, Tidsbegränsad anställning s. 227.

gränsning föreligger brukar först prövas om avtal om tidsbegränsning har träffats mellan parterna och därefter om en sådan begränsning är tillåten enligt reglerna i 5–6 §§ LAS.¹¹

De regler om bevisbörda och klargörandeplikt som formulerats för tvister om annan anställningsform än tillsvidareanställning föreligger är neutralt utformade. I t.ex. AD 1976 nr 81 heter det att oklarhet om anställningsform bör gå ut över den som påstår att annan anställningsform än tillsvidareanställning har avtalats. Reglerna gäller oavsett om arbetsgivaren eller arbetstagaren hävdar att annan anställningsform har avtalats.¹² Det har hävdats att det av regelns syfte följer att kraven ställs högre om arbetsgivaren påstår att tidsbegränsad anställning föreligger än om arbetstagaren gör det.¹³

I de följande avsnitten behandlas frågan om under vilka förutsättningar tidsbegränsad anställning har kommit till stånd. Utgångspunkten är därvid att arbetsgivaren påstår att anställningen är tidsbegränsad, medan arbetstagaren bestrider detta och menar att den dispositiva regeln om tillsvidareanställning skall gälla. Vidare är en utgångspunkt att ingen av parterna påstår att anställningsavtalet är ogiltigt p.g.a. dissens.¹⁴ Fallet att arbetstagaren påstår att ett personligt avtal om starkare anställningsskydd har träffats, berörs i avsnitt 6.9.

Även det lagstadgade anställningsskyddet i Finland och Norge anknyter huvudsakligen till tillsvidareanställningar. Möjligheten att ingå tidsbegränsande anställningar har därför begränsats. I båda länderna anses anställningar i avsaknad av avtal gälla tillsvidare. Åtminstone i Finland har gjorts gällande att arbetsgivaren är skyldig att visa att arbetstagaren vid anställningstillfället insåg eller borde ha insett att anställningen gällde för viss

¹¹ Se t.ex. AD 1976 nr 23 och 1977 nr 186 samt Henning, Tidsbegränsad anställning s. 227 f.

¹² Reglerna kan vara tillämpliga även om båda parter påstår att anställningen är tidsbegränsad. Vid tvister där arbetsgivaren påstår att en provanställning är för handen medan arbetstagarsidan menar att anställningen avser viss tid, har reglerna tillämpats till arbetstagarens förmån. Skälet härtill är att den anställningsform vilken arbetsgivaren förordar innebär en mer påtaglig begränsning av anställningsskyddet (AD 1988 nr 143 och 1991 nr 81). Jfr AD 1977 nr 24 där arbetsgivaren påstod att anställningen gällde tillsvidare medan arbetstagaren ansåg att en visstidsanställning förelåg. I AD 1977 nr 92 var frågan om en anställning av musiker avsåg två dagar eller en månad. Någon uttrycklig överenskommelse hade inte träffats. Med hänsyn till att musikerna vid restaurangen normalt anställdes för en månad, ansågs avtalet gälla för denna tid.

¹³ Källström i Löntagarrätt, s 164.

¹⁴ Jfr AD 1996 nr 47.

tid.¹⁵ I Danmark skiljer man mellan anställningsavtal som är opsigelig respektive tids- eller opgavebegränsad.¹⁶ Danmark saknar generell lagstiftning om anställningsskydd och uppdelningen tycks därför inte ha samma rättsliga laddning som i övriga Norden. Normalt utgår man från att anställningar gäller tillsvidare (är opsigelig). Några begränsningar i rätten att avtala om tidsbegränsade anställningar föreligger i princip inte.

6.2 Bevisbördan

Såväl i motiven som i rättspraxis har framhållits att en följd av 4 § 1 st. LAS är att det, vid oklarhet om vilken anställningsform som gäller, ankommer på den som hävdar att ett anställningsavtal avser något annat än tillsvidareanställning, att bevisa detta.¹⁷ Stadgandet har också betecknats som en presumptionsregel.¹⁸ I andra fall har domstolen sagt att oklarheten bör drabba den som påstår annan anställningsform än tillsvidareanställning.¹⁹ Någon skillnad i betydelse mellan uttryckssätten synes inte vara åsyftad.

Som Henning framhåller följer det redan av allmänna regler att bevisbördan har denna placering.²⁰ När regeln beskrivs som en presumption överensstämmer språkbruket inte med det språkbruk som används inom processrätten. Där brukar termen *presumption* huvudsakligen användas som beteckning för de regler som kastar om bevisbördan i förhållande till vad som följer av allmänna regler.²¹

Vad avses då med att, när oklarhet råder om vilken anställningsform som gäller, den part har bevisbördan som påstår att avtal om tidsbegränsad anställning har träffats? Oklarheten kan avse flera saker. Det vara oklart vad som är det uttryckta avtalsinnehållet (lydelsen eller tydningsunderlaget) eller om parterna haft en gemensam uppfattning. Det kan vidare vara oklart vad det uttryckta innehållet betyder. När avtal används som rättsfaktum i en rättsregel, såsom är fallet i 4 § 1 st. LAS, utgör det

¹⁵ För Finland se 2 § arbetsavtalslagen och Sarkko, Arbetsrätt s. 64 f. För Norge se § 58 A arbeidsmiljøloven och Fanebust vid NJM 1996.

¹⁶ Hasselbalch, Ansættelsesretten s. 81 ff.

¹⁷ Prop. 1973:129 s. 145, prop. 1981/82:71 s. 117 och t.ex. AD 1996 nr 7, 1990 nr 92, 1986 nr 146, 1985 nr 40 samt 1976 nr 88.

¹⁸ Prop. 1981/82:71 s. 117, AD 1986 nr 146, 1994 nr 147 och Lunning, Anställningsskydd s. 95.

¹⁹ Se t.ex. AD 1984 nr 45. I 1988 nr 143 uttrycks samma sak med ”gå ut över”.

²⁰ Henning, Tidsbegränsad anställning s. 227.

²¹ Ekelöf & Boman, Rättegång IV s. 77 f. och Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s. 316.

ett *komplextt rättsfaktum*.²² Avtal kan konstitueras av ett flertal faktiska omständigheter i förening. Det är inte på förhand givet vilka fakta som kan grunda avtal. Det finns flera tänkbara konstellationer av fakta som kan konstituera avtal.²³ När det sägs att den part som påstår att tidsbegränsad anställning föreligger har bevisbördan för detta måste därmed avses att han har bevisbördan för de *faktiska omständigheter* (konkreta rättsfakta) som konstituerar avtal med detta innehåll. I t.ex. AD 1976 nr 81 ansågs inte utrett att arbetsgivaren lämnat sådana besked som skulle ha lett till att avtal om tidsbegränsad anställning träffats.²⁴ Detta bör dock endast betraktas som en huvudregel för bevisbördans placering. Det är inte uteslutet att motparten kan åläggas bevisbördan för något eller några av de fakta som grundar avtal, om det t.ex. rör sig omständigheter som motparten har lättare att förebringa bevisning om.²⁵

Om domstolen funnit vissa faktiska omständigheter styrkta är det sedan *en rättsfråga* om dessa kan konstituera ett avtal. Att beträffande denna fråga tala om bevisbörda eller presumtion är missvisande. För rättsfrågor gäller inga bevisbörderegler.²⁶

6.3 Avtalstemat

För att ett anställningsförhållande skall ha annan anställningsform än tillsvidareanställning är det t.ex. inte tillräckligt att arbetstagaren förstår att arbetsgivaren avser att anställningen skall vara kortvarig.²⁷ För att parterna skall ha avvikit från 4 § 1 st LAS måste av det personliga avtalet framgå vid vilken tidpunkt anställningen skall upphöra.²⁸

Tidpunkten för anställningens upphörande kan bestämmas på olika sätt. Ett enkelt sätt är att i avtalet ange ett slutdatum eller att anställning skall vara under viss tid, t.ex. tre månader. Anställningens upphörande kan även sättas i relation till en framtida händelse, såsom att ett visst arbete har slutförts (objektsanställning) eller att ordinarie befattningsinnehavare återinträder i tjänst (vikariat). Tidsbestämningen sägs i

²² Se om begreppet Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s. 27 och Ekelöf, De lege 1991 s. 220. Se även Adlercreutz, Arbetstagarbegreppet, s. 223 ff.

²³ Se om olika modeller för avtalsslut t.ex. Adlercreutz, Avtalsrätt I, kap 3.

²⁴ Motsvarande formuleringar finns i t.ex. AD 1984 nr 45.

²⁵ Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor s. 317.

²⁶ Lindell, Partsautonomins gränser s. 33. Se för motsvarande beträffande godtrosförvärv, Håstad, Sakrätt s. 68.

²⁷ AD 1996 nr 7 och 1996 nr 132.

²⁸ Se t.ex. AD 1976 nr 23 s. (205 x).

de senare fallen vara relativ.²⁹ Av avtalet skall då framgå vid vilken framtida händelse som anställningen upphör. För att avtal om provanställning skall föreligga måste på motsvarande vis av anställningsavtalet framgå att anställningen kan avbrytas under provotid utan uppsägning (6 § LAS). Ett sådant avtal kan slutas antingen genom att detta uttrycks i klartext eller att anställningen i det uttryckta avtalsinnehållet betecknas som en provanställning.

Som tidigare nämnts krävs för att en giltig tidsbegränsning skall föreligga förutom att avtal om viss tidsbegränsning träffats även att tidsbegränsningen är tillåten enligt 5–6 §§ LAS.³⁰ Beträffande vikariat har AD uppställt ett särskilt krav på vad som skall framgå av avtalet. I AD 1976 nr 23 uttalar domstolen följande.

”För att ett vikariat i den mening som avses i (5 § 2 p. LAS) skall föreligga räcker det inte med att arbetstagaren upplyses om att han skall vara vikarie och om den tid vikariatet skall avse. I syfte att hindra att lagens regler om tillsvidareanställning kringgås bör dessutom fordras att ersättarens anställning knyts till viss ledig arbetstagares anställning eller annars till bestämd ledig befattning. Det är härvid inte tillräckligt att arbetsgivaren i sin personalredovisning hänför ersättaren till viss ledig arbetstagare eller viss ledig befattning. Anknytningen måste i princip ske genom avtalet om vikariatsanställning, låt vara att sambandet ofta i praktiken framgår av omständigheterna och därför inte alltid behöver komma till uttryck i anställningsbevis eller liknande. Det väsentliga är att det redan vid anställningstillfället står klart vem arbetsgivaren avser att ersättaren skall vikariera för eller vilken befattning vikariatet skall avse.”

Enligt den uppställda regeln fordras alltså att det föreligger en anknytning mellan vikarien och en viss ledig arbetstagares anställning eller viss befattning.³¹ Därutöver krävs i princip att *denna anknytning skall framgå av anställningsavtalet*. Det är inte tillräckligt att det av anställningsavtalet framgår när eller under vilka omständigheter anställningen skall upphöra och att arbetsgivaren i efterhand kan visa att vikarien faktiskt ersatt en ledig arbetstagare eller upprätthållit en vakant befattning. Syftet med att uppställa ett sådant krav på avtalets innehåll är enligt domstolen att hindra kringgående av lag. Genom att anknytningen framgår av anställningsavtalet ges arbetstagarsidan möjlighet att kontrollera om vikariatet är tillåtet eller inte.

²⁹ Henning, Tidsbegränsad anställning s. 194.

³⁰ Här bortses från de fall där tidsbegränsad anställning är tillåten enligt författning, annan lag eller kollektivavtal (2 § LAS).

³¹ Se om innebörden av kravet på anknytning framförallt Henning, Tidsbegränsad anställning s. 270 ff. och Lunning, Anställningsskydd s. 156 ff.

Tre ledamöter var skiljaktiga. Även minoriteten menade att det i syfte att hindra kringgående av bestämmelserna om tillsvidareanställning i princip fordras att ersättarens anställning knyts till viss ledig arbetstagares anställning. Däremot synes minoriteten inte mena att anknytningen måste framgå av anställningsavtalet. Enligt minoriteten borde i den praktiska tillämpningen av regeln hänsyn kunna tas till omständigheterna i det enskilda fallet, om det kan konstateras att arbetsgivaren inte avsett att söka kringgå lagens bestämmelser. Härigenom skulle förhindras att i och för sig obetydliga brister i den formella handläggningen av ett anställningsärende får alltför långtgående konsekvenser.

Även majoriteten ansåg att den uppställda regeln kunde riskera att uppfattas som onödigt formell men framhöll att det låg ett betydande värde i att konsekvent upprätthålla entydiga och klara regler för vikariatet som anställningsform.

I AD 1976 nr 23 har domstolen nyttjat ett avtalsrättsligt moment för att öka arbetstagarnas möjlighet att kontrollera om den tidsbegränsade anställningen stått i överensstämmelse med LAS. Den uppställda regeln synes inte ha annat stöd i motiven till LAS än att det där ges prov på en allmänt avvisande hållning till förekomsten av tidsbegränsade anställningar som framstår som omotiverade.³²

Det avtalsrättsliga anknytningskrav som uppställdes i AD 1976 nr 23 har i senare praxis både bekräftats och urholkats. Således har AD i ett flertal fall upprepat att det krävs en avtalsrättslig anknytning utan att detta konkret prövats i målen.³³ Regeln tillämpades åter i AD 1985 nr 130.

Målet rörde ett flertal vikariat för skötare och elevassistenter vid en statlig specialskola för handikappade barn och ungdomar. Frågan var bl.a. om det för vikarierna stått klart vilka ordinarie tjänsteinnehavare de ersatt. Inledningsvis framhåller AD att av domstolens praxis framgår att anknytningen *bör* framgå av anställningsavtalet och att det vid anställningen skall stå klart för ersättaren i fråga för vem han eller hon skall vikariera. Enligt AD hade vikarierna själva inte alltid haft full vetskap om vilka de vikarierade för. Det var dock ostridigt i målet att vikarierna haft möjlighet att få reda på saken. Dessutom torde det, enligt AD, ofta ha framgått av omständigheterna vem vikarien ersatt. Någon anmärkning kunde därför i detta avseende inte riktas mot vikariaten.

En förskjutning i domskälen mellan domarna AD 1976 nr 23 och 1985 nr 130 kan noteras. Enligt 1976 års fall måste anknytningen i princip

³² Se t.ex. prop. 1973:129 s. 144 f.

³³ AD 1977 nr 186, 1978 nr 17, 1984 nr 64 och 1985 nr 53.

framgå av det personliga avtalet medan motsvarande formulering i 1985 års fall är att anknytningen bör ske genom anställningsavtalet. Därutöver ansågs det i 1985 års fall inte nödvändigt att arbetstagarna kände till anknytningen, utan det var tillräckligt att dessa haft möjlighet att få reda på saken. AD synes i detta mål ligga nära minoritetens uppfattning i AD 1976 nr 23. Frågan om anknytningen framgår av avtalet behandlas inte som ett särskilt rekvisit för om ett giltigt vikariat föreligger utan synes utgöra ett moment bland andra vid helhetsbedömning av om anknytningen till ledig befattningshavare är tillräckligt stark.³⁴ Betydelsen av den avtalsrättsliga anknytningen spelar en mer underordnad roll än som framgår av AD 1976 nr 23.³⁵

AD har för andra typer av tidsbegränsade anställningar inte varit beredd att uppställa särskilda krav på att det av anställningsavtalet skall framgå på vilka grunder en anställning är tidsbegränsad. I AD 1983 nr 113 gjorde arbetstagsidan gällande att så borde ske. Målet rörde en anställning som enligt arbetsgivaren var tidsbegränsad med hänsyn till arbetets särskilda beskaffenhet. Arbetstagsidan menade att tidsbegränsningen inte var tillåten om inte arbetets särart framgick av anställningsavtalet. AD avvisade tanken med hänvisning till att man inte utan stöd i lagtext eller förarbeten kan uppställa det formella kravet att arbetsgivaren uttryckligen skall precisera vilket lagrum som åberopas i det enskilda fallet. Det kan här anmärkas att något stöd i lagtext eller förarbeten inte synes ha förelegat när domstolen i AD 1976 nr 23 uppställde ett särskilt avtalsrättsligt anknytningskrav. Även i AD 1983 nr 113 hade det varit möjligt att säga att ett sådant krav skulle underlätta för arbetstagsidan att kontrollera att anställningsformen var tillåten och därmed bidra till att hindra att lagens regler om tillsvidareanställning kringgås. Domarna 1983 nr 113 och 1985 nr 130 kan tas till intäkt för att en kursändring inträtt efter införandet av LAS 1982 i förhållande till möjligheten att uppställa särskilda krav på anställningsavtalets innehåll för att en giltig tidsbegränsning skall föreligga.³⁶

³⁴ Jfr minoriteten i AD 1985 nr 130 som gör en sådan helhetsbedömning, men med annan utgång.

³⁵ Liknande i AD 1994 nr 22.

³⁶ Se även Lunning, Anställningsskydd s. 156, beträffande praxis från samma tid om s.k. rullande visstidsanställningar.

6.4 Formkrav, informationsplikt och gemensam partsuppfattning

För att anställning skall komma till stånd fordras inte att skriftlig form iakttas. Inte heller upprätthålls något krav på att vissa typer av villkor upprättas skriftligen. I motiven till LAS diskuterades om något krav på viss form skulle uppställas för att avtal om tidsbegränsad anställning skulle anses träffat, t.ex. i form av ett särskilt anställningsbevis. Tanken avvisades bl.a. med tanke på helt kortvariga anställningar.³⁷

Enligt 6 a § LAS skall arbetsgivaren skriftligen informera arbetstagaren om villkoren för anställningen senast en månad efter att arbetstagaren tillträtt anställningen. Information skall bl.a. innehålla uppgifter om anställningsform. Informationsplikten tjänar, såsom den utformats i 6 a § LAS, främst till att undanröja oklarheter i anställningsförhållanden. Genom att göra arbetstagarna medvetna om sina rättigheter antas reglerna även tillgodose intresset av att normerna verkligen kommer att tillämpas.³⁸ Arbetsgivare som bryter mot 6 a § LAS kan åläggas att utge allmänt skadestånd. Däremot innebär inte regeln att muntliga avtalsvillkor är ogiltiga. Kravet på skriftlig information utgör inte ett formkrav.

Det är vanligt att kollektivavtal innehåller en föreskrift att anställningsavtal skall bekräftas skriftligen. Sådana bestämmelser återfinns även i 11 § lagen om husligt arbete och 4 § sjömanslagen. Dessa bestämmelser uppfattas allmänt som ordningsföreskrifter och utgör inte ett villkor för att anställning skall komma till stånd.³⁹

Även i konsumenträttslig lagstiftning förekommer bestämmelser vilka ålägger näringsidkare att skriftligen informera om (vissa delar av) avtalsvillkoren. Tidigare var sådana bestämmelser inte direkt avtalsrättsligt sanktionerade. Om t.ex. ett försäkringsbolag underlåter att lämna information enligt 5–8 §§ konsumentförsäkringslagen skall marknadsföringslagens regler tillämpas. Informationsplikten är, som det heter i motiven, inte av civilrättslig utan av marknadsrättslig natur.⁴⁰ Under senare år har dock på konsumenträttens område införts lagregler med viss ogiltighetsverkan. Av 11 § fastighetsmäklarlagen framgår att avtal om fastighetsmäklaruppdrag skall upprättas skriftligen. Mäklaren får inte åberopa ett avtalsvillkor som inte har överenskommits skrift-

³⁷ SOU 1973:7 s. 173. Se även prop. 1973:129 s. 236. Kollektivavtalsbunden arbetsgivare skall underrätta fackföreningen om att han ingår avtal om tidsbegränsad anställning (28 § LAS). Regeln har inga avtalsrättsliga rättsföljder.

³⁸ Prop. 1993/94:67 s. 36 f. och Sigeman i Festskrift till Agell s. 595 (se även s. 586 ff.).

³⁹ Källström i Löntagarrätt s. 161 och Henning, Tidsbegränsad anställning s. 228 f.

⁴⁰ Prop. 1979/80:9 s. 110 f.

ligen. Däremot kan uppdragsgivaren åberopa muntliga villkor.⁴¹ En likartad reglering finner man i 9 § konsumentkreditlagen.⁴² Även på försäkringsområdet finns lagförslag med liknande utformning.⁴³ Man kan för dessa fall tala om ett *asymmetriskt formkrav*. Någon enhetlig trend är det dock inte fråga om. I 8 § paketreselagen anges att avtal som huvudregel skall upprättas skriftligen. Till skillnad mot lösningen i mäklarlagen hindrar bestämmelsen inte någon av parterna att åberopa muntliga avtal.⁴⁴

Skälet för att införa sådana regler är att dessa anses ha en preventiv effekt. De är ägnade att för näringsidkaren inskräpa vikten att avvikande villkor ges skriftlig form. Nackdelen med asymmetriska formkrav är att sådana krav i enskilda fall kan leda till resultat som framstår som orimliga.

Enligt § 58 A i den norska arbetsmiljøloven skall avtal om tidsbegränsade anställningar ingås skriftligen. Bestämmelsen anses medföra att muntliga avtal om tidsbegränsad anställning är ogiltiga, och att lagens uppsägningsregler m.m. skall tillämpas.⁴⁵

Avgörande för om avsteg från stadgandet i 4 § 1 st. LAS har gjorts är i första hand *parternas gemensamma uppfattning* om vad som avtalats. Av motiven till LAS 1974 framgår att en anställning är tidsbegränsad om det är uppenbart för båda parter att den överenskommelse som de träffar gäller för viss tid eller för visst arbete.⁴⁶ Det avgörande är att båda parter vid anställningstillfället verkligen varit av uppfattningen att anställningen är på visst sätt tidsbegränsad.⁴⁷ Något krav på att den gemensamma partsuppfattningen tagit sig några språkliga eller andra uttryck uppställs inte.

AD 1976 nr 8 rörde en protokollsanteckning till byggnadsavtalet i dess lydelse före ikraftträdandet av LAS 1974. Enligt protokollsanteckningen skulle vissa uppsägningsregler inte tillämpas när "anställningen *uttryckligen* ingåtts för viss tid eller för den tid, som åtgår till utförande av visst arbete" (kurs. här). AD uttalade att av ordet "uttryckligen" fick anses följa att

⁴¹ Prop. 1994/95:14 s. 74.

⁴² Prop. 1991/92:83 s. 84 ff.

⁴³ SOU 1986:56 s. 497 ff. (Personförsäkringslag), SOU 1989:88 s. 273 ff. (Skadeförsäkringslag) samt Ds 1993:39 s. 140 ff. (Ny försäkringsavtalslag).

⁴⁴ Prop. 1992/93:95 s. 75.

⁴⁵ Friberg, Arbetsmiljøloven s. 388 och Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 137. En likartad regel finns i fransk rätt (Sigeman i Festskrift till Agell s. 588).

⁴⁶ Prop. 1973:129 s. 145.

⁴⁷ Se t.ex. AD 1984 nr 120. Se även AD 1982 nr 83. "Avgörande för innehållet är vad parterna har avsett och inte hur t.ex. ett anställningsbevis formulerats."

en förutsättning för att uppsägningsreglerna inte skulle tillämpas var att det blivit klart fastslaget mellan parterna i anställningsavtalet, att anställningen var tidsbegränsad. Mot bakgrund av utredningen i målet ansåg domstolen att arbetstagarna inte kunde antagas ha haft uppfattningen att det var fråga om tillsvidareanställningar.

Målet visar att det enligt domstolen är tillräckligt att parterna hyser en gemensam uppfattning för att avtal om tidsbegränsad anställning skall föreligga även när ett krav på uttryckligt avtal uppställts i ett kollektivavtal. Något krav på att partsuppfattningen skall ha konkretiserats i vissa ord uppställs inte. Termen uttrycklig torde i detta sammanhang användas för att markera att det krävs en högre grad av tydlighet än annars.⁴⁸

Om en gemensam uppfattning föreligger, är det utan betydelse varifrån parternas uppfattning härrör. Det är inte nödvändigt att arbetsgivaren klargjort för arbetstagaren att anställningen är tidsbegränsad, utan arbetstagarens uppfattning kan ha orsakats av andra omständigheter. Han kan t.ex. av sin arbetsförmedlare ha upplysts om att anställningen var begränsad till viss tid.⁴⁹

AD har inte i något fall funnit att en tidsbegränsad anställning kommit till stånd med stöd av dolusregeln. Något hinder kan inte föreligga att anse ett avtal om tidsbegränsad anställning har slutits utifrån denna regel.⁵⁰

Den centrala frågan i rättstillämpningen är vilken bevisning som krävs för att en gemensam partsuppfattning skall läggas till grund för avgörandet. Det kan redan här anföras att den lägsta bevisvärdepunkt som AD använt sig av är ”måste antas ha stått klart”.⁵¹ I övrigt kan här lämpligen skiljas mellan de fall där anställningsformen uttryckligen berörts mellan parterna innan avtal träffades och de fall där så inte skett.

Det främsta beviset för en parts uppfattning är vad han uttryckt antingen muntligen eller i skrift. Om en arbetstagare t.ex. undertecknat ett anställningsbevis, har underskriften en mycket stark bevisverkan för

⁴⁸ För olika betydelser av termen se Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 17 ff.

⁴⁹ Jfr AD 1990 nr 92. Se även AD 1984 nr 120. Jfr Svensson, Om viljeförklaringen och dess innehåll s. 169 ff.

⁵⁰ Jfr AD 1977 nr 186. ”Avgörande för karaktären av det ifrågavarande anställningsavtalet är till en början med det sätt på vilket envar av avtalsparterna uppfattat avtalets innebörd. Vid bristande samstämmighet mellan dessa uppfattningar har man – när det såsom i förevarande fall inte ens påstås att giltigt anställningsavtal alls ej skulle föreligga – att undersöka bl.a. i vad mån den ena parten insett eller bort förstå motpartens uppfattning och med utgångspunkt i dylika bedömningar låta den ena eller den andra partsuppfattningen avgöra avtalets karaktär.” Se även AD 1988 nr 143 (nedan vid not 81). Se om dolusregeln i avsnitt 2.4.

⁵¹ AD 1984 nr 120.

att innehållet i anställningsbeviset motsvarar den gemensamma uppfattningen. Om ingen annan gemensam partsuppfattning går att styrka får avtalets uttryckta innehåll (lydelse) genomslag. Det är således möjligt att åberopa bevisning om att parterna avsett något annat än som framgår av det uttryckta avtalsinnehållet, men den vägen är i praktiken svårframkomlig.

AD 1975 nr 75. Sedan ett bolag försatts i konkurs drevs rörelsen vidare av konkursboet. Frågan var om de av konkursboet träffade anställningsavtalen avsåg viss tid eller gällde tillsvidare. Skriftliga avtal hade upprättats. Dessa innefattade enligt sin ordalydelse överenskommelser om tillsvidareanställning. Konkursboet gjorde emellertid gällande att muntliga avtal om tidsbegränsad anställning träffats eller i vart fall att arbetstagarna känt till att anställningarna avsåg visst arbete. AD ansåg det inte styrkt att muntliga avtal träffats med annat innehåll än som framgick av de skriftliga avtalen. Inte heller fann domstolen utrett att parterna i de enskilda anställningsavtalen på ömse sidor utgått från att anställningarna skulle gälla för visst arbete.⁵²

Om anställningsformen inte har berörts mellan parterna vid anställningstillfället, är frågan vilka omständigheter som kan utgöra tillräcklig bevisning för att parterna likväl hyst en sådan gemensam uppfattning. Exempel på sådana omständigheter återfinns i AD 1984 nr 120.

I målet var bl.a. fråga om fyra kvinnliga stuveriarbetare var tillsvidareanställda eller innehade en form av tidsbegränsad anställning. År 1982 övertog Wallhamn AB den verksamhet som de fyra arbetstagarna tidigare varit anställda vid. AD fann det utrett att de fyra arbetstagarna hade börjat anlitas av bolaget utan att det klargjorts för dem att det var fråga om tidsbegränsade anställningar. Likväl fann AD att det måste ha stått klart för dem att anställningarna var tidsbegränsade. Som indicier för en gemensam uppfattning med detta innehåll angavs bl.a. att arbetstagarna haft en allmän kännedom om vilka anställningsförhållanden som tillämpats⁵³ och att arbetstagarna innan bolaget övertagit verksamheten innehaft tidsbegränsad anställning. AD anförde vidare att arbetstagarna först vid en facklig kurs som hölls efter att anställning kommit till stånd upplysts om att de vid en rättslig prövning skulle kunna betraktas som tillsvidareanställda.

⁵² Målet gällde tiden före LAS. Se även AD 1976 nr 23, 1981 nr 85 och 1984 nr 76. Jfr AD 1982 nr 113.

⁵³ Jfr AD 1976 nr 4 där AD:s majoritet, till skillnad mot minoriteten, inte tillmätte det någon betydelse att arbetstagarna var förtrogna med hur arbetet i visst fall bedrevs.

De omständigheter som domstolen i målet lade vikt vid var dels omständigheter som var kända för arbetstagaren vid anställningstillfället, dels arbetstagarnas eget beteende efter avtalsslutet.⁵⁴

AD har i flera mål haft att överväga betydelsen av att arbetstagaren underlåtit att reagera på besked från arbetsgivaren, t.ex. om att anställning skall upphöra efter viss tid. Bedömningen har varierat.⁵⁵ Det finns i allmänhet anledning att vara försiktig med slutsatser om att arbetstagarens underlåtenhet att reagera beror på att han ursprungligen varit av uppfattningen att anställningen varit tidsbegränsad. Förklaringen till arbetstagarens beteende kan lika väl ligga i att han saknar kännedom om rättsreglernas innehåll.

En särställning bland bevisfakta som kan styrka en ursprunglig och gemensam partsuppfattning intar ensidigt utfärdade anställningsbevis och liknande handlingar som tillkommit *efter* att anställningsavtal träffats. Sådana anställningsbevis torde, särskilt efter införandet av 6 a § LAS, vara mycket vanliga.

AD 1976 nr 88. Uddevalla kommun hade anställt Pettersson som skolvärd. Frågan var om anställningen gällde tillsvidare eller för ett läsår. Efter vissa muntliga kontakter mellan Pettersson och företrädare för kommunen började Pettersson arbeta som skolvärd. Kort tid därefter beslutade skolstyrelsen förordna Pettersson för ett läsår. Beslutet delgavs Pettersson. Då Pettersson inte reagerat mot beslutet fick det enligt AD antagas att beslutet riktigt återgav innebörden av det anställningsavtal som kommit till stånd.⁵⁶

I AD 1987 nr 105 var fråga om två anställningsbevis som utfärdats efter att muntligt anställningsavtal träffats men före tillträdet. AD ansåg att det låg nära till hands att anta att dessa handlingar återgav vad som faktiskt hade överenskommit mellan parterna. Arbetsgivarna kunde även stödja sin

⁵⁴ I AD 1976 nr 30 ansåg domstolen inte en anteckning i ett förhandlingsprotokoll styrka att en arbetstagare haft viss uppfattning.

⁵⁵ AD 1976 nr 122, 1977 nr 192, 1985 nr 40, 1988 nr 143 och 1996 nr 7.

⁵⁶ Domstolen synes uppfatta förordnandet som en bekräftelse på ett redan ingånget avtal. Ett sådant synsätt kan måhända ha fog för sig eftersom Pettersson börjat arbeta någon vecka innan förordnandet gavs (jfr t.ex. AD 1992 nr 112 och 1995 nr 84). Det ligger annars nära till hands att se förordnandet som den första bindande rättshandlingen från kommunens sida. Förordnandet skulle i så fall utgöra själva anbudet (jfr AD 1986 nr 24). Om detta var klart till sin innebörd, vilket AD funnit, kan avtal inte gärna ha kommit till stånd med annat innehåll. Om däremot arbetstagarens samtal med kommunrepresentanten skulle ses som ett anbud från arbetstagaren, som inte innehöll något om tidsbegränsning och därmed 4 § LAS skulle bestämt anställningsförhållandets innehåll, vore skolstyrelsen beslut en oren accept i förening med ett nytt anbud (6 § 1 st. AvtL). Detta nya anbud får arbetstagaren anses ha accepterat genom att börja arbeta. Se även Sigeman i Festskrift till Agell s. 598.

ståndpunkt på annan bevisning, såsom uppgifter i anmälan till arbetsförmedlingen och två vittnen.

Ensidiga bekräftelser som kommit till arbetstagarens kännedom har tillmätts betydelse som bevis för en gemensam partsuppfattning när arbetstagaren *inte reagerat* mot dess innehåll. Reaktionen kan ta sig uttryck i att arbetstagaren vägrar skriva under ett anställningsbevis, eller visserligen undertecknar anställningsbeviset men muntligen reserverar sig mot beslutets innehåll.⁵⁷ Några krav på att arbetstagarna skall dokumentera sin protest synes inte uppställas.⁵⁸ En förutsättning för att anställningsbevis skall tillmätas något bevisvärde är dock att bekräftelsen avgivits *i nära anslutning till anställningstillfället*. I AD 1976 nr 88 och 1987 nr 105 var tiden runt två veckor. När, som i AD 1987 nr 93, så lång tid som två månader förflutit tillmättes anställningsbevisen inte någon avgörande betydelse. Däremot tycks det inte spela någon om anställningen tillträtts eller inte för frågan om ett anställningsbevis skall tillmätas betydelse. I den mån arbetstagaren reagerat mot anställningsbevisets innehåll eller beviset lämnats för sent torde beviset på sin höjd kunna tillmätas bevisvärde för arbetsgivarens egen uppfattning.⁵⁹

Det finns i praxis exempel där den ensidiga handlingen upprättats i annat syfte än att tjäna som bevis mellan parterna om avtalsinnehållet. I AD 1988 nr 143 åberopades bl.a. intyg från arbetsgivaren som avgivits till försäkringskassa och Invandrarverket. Då arbetsgivaren givit en rimlig förklaring till varför dessa intyg utformats på ett sätt som avvek från arbetsgivarens uppfattning om avtalsinnehållet tillmättes intygen ingen avgörande betydelse.⁶⁰

I 21 § handelsagentlagen ges en särskild bestämmelse om verkan av ensidiga bekräftelser vilka tillsänts motparten efter avtalsslut. Enligt bestämmelsen får bekräftelsen presumtionsverkan. Avtalet anses ha den innebörd som bekräftelsen utvisar, om inte motparten reklamerar utan oskäligt uppehåll eller kan visa att bekräftelsen är oriktig.⁶¹ Det är tydligt att arbetsdomstolen inte tillägger anställningsbevis den starka verkan som tillkommer bekräftelser enligt t.ex. 21 § handelsagentlagen. Istället ses anställningsbeviset som ett bevis bland andra. I normalfallet gör AD en nyanserad bedömning av omständigheterna kring anställ-

⁵⁷ AD 1976 nr 100.

⁵⁸ I AD 1987 nr 93 har domstolen beaktat ett påstående från två arbetstagare om att de protesterat utan framgång. Påståendet synes inte ha stötts av annan bevisning i målet.

⁵⁹ Jfr AD 1973 nr 14.

⁶⁰ AD 1981 nr 85. Jfr AD 1994 nr 17 och AD 1983 nr 161 (s. 998).

⁶¹ Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 76 ff. och Lehrberg, Avtalsstolkning s. 71 ff. Jfr även 47 § köplagen.

ningsbevisets avgivande och andra bevisfakta. Endast i ett fall har AD i domskälen framhållit anställningsbeviset som enda tolkningsdatum och låtit dess innehåll vara bestämmande för anställningsformen (AD 1976 nr 88). Det kan här anmärkas att arbetsgivarparten i målet även åberopade andra bevisfakta.⁶²

Det råder, som berörts i avsnitt 2.4, i stort sett enighet om att den gemensamma partsuppfattningen har företrädare framför andra tolkningsdata. I doktrinen höjs gärna ett varnande finger mot att pressa fram en gemensam uppfattning med hjälp av tveksam bevisvärdering. Man menar att domstolarna, i de fall där en gemensam partsuppfattning inte kan med rimlig grad av säkerhet sägas föreligga, öppet bör redovisa varför en viss lösning prioriterats.⁶³ AD kan i sin praxis inte beskylldas för att pressa fram en gemensam uppfattning.⁶⁴ Inte ens efterföljande bekräftelser (anställningsbevis m.m.) som lämnats utan invändning av arbetstagaren godtas som tillräckligt bevis för en gemensam partsuppfattning utan att ställas mot andra bevisfakta.

6.5 Gemensam partsuppfattning går inte att fastställa

Det har ovan framgått att i den mån det går att fastställa att parterna hyst en gemensam uppfattning om vilken anställningsform som skall gälla, har anställningsavtalet detta innehåll. Det har vidare framgått att det uttryckta avtalsinnehållet utgör ett starkt bevis för vad som är den gemensamma partsuppfattningen. Hur förhåller det sig då om någon gemensam partsuppfattning inte går att fastställa? Även här intar det uttryckta avtalsinnehållet en central plats.

Det uttryckta avtalsinnehållet har en dubbel funktion, dels fungerar det som ett bevisfaktum för en gemensam uppfattning, dels fungerar det som ett självständigt rättsfaktumelement. Det är den senare egenskapen som skall diskuteras här. För en domstol saknar det normalt intresse att redovisa i vilken av dessa två funktioner t.ex. lydelsen i ett kontrakt används.

⁶² Domssamlingen s. 605.

⁶³ Se t.ex. Håstad, NJM 1990 s. 281 och Schmidt i Festskrift till Nial s. 490.

⁶⁴ Annorlunda hos Henning, som menar att AD i vissa fall (AD 1976 nr 74, 1977 nr 186, 1978 nr 163 och 1978 nr 167) gått långt när det gäller att acceptera en fiktiv partsvilja (Tidsbegränsad anställning s. 237 ff.). I denna framställning görs gällande att utgången i dessa mål inte bestämts av en gemensam uppfattning utan av andra omständigheter. Se om målen nedan.

I det fall frågan om anställningsform behandlas i en *skriftlig handling* som undertecknats av båda parter är detta normalt avgörande. Om handlingen t.ex. anger att anställningen utgör en provanställning, har arbetsgivaren på grund av arbetstagarens underskrift fog att utgå från att anställningen har detta innehåll. Vissa krav på tydlighet uppställs dock.⁶⁵ För att man skall kunna bortse från handlingens innehåll krävs att den som åberopar handlingen bort inse motpartens misstag (32 § 1 st. AvtL) eller att det föreligger andra avtalsmoment som talar i annan riktning, såsom muntliga uttalanden.

AD 1977 nr 186. I målet ansågs visat att Nora Nilsson hyste uppfattningen att hon erhållit en tillsvidareanställning. Emellertid hade hon undertecknat en anställningsbekaftelse enligt vilken hon anställdes som vikarie. AD ansåg att Nora Nilsson inte erhållit sådana besked av bolaget vilka berättigade henne att bortse från den av henne undertecknade anställningsbekaftelsen.⁶⁶

Om handlingen har undertecknats av såväl arbetsgivare som arbetstagarer så spelar det ingen roll om handlingen tillkommit före eller efter att anställningsavtalet träffats. Har ett skriftligt dokument upprättats efter att avtal om anställning träffats kan det ses som ett ändringsavtal.⁶⁷ På motsvarande sätt förhåller det sig om arbetsgivaren i en ensidigt upprättad handling, t.ex. ett anställningsbevis, har angivit att anställningen gäller tillsvidare. I det senare fallet kan avtalet ha förändrats genom en ensidig utfästelse från arbetsgivarens sida.⁶⁸

I ett flertal fall som prövats av AD har dock någon skriftlig avtalsdokumentation inte förelegat.

⁶⁵ I AD 1976 nr 23 hade en arbetstagarer undertecknat ett personalkort betecknad handling, vilken under rubriken "anställningsform" med maskinskriven text angav "till slutet av mars -75 som ersättare för vpl". Enligt AD kunde det med "hänsyn till handlingens oklara uppställning och otydliga utformning i övrigt, varigenom risk förelegat att en ovan läsare helt förbisett den berörda textraden eller i varje fall inte förstått att den innebar att anställningen skulle upphöra vid viss tid utan föregående uppsägning" ifrågasättas om avtal om annan anställningsform kunnat komma till stånd genom undertecknandet av handlingen. Målet avgjordes på annan grund. Se även nedan vid not 74.

⁶⁶ Se även AD 1988 nr 143 samt Bernitz, Standardavtalsrätt s. 47 f. och Lehrberg, Avtalsstolkning s. 99 ff.

⁶⁷ I den ovan redovisade domen AD 1984 nr 120 hade arbetstagarerna ett drygt halvår efter anställningarnas tillkomst undertecknat anställningsbevis, vilka utvisade att de innehade tidsbegränsade anställningar. I domen åberopade AD denna omständighet som stöd för att en ursprunglig och gemensam partsuppfattning förelegat och inte som ett självständigt rättsfaktum. Detta sammanhänger med att målet gällde brott mot jämställdhetslagen och arbetstagarernas anställningsform var av betydelse för om dessa under det första halvåret utsatts för könsdiskriminering.

⁶⁸ AD 1994 nr 17.

AD 1976 nr 81. Svea Jonsson arbetade i en kiosk. När kioskrörelsen överläts till nya ägare, kom Svea Jonsson att arbeta kvar i kiosken. Frågan var vilken anställningsform som gällde mellan Svea Jonsson och förvärvaren. Det ansågs inte visat att förvärvaren lämnat sådana besked att Svea Jonsson *insett eller bort inse* förvärvarens uppfattning. En tillsvidareanställning förelåg därför.⁶⁹

I AD 1976 nr 122 var fråga om en stenmontör var tillsvidare- eller objektsanställd. Bolaget och arbetstagaren hyste vid anställningstillfället olika uppfattning i frågan. AD ansåg det inte klarlagt att bolaget vid anställningstillfället uttryckt sig på ett sådant sätt att arbetstagaren bort inse bolagets uppfattning i frågan. Att arbetsuppgiften var sådan att tidsbegränsad anställning i och för sig var tillåten medförde inte heller att arbetstagaren bort inse arbetsgivarens inställning. Det befanns heller inte visat att arbetstagaren vid anställningstillfället haft sådan kännedom om bolagets storlek, orderingång och motsvarande omständigheter att han bort inse att det var fråga om en objektsanställning. Det saknade därvid betydelse att det efter att anställningen kommit till stånd förekommit flera perioder under vilka bolaget inte erbjudit arbetstagaren arbete.

AD 1984 nr 45. I målet förekom motstridiga uppgifter om vad som sagts när arbetstagaren anställdes. Mot arbetstagarens uppgifter fann AD det inte styrkt att bolaget lämnat arbetstagaren sådant besked att denne insett eller borde ha insett att bolagets erbjudande avsåg objektsanställning.⁷⁰

Gemensamt för målen är dels att parterna hyst olika uppfattning om avtalets innebörd (dissens), dels att det uttryckta avtalsinnehållet var oklart i den betydelsen att det var osäkert vad som överhuvudtaget yttrats. Något skriftligt avtalsinnehåll förelåg inte. Den teknik arbetsdomstolen använder kännetecknas av att den dispositiva regeln tas till utgångspunkt. Därefter framhålls i domskälen att arbetsgivaren inte uttryckt sig på ett sådant sätt att arbetstagaren *insett eller bort inse* arbetsgivarens uppfattning.⁷¹

Den modell som AD tillämpar i målen skiljer sig i viss mån från de lösningsmodeller som tar sin utgångspunkt i det uttryckta avtalsinnehållet. Enligt t.ex. Karlgren skall först fastställas avtalets objektiva innehåll. Härmed förstås – något förenklat – att domstolen fastställer ordens betydelse, utan att hänsyn tas till avgivarens avsikt och mottagarens uppfattning. Därefter ställs frågan om den part som haft mest fog för sin uppfattning var i

⁶⁹ Idag hade en tillsvidareanställning förelegat med stöd av 6 b § LAS.

⁷⁰ Se även AD 1985 nr 40.

⁷¹ Situationen var annorlunda i AD 1978 nr 58, där arbetstagaren p.g.a. arbetsgivarens uppgifter vid avtalstillfället hade anledning att utgå från att anställningen skulle gälla tillsvidare.

ond eller god tro om motpartens uppfattning.⁷² Att AD istället tagit den utfyllande regeln som utgångspunkt kan förklaras av det uttryckta avtalsinnehållets vaga karaktär. Följden härav är att den dispositiva regeln får en starkare ställning (kan förväntas få genomslag i fler fall) än om domstolen inledningsvis sökt fastställa vem av parterna som haft mest fog för sin uppfattning utifrån vad som yttrats vid avtalstillfället.

Av rättsfallen framgår att anställningen gäller tillsvidare om arbetstagaren inte ens bort inse arbetsgivarens uppfattning. I avsnitt 6.4 framhålls att en tidsbegränsad anställning uppkommer om arbetstagaren inser (måste inse) arbetsgivarens uppfattning. Men hur förhåller det sig om arbetstagaren inte insett men väl *borde* ha insett arbetsgivarens uppfattning. Vid bedömningen av denna fråga kan man lämpligen skilja mellan två fall, dels när arbetstagarens onda tro orsakas av omständigheter vilka härrör från arbetsgivaren, dels när den onda tron orsakats av andra omständigheter.⁷³

Redan i motiven till LAS 1974 framhålls att det normalt åligger arbetsgivare som vill anställa någon för t.ex. viss tid att uppmärksamma arbetstagaren härpå. Arbetsgivaren har en klargörandeplikt, en plikt att ge klara besked om sin uppfattning av avtalets innebörd. Avgörande för frågan om arbetstagaren insett eller bort inse arbetsgivarens uppfattning blir därigenom i första hand arbetsgivarens agerande vid avtalstillfället.

Det är inte tillräckligt att arbetstagaren borde inse att någon annan anställningsform än tillsvidareanställning är ifråga. Det arbetstagaren borde inse är istället vilken tidsbegränsning som arbetsgivaren åsyftar.⁷⁴ Att arbetstagare och arbetsgivare vid anställningstillfället talat om att arbetstagaren skulle utföra en viss till sin karaktär tidsbegränsad arbetsuppgift har inte ansetts tillräckligt för att arbetstagaren borde inse att anställningen enligt arbetsgivaren är tidsbegränsad.⁷⁵ Tanken är därvid att arbetstagaren mycket väl kan ha antagit att diskussionen rört vilken arbetsuppgift han inledningsvis skulle utföra och att denna arbetsuppgift

⁷² Karlgren i t.ex. SvJT 1966 s. 161 ff.

⁷³ Här bortses från fallet att arbetstagarens eget agerande givit arbetsgivaren fog för uppfattningen att anställningen är tidsbegränsad.

⁷⁴ Se domskälen i AD 1976 nr 81, 1976 nr 122, 1984 nr 45 och 1996 nr 132. Jfr AD 1976 nr 74 (nedan vid not 87). Jfr även med 32 § 1 st. AvtL där det är tillräckligt att mottagaren bort inse att avgivarens viljeförklaring fått annat innehåll än avgivaren åsyftat. Det är inte nödvändigt att mottagaren även bort inse vilket innehåll avgivaren åsyftat. Rättsföljden i 32 § 1 st. är dock enbart negativ. Mottagaren blir inte bunden av avgivarens (felaktiga) uppfattning.

⁷⁵ AD 1985 nr 40. Jfr AD 1976 nr 4.

senare skulle följas av andra. Om ett anställningserbjudande är komplicerat eller osedvanligt, ställs särskilda krav på klargörande.⁷⁶

AD:s praxis ger en bild av att det centrala inte är om arbetstagaren varit oaktsam utan om arbetsgivaren iakttagit sin klargörandeplikt. Trots att den fråga som ställs är om arbetstagaren bort förstå arbetsgivarens uppfattning, rör prövningen i första hand om arbetsgivaren bort uttrycka sig klarare. Frågan är med andra ord om arbetsgivaren har uttryckt sig på en sådant vis att arbetstagaren på grundval härav bort inse hans uppfattning. Avgörande blir därigenom det uttryckta avtalsinnehållet.⁷⁷

Karlgren uppnår samma resultat utifrån en annan tankemodell. Han framhåller att avtal kan komma till stånd enligt anbudsgivarens uppfattning, även om uppfattningen inte står i överensstämmelse med det objektiva förklaringsinnehållet, om anbudstagaren bort inse anbudsgivarens uppfattning.⁷⁸ Tankegången kan, överfört till den här behandlade situationen, beskrivas enligt följande (varvid arbetsgivaren ses som anbudsgivare).

Arbetsgivaren avser att lämna ett anställningserbjudande som innefattar viss tidsbegränsning. Om arbetstagaren borde inse arbetsgivarens uppfattning skall anställningserbjudandet (anbudet) anses ha denna innebörd, enligt den allmänna regeln om tolkning av ensidiga rättshandlingar. Om arbetstagaren därefter förklarar att han godtar arbetsgivarens erbjudande (blank accept) har arbetsgivaren fog att uppfatta accepten som innefattande den av honom åsyftade tidsbegränsningen.⁷⁹

Som synes förutsätter Karlgrens tankegång att det är möjligt att särskilja anbud och accept. I den situation som här är aktuell, en muntlig diskussion som avslutas med att parterna förklarar sig vara överens eller tar i hand, är ett sådant särskiljande inte möjligt utan att göra våld på verkligheten. För egen del kan jag inte anse annat än att arbetsgivaren är lika skyddsvärd om han under en muntlig förhandling framför en uppfattning som arbetstagaren borde förstå har ett visst innehåll och denna inte genmäler, som om arbetsgivarens uppfattning kommit till uttryck i ett anbud.⁸⁰ Även utifrån

⁷⁶ AD 1982 nr 113.

⁷⁷ Liknande Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 98.

⁷⁸ Karlgren, *Avtalsrättsliga spörsmål* s. 49 ff., särskilt s. 54 m. Se även Vahlén, *Avtal och tolkning* s. 100 f. och Fohlin, *Avtalstolkning* s. 58. Om begreppet det objektiva förklaringsinnehållet, se ovan not 72. Se även avsnitt 2.3.4.

⁷⁹ Om det istället är anbudsgivaren som varit i ond tro om att anbudstagaren med accepten avsett något annat än som följer det objektiva förklaringsinnehållet skulle, enligt Karlgren (*Avtalsrättsliga spörsmål* s. 55 ff.), avtal inte komma till stånd med mindre anbudstagaren måste ha insett anbudstagarens uppfattning (6 § 2 st. AvtL direkt tillämplad). Om anbudstagaren bara bort inse uppfattningen kommer inget avtal till stånd. Den skillnad i behandling av ond tro hos anbudsgivare respektive anbudstagare som Karlgren förespråkar sammanhänger med att avtalets innehåll som huvudregel bestäms av anbudet enligt den modell för avtalsslut som återfinns i AvtL.

⁸⁰ Karlgren, *Passivitet* s. 193. Se även Jørgensen, *TfR* 1965 s. 422.

denna tankemodell vore det möjligt att komma till resultatet att arbetstagaren blir bunden av arbetsgivarens uppfattning om arbetsgivaren uttryckt sig så klart att arbetstagaren bort inse hans uppfattning.

AD 1988 nr 143 skulle kunna förstås som stridande mot vad som nyss angivits.

Frågan var om ett anställningsavtal mellan Finspångs Basket och en tränare från dåvarande Jugoslavien avsåg en månads provanställning eller en tidsbegränsad anställning om ett år. Avtalet hade träffats muntligen med hjälp av tolk. AD satte tilltro till uppgifter som lämnades av en företrädare för Finspång Basket om att han när det muntliga avtalet träffades klart uttryckte att det var fråga om provanställning. Likväl ansåg AD att det kunde finnas en möjlighet att tränaren inte fick detta klart för sig, främst p.g.a. bristande språkkunskaper. Med hänsyn till parternas uppträdande efter avtalstillfället fann dock AD utrett att tränaren insåg att det var fråga om provanställning.

Man får här ställa sig frågan varför AD ansåg det nödvändigt att pröva vilken uppfattning tränaren hyste. I målet var ju enligt AD klarlagt att arbetsgivarens anställningserbjudande var utformat som ett erbjudande om provanställning. Även om arbetstagaren måhända inte hade insett att anställningserbjudandet avsåg provanställning så *borde* han i alla fall ha insett det. Var det enligt AD inte tillräckligt att så var fallet? Kan domen tolkas så att ett krav på subjektiv ond tro ställs? Nej, en sådan slutsats kan inte dras. Domskälen kan utgöra ett första led i en prövning analogt 6 § 2 st. AvtL (dolusregeln). För att arbetstagaren skulle nå framgång denna väg var det inte tillräckligt att han verkligen haft uppfattningen att anställningstiden var ett år. Därutöver krävs att arbetsgivaren måste ha insett detta.⁸¹

Slutsatsen blir att en tidsbegränsad anställning kan komma till stand genom att arbetsgivaren agerar på ett sådant sätt att arbetstagaren på grund härav borde inse arbetsgivarens uppfattning. Men hur förhåller det sig om arbetstagaren *p.g.a. andra omständigheter än arbetsgivarens agerande* bort inse hans uppfattning. Problemet rör förhållandet mellan 6 § 2 st. och 32 § 1 st. AvtL. Förenklat kan problemet beskrivas enligt följande. Enligt dolusregeln (6 § 2 st. AvtL ex analogia) blir en part bunden av motpartens (från det uttryckta avtalsinnehållet avvikande) uppfattning om han inser denna och inte reklamerar. Om parten däremot bara borde inse att motpartens uppfattning avviker från det uttryckta

⁸¹ Jfr minoriteten i tingsrätten, som prövade målet utifrån denna möjlighet, men fann att arbetsgivaren inte måste ha haft sådan insikt. Möjligen kan AD:s domskäl förstås så att risken för språkliga missförstånd ligger på arbetsgivaren (jfr AD 1977 nr 39).

avtalsinnehållet, blir han inte bunden av motpartens uppfattning. Rättsföljden är enligt 32 § 1 st. enbart negativ. Motparten är inte bunden av det uttryckta avtalsinnehållet och något avtal kommer inte till stånd. Men hur skall den senare situationen bedömas om ingen av parterna gör gällande att avtal inte kommit till stånd? I doktrinen företräds olika uppfattningar om i vilken utsträckning det är möjligt att låta ena partens uppfattning få genomslag som avtalsinnehåll när motparten bort inse denna. Någon generell regel tycks inte vara möjlig att uppställa.⁸² När det gäller avtal om anställningsform är flera synsätt möjliga.

Ett synsätt är att parterna är ense om att avtal om anställning slutits, men inte om hur lång anställningstiden skall vara. Man skulle då kunna hävda att enigheten inte sträcker sig längre än till avtal om arbete under viss tid. Den minsta gemensamma nämnaren bestämmer avtalsinnehållet. Domstolen synes i ett mål från tiden före LAS ha anammat detta synsätt.

AD 1973 nr 14. Frågan var om hemföreståndaren Birgit vid ett riksinternat erhållit fast anställning eller var anställd som vikarie. Anställningsavtal träffades muntligen. Parterna synes vid avtalstillfället ha hyst olika uppfattning om vilken anställningsform som skulle gälla. Arbetsgivaren upplyste Birgit om att den ordinarie innehavaren av tjänsten var sjuk, och tillfrågade henne om hon ville ha det jobbet. Birgit som vid detta tillfälle kände till att den ordinarie innehavaren inte skulle återkomma i tjänst hade uppfattningen att hon erhöll fast anställning. Mot bakgrund bl.a. av att uppgiften om att den ordinarie befattningshavaren inte skulle återkomma i tjänst lämnats av annan än arbetsgivaren, ansåg AD att det träffade avtalet inte kunde ges någon längre gående innebörd än att anställningen avsåg vikariat.

Ett synsätt som leder till motsatt resultat är att något avtal om tidsbegränsad anställning inte kommit till stånd. Om arbetstagaren borde ha insett att arbetsgivaren avsåg något annat än att anställa honom tillsvidare, har arbetstagaren inte haft fog för uppfattningen att *avtal* om tillsvidareanställning träffats. Inte heller har arbetsgivaren haft fog för uppfattningen att viss tidsbegränsning avtalats. Den teoretiska utgångspunkten torde härvid vara att något avtal till följd av dissensen inte kommit till stånd. Denna väg är dock stängd om ingen av parterna yrkar ogiltighet av anställningen i dess helhet eller denna följd inte är praktiskt genomförbar. Istället får avtalet då utfyllas med den dispositiva lag-

⁸² Se t.ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt* II s. 113 och 118 ff., Fohlin, *Avtalstolkning* s. 81 ff. och Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 29 ff. och 96. Se även Schmidt, *SvJT* 1959 s. 497 ff. och 1960 s. 420 samt i *Festskrift till Nial* s. 480 ff.

regeln om tillsvidareanställning.⁸³ Synsättet kan vara motiverat utifrån de rättspolitiska skälen bakom 4 § 1 st. LAS. Synsättet kommer tydligt till uttryck i AD 1986 nr 146.⁸⁴

”Enligt domstolens uppfattning kan det endast i begränsad utsträckning komma i fråga att tillmäta omständigheterna kring avtalets ingående den innebörden att en visstidsanställning skall anses ha avtalats trots att någon uttrycklig överenskommelse om detta inte har träffats. Intresset av att den för anställningsskyddet centrala huvudregeln om tillsvidareanställning upprätthålls motiverar en sådan inställning.”⁸⁵

Att en anställning var förenad med lönebidrag utgjorde inte en sådan omständighet. Arbetstagaren hade under sanningsförsäkran uppgivits att han inte satt vad som förekommit vid anställningsförhållandet uppkomst i samband med anställningsformen. Domstolen fann därför att avtal om provanställning inte hade träffats.⁸⁶

Ovan har skilts mellan fall där arbetsgivarens agerande medfört att arbetstagaren bort inse hans uppfattning respektive fall där arbetstagaren p.g.a. andra omständigheter bort inse arbetsgivarens uppfattning. Uppdelningen är inte vattentät. Om andra omständigheter än arbetsgivarens agerande tyder på att anställningen var tidsbegränsad så ställs lägre krav på klargörande från arbetsgivarens sida.

AD 1976 nr 74. Omständigheterna var speciella. Karin var sedan länge anställd som sömmerska. För att kunna hjälpa sin dotter med att ta hand om hennes barn önskade Karin från 1 januari 1975 övergå från heltidsanställning till att arbeta varannan vecka. Karin arbetade vecka två och fyra år 1976 innan tvist uppstod. Frågan var om hon erhållit en tillsvidareanställning på deltid eller om hon, som arbetsgivaren hävdade, erhållit två skilda vikariat för en vecka. Enligt AD hade arbetsgivaren avsett att Karin skulle erhålla tillfälliga vikariat och även huvudsakligen uttryckt sig i enlighet härmed. Det var emellertid, enligt AD, inte uteslutet att Karin haft uppfattningen att hon erhållit en tillsvidareanställning. Det borde dock för henne ha framstått som synnerligen ovisst hur det förhöll sig med formen för hennes fortsatta arbete vid företaget, bl.a. med hänsyn till vad som sagts av arbetsgivaren och att hon fortsättningsvis inte skulle få behålla vissa anställnings-

⁸³ I AD 1977 nr 186 har domstolen avvisat tanken att dispositiv rätt skulle utfylla avtalet i det fall där båda parter hyst uppfattningen att avtal om avvikelse från den dispositiva regeln träffats, men haft olika uppfattning om vilken avvikelse som avtalats.

⁸⁴ Se även AD 1996 nr 7.

⁸⁵ Om innebörden av termen uttrycklig, se ovan not 48.

⁸⁶ AD 1976 nr 100 och 122 samt 1994 nr 147. I AD 1973 nr 42 medförde inte det förhållandet att en anställning utåt framträtt som avseende en viss anställningsform, att avtal träffats om sådan anställningsform. Annorlunda AD 1977 nr 192 (beredskapsarbete).

förmåner och rätt till semesterledighet. AD fann med hänsyn härtill att anställningen efter årsskiftet inte kunde ha inneburit annat än två veckors separata vikariat.⁸⁷

Något fall där AD på grund av andra omständigheter än arbetsgivarens förehavanden funnit att arbetstagaren bort inse arbetsgivarens uppfattning synes inte föreligga. Däremot har som ovan redovisats AD i flera fall funnit att arbetstagare måste ha insett att viss tidsbegränsning gällde. Bevisvärderingsreglerna (angående när insikt föreligger) och reglerna om aktsamhetskrav (under vilka omständigheter en arbetstagare *bort* inse motpartens uppfattning) tycks tillsammans vara så elastiska att det teoretiska problemet om förhållandet mellan 6 § 2 st. och 32 § 1 st. AvtL inte behöver ställas på sin spets. Domstolarna kan ”hoppa” direkt från fall där arbetstagaren inte bort inse arbetsgivarens uppfattning till fall där arbetstagaren måste ha insett densamma.

6.6 Betydelsen av branschpraxis

Av AD:s praxis framgår att branschpraxis kan ha betydelse för frågan om en anställning gäller tillsvidare eller är tidsbegränsad. I det följande skall diskuteras vilken relevans AD tillägger den omständigheten att annan anställningsform än tillsvidareanställning är den normala inom viss bransch. Därefter behandlas under vilka närmare förutsättningar branschpraxis tillmäts relevans.⁸⁸

En anmärkning kan redan här vara på sin plats. Flertalet av de domar vilka berör denna fråga härrör från byggbranschen. Före 1988 var objektsanställning den normala anställningsformen. Detta år träffades ett kollektivavtal mellan Byggförbundet och Byggnadsarbetarförbundet om att tillsvidareanställningar skall vara den huvudsakliga anställningsformen inom branschen.⁸⁹

När det gäller frågan om vilken relevans eller rättsverkan som följer av från 4 § 1 st. LAS avvikande branschpraxis finns flera möjligheter, vilka inte nödvändigtvis utesluter varandra. Det är tänkbart att förekomsten av

⁸⁷ Målet är inte helt rent och ligger i tiden före det första mål (AD 1976 nr 81) som avgjordes efter det mönster som beskrivits ovan.

⁸⁸ Se förutom de nedan behandlade målen även AD 1984 nr 45, 1986 nr 146, 1994 nr 147 och 1996 nr 117. Av de i denna not nämnda målen framgår inte annat än att branschpraxis kan ha relevans men att det inte hade visats eller ens påståtts att sådan branschpraxis förelegat.

⁸⁹ Lag & Avtal 1988/4 s. 13 samt Lunning, Anställningsskydd s. 150 och 168.

sådan branschpraxis helt enkelt ges företräde framför lagregeln. Det skulle alltså innebära att branschpraxis har samma rättsverkan som sedvana och handelsbruk enligt t.ex. 3 § köplagen. Det kan även tänkas att rättsverkan är begränsad till att påverka bevisvärderingen, antingen vid bedömningen av vad som yttrats i samband med anställningsavtalets ingående (vilket som är det uttryckta avtalsinnehållet) eller vilka uppfattningar parterna hyst. Det är vidare möjligt att tolkningen av det uttryckta avtalsinnehållet kan påverkas.

Skillnaden mellan dessa rättsverkningar kan belysas med ett par exempel. Vid en regel som har betydelse för bevisvärderingen av vad som yttrats vid avtalstillfället, t.ex. genom att omkasta bevisbördan, får branschpraxisen inte genomslag om det är möjligt att utreda vad som yttrats eller dessa omständigheter är ostridiga. En regel enligt vilken enskilda parter presumeras hysa en gemensam uppfattning om att avtal sluts i enlighet med branschpraxis lär t.ex. brytas om ena parten kan visa att han inte kände till praxisens existens. Däremot skulle den senare regeln, men inte den förra, kunna medföra att branschpraxisen fick genomslag om det var ostridigt att frågan om anställningsform överhuvudtaget inte berörts mellan parterna. Om branschpraxis uppfattas som en utfyllande regel med högre dignitet än lagregeln får praxisen genomslag med mindre sådana omständigheter föreligger som konstituerar avvikande avtal.

Redan före införandet av LAS och dess föregångare, den s.k. äldrelagen, var tillsvidareanställningar den vanligaste anställningsformen. Som en följd härav antogs att anställningsavtal som slöts, utan att avtal i fråga om anställningstid träffats, gällde tillsvidare.⁹⁰ Denna anställningsform var före införandet av LAS i första hand till fördel för arbetsgivaren, eftersom anställningsavtal som gällde tillsvidare kunde bringas att upphöra med iakttagande av en vanligen kort uppsägningstid.⁹¹ Den dispositiva regeln var således även före införandet av LAS att anställningsavtal gällde tillsvidare. Två skillnader förelåg dock, dels framgick regeln inte av lag, dels hade regeln inte samma rättspolitiska betydelse. I LAS utgör regeln, som berörs ovan, ett led i anställningsskyddet. Ett undantag från huvudregeln var före äldrelagen om annat följde av "*sedvanan inom facket*".⁹²

Genom äldrelagen infördes ett begränsat anställningsskydd i lag. Även enligt denna lag anknöt anställningsskyddet till tillsvidare-

⁹⁰ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 95 f. Något entydigt stöd i rättspraxis synes dock inte föreligga.

⁹¹ Se utförligt Henning, Tidsbegränsad anställning, t.ex. s. 144 ff.

⁹² Schmidt, Tjänsteavtalet s. 96 och AD 1972 nr 29.

anställning. Anställningar som begränsats till viss tid eller visst arbete undantogs från det anställningsskydd som lagen gav.⁹³ Någon regel motsvarande 4 § 1 st. LAS om att anställningsavtal gäller tillsvidare om inte annat avtalats återfanns inte i äldrelagen. Även vid tillämpningen av äldrelagen kunde huvudregeln om tillsvidareanställning åsidosättas av viss kvalificerad branschpraxis, alltså samma rättsverkan som enligt t.ex. 3 § köplagen.⁹⁴

Först genom införandet av LAS 1974 tillkom en lagregel om att anställningsavtal gäller tillsvidare. Enligt bestämmelsen kan avsteg göras genom avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Däremot anger inte lagtexten, såsom är fallet i t.ex. 3 § köplagen och 2 § handelsagentlagen, att lagregeln får vika för praxis som utbildats mellan parterna, handelsbruk eller annan sedvänja.

I det betänkande som låg till grund för LAS 1974 anfördes att avtal om avvikelse från huvudregeln om tillsvidareanställning skulle träffas i anslutning till det enskilda anställningsavtalet. ”Om det t.ex. av kollektivavtal framgår, att visst slag av arbete uteslutande eller huvudsakligen skall bedrivas i sådan anställningsform liksom då motsvarande form används till följd av sedvänja inom branschen, erfordras likafullt att detta förhållande på något sätt uppmärksammas då anställningsavtalet ingås”.⁹⁵ Det sagda framgick enligt förslaget på så vis att den aktuella bestämmelsens rubrik var ”Anställningsavtalets ingående och upphörande”. I propositionen uttalades i denna del istället ”att en arbetsgivare som vill anställa en arbetstagare för viss tid e.d. normalt måste göra arbetstagaren uppmärksam på detta i samband med att anställningsavtalet ingås. I vissa fall torde det vara uppenbart för båda parter att den överenskommelse de träffar gäller för viss tid eller för visst arbete utan att arbetsgivaren behöver påpeka detta särskilt”.⁹⁶ Även rubriken till 5 § LAS 1974 ändrades. Uttalandet i betänkandet synes på grund härav inte ha följts i AD:s praxis.

Det ledande målet efter införandet av LAS är AD 1978 nr 167.

I målet var frågan om träarbetaren Olsson var tillsvidare- eller objektsanställd. Olsson var ursprungligen objektsanställd vid ett bygge. Sedan detta bygge avslutats arbetade han några veckor på ett annat bygge och började därefter arbete vid en nybyggnation i Limhamn.

⁹³ 1 § 2 st. Undantaget gällde endast om tidsbegränsningen föranleddes av arbetsuppgifterna eller stod i överensstämmelse med praxis inom branschen.

⁹⁴ Se AD 1973 nr 42 och 1976 nr 30.

⁹⁵ SOU 1973:7 s. 174.

⁹⁶ Prop. 1973:129 s. 145. Jfr prop. 1981/82:71 s. 117.

AD uttalar i domskälen att domstolen i sin praxis har ansett att när oklarhet förelegat om annan anställningsform än tillsvidareanställning har överenskommit det bör gå ut över den part som påstår att annan anställningsform avtalats. Domstolen fortsätter. ”I (AD 1975 nr 51) angav arbetsdomstolen som grund för sitt ståndpunktstagande att anställning tillsvidare är den normala anställningsformen inom arbetslivet i allmänhet. I enlighet med det synsättet vill arbetsdomstolen i det nu aktuella målet framhålla, att de nyss angivna grundsatserna om arbetsgivarens bevisbörda inte utan vidare är tillämpliga, om tvisten rör ett område där objektsanställning är den klart dominerande anställningsformen. En sådan branschpraxis kan nämligen vara en omständighet som måste anses medföra att det för båda parter var uppenbart att anställningen inte skulle gälla tillsvidare utan endast avse visst arbete”.⁹⁷

Enligt AD synes frågan om anställningsform vid arbetet i Limhamn inte ha diskuterats mellan parterna. AD ansåg det klart att arbetsgivaren förutsatte att det var fråga om en ny objektsanställning. Däremot ansåg AD det tveksamt hur Olsson såg på frågan om anställningsform. Vid sitt slutliga ställningstagande framhöll domstolen, dels att Olsson redan var objektsanställd när diskussion om arbete i Limhamn upptogs, dels att arbetsgivaren inte vidtagit någon särskild åtgärd som varit ägnad att ge Olsson den föreställningen att han skulle bli tillsvidareanställd. ”Mot bakgrund av vad som förut sagts om praxis i branschen och hos bolaget har Olsson tvärtom haft anledning att räkna med att det var fråga om en ny objektsanställning.”

I inledningen av domskälen framhålls alltså att en branschpraxis ”kan (...) vara en omständighet som måste anses medföra att det för båda parter var uppenbart att anställningen” var på visst sätt tidsbegränsad. Uttalandet skulle kunna förstås så att en från lagregeln avvikande branschpraxis tillmäts bevisverkan, eventuellt presumtionsverkan, för att det föreligger en gemensam partsuppfattning om att avtal slutits i enlighet med praxis.⁹⁸ Uttalandet är emellertid så allmänt hållet att någon sådan slutsats inte kan dras. Möjligen är syftet med uttalandet helt enkelt att förankra ståndpunkten att branschpraxis tillmäts relevans i motiven till LAS.⁹⁹

⁹⁷ Det är värt att notera att AD när den hänvisar till AD 1975 nr 51 inte tillmäter det någon betydelse (eller möjligen inte uppmärksammar) att LAS 1974 inte var tillämplig i det målet. I AD 1975 nr 51 kunde domstolen därför inte hänvisa till 5 § 1 st. LAS 1974, utan fick istället motivera huvudregeln om tillsvidareanställning, med vad som var den normala inom arbetslivet i allmänhet (jfr ovan).

⁹⁸ Jfr Karlgren, Kutym och rättsregel s. 40 ff., som kritiserar en dylik tankegång såsom grundad på en fiktion.

⁹⁹ Jfr citatet strax ovan där det framhålls att det är tillräckligt att anställningsformen är *uppenbar* för båda parter.

Även fortsättningen av domskälen talar mot att branschpraxis i domen ges bevisverkan. Där finner domstolen det tveksamt vad Olsson egentligen ansåg i fråga om anställningsform. Någon gemensam uppfattning har alltså enligt domstolen inte ansetts visad. Istället framhåller AD att arbetsgivaren inte vidtagit någon särskild åtgärd som givit Olsson fog för föreställningen att han skulle bli tillsvidareanställd och Olsson har därför haft anledning att räkna med att det var fråga om en ny objektsanställning. Det sista tyder på att det skulle krävas avtal för att inte avvikande branschpraxis tilläggs rättsverkan. Avvikande branschpraxis skulle, med denna tolkning, ha samma relevans som före LAS.¹⁰⁰

En sådan tolkning står även i överensstämmelse med utgången i AD 1978 nr 163.

Gulli Persson var oorganiserad och anställdes vid ett företag där kollektivavtal gällde. Enligt kollektivavtalet gällde anställningar på prov under fyra veckor om inte överenskommelse om annat träffats mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁰¹ Eftersom Gulli Persson inte var organiserad var hon inte bunden av kollektivavtalet enligt 26 § MBL. Arbetsgivaren hade dock rätt att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser på henne med stöd av 3 § 3 st. LAS 1974 (2 § 6 st. LAS). I målet var ostridigt att någon uttrycklig överenskommelse inte träffats mellan Gulli Persson och arbetsgivaren om att tillämpa kollektivavtalet. Gulli Persson kände inte ens till att kollektivavtal fanns på arbetsplatsen. Likväl fann AD att Gulli Persson, i avsaknad av personligt avtal med annat innehåll, tagit anställning på de villkor som fanns upptagna i kollektivavtalet.

Sedan gammalt är klarlagt att kollektivavtalets regler får utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare som är anställda på en arbetsplats där kollektivavtalet tillämpas.¹⁰² Som stöd härför behöver inga individuella tolkningsdata åberopas. Det är fråga om ren utfyllning. Vad domen visar är att bruket på arbetsplatsen utan stöd i individuella tolkningsdata även har företrädde framför regeln om tillsvidareanställning i 4 § 1 st. LAS om bruket grundas på ett centralt kollektivavtal (och därmed normalt ger uttryck för branschpraxis).

¹⁰⁰ Det skall genast framhållas att målet inte är helt rent. Utöver vad som redovisats ovan framhåller domstolen att Olsson tidigare varit objektsanställd vid bolaget samt att han fick bolagets inställning klar för sig i samband med tillträdet i Limhamn. Ingen av dessa omständigheter kan ensamt ha bestämt utgången. Lägga vidare märke till att Olsson vägrade underteckna det anställningsbevis som förelades honom vid tillträdet (s. 1230 och 1232). Om betydelsen härav, se ovan vid not 57.

¹⁰¹ Enligt LAS 1974 var avtal om provanställning inte tillåtna utan stöd i centrala kollektivavtal.

¹⁰² En mer nyanserad beskrivning av regeln ges i kapitel 5.

Den slutsats som ligger närmast till hands att dra av AD:s praxis är, enligt min mening, att 4 § 1 st. LAS får vika inte bara för avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare, utan även för kvalificerad branschpraxis. Hur låter sig då detta förenas med att lagtexten bara nämner att avsteg är möjligt genom avtal? Ett sätt att ur rättskällesynpunkt rättfärdiga en sådan praxis skulle kunna vara följande. Innehållet i 4 § 1 st. utgör en kodifiering av vad som redan tidigare gällt. I förarbetena har inte tagits avstånd från den praxis som utvecklats före LAS. AD har således inte varit förhindrad att anknyta till denna äldre praxis. Från mer allmänna utgångspunkter kan en sådan regel, på samma sätt som i AD 1978 nr 163, motiveras med ”den allmänt godtagna grundsatsen att arbetsvillkoren bör vara enhetligt reglerade på en arbetsplats.”¹⁰³

Vilka krav på branschpraxisen uppställer AD för att den skall erhålla denna rättsverkan?¹⁰⁴ För att tillerkänna branschpraxis relevans krävs att det förebringas tillförlitlig bevisning om praxisens utbredning. Utredningen får inte grunda sig på ett alltför bräckligt statistiskt underlag och måste spegla förhållandena vid tiden för anställningstillfället.¹⁰⁵

En förutsättning för att huvudregeln om tillsvidareanställning inte skall vara tillämplig är att annan anställningsform är *den klart dominerande* i branschen. Härmed avses att praxisen skall vara allmänt utbredd och erkänd inom branschen eller delar av denna. I AD 1978 nr 167 ansågs så vara fallet när 80–90 % av de anställda hade denna anställningsform. Av AD 1973 nr 42 och 1976 nr 30 framgår att det inte är tillräckligt att sådan praxis föreligger för en bransch sett till sin helhet utan den måste föreligga även för den sektor av branschen som är aktuell i målet. Detta är dock inte tillräckligt. Därutöver krävs även att anställningsformen är den normala även för anställda med den typ av arbetsuppgifter och anställningsvillkor som är aktuella i målet.¹⁰⁶ AD har inte tagit hänsyn till om arbetsförhållandena för den omtvistade kategorin av anställda i olika avseenden är att likställa med vad som gäller för andra kategorier inom samma bransch där en avvikande praxis ostridigt föreligger.

¹⁰³ För kritik av AD 1978 nr 163, se Henning Tidsbegränsad anställning s. 238 f. och Lunning, Anställningsskydd s. 70 f.

¹⁰⁴ Frågan har främst varit uppe i AD 1973 nr 42, 1976 nr 30 och 1978 nr 167. De två förstnämnda domarna rör förhållandena före LAS. Den senare domen anknyter i domskälen till de två förstnämnda, varför dessa alltför få anses vägledande.

¹⁰⁵ I AD 1976 nr 30 godtog majoriteten inte en undersökning som grundade sig på förhållandena fyra år efter aktuell tid och omfattade ett mindre antal anställda. Däremot godtog i AD 1978 nr 167 en undersökning som utförts samma år som det omtvistade anställningsavtalet och som grundade sig på enkät i vilken ingick runt 7 000 arbetstagare.

¹⁰⁶ AD 1975 nr 51 och 1976 nr 122.

I AD 1978 nr 167 omnämns särskilt att förhållandena på arbetsplatsen inte avvek från förhållandena inom branschen i övrigt.¹⁰⁷ Uttalandet får antas syfta på att en praxis i branschen som helhet inte får genomslag om den inte tillämpas på företaget i fråga.¹⁰⁸

I allmänhet krävs för att sedvana eller handelsbruk skall anses föreligga inte bara att den har en betydande utbredning, utan därutöver att handlingsmönstret iakttagits under en längre tid. Någon utredning härom synes inte ha åberopats i målen. Att objektsanställning även i tiden före LAS varit den normala anställningsformen i byggbranschen framgår dock av AD:s tidigare praxis.¹⁰⁹ Den frågan behöver därför inte ha uppfattats som problematisk. Däremot uppställs inte i domskälen något krav på att de som är verksamma i branschen skall hysa en föreställning om att de är rättsligt förpliktade att följa branschens praxis (*opinio necessitatis*). Tvärtom har i AD 1978 nr 167 en undersökning om branschpraxis utförd av Byggnadsarbetarförbundet underkänts av AD med hänvisning bl.a. till att undersökningen baserats på arbetstagar- nas uppfattning om sin anställningsform.¹¹⁰ Redan att en viss anställningsform faktiskt (och stadigvarande) tillämpats synes vara tillräckligt.

Däremot ger AD:s praxis inte något svar på om parterna i det enskilda anställningsavtalet måste känna till att t.ex. objektsanställning är den sedvanliga anställningsformen i branschen.¹¹¹

Det bör slutligen framhållas att även om en sådan kvalificerad branschpraxis har företrädare framför regeln i 4 § 1 st. LAS så har domstolen möjlighet att pröva om branschpraxisen skall tillämpas eller inte. Om praxisen framstår som oskäligen bör domstolarna kunna åsidosätta eller jämka den.¹¹²

¹⁰⁷ Se även 1972 nr 29 och 1978 nr 163. Något motsvarande uttalande återfinns inte i övriga här behandlade domar. I dessa fall var det dock inte nödvändigt att ta ställning till detta, eftersom kvalificerad branschpraxis inte ansågs föreligga.

¹⁰⁸ AD 1976 nr 33 och ovan avsnitt 5.3.3.

¹⁰⁹ AD 1972 nr 29.

¹¹⁰ Domssamlingen s. 1234. *Opinio necessitatis* berörs något i avsnitt 5.3.3.

¹¹¹ I AD 1978 nr 163 uppställs inget sådant krav. Däremot kan domskälen i AD 1978 nr 167 uppfattas som att domstolen lade vikt vid att arbetstagaren var medveten om att objektsanställning var vanligt förekommande i branschen. Se även minoriteten i AD 1976 nr 30.

¹¹² Se t.ex. prop. 1988/89:76 s. 66 (köplagen) och Karlgren, Kutym och rättsregel s. 63.

6.7 Efterföljande omständigheter

Den traditionella utgångspunkten är att ett avtalsinnehåll bestäms av förhållandena när ett bindande avtal träffas. Det finns en stark koppling till reglerna om ingående av avtal. Alla avtalsvillkor som anbudsgivaren önskar skall ingå i avtalet måste anges i anbudet. På samma sätt måste anbudstagaren, i de fall avtal kommer till stånd genom reglerna om oren accept, ange allt som skall ingå i avtalet i accepten. Vad som inträffat därefter har huvudsakligen betydelse som bevisfakta för vad som förekommit vid avtalsslutet respektive vad parterna insett eller borde ha insett vid denna tidpunkt.¹¹³

I motiven till LAS synes man också ha utgått från detta förhållande. Där framhålls vid flera tillfällen att om annan anställningsform än tillsvidareanställning skall komma i fråga så måste arbetstagaren normalt uppmärksammas på detta i samband med att anställningsavtalet ingås.¹¹⁴ Detta är också utgångspunkten i AD:s praxis.¹¹⁵

I vissa fall kan dock avtalets slutliga innehåll bestämmas av omständigheter som härrör från tiden efter att anställningsavtal träffats.

AD 1975 nr 84. Wixe hade ostridigt innehaft en visstidsanställning vilken upphörde den sista juli 1974. Efter semester återupptog Wixe arbetet den 19 augusti. Vid denna tidpunkt var det för arbetsgivaren och Wixe oklart både om någon förlängning överhuvudtaget skulle komma till stånd och vilken anställningsform som skulle gälla om så skulle bli fallet. I slutet av augusti blev Wixe upplyst om att fortsatt anställning skulle vara tidsbegränsad. Ett definitivt besked med detta innehåll gavs den 10 september.

AD inleder med att framhålla att det åligger den part som vill att anställningen skall vara tidsbegränsad att uppmärksamma motparten på detta redan när överenskommelse om anställning träffas. Tillträder arbetstagaren utan att något klagörande har skett, är arbetstagaren att anse som anställd tillsvidare. Enligt AD var den i målet aktuella frågan annorlunda. Wixe var när hon började arbeta den 19 augusti medveten om att arbetsgivaren ännu inte hade tagit ställning till vilka villkor som skulle gälla för anställningen och bör även ha varit medveten om att denna fråga skulle avgöras inom en snar framtid, vilket också skedde. Någon tillsvidareanställning kan därför inte ha kommit till stånd redan när hon återupptog arbetet efter semestern. Genom att fortsätta arbeta efter att arbetsgivaren klargjort sin ståndpunkt har hon blivit bunden av denna.

¹¹³ Se t.ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt* II s. 44 och 76, Hellner, *Kommersiell avtalsrätt* s. 44 och Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 66 f.

¹¹⁴ Prop. 1973:129 s. 145 och 236. Jfr SOU 1973:7 s. 173 f. Man bör dock vara uppmärksam på att parternas uppträdande efter att ett avtalsförhållande har uppkommit kan komma att ändra ett redan ingånget avtals innehåll.

¹¹⁵ Se t.ex. AD 1976 nr 122 och 1984 nr 45.

Enligt domskälen kan avtal om tidsbegränsad anställning inte komma till stånd om arbetstagaren *tillträder* anställningen utan att ett klargörande har skett. Motsvarande formulering återkommer i senare domar.¹¹⁶ Innebär dessa uttalanden att ett klargörande från arbetsgivarens sida som sker efter att avtal om anställning träffats men före tillträdet kan medföra att avtal om tidsbegränsad anställning slutits? Det är svårt att se varför AD överhuvudtaget skulle pröva vad som förevarit under tiden mellan att anställningsavtal ingås och anställningen tillträtts om detta enligt domstolen saknar relevans. Det ligger därför nära till hands att uppfatta domskälen så att tidsbegränsad anställning kan komma till stånd om arbetsgivaren före tillträdet klargör att viss tidsbegränsning av anställningen är aktuell.¹¹⁷ En förutsättning för att ett klargörande i detta skede skall tillmätas betydelse torde vara att arbetstagaren inte reklamerar, utan tvärtom börjar utföra arbete. Att arbetstagaren börjar utföra arbete under dessa förhållanden kan, om man så önskar, beskrivas som en accept genom konkludent handlande.¹¹⁸ Det torde vidare krävas att något avtal om tillsvidareanställning (eller för den delen någon tidsbegränsad anställningsform) inte har avtalats, utan att anställningsformen annars skulle bestämmas av utfyllande rättsregler.

Den regel som AD motsatsvis ger uttryck för innebär att bekräftelser, t.ex. i form av anställningsbevis, som lämnas oemotsagda av arbetstagaren får avtalsverkan, utan att avseende fästs vid subjektiva rekvisit. En sådan regel har i fråga om införlivande av standardavtal förordats av Hellner.¹¹⁹ Uppfattningen har inte vunnit gehör hos HD. I NJA 1980 s. 46 fick en bekräftelse avtalsverkan. HD framhöll att mottagaren måste ha insett att arbetsgivaren ansåg sig bunden först genom bekräftelsen, samt att arbetsgivaren påbörjat fullgörande av avtalet utan att reklamera.¹²⁰ Den regel som tillsynes framgår av AD:s praxis skulle således gå längre i fråga om avtalsverkan av bekräftelser än motsvarande praxis från HD.

Av AD 1975 nr 84 framgår även att klargöranden som sker *efter tillträdet* i vissa fall kan medföra att avtal om tidsbegränsad anställning kommer till stånd. I målet befanns så vara fallet till följd av att arbets-

¹¹⁶ Se särskilt AD 1990 nr 92. Jfr även AD 1988 nr 38 där tidpunkten för anställningsförhållandets uppkomst och tillträdet sammanföll samt 1987 nr 93 (domssamlingen s. 661).

¹¹⁷ Som argument för att så skulle vara fallet kan även åberopas att klargöranden som äger rum efter tillträdet i vissa fall kan medföra att en tidsbegränsad anställning är för handen. Se strax nedan.

¹¹⁸ Jfr för annan avtalstyp NJA 1980 s. 46.

¹¹⁹ Hellner, JFT 1979 s. 298 ff.

¹²⁰ Se även NJA 1990 C 47 och Håstad i Festskrift till Bengtsson s. 243 ff.

tagaren var medveten om att arbetsgivaren inte tagit ställning till villkoren för anställningen och att arbetsgivaren inom kort tid efter tillträdet (ca tre veckor) klargjorde sin inställning. Därutöver framhölls att arbetstagaren fortsatte att utföra arbete utan att reklamera.¹²¹ På samma sätt torde det förhålla sig om parterna kort tid efter tillträdet träffar ett uttryckligt avtal om tidsbegränsad anställning, t.ex. genom att arbetstagaren undertecknar ett anställningsbevis. Om däremot undertecknandet sker senare kommer de regler som utvecklats om eftergift av en rätt enligt tvingande regler att aktualiseras.¹²²

Den regel som AD:s praxis synes ge uttryck för kan sammanfattas på följande vis. Om arbetsgivaren önskar att avtal om tidsbegränsad anställning skall ingås åligger det honom att klargöra detta redan vid anställningsavtalets ingående. Har frågan om tidsbegränsning inte diskuterats vid anställningsförhållandets uppkomst, men förklarar arbetsgivaren före tillträdet att anställningen skall vara tidsbegränsad, så anses sådan tidsbegränsning avtalad om arbetstagaren tillträder anställningen utan att reklamera. Sådan tidsbegränsning kan även uppkomma om arbetsgivaren efter tillträdet klargör sin inställning men då endast om arbetstagaren var medveten om att anställningsformen ännu inte är bestämd och att frågan skall lösas inom en kort tid.

Vad händer då om arbetstagaren framför invändningar mot att anställningen tidsbegränsas? Denna situation har inte behandlats av AD.¹²³ Att i dessa fall låta anställningen vara tidsbegränsad skulle innebära att arbetsgivaren gavs rätt att ensidigt bestämma anställningsformen. Ett sådant synsätt är inte förenligt med att avvika från 4 § 1 st. LAS enbart kan ske genom avtal.¹²⁴ Det återstår därvid två möjligheter, antingen att något avtal om tidsbegränsning inte kommer till stånd, och att således den utfyllande lagregeln om tillsvidareanställning blir tillämplig eller att anställningsavtalet förfaller. Av bl.a. samma skäl som tidigare anförts mot att arbetsgivaren skulle ensidigt få bestämma anställningsformen fram till tillträdet är det senare alternativet inte

¹²¹ Domskälerna kan möjligen förstås så att en ytterligare förutsättning är att det är fråga om fortsättning av en tidigare anställning (jfr Henning, Tidsbegränsad anställning s. 239). Emellertid är det svårt att se av vilka skäl en nyanställning där arbetstagaren är medveten om att arbetsgivaren inte tagit ställning till anställningsvillkoren skulle behandlas annorlunda.

¹²² Se AD 1978 nr 40 och avsnitt 3.4–3.5.

¹²³ Jfr situationen i AD 1978 nr 167 där arbetstagaren i samband med tillträdet förelades en anställningsbekaftelse enligt vilken anställningen var tidsbegränsad men vägrade skriva under.

¹²⁴ Jfr uttalandena i AD 1986 nr 12 om omfattningen av arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

acceptabelt. Detta skulle leda till att arbetstagaren ställdes inför ett ultimatum, antingen godta en tidsbegränsad anställning eller ingen anställning alls. Möjligen kan den situationen att arbetstagaren varit medveten om att anställningsformen var svävande behandlas annorlunda. Här torde i vissa fall kunna anses att arbetstagaren accepterat att arbetsgivaren ensidigt bestämmer hur länge denne skall tillhandahålla arbete.

6.8 Sammanfattande synpunkter

Huvudregeln om att anställningar gäller tillsvidare har en stark rättspolitisk laddning. Regeln utgör ett led i anställningsskyddet. Såväl i lagmotiv som i rättspraxis finns en uttalad strävan att motverka bruket av tidsbegränsade anställningar. Har dessa omständigheter medfört att högre krav ställs för att avvikelser från regeln än som annars skulle vara fallet? Något helt entydigt svar går inte att ge.

Det kan inledningsvis konstateras att lagstiftaren avstått från att införa någon form av formkrav för motverka avvikelser från regeln. Vi erinrar oss att ett sådant krav finns i Norge och att regleringstekniken används i konsumenträttslig lagstiftning.¹²⁵

När det gäller rättspraxis kan vissa avgöranden ses som ett uttryck för en strävan till styrning mot tillsvidareanställningar. Det avtalsrättsliga anknytningskrav som AD uppställt för vikariat är det tydligaste exemplet. Kravet uppställdes för att öka möjligheten till kontroll av att vikariat står i överensstämmelse med 5 § LAS. Kravet har dock inte fullt ut upprätthållits i senare praxis.¹²⁶ Vidare kan noteras en tydlig tendens till att domstolen tar huvudregeln om tillsvidareanställning som utgångspunkt vid tolkning, istället för det uttryckta avtalsinnehållet. En sådan modell är ägnad att leda till att regeln får genomslag i fler fall än annars. Skälet till att domstolen vid prövningen tagit sin utgångspunkt i den utfyllande regeln måste dock i första hand sökas i det uttryckta avtalsinnehållets vaga karaktär. I de fall där AD använt sig av denna modell har någon skriftlig avtalsdokumentation inte förelegat och det har varit oklart vad som förevarit vid avtalstillfället. Modellen används inte när frågan om anställningsform har berörts i skriftlig avtalsdokumentation.¹²⁷

¹²⁵ Avsnitt 6.4.

¹²⁶ Avsnitt 6.3.

¹²⁷ Avsnitt 6.5.

Det föreligger alltså vissa fall som tyder på att domstolen accepterat att ett ändamål med regeln i 4 § 1 st. LAS är att motverka tillkomsten av tidsbegränsade anställningar och låtit detta ändamål bli styrande för rättstillämpningen. Å andra sidan har detta ändamål inte tillmätts någon avgörande betydelse i andra fall. AD tycks, utan stöd i lagtext, acceptera att 4 § 1 st. LAS får vika för kvalificerad branschpraxis.¹²⁸ Vidare tycks domstolen – i vidare mån än som gäller för andra avtalstyper – acceptera att ensidiga rättshandlingar efter avtalsslut får avtalsverkan.¹²⁹ Sammantaget ger rättspraxis inte stöd för att regeln i 4 § 1 st LAS har en mer styrande funktion än som följer av dispositiva regler i allmänhet.

6.9 Exkurs. Avtal om starkare anställningsskydd

LAS är ensidigt tvingande till arbetstagarnas förmån (2 §). Avtal om starkare anställningsskydd strider därför inte mot LAS. Sådana avtal kan konstrueras på olika sätt. Arbetsgivaren kan genom det personliga avtalet avstå från möjligheten att åberopa arbetsbrist som uppsägningsgrund eller förbinda sig att inte säga upp anställning förrän efter visst datum.¹³⁰ Att tidsbegränsade anställningar i vissa situationer kan ge ett starkare anställningsskydd har berörts ovan.¹³¹ Frågan om personliga avtal har träffats om starkare anställningsskydd har varit föremål för AD:s prövning i ett flertal fall. Ett exempel är AD 1984 nr 81.

En kontorist väntade barn. Arbetsgivaren annonserade efter en ersättare, utan att det i annonsen angavs att fråga var om vikariat. Platsen söktes av Carina. Carina var dock inte intresserad av vikariatsanställning och erhöll därför provanställning, vilken sedermera övergick i en tillsvidareanställning. När den barnlediga kontoristen anmälde att hon önskade återgå i tjänst sades Carina upp p.g.a. arbetsbrist. Arbetstagsidan gjorde gällande att det stått fullt klart för bolaget att Carina inte var intresserad av något vikariat. Genom att erbjuda henne provanställning accepterade bolaget Carinas ståndpunkt. Detta innebar, enligt arbetstagsidan, att bolaget utfäst sig att inte såsom arbetsbrist åberopa den omständigheten att den föräldralediga kontoristen kunde tänkas återgå i tjänst.

AD noterade att arbetstagsidans påstående innebar att Carina genom sitt anställningsavtal tillförsäkrats ett bättre anställningsskydd än lagen medger och att arbetstagsidan därför hade bevisbördan för sitt påstående.

¹²⁸ Avsnitt 6.6.

¹²⁹ Avsnitt 6.7.

¹³⁰ Jfr tjänster tillsatta enligt lagen (1994:261) om fullmaktsanställning. För andra modeller se AD 1976 nr 102, 1977 nr 24 och 1981 nr 85.

¹³¹ Vid not 5.

Enligt AD hade arbetstagarsidan inte förmått visa att Carina var okunnig om att hon anställdes för att sköta ett arbete som sköttes av en arbetstagare som skulle vara föräldraledig. Inte heller hade arbetstagarsidan styrkt att bolaget givit någon tyst eller uttrycklig garanti om sådan anställningstrygghet.

En första iakttagelse av domskälen är att AD ställer frågan om arbetsgivaren uttryckligen eller tyst garanterat arbetstagaren en högre grad av anställningsskydd än som följer av LAS. Motsvarande formuleringar återkommer i andra fall där frågan varit om avtal med starkare anställningsskydd träffats.¹³² I anledning härav tillåter jag mig en terminologisk utvikning.

Termen utfästelse, liksom dess synonymer garanti och tillförsäkran, förekommer i lagtext.¹³³ Att ett yttrande eller något annat beteende kvalificeras som en utfästelse medför stränga rättsverkningar för avgivaren, framförallt i form av ett strikt skadeståndsansvar. Detta gäller även utanför det lagreglerade området.¹³⁴ I äldre tid antog man att en utfästelse i sig innefattade ett åtagande om sådan skadeståndsskyldighet. Numera synes tankegången vara att skadeståndssanktionen normalt följer av utfyllande regler.¹³⁵

De förfaranden vilka innefattas i begreppet utfästelse intar alltså i rättsföljdshänseende en särställning. Men vad kännetecknar på rättsfaktumsidan de yttranden eller andra beteenden vilka utnämns till utfästelser? Traditionellt brukar framhållas att en utfästelse är ett åtagande i viljeförklaringsform. Det brukar även sägas att en utfästelse är ett kontraktsmässigt åtagande.¹³⁶ Det avgörande är avgivarens (för motparten) synbara vilja att åta sig ett (rättsligt) ansvar.

När gränserna för vad som utgör en utfästelse bestämts i enlighet med den traditionella uppfattningen har det visat sig att det område som täcks av utfästelser är mindre än det område där det ansetts rättspolitiskt motiverat att utfästelsens rättsföljder bör inträda. Det klassiska exemplet härpå är 42 § 2 st i 1905 års köplag. Enligt denna bestämmelse skulle skadestånd vid specieköp utgå om godset saknade egenskap, som kunde *anses* tillförsäkrad. Enligt Almén skulle därmed förstås att med en formenlig garanti av säljare måste likställas varje uppträdande å hans sida, som är ägnat att ingiva köparen den föreställningen, att godset besitter någon viss av denne

¹³² AD 1977 nr 24, 1978 nr 57, och 1985 nr 72.

¹³³ Se t.ex. 4 kap 19 § JB och 21 § konsumentköplagen. Uttrycket (anses) tillförsäkrad användes i 42 § 1905 års köplag som synonymt med utfästelse.

¹³⁴ Se t.ex. Hellner, Speciell avtalsrätt II, häfte 2 s. 106 ff. och 192 f.

¹³⁵ Agell, SvJT 1972 s. 744, Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 85 f. och Vahlén, Fastighetsköpet s. 194.

¹³⁶ Se t.ex. Agell, SvJT 1972 s. 744, Grauers, Fastighetsköp s. 136, Karlgren, SvJT 1970 s. 126, Lehrberg, SvJT 1990 s. 553 och Rodhe, Obligationsrätt s. 226.

önskad egenskap.¹³⁷ Detta sätt att förstå s.k. anses-utfästelser har sedermera kommit att godtas i doktrin och praxis.¹³⁸ Motsvarande uttryckssätt återfinns numera i 4 kap 19 § JB.¹³⁹

Mot bakgrund av hur uttrycket utfästelse och dess synonymer används i juridiskt språkbruk kan inte redan ordvalet i domskälen tolkas som att det uppställs ett krav på att avtalsinnehållet uttrycker en dispositionsvilja. I den här aktuella frågan finns det likväl skäl för antagandet att ett sådant krav normalt upprätthålls. Detta sammanhänger främst med innehållet i utfyllande rätt. Enligt 7 § LAS har arbetsgivaren rätt att säga upp anställningen om det föreligger saklig grund. För ett avtal om starkare anställningsskydd skall ha slutits måste avtalet innehålla begränsningar i arbetsgivarens möjlighet att säga upp avtalet. Det är således inte tillräckligt att både arbetsgivare och arbetstagare t.ex. utgått från att anställningen skulle bestå under en längre tid. Avtalsinnehållet måste utpeka att arbetsgivaren t.ex. under viss tid *inte har rätt* att säga upp arbetstagaren p.g.a. arbetsbrist. Avtalstemat anknyter inte till anställningsförhållandets faktiska utveckling utan till arbetsgivarens rättsliga befogenheter. Här ligger en påtaglig skillnad mot fall där frågan är om en anställning gäller tillsvidare eller är tidsbegränsad. Avtal om tidsbegränsad anställning har träffats om båda parter tänker ”Andersson kommer att sluta till jul”. Däremot har ett avtal om starkare anställningsskydd inte träffats om båda parter tänker ”Inga neddragningar kommer att behöva ske under de närmaste fyra åren”.¹⁴⁰

Den utfyllande regelns utformning är härigenom ägnad att bidra till regelns genomslag. Domstolen har inte heller, som vid garantier i köprätten, varit beredd att inläsa avtalsverkningar i beteenden vilka inte signalerar dispositionsvilja. Detta kan förklaras av två omständigheter. För det första lär avtal om starkare anställningsskydd inte vara vanligt förekommande på arbetsmarknaden. Det är inte, såsom vid frågan om en anställning gäller tillsvidare eller utgör ett vikariat, fråga om att välja mellan flera i och för sig etablerade typfall.¹⁴¹ Vidare rör det sig om ett

¹³⁷ Almén, Om köp och byte av lös egendom, s. 594.

¹³⁸ Se t.ex. Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 88 ff. och Rodhe, Obligationsrätt s. 226 f.

¹³⁹ Lagtexten i 40 § 3 st. köplagen, 30 § 3 st. konsumentköplagen och 31 § 3 st. konsumenttjänstlagen synes ge vid handen att något annat åsyftats. I dessa bestämmelser förekommer istället uttrycket ”särskilt utfäst”. Huruvida därmed avses något annat är omtvistat.

¹⁴⁰ AD 1978 nr 57.

¹⁴¹ Jfr Schmidt, SvJT 1959 s. 504 ff. Ett undantag är vid tidsbegränsade anställningar, vilka under anställningstiden normalt ger ett starkare anställningsskydd (ovan vid not 5). Med stöd i denna regel kan det sägas att en bekräftelse om att ”anställningen gäller t.o.m.

starkare skydd än anställningsskyddslagen föreskriver. Det har mot bakgrund härav inte funnits anledning att skydda arbetstagarnas i och för sig begripliga förväntningar på att inte förlora anställningen.¹⁴²

31/12 1975” ger arbetstagaren fog ”att utgå från att (arbetsgivaren) utfäst sig att ej avbryta anställningen före den 31 december 1975” (AD 1977 nr 24).

¹⁴² Jfr AD 1982 nr 107

7 Avtal om skiljeförfarande

7.1 Inledning

Svensk rätt erbjuder två former av rättsligt verksam tvistelösning: rättegång vid domstol och skiljeförfarande. Tvister kan genom avtal hänskjutas till skiljedom och skiljedomar kan verkställas av kronofogdemyndigheten.¹ Skiljeavtal kan antingen avse en tvist som redan uppstått eller framtida tvist. Den viktigaste rättsföljden av ett skiljeavtal är att avtalet utgör hinder för att få tvisten prövad vid domstol. Ett sådant rättegångshinder skall emellertid inte beaktas självmant av domstol, utan först efter invändning av part (10 kap. 18 § RB).²

Skiljeförfaranden är tillåtna vid tvister där saken är sådan att förlikning därom är tillåten, dvs. dispositiva tvistemål. Arbetsrättsliga tvister är i processrättslig mening dispositiva. Redan av skiljemannalagen följer därför att arbetstvister kan hänskjutas till skiljeförfarande. En erinran härom har intagits i 1 kap. 3 § LRA. Undantag görs dock för tvister om könsdiskriminering, föreningsrätt och etnisk diskriminering. Skiljeförfaranden är i dessa fall tillåtna endast om skiljeavtalet träffats efter det att tvist uppstått.³ Att en tvist berör tvingande civilrättsliga regler hindrar inte att den kan hänskjutas till skiljeförfarande.⁴

Skiljeavtal som avser framtida konsumenttvister är giltiga endast om tvisteföremålets värde överstiger ett halvt basbelopp (3 a § skiljemannalagen). Regeln omfattar inte arbetstvister.⁵ I Norge kan skiljeavtal inte ingås på

¹ 1 § 1 st. lagen skiljemannalagen och 3 kap. 15–17 §§ UB.

² Se vidare Hassler & Cars, Skiljeförfarande s. 47 ff. Ett personligt avtal om skiljeförfarande utgör även hinder för organisation att väcka talan enligt LRA (AD 1991 nr 3).

³ Se avsnitt 3.4.2. Skiljeförfarande i tvister om hävning av kollektivavtal är aldrig tillåtna.

⁴ AD 1978 nr 62, och NJA 1973 s. 620. Se även Grönfors i Festskrift till Nial s. 218 f. och Bolding, Skiljeförfarande och rättegång s. 127 ff.

⁵ Skiljedomsutredningen föreslår att förbudet mot skiljeklausuler beträffande framtida tvister utvidgas till att avse i princip alla tvister mellan näringsidkare och konsument.

förhand om tvister i anledning av anställningens upphörande. Detta anses följa av att arbetsmiljøloven är tvingande.⁶ År 1995 infördes dock en möjlighet att ingå skiljeavtal för arbetstagare med arbetsledande ställning (§ 61 D arbetsmiljøloven).⁷

Arbetstagare och arbetsgivare har alltså som utgångspunkt möjlighet att vid domstol föra talan om anspråk i anledning av anställningsförhållandet. De äger dock överenskomma att tvister istället skall avgöras av skiljemän. Den fråga som skall behandlas i detta kapitel är under vilka förutsättningar parterna har utnyttjat denna möjlighet.

7.2 För- och nackdelar med skiljeförfaranden

I det följande skall kortfattat beröras vilka för- och nackdelar som anknyter till att tvister avgörs genom skiljeförfarande istället för vid domstol.⁸ I samband härmed kommer att noteras vilken vikt som i rättspraxis lagts vid olika nackdelar med skiljeförfaranden. Domstolarnas syn på skiljeförfaranden som alternativ till rättegång vid domstol framträder tydligast i mål om åsidosättande av skiljeklausuler enligt 36 § AvtL.

Den fördel som brukar framhållas med att tvister avgörs genom skiljeförfarande är framförallt skiljeförfarandets snabbhet. En skiljedom meddelas i genomsnitt inom nio månader efter att skiljeförfarande ha påkallats.⁹ Domen kan inte annat än i undantagsfall klandras (21 § skiljemannalagen). Skiljeförfaranden ger därigenom en snabb och slutlig reglering av tvisten. En annan omständighet som brukar framhållas som en fördel är att skiljeförfaranden inte är offentliga. Parterna styr valet av skiljemän och kan därigenom försäkra sig om att det dömande organet besitter tillräcklig sakkunskap. Skiljeklausuler är mycket vanliga i kommersiella sammanhang och ingår i ett stort antal av de allmänt brukade standardavtal som antagits av olika branschorganisationer,

Denna regel lär vara tillämplig på tvister mellan arbetsgivare och enskild arbetstagare (SOU 1995:65 s. 209 ff. Se även nedan vid nit 88).

⁶ Rt 1992 s. 534.

⁷ För Finland se Suviranta i Nord 1990:42 s. 101 och 139 f. samt arbetsavtalslagen kap. 3 a. För Danmark se Hasselbalch, Arbejdsrettens almindelige del s. 233 f. och Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 416 f.

⁸ Se härom t.ex. Lindblom i Festskrift till Bolding s. 277 ff. och SOU 1972:22 s. 49 ff. och SOU 1995:65 passim.

⁹ SOU 1995:65 s. 301. Se även 18 § 2 st.

såsom AB 92 och NL 92. Skiljedomsutredningen räknar med att det förekommer 300–400 skiljeförfaranden i landet per år.¹⁰

Det kan här anmärkas att de fördelar som anförs för skiljeförfarande i allmänhet inte har samma tyngd vid arbetstvister. Eftersom arbetsrättsliga mål avgörs av AD torde normalt inte kunna ifrågasättas att domstolen besitter tillräcklig sakkunskap för tvisten. I många fall är dessutom AD enda instans. Inte desto mindre utnyttjas skiljeförfaranden i viss utsträckning på arbetsmarknaden. Mellan organisationerna på arbetsmarknaden finns ett flertal fasta skiljenämnder, vilka har till uppgift att pröva tvister av speciella slag, såsom tvister om arbetsmarknadsförsäkringar.¹¹ Det förekommer även skiljeklausuler i kollektivavtal för vissa branscher.¹² Skiljeklausuler är inte heller ovanliga i anställningsavtal för företagsledare och andra arbetstagare med särskild förtroendeställning, samt vid avtal om anställningens upphörande.¹³

Som en nackdel med skiljeförfaranden kan antecknas att processformen är dyr. Parterna måste utöver ersättning till ombud och andra vanliga processkostnader även betala skiljemännens ersättning och är solidariskt ansvariga för hela ersättningen, om inte annat avtalats (23 §). Därigenom riskerar en part att få betala hela kostnaden för skiljenämnden, inte bara om han förlorar tvisten utan även om motparten blir insolvent. Dessutom är det vanligt att skiljemännen begär förskott som säkerhet för ersättningen. De höga kostnaderna för skiljeförfarandet kompenseras i någon mån av att processen inte förs i flera instanser, vilket är vanligt vid allmänna domstolar och påverkar kostnaderna för rättegångsombuden.¹⁴ Vidare kan framhållas att kostnader för skiljemännen inte ersätts enligt rättshjälpslagen eller av de olika rättsskydds-försäkringar som förekommer.

Ett syfte med skiljeavtal torde vara att undvika rättslig prövning överhuvudtaget.¹⁵ De höga kostnaderna för skiljeförfarandet motverkar rättsliga tvister om mindre summor. Ett sådant synsätt kan vara rationellt vid kommersiella avtal som rör stora belopp. I konsumentförhållanden anses emellertid skiljeklausuler som huvudprincip oskäligen just med hänsyn till kostnadsaspekten. Det har därvid anförts att en konsument kan se sig tvingad att avstå från att kräva sin rätt med hänsyn till risken att åsamkas stora kostnader.¹⁶

¹⁰ SOU 1995:65 s. 51.

¹¹ Se vidare t.ex. Torén i Rättegången i arbetstvister s. 64 f.

¹² AD 1994 nr 28.

¹³ SOU 1995:65 s. 48 och AD 1994 nr 111.

¹⁴ SOU 1995:65 s. 62 ff.

¹⁵ SOU 1995:65 s. 49.

¹⁶ Se t.ex. SOU 1974:83 s. 187 ff., prop. 1975/76:81 s. 146 f. och NJA 1981 s. 711.

I NJA 1983 s. 510 ansåg HD att ett skiljeavtal i ett konsumentförhållande inte var oskäligt när ansvaret för processkostnaderna enligt avtalet till största delen skulle bäras av näringsidkaren. Utgången har kritiserats, eftersom skiljemännen enligt 23 § skiljemannalagen inte får betinga sig olika stor ersättning från parterna.¹⁷ AD ansluter i domen 1994 nr 28 till NJA 1983 s. 510. Skiljedomsutredningen föreslår att 23 § ändras så att det framgår att en sådan uppdelning av kostnaderna skall vara möjlig.¹⁸

Emellanåt har ifrågasatts om skiljeförfaranden ger samma garantier för en fullgod prövning av tvisten som rättegång vid allmän domstol. Det har t.ex. framhållits att skiljemän inte på samma vis som domstolar skulle vara bundna av att följa gällande rätt när de avgör saken. Skiljemän skulle i högre grad kunna avgöra mål efter billighet.¹⁹ Numera synes den allmänna uppfattningen vara att skiljemän skall döma enligt gällande rätt. Detta innebär dock inte att en skiljedom kan angripas vid allmän domstol för att skiljedomen avviker från gällande rätt. Utrymmet för detta är mycket begränsat. Skiljemännens skyldighet att tillämpa gällande rätt har sagts närmast vara av moralisk karaktär.²⁰ Vidare har man pekat på att skiljemännen och parterna har större frihet att utforma förfarandet än vad rättegångsbalken medger. Skiljemannalagen saknar nästan helt regler i ämnet. I stort sett sägs inte mer än att skiljemännen skall handlägga saken opartiskt, ändamålsenligt och skyndsamt (13 § skiljemannalagen).

Dessa nackdelar med skiljeförfaranden synes i rättspraxis om åsidosättande av skiljeavtal inte ha väckt betänkligheter.²¹ Därmed inte sagt att vilka skiljeförfaranden som helst kan accepteras som rättegångshinder. Skiljeavtal där ena parten är betagen möjligheten att påverka skilje-

¹⁷ Peyron, Advokaten 1988 s. 22 f. och Welamson, SvJT 1989 s. 639.

¹⁸ SOU 1994:81 s. 299. Se även förslaget i SOU 1995:65 s. 209 ff. och nedan vid not 88.

¹⁹ NJA II 1929 s. 30. Se även diskussionen i Bolding, Skiljeförfarande och rättegång kapitel 2.

²⁰ Se t.ex. Lando i Festskrift till Grönfors s. 298 och SOU 1994:81 s. 153 f. Se även SOU 1972:22 s. 50.

Skiljedomsutredningen anför att det inte möter något hinder mot att parterna bestämmer att skiljemännen skall avgöra tvisten med tillämpning av ett visst lands lag eller mera fritt efter billighet. Till detta bör tilläggas att sådana överenskommelser inte är bindande för skiljemännen om överenskommelserna rör frågor över vilka parterna enligt tvingande rättsregler inte äger förfoga (AD 1978 nr 62 och Bolding, Skiljeförfarande och rättegång s. 128 ff.). Att parterna normalt kan disponera över tvingande regler sedan tvist har uppstått behandlas i avsnitt 3.4.2.

²¹ I AD 1987 nr 165 anförde tingsrätten att skiljeförfaranden inte medför samma garantier som domstolsprövning. En skiljeklausul ansågs av bl.a. denna anledning oskälig i en uppsägningstvist. AD ansåg dock inte argumentet bärande och ändrade tingsrättens beslut. Se även AD 1978 nr 62 och MD 1979:17. Jfr dock AD 1954 nr 21 ovan avsnitt 3.4.2.

nämndens sammansättning och förfarandet inte på annat sätt ger garantier för en opartisk prövning anses regelmässigt oskäligen.²² Däremot synes uppfattningen i rättspraxis vara att skiljeförfaranden som följer den ordning som föreskrivs i skiljemannalagen inte av rättssäkerhetsskäl är till nackdel för ena parten.

Det har vidare framhållits att skiljeförfaranden kan vara hämmande för rättsbildningen, eftersom endast få mål från vissa rättsområden når HD. Denna s.k. prejudikattorka kan leda till att rättsbildningen stagnerar på viktiga områden av civilrätten.²³ Iakttagelsen äger säkert sin riktighet, men den omständigheten har inte påverkat domstolarnas syn på tillåtligheten av skiljeförfaranden.²⁴

Sammanfattningsvis kan således sägas att om skiljeförfarandet följer reglerna i skiljemannalagen så är det enbart kostnadsaspekten som föranlett domstolarna att jämka avtal med skiljeklausuler.

7.3 Om skiljeklausuler i allmänhet

År 1933 antog Nils Dillén i sin avhandling *Bidrag till läran om skiljeavtalet* att samma regler som gällde för avtal i allmänhet var tillämpliga vid ingående av skiljeavtal. Han tillstod dock att underlaget för denna bedömning var bräckligt.²⁵ Dilléns uppfattning om innehållet i gällande rätt bekräftades i NJA 1936 s. 521.

Maskinbolaget sålde stickmaskiner till Trikåbolaget. I Maskinbolagets anbud hänvisades bl.a. till allmänna villkor, i vilka ingick en skiljeklausul. Trikåbolaget gjorde gällande att något skiljeavtal inte träffats och anförde att skiljeklausulen varit försätligt undanstucken, att Trikåbolaget saknat kännedom om klausulen och att de allmänna villkoren inte bifogats offerter. Det sista var ostridigt. HD fann utan närmare motivering att skiljeavtal träffats.

I två senare fall anlade HD ett något annat synsätt.

NJA 1949 s. 609. Ingenjören Johansson beställde av ett handelsbolag ett antal släpvagnar. Bolaget bekräftade beställningen i en skrivelse av vilken det framgick att för leveransen gällde ”de allmänna leveransbestämmelserna för den mekaniska verkstadsindustrin”. Bland dessa bestämmelser åter-

²² Se t.ex. NJA 1974 s. 573, NJA 1982 s. 853, NJA 1992 s. 143 samt AD 1977 nr 35.

²³ Se t.ex. Strömholm, SvJT 1984 s. 928 och Hassler & Cars, *Skiljeförfarande* s. 14 f.

²⁴ Jfr NJA 1980 s. 46 och AD 1994 nr 28. Att skiljeförfaranden kan leda till en oenhetlig tillämpning av LAS ansågs i AD 1991 nr 3 inte tala för att en skiljeklausul var oskäligen.

²⁵ Sid 141. Jfr Adlercreutz i Högsta domsmakten 200 år s. 79 f.

fanns en skiljeklausul. HD fann det inte styrkt att bolaget vare sig i samband med orderbekräftelsen eller tidigare tillställt Johansson något exemplar av leveransbestämmelserna. Inte heller kunde det antas att Johansson ägde kännedom om att det i bestämmelserna ingick en skiljeklausul. Något avtal om skiljeförfarande ansågs därför inte träffat.

Omständigheterna i NJA 1969 s. 285 var i stort desamma som i 1949 års fall. Två skillnader förelåg dock, dels hade hänvisningen till de allmänna bestämmelser där skiljeklausulen ingick skett på ett tidigare stadium, dels var köparen utländsk. Även i detta mål fann HD att något avtal om skiljeförfarande inte kommit till stånd. Domskalen anslöt nära till 1949 års fall.²⁶

Målen har ansetts ge uttryck för en princip om att särskilda krav ställs för att bestämmelser som är *överraskande eller särskilt tyngande* skall anses ingå i avtalet. Frågan om sådana bestämmelser borde inta en särställning vid införlivande av standardavtal har uppmärksammats i såväl doktrin som praxis. Redan Ussing angav att en part enligt dansk rättspraxis inte blir bunden av en bestämmelse ”som er osædvanlig og stiller ham væsentlig ugunstigere end almindelige Retsgrundsætninger, med mindre han har kendt Bestemmelsen, eller den før Aftalens Ingaaelse er fremhævet saaledes for ham, at han ikke kunde undgaa at lægge Mærke til den.”²⁷ I svensk rätt synes principen ha slagit igenom senare än i Danmark. Schmidt menade 1943 att svenska domstolar inte upprätthöll någon sådan princip. År 1966 hade han mot bakgrund av NJA 1949 s. 609 ändrat uppfattning.²⁸ Principen har numera starkt stöd såväl i praxis som i doktrin.²⁹

Man räknar med att principen är tillämplig om bestämmelsen antingen är överraskande eller tyngande. En viss bestämmelse anses överraskande i första hand om den påtagligt avviker från vad som är vanligt i branschen. Frågan om en bestämmelse är tyngande skall avgöras genom en jämförelse med innehållet i dispositiv rätt. Att en viss avvikelse från

²⁶ Rättsfallen har diskuterats ingående i litteraturen. Se framförallt Vahlén, Avtal och tolkning s. 145 ff., Karlgren, Passivitet s. 61 ff. och Christensen, TfR 1973 s. 495 ff. Se även Nerep i Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 399 ff.

²⁷ Aftaler s. 185. Se även s. 430.

²⁸ Jämför Faran och försäkringsfallet s. 168 f. med NJM 1966 s. 14.

²⁹ Se även NJA 1978 s. 432 och NJA 1979 s. 401. Jfr även NJA 1977 s. 796 (kommenterat av Grönfors i JFT 1979 s. 270 ff.). Se även t.ex. Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 64 ff., Bernitz, Standardavtalsrätt s. 36 ff., Christensen, TfR 1973 s. 497, Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 48 f., Håstad, NJM 1990 s. 280, Lehrberg, Avtalstolkning s. 38, Madsen, Aftalefunktioner s. 27, Olsson, NJM 1957 s. 37 ff. och Wilhelmsson, Standardavtal s. 87 ff.

dispositiv rätt är vanlig på något avtalsområde behöver inte förta bestämmelsens karaktär av att vara tyngande.³⁰

För att en överraskande eller tyngande bestämmelse skall ingå i avtalet krävs att ena parten måste ha insett att motparten ansåg att bestämmelsen utgjorde avtalsinnehåll eller att parten gjorts uppmärksam på bestämmelsen på ett sådant sätt att han rimligen borde ha tagit del av dess innehåll. Bestämmelser av denna typ införlivas inte med avtalet av det skälet att det är allmänt känt att en part tillämpar standardvillkor och motparten tar initiativ till vad som för parten är massavtal, om inte avtalsvillkoren berörs mellan parterna.³¹ Vidare anses det inte tillräckligt att det uttryckta avtalsinnehållet *hänvisar* till ett avtalsdokument vari den överraskande eller tyngande bestämmelsen ingår. Inte heller är det tillräckligt att det avtalsdokument, vari den bestämmelsen ingår, *tillställs* parten, om bestämmelsen med hänsyn till handlingens utformning eller liknande är lätt att förbise.³²

Frågan om införlivande av skiljeavtal kom åter upp i NJA 1980 s. 46.

I målet var fråga om en skiljeklausul, som ingick i det standardavtal till vilket entreprenören hänvisade, blivit gällande mot beställaren. HD fann att *standardavtalet* i och för sig hade blivit gällande mot beställaren. Frågan var då, enligt HD, om ”ytterligare villkor är att uppställa för att en (skiljeklausul) skall vinna giltighet”. HD fann, under åberopande av en mängd argument, inte skäl att uppställa några ytterligare villkor.

Domen ger intryck av att HD av någon anledning velat undvika att föra saken till plenum.³³ HD konstaterar att läget på handelsrättens område förändrats sedan 1949 och framhåller särskilt att bruket av standardavtal tilltagit i hög grad, att standardavtalen numera utarbetas med stor omsorg och tillvaratar båda parter intresse samt att införandet av 36 § AvtL har medfört ökade möjligheter att jämka standardavtal som är oskäligen. Domstolen anför därefter. ”Vad nu utvecklats ger fog att ifrågasätta om, i ett förhållande mellan näringsidkare, de grundsatser som fastslogs i 1949 års fall numera bör tillämpas.” Något klart ställningstagande gör domstolen dock inte. Istället framhåller domstolen omständigheter i det enskilda fallet vilka talar emot att uppställa särskilda villkor. Härvid anför bl.a. att entreprenören själv brukade hänvisa

³⁰ Till stöd för denna uppfattning kan rättsfallen NJA 1949 s. 406 och 1969 s. 285 anföras.

³¹ NJA 1978 s. 432.

³² NJA 1979 s. 401. Se även SvJT 1979 ref. s. 1.

³³ Bestämmelsen om avgörande i plenum (3 kap. 5 § RB) är fakultativ. I fråga om otvetydiga avvikelser anses bestämmelsen i praktiken obligatorisk (Welamson, Rättegång VI s. 183)

till egna standardavtal, där det angavs att tvister ”må avgöras av domstol”, samt att hänvisningen inte hade någon undanskymd plats. Några motsvarande omständigheter förelåg inte eller var i vart fall inte åberopade i de tidigare fallen. Genom att hänvisa till dessa specifika omständigheter lyckades HD särskilja fallen och någon prövning i plenum erfordrades inte.

På grund av domens utformning är det svårt att veta vilka slutsatser som kan dras av fallet. Har de grundsatser som framgår 1949 års fall övergivits i kommersiella förhållanden eller krävs för att grundsatsen skall frångås att det, som i NJA 1980 s. 46, föreligger några ytterligare omständigheter? I doktrinen tycks uppfattningen vara att de argument som HD anför har sådan tyngd att 1949 års fall inte längre är tillämpligt beträffande skiljeavtal i kommersiella sammanhang, i vart fall inte i branscher där skiljeavtal är det normala.³⁴ Uppfattningen har i mitt tycke goda skäl för sig. Likväl måste framhållas att den motsatta tolkningen har starkt stöd i domskälens utformning. Hovrätten för Nedre Norrland synes i RH 1989:1 ha anslutit sig till den senare uppfattningen.³⁵

Det kan tillfogas att principen om särbehandling av överraskande eller särskilt tyngande klausuler inte har någon framskjuten position i diskussioner om skiljeklausuler i konsumentförhållanden. Dessa angrips istället genom 36 § AvtL.³⁶

7.4 Skiljeklausuler i anställningsavtal

7.4.1 Huvudregeln om skiljeavtalets tyngande karaktär

AD har vid åtskilliga tillfällen framhållit att skiljeklausuler i anställningsförhållanden generellt är att anse som tyngande.³⁷ Domstolen har också i ett allmänt hållet uttalande i AD 1993 nr 141 förklarat att särskilda krav därför måste uppställas för att skiljeklausulen skall utgöra avtalsinnehåll. I domen heter det.

³⁴ Bernitz, Standardavtalsrätt s. 38, Grönfors, Avtalslagen s. 253 f., Lehrberg, Avtals-tolkning s. 39 samt Ramberg, Spedition och fraktavtal s. 42 f. Jfr Nerep i Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 405 f.

³⁵ Se även Welamson, SvJT 1989 s. 636 f.

³⁶ Se nedan vid not 90.

³⁷ AD 1994 nr 28 och 111, 1991 nr 3, 1991 nr 48, 1988 nr 95, 1988 nr 96 och 1988 nr 181 samt 1987 nr 165.

”Domstolen utgår vid bedömandet av vilka krav på tydlighet som bör ställas på en skiljeklausul från att en sådan klausul i sig får anses vara tyngande för arbetstagaren. Med tyngande avses inte enbart det förhållandet att ett skiljeförfarande i många fall kan te sig kostsamt för arbetstagaren utan också det förhållandet att en arbetstagare som vid tvist inte beaktar förekomsten av en skiljeklausul lätt kan drabbas av en rättsförlust på grund av preskription. En konsekvens av klausulens för arbetstagaren tyngande karaktär är att höga krav måste ställas vad gäller tydlighet. Brister tydligheten vad gäller utformningen och hur klausulen presenterats i skrift, kan detta medföra att klausulen inte anses ingå i anställningsavtalet.”³⁸

Det kan noteras att redan de omständigheter, som här anförs till stöd för att skiljeklausuler skall anses tyngande, inte i sig anses medföra att avtalen skall jämkas såsom oskäligen.³⁹ Det är tydligt att en bestämmelse kan vara tyngande, och därvid särbehandlas vid avtalstolkning, utan att för den skull vara oskäligen.

Att skiljeklausuler är tyngande eller överraskande bör betraktas som en prima facie-regel, vilken får vika om särskilda skäl föranleder en annan bedömning. Om skiljeavtal är det vanliga i en viss bransch och den aktuella klausulen innehåller kostnadsregler som är förmånliga för arbetstagaren finns ingen anledning att betrakta klausulen som överraskande eller tyngande.⁴⁰

7.4.2 Bevisbörda och avtalstema

Vid bedömningen av om ett skiljeavtal föreligger är en utgångspunkt att den som åberopar ett skiljeavtal har bevisbördan. Det ankommer på honom att visa omständigheter som medför att ett skiljeavtal föreligger.⁴¹ Bolding menar att bevisbördan bör ha denna placering såväl när svaranden i rättegång invänder att rättegångshinder föreligger p.g.a. skiljeavtal som när endera parten väcker talan om att skiljeavtal inte är giltigt eller tillämpligt. Detsamma skulle gälla om en skiljedom klandras på den grunden att giltigt skiljeavtal inte föreligger.⁴²

³⁸ Med uttalandet om risk för rättsförlust på grund av preskription torde avses att en arbetstagare som vid tvist om t.ex. en uppsägning står i strid med LAS väcker talan vid domstol i stället för att påkalla skiljeförfarande, riskerar att anspråket kommer att preskriberas 40–42 §§ LAS. Att talan väcks vid domstol i sådant fall torde inte utgöra preskriptionsavbrott, för det fall domstolen avvisar talan. Jfr AD 1981 nr 92 och AD 1966 nr 13. Beträffande det senare fallet se numera 2 kap. 5 § 3 st. LRA.

³⁹ Se nedan vid not 91.

⁴⁰ Jfr skiljeklausulen i AD 1994 nr 28.

⁴¹ AD 1977 nr 113 och AD 1989 nr 51.

⁴² Bolding, Skiljedom s. 64 ff. och Karlgren, Passivitet s. 63 noten. Jfr Welamson, SvJT 1964 s. 285.

Den viktigaste rättsföljden av skiljeavtal är att vissa tvister skall avgöras av skiljemän istället för vid domstol. Det krävs därför att skiljeavtalet på något vis utpekar att skiljeförfarande skall träda istället för ordinär rättegång. Ett avtal som enbart avskär möjligheten till domstolsprövning, utan att samtidigt öppna vägen för skiljeförfaranden anses inte ha verkan som rättegångshinder.⁴³ Avtalet måste på något vis utpeka att tvisten skall prövas av skiljemän. Det utgör därvid inget hinder att det språkbruk som används i avtalet inte följer språkliga konventioner.⁴⁴ Om en avtalsbestämmelse visserligen talar om att en viss tvist kan prövas av annan än domstol, men det likväl är oklart om domstolsprövning skall anses utesluten, anses avtalet inte utgöra rättegångshinder.⁴⁵

7.4.3 Gemensam partsuppfattning

I svensk rätt uppställs inget formkrav för att skiljeavtal skall vara giltiga, på sätt som är vanligt utomlands.⁴⁶ Även om AD har antagit att skiljeklausuler i anställningsförhållanden är tyngande så hindrar inte detta att ett skiljeavtal föreligger om båda parter haft en gemensam uppfattning i frågan. Redan av den regel som Ussing formulerade framgår att en tyngande bestämmelse binder motparten om denna känt till bestämmelsen.⁴⁷ Det är inget krav att uppfattningen tagit sig några språkliga eller andra uttryck. Om en gemensam uppfattning förelegat, synes det vidare vara utan betydelse varifrån uppfattningen härrör.

I NJA 1949 s. 609 anför HD att något exemplar av de allmänna bestämmelser vari en skiljeklausul ingick inte hade tillställts Johansson och att ”sådana omständigheter hava icke blivit förebragta att det *ändock kan antagas*, att Johansson då *ägde kännedom* om det i bestämmelserna in-

⁴³ Bolding, Skiljedom s. 72, Ekelöf, Rättegång II s. 14 not 10, Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 317 not 80, Hassler & Cars, Skiljeförfarande s. 38 not 7 med hänvisningar, Welamson, SvJT 1953 s. 686. Däremot föreligger inget absolut hinder mot att ena parten ges rätt att ensidigt avgöra om ett visst villkor i avtalet är uppfyllt utan att beslutet kan överprövas rättsligt (NJA 1994 s. 721 I–III).

⁴⁴ Se Bolding, Skiljedom s. 72 med exempel.

⁴⁵ RH 1980:48 och BD 9:79.

⁴⁶ I t.ex. Norge och Finland uppställs sådana krav (Hassler & Cars, Skiljeförfarande s. 33 och SOU 1994:81 s. 95). Något formkrav upprätthålls inte i Danmark. För s.k. prorogationsavtal, avtal varigenom tvist må väckas vid viss domstol eller där viss domstol ensam skall vara behörig, uppställs i svensk rätt ett krav på skriftlig form (10 kap. 16 § RB). I Brysselkonventionen uppställdes ursprungligen ett krav på skriftlig form eller bekräftelse. Formkravet har successivt mjukats upp (Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna s. 152 ff.).

⁴⁷ Se ovan vid not 27.

gående stadgandet om skiljedom.” (kurs. här). Motsvarande uttalande återfinns i NJA 1969 s. 285.

Den gemensamma uppfattningen skall gå ut på att tvister skall avgöras genom skiljeförfarande och det är sedan en bevisfråga om gemensam uppfattning med detta innehåll förelegat. I NJA 1949 s. 609 och 1969 s. 285 synes HD ha varit beredd att anse att skiljeavtal träffats om det *kunnat antas* att en gemensam uppfattning förelegat. Sannolikt avses med detta uttryck inte något lägre bevisvärdekrav än ”måste inse” som normalt används vid subjektiva rekvisit.⁴⁸

I rättspraxis lyser fall där en gemensam partsuppfattning bestämt utgången med sin frånvaro.⁴⁹ Att sådana mål saknas sammanhänger med att den faktiska situationen vanligen är en annan vid tvister om ett skiljeavtal träffats än t.ex. när fråga är om vilken anställningsform som gäller.⁵⁰ Skiljeavtal ingås nästan undantagslöst skriftligen. Vanligen sker detta genom att parterna använder en förtryckt blankett eller genom att ett skriftligt kontrakt hänvisar till allmänna avtalsvillkor i vilka en skiljeklausul ingår. Av rättspraxis att döma synes frågan om tvister skall avgöras av domstol eller skiljenämnd inte uppta parternas tankar vid ingående av individuella avtal. I vart fall brukar frågan inte diskuteras parterna emellan.⁵¹ Rättspraxis om införlivande av skiljeavtal påverkas av dessa förhållanden. Den fråga som skjuts i förgrunden är om den skriftliga handling, i vilken en skiljeklausul ingår, omfattas av avtalsinnehållet. Att så är fallet betyder inte i och för sig att andra rättsregler gäller för denna fråga, utan enbart att andra tolkningsdata typiskt sett är för handen.

7.4.4 Gemensam partsuppfattning går inte att fastställa

Den centrala frågeställningen i rättspraxis rör alltså det sätt på vilket skiljeklausulen presenterats för arbetstagaren. Konkret rör frågan om en skriftlig handling vilken innehåller en skiljeklausul har blivit del av avtalsinnehållet.

En skiljeklausul som återfinns i ett skriftligt anställningsavtal, vilket undertecknats av parterna, omfattas i princip av avtalsinnehållet. På motsvarande sätt förhåller det sig om anställningsavtalet hänvisar till en annan handling vari skiljeklausulen ingår och *handlingen tillställs*

⁴⁸ Jfr NJA 1980 s. 46, där lokutionen ”måst förstå” används.

⁴⁹ Jfr dock AD 1991 nr 48 nedan vid not 58.

⁵⁰ Se avsnitt 6.4.

⁵¹ SOU 1994:81 s. 95.

arbetstagaren före avtalslutet. Det ställs dock i båda dessa situationer krav på att skiljeklausulen presenteras med viss tydlighet. Skiljeklausulen omfattas inte av avtalsinnehållet, om klausulens placering och typografiska utformning varit sådan att det förelegat *betydande risk för att en läsare skulle förbigå klausulen*. Kravet på tydlighet skärps om skiljeklausulen inte återfinns i ett individuellt utformat anställningsvillkor, utan i en handling av standardavtalstyp.

I AD 1993 nr 141 ansågs klausulen inte tillräckligt tydligt presenterad. Skiljeklausulen återfanns i en handling som betecknades som "Samarbetsregler". Klausulen var infogad i en inledning som föregick huvudtexten vilken, till skillnad från övriga bestämmelser i samarbetsreglerna, saknade rubrik. Inte heller återfanns skiljeklausulen i samarbetsreglernas innehållsförteckning.

AD uppställer inget krav på att arbetstagaren skall ha tagit del av skiljeklausulen eller ha förstått den. Det är tillräckligt att han gjorts uppmärksam på bestämmelsen på ett sådant vis att han rimligen bort förstå innebörden av den.

Hur förhåller det då sig om anställningsavtalet hänvisar till en handling vari skiljeklausulen återfinns, *utan att handlingen tillställts arbetstagaren*? AD har inte besvarat frågan.⁵² Enligt de rättsgrundsatser som framgår av NJA 1949 s. 609 och NJA 1969 s. 285 är detta inte tillräckligt för att skiljeklausulen skall anses införlivad. Och mot bakgrund av att AD i fråga om införlivande av skiljeklausuler tillämpat principen om särbehandling av överraskande och tyngande avtalsvillkor är det sannolikt att skiljeklausulen inte blir bindande i ett sådant fall.

7.4.5 Undantag från huvudregeln

AD har i vissa fall ansett skiljeklausuler bindande utan att någon uttrycklig koppling till skiljeklausulen funnits i det personliga avtalet. Kännetecknande för dessa fall är att arbetstagaren varit bunden av en skiljeklausul i ett avtalsförhållande med viss anknytning till anställningsförhållandet.⁵³

Ett sådant fall rör fackföreningsmedlemmar vilka är anställda hos föreningen.⁵⁴ Den som inträder som medlem i en ideell förening ikläder

⁵² Frågan var uppe i AD 1993 nr 141, men målet avgjordes på annan grund.

⁵³ Se förutom de nedan angivna fallen även AD 1994 nr 36 och AD 1977 nr 113 och AD 1976 nr 54. Rättsfallen redovisas i avsnitt 7.7.

⁵⁴ Om skiljeklausuler i fackföreningsstadgar se Magnusson & Sandberg, Rättssäkerheten i fackföreningar s. 119–172. Jfr Eklund i Lag & Avtal 1985 nr 5 s. 24 f.

sig i princip skyldighet att följa föreningens stadgar. Stadgarna har karaktäriserats som ett standardavtal för medlemmarna.⁵⁵ Det uppställs inte några krav på att medlemmarna skall ha fått del av stadgarna för att skiljeklausuler som återfinns i stadgarna skall binda medlemmen.⁵⁶ I fall där en anställd medlem i en fackförening på detta sätt blivit bunden av en skiljeklausul, har AD ansett att skiljeklausulen även omfattar tvister i anledning av anställningen, om medlemskapet var en förutsättning för anställningen.⁵⁷

Ett annan situation är anställningsförhållanden där arbetsgivaren har ersatts av ny arbetsgivare. Ett belysande exempel är AD 1991 nr 48.

En skiljeklausul intogs år 1981 i avtal mellan bolaget A och bolagets verkställande direktör, Mats. Rörelsen överläts 1983 till bolaget B. Vid överlåtelsen gick personalen över till bolaget B. Mats blev VD i bolaget B. Frågan var om skiljeklausulen ingick i avtalet mellan Mats och bolaget B. AD konstaterade bl.a. att någon förändring av anställningsvillkoren varken hade diskuterats vid överlåtelsen eller före anställningens upphörande samt att lön utgått på samma sätt som enligt avtalen med bolaget A. Detta gällde såväl för Mats som för personalen i övrigt. AD fann därför att situationen måste uppfattas så att Mats fortsatt att arbeta på de villkor som gällt före överlåtelsen och att detta *skett i samförstånd med bolaget B:s ägare*.

AD:s slutsats att Mats i samförstånd fortsatt att arbeta på de villkor som gällt före överlåtelsen kan uppfattas som att parterna enligt domstolen faktiskt varit av den uppfattningen. Underlaget för att göra en sådan bedömning verkar emellertid inte ha varit tillräckligt. Det synes inte ha förelegat någon annan omständighet som talar härför än att samma lön utgått som före överlåtelsen.⁵⁸ Att skiljeklausulen likväl antogs ingå i anställningsavtalet kan förklaras av att det var fråga om en rörelseöverlåtelse. Utgångspunkten i svensk rätt var vid denna tidpunkt att anställningen var knuten till den arbetsgivare med vilken anställningsavtal träffats. Att dennes rörelse överläts medförde inte automatiskt att ett anställningsförhållande uppstod med det övertagande företaget. För att ett anställningsförhållande skulle uppstå fordrades avtal mellan arbetsgivaren och arbetsgivaren. Ett sådant avtal kunde komma till stand

⁵⁵ Hemström, Organisationernas rättsliga ställning s. 38 f.

⁵⁶ NJA 1982 s. 853 och Hemström, Organisationernas rättsliga ställning s. 163 f. Att så är fallet för stadgar i ekonomisk förening framgår av 7 kap. 18 § 2 st. föreningslagen. Motsvarande gäller för skiljeklausuler i bolagsordningar (9 kap. 18 § 2 st. ABL).

⁵⁷ AD 1976 nr 37 och AD 1977 nr 74.

⁵⁸ Jfr AD 1984 nr 120. Frågan var vilken anställningsform som gällde efter att en ny arbetsgivare tagit över verksamheten. Underlaget för att uttala sig om en gemensam partsuppfattning var i det målet betydligt bättre. Se avsnitt 6.4.

konkludent, t.ex. genom att arbetstagaren började utföra arbete åt förvärvaren. För den nya anställningen torde in dubio samma villkor ha gällt. Arbetsgivarens ståndpunkt hade således visst stöd i denna utfyllande regel.

Samma förhållande kan förklara utgången i AD 1991 nr 3.

Kjellberg var anställd som VD i bolaget A. I ett skriftligt och individuellt utformat anställningsavtal mellan Kjellberg och bolaget A ingick en skiljeklausul. Sedan verksamheten i bolaget A övergått till bolaget B träffade Kjellberg muntligen ett anställningsavtal med B om att Kjellberg skulle arbeta på annan befattning men med oförändrade villkor. Frågan var om skiljeklausulen ingick i det muntliga avtalet. Kjellberg menade att med oförändrade villkor avsågs enbart de ekonomiska villkoren, medan bolaget B ansåg att oförändrade villkor även innefattade skiljeklausulen. AD anförde att Kjellberg och bolaget B var väl införstådda med innehållet i Kjellbergs avtal med bolaget A. Kjellberg var en erfaren företagsledare och väl införstådd med innebörden av en skiljeklausul. Det borde därför kunna krävas av Kjellberg att han reagerade när bolaget B reservationslöst talade om oförändrade villkor.

Arbetsagarledamöterna var skiljaktiga och menade att överenskommelsen var oklar, att skiljeklausuler är tyngande för arbetstagare och att det därför åligger arbetsgivare att på något sätt göra arbetstagaren uppmärksam på sin uppfattning.

Innebörden av överenskommelsen om ”oförändrade villkor” kan knappast sägas vara oförenlig med Kjellbergs ståndpunkt. Det ligger nära till hands att som minoriteten uppfatta bestämmelsen som oklar och därför ålägga arbetsgivaren att klarlägga sin uppfattning.⁵⁹ Likväl ger majoriteten arbetsgivarens uppfattning försteg. Detta kan förklaras av att arbetsgivarens uppfattning hade stöd i den utfyllande regeln vid rörelseöverlåtelse.⁶⁰

Rättsläget vid företagsöverlåtelser har ändrats. I 6 b § LAS föreskrivs numera att när ett företag, en verksamhet eller en del av verksamhet övergår från en arbetsgivare till en ny arbetsgivare, så övergår också de

⁵⁹ Jfr t.ex. vad domstolen skriver om uttrycket ”lön” i AD 1991 nr 90 och AD 1993 nr 9. Jfr även SvJT 1979 ref 1 som rörde ett kontrakt vilken för ”övriga konditioner” hänvisade till ett annat kontrakt. Det ansågs oklart om därmed avsågs det senare kontraktets materiella bestämmelser eller även en i kontraktet ingående skiljeklausul.

⁶⁰ Majoriteten hänvisar i denna del av skälen till AD 1988 nr 95. Det målet rörde en skiljeklausul som ingick i en tidsbegränsad anställning, vilken automatiskt skulle förlängas om anställningen inte sades upp. Efter förlängningen ingick skiljeklausulen ostridigt i anställningsavtalet. Hänvisningen synes ha till syfte att visa att det normala är att skiljeavtal ”följer med” när ett anställningsavtal avslöses av ett annat, utan att villkoren diskuteras.

anställningsavtal och anställningsförhållanden som gällde vid tiden för övergången, på den nya arbetsgivaren. Enligt motiven innebär detta att samtliga rättigheter och skyldigheter i anställningsförhållandet (med undantag för vissa åldersförmåner m.m., se 3 st.) skall gå över på förvärvaren.⁶¹ Den nya arbetsgivaren träder alltså automatiskt in i den tidigare arbetsgivarens ställe. Varken i lagtexten eller motiven görs något undantag för skiljeklausuler. På grundval av 6 b § LAS torde slutsatsen kunna dras att även skiljeklausuler automatiskt övergår till förvärvaren.

Emellertid föreslår Skiljedomsutredningen (SOU 1994:81) en regel som står i konflikt med 6 b § LAS. Om en part överlåter rättigheter eller skyldigheter som är föremål för skiljeavtal så skall skiljeavtalet enligt förslaget inte gälla mellan den kvarstående parten och den nya parten, med mindre dessa kan anses ha kommit överens härom (3 § 2 st.). De fall av partsuccession som omfattas av de två reglerna är skilda. I 6 b § LAS behandlas övergång av företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet, medan 3 § i förslaget till ny skiljemannalag behandlar överlåtelse av rättigheter eller skyldigheter som är föremål för skiljeavtal. Även om någon kongruens inte råder mellan de fall av partssuccession som regleras kommer likväl ett antal situationer falla under båda reglernas tillämpningsområde. Således torde, särskilt mot bakgrund av 6 b § LAS, en rörelseöverlåtelse normalt även omfatta de anställningsförhållanden som överlåtaren är bunden av. Vilken av reglerna som skall ha företräde är oklart.⁶²

7.5 Betydelsen av kutymer

Av 1 § skiljemannalagen framgår att tvister genom *avtal* kan hänskjutas till avgörande av skiljemän. Lagtexten medger inte att handelsbruk eller annan kutym skulle kunna grunda behörighet för skiljemän att i domstols ställe avgöra en tvist. Karlgren har mot bakgrund härav framhållit att undantag från domstols exklusiva behörighet, av offentligrättsliga skäl, inte bör begränsas av handelsbruk eller annan kutym.⁶³ Från senare

⁶¹ SOU 1994:83 s. 153 f. och prop. 1994/95:102 s. 80 f.

⁶² Frågan har uppmärksammats i ett remissvar från Juridiska fakulteten i Uppsala beträffande SOU 1994:81.

⁶³ Karlgren, Kutym och rättsregel s. 57 not 6. I doktrinen har antytts att NJA 1949 s. 609 utgör stöd för denna uppfattning (Vahlén, Avtal och Tolkning s. 151 och Bernitz, SvJT 1972 s. 426). En sådan slutsats kan inte dras av rättsfallet. Av referatet framgår visserligen att det standardavtal till vilken säljaren hänvisade användes i mycket stor utsträckning inom den aktuella branschen. Emellertid angav HD i sin dom att säljaren som grund för sin invändning om rättegångshinder "allenast" åberopat att säljaren hänvisat till standardavtalet. På samma sätt förhåller det sig med NJA 1969 s. 285.

tid föreligger dock två publicerade hovrättsfall där Hovrätten för Västra Sverige synes ha varit beredd att anse en skiljeklausul bindande med stöd av handelsbruk.⁶⁴ Trots detta är det säkrast att utgå från att skiljeavtal inte kan grundas på handelsbruk. I vart fall är den allmänna uppfattningen att försiktighet bör iakttas med att låta handelsbruk grundas på innehållet i allmänt brukade standardavtal.⁶⁵

Även om det förhåller sig så att skiljeavtal inte kan grundas på handelsbruk, betyder detta inte att kutymer helt saknar betydelse för frågan om ett skiljeavtal föreligger. Att skiljeförfaranden i hög utsträckning förekommer i en viss bransch är en omständighet som talar för att principen om tyngande eller överraskande klausuler inte skall upprätthållas i ett konkret fall, även om den omständigheten inte ensam är utslagsgivande. Kutymer kan även ha betydelse som bevisfakta t.ex. för vad en part måste ha insett om att ett skiljeavtal återfinns i ett visst standardavtal.

Bland kutymer intar partsbruk en särställning. Har parterna tidigare ingått avtal med skiljeklausuler ligger det nära till hands att anse att det nya avtalet ingåtts på samma villkor som de tidigare.⁶⁶

Någon praxis från arbetsdomstolen som belyser dessa frågor föreligger inte.

7.6 Särskilt om skiljeklausuler i kollektivavtal

Ett särfall av kutymer är de som grundas på kollektivavtal. Som redan berörts är skiljeklausuler inte ovanliga i kollektivavtal. Sådana skiljeklausuler är bindande även för medlemmar i den avtalsslutande organisationen, såvida de avtalsslutande parterna inte avsett något annat. Som skäl härför har AD framhållit att skiljeklausulen annars lätt skulle kunna kringgås. Om skiljeklausulen enbart skulle binda de avtalsslutande organisationerna så skulle de kunna avstå från att påkalla skiljeförfarande och därigenom öppna vägen för medlemmar att väcka talan vid domstol.⁶⁷

⁶⁴ RH 1989:51 och 1990:7. Se även NJA 1974 s. 573 och 1981 s. 1205, nedan vid not 72.

⁶⁵ Se framförallt Karlgren, Kutymer och rättsregel, t.ex. 69 ff. Sena uttalanden finns i Bernitz, Standardavtalsrätt s. 31 och 34 och Håstad, NJM 1990 s. 280 f., båda med hänvisningar. För ytterligare hänvisningar och något annan uppfattning, se Lundmark, Friskrivningsklausuler s. 29 ff.

⁶⁶ I RH 1989:83 ansågs en skiljeklausul som ingick i ett standardavtal utgöra avtalsinnehåll, när standardavtalet används vid tidigare avtal mellan parterna. Se även RH 1989:51, där en tidigare affär inte ansågs utgöra partsbruk, och RH 1990:7.

⁶⁷ AD 1972 nr 30.

Här bör erinras om några särskilda frågor som i och för sig faller utanför ämnet för denna framställning. Skiljeklausulerna synes regelmässigt vara uppbyggda så att organisationerna i första hand äger påkalla skiljeförfarande.⁶⁸ Om organisationen påkallar skiljeförfarande i en konkret tvist blir medlemmarna bundna av skiljedomen. Talerätten inför skiljenämnden motsvarar den talerätt som tillkommer organisationen vid process vid domstol enligt LRA.⁶⁹ Om organisationen däremot underlåter att föra talan för medlemmen är skiljeklausulen inte bindande för medlemmen med mindre han själv är berättigad att föra talan inför skiljenämnden. Om medlemmen har möjlighet att själv föra talan vid nämnden krävs dessutom att medlemmen kan inverka på valet av skiljemän eller att skiljeförfarandet likväl ger tillräckliga garantier för en opartisk prövning av medlemmens talan inför skiljenämnden. I annat fall har skiljeklausulen inte verkan som rättegångshinder.⁷⁰

Skiljeklausuler i kollektivavtal binder alltså som huvudregel även medlemmar i avtalsslutande organisation. Under vilka förutsättningar är skiljeklausuler bindande även för arbetstagare, som inte är medlem i kollektivavtalsbunden fackförening?

En situation är där ett skriftligt anställningsavtal för en utanförstående arbetstagare innehåller en bestämmelse om att kollektivavtalet skall gälla för anställningen. Om kollektivavtalet innehåller en skiljeklausul, är denna då bindande för arbetstagaren?⁷¹ Någon praxis som klart belyser denna fråga föreligger inte. Om grundsatserna från NJA 1949 s. 609 och 1969 s. 285 tillämpas skulle svaret vara nekande, med mindre kollektivavtalet tillställts arbetstagaren. Det är dock tveksamt om grundsatserna upprätthålls i fråga om skiljeklausuler som ingår i kollektivavtal.

NJA 1981 s. 1205. I målet var fråga bl.a. om en skiljeklausul som upptagits i villkor för en på kollektivavtal grundad tjänstegrupplivförsäkring var bindande för enskild arbetstagare. Arbetstagaren⁷² gjorde gällande att hon inte var bunden av skiljeklausulen, eftersom hon inte fått del av försäkringsvillkoren och den däri intagna skiljeklausulen.

Den avtalskonstruktion som används vid arbetsmarknadsförsäkringar är tämligen invecklad. Försäkringsvillkoren bestäms i kollektivavtal mellan centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Kollektivavtalet ålägger arbetsgivare att teckna försäkring i enlighet med de uppgivna villkoren hos

⁶⁸ In dubio har detta sagts följa analogt av 4 kap. 5 § LRA (prop. 1974:77 s. 146).

⁶⁹ Se om talerätten i LRA t.ex. Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 56 ff.

⁷⁰ AD 1989 nr 51 och prop. 1974:77 s. 146 med hänvisning till äldre praxis. Frågeställningen, som är mer komplex än den sammanfattning som givits här, har ingående diskuterats i Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 311 ff.

⁷¹ Jfr situationen i AD 1994 nr 28.

⁷² Egentligen arbetstagarens dotter som i egenskap av förmänstagare förde talan i målet.

ett försäkringsbolag som skapats för detta ändamål. Försäkringsvillkoren föreskriver att den anställde är försäkringstagare.

Enligt HD låter sig en så komplicerad konstruktion inte lätt inordnas under avtalsrättsliga regler och i första hand måste därför arbetsrättsliga principer läggas till grund för bedömningen. ”Den centrala överenskommelsen om (tjänstegrupplivförsäkringen) innebär att försäkringen omfattar alla arbetstagare hos en arbetsgivare, som tecknat försäkringen, oavsett om de tillhör avtalsslutande arbetstagarorganisation eller ej. Förmånen av tjänstegrupplivförsäkringen får anses ingå i de enskilda arbetstagarnas anställningsvillkor. Arbetstagarna saknar möjlighet att, annat än genom sina organisationer, påverka de försäkringsvillkor som fastställts genom den centrala överenskommelsen. Någon skillnad kan härvid inte göras mellan olika försäkringsvillkor. För (arbetstagaren i detta mål) måste därför den i försäkringsvillkoren intagna skiljeklausulen anses ha blivit gällande i och med att hon började sin anställning. Även om skiljeklausulen sålunda tillkommit i en ordning som inte är förutsedd i lagen om skiljemän, får den anses ha verkan som skiljeavtal enligt nämnda lag.”⁷³

Motsvarande bedömning gjordes i NJA 1974 s. 573.

HD har alltså ansett en skiljeklausul som grundade sig på ett kollektivavtal bindande för utanförstående arbetstagare trots att det personliga avtalet inte innehöll någon hänvisning till kollektivavtalet. Därmed vore det inte heller nödvändigt lämna information om skiljeklausulen i ett personligt avtal vilket uttryckligen anger att kollektivavtalet skall tillämpas.

Skiljeklausulen har i rättsfallet tillförts det enskilda anställningsavtalet helt utan individuella tolkningsdata. Fallet tyder närmast på att skiljeklausuler får utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare på sätt som beskrevs i avsnitt 5.3. Målet anknyter också nära till det synsätt som AD anlade i domen 1978 nr 163.⁷⁴ I det fallet ansågs en kollektivavtalsbestämmelse få utfyllande verkan trots att bestämmelsen i förhållande till semidispositiv lag var oförmånlig för arbetstagaren. Den tankegång som synes ligga bakom båda dessa domar är att kollektivavtal generellt sett ger arbetstagare – även utanförstående – bättre villkor än de kunnat uppnå på egen hand och att det därför är rimligt att utanförstående arbetstagare även binds av vissa oförmånliga bestämmelser. Tanken kan uttryckas så att utanförstående arbetstagare får ta det onda med det goda.

Det är dock något tveksamt vilken räckvidd NJA 1981 s. 1205 har. Såväl detta fall som NJA 1974 s. 573 rörde arbetsmarknadsförsäkringar. Dessa utgör färdiga paketlösningar utformade på central nivå, beträffan-

⁷³ Fallet diskuteras av Victorin i Festskrift till Hellner s. 768 ff.

⁷⁴ Se avsnitt 5.3.3.

de vilka enskilda arbetsgivare och arbetstagare helt saknar möjlighet att påverka innehållet. Mot bakgrund härav kan ifrågasättas om rättsfallen bör tillmätas relevans vid bedömningen av skiljeklausuler vilka återfinns i t.ex. vanliga löneavtal.⁷⁵

Enligt min mening bör man inte utan vidare anta att skiljeklausuler har utfyllande verkan. Ett skäl som starkt talar mot detta är att utanförstående – till skillnad från organiserade – inte kan räkna med att få ekonomiskt stöd av fackföreningen för att driva tvisten. Därtill kan läggas att skälet till att skiljeklausuler anses bindande för kollektivavtalsbundna arbetstagare är att deras organisation annars lätt skulle kunna kringgå klausulen. Detta skäl gör sig inte gällande för utanförstående arbetstagare. Mot bakgrund härav bör skiljeklausuler i kollektivavtal normalt inte få verkan för utanförstående arbetstagare, med mindre detta klart angivits i det personliga avtalet.⁷⁶

7.7 Något om skiljeavtalets omfattning

Skiljeavtalet behöver inte innehålla någon närmare precisering av vilka tvister som omfattats av avtalet.⁷⁷ Vilka konkreta tvister som faller under en viss skiljeklausul är i första hand en fråga om tolkning av avtalet.

Om det är möjligt att visa att parterna hyst en gemensam uppfattning om vilka tvister som skall omfattas av skiljeklausulen så blir denna avgörande.⁷⁸ Normalt är det dock inte möjligt att fastställa att parterna gemensamt hyst någon sådan uppfattning.

Emellanåt kan skiljeklausulen ha en sådan individuell utformning att det av denna är möjligt att dra slutsatser om klausulens räckvidd.

AD 1989 nr 113. I ett anställningsavtal hade arbetsgivaren och arbetstagaren förklarat att anställningen var sådan att LAS inte var tillämplig eftersom arbetstagaren hade företagsledande ställning (1 § 2 st. LAS). I anställningsavtalet tillförsäkrades arbetstagaren dock visst anställningsskydd. Enligt avtalet skulle arbetstagaren utöver lön under uppsägningstid erhålla ett avgångsvederlag om saklig grund för uppsägning inte förelåg. Frågan om saklig grund förelåg skulle avgöras av skiljemän. Arbetstagaren gjorde emellertid gällande att hans anställning kommit att omfattas av LAS och att

⁷⁵ En annan förklaring till att arbetstagarna ansågs bundna av skiljeklausulerna skulle kunna vara att arbetstagarna stödde sin talan på andra bestämmelser i de avtal vari skiljeklausulerna ingick (Karlgrén, Passivitet s. 63 noten).

⁷⁶ Se även Sigeman i Festskrift till Agell s. 602 f.

⁷⁷ Jfr 11 § 2 st. skiljemannalagen.

⁷⁸ Jfr AD 1989 nr 51. En skiljeklausul i ett kollektivavtal ansågs inte omfatta tvister där enskild arbetstagare förde talan.

skiljeklausulen inte var tillämplig vid tvist om en uppsägning stod i strid med LAS.

Eftersom LAS är tvingande till arbetstagarnas förmån var överenskomsten om att anställningen var undantagen från LAS inte bindande för arbetstagaren. Efter en närmast systeminriktad tolkning fann AD att skiljeklausulen inte var tillämplig vid tvist där arbetstagaren gjorde gällande att uppsägningen stod i strid med LAS.

Den prövning som enligt domen ankom på domstol var om anställningen omfattades av LAS och, i händelse av att domstolen skulle finna så var fallet, om uppsägningen stred mot LAS. För det fall domstolen däremot skulle finna LAS inte var tillämplig skulle talan ogillas. Som AD framhåller utgör en sådan dom dock inte hinder mot att arbetstagaren senare påkallar skiljeförfarande enligt bestämmelserna i anställningsavtalet.⁷⁹

I allmänhet har skiljeklausuler inte en så speciell utformning som i AD 1989 nr 113. Klausulerna anger helt enkelt att ”tvister i anledning av detta avtal skall hänskjutas till skiljemän” eller motsvarande. En följd av att skiljeklausuler har en sådan slentrianmässig utformning är att individuella tolkningsdata ofta inte finns att tillgå. Istället är domstolarna hänvisade till skiljeklausulens lydelse eller mer allmänna överväganden. Det har därvid gjorts gällande att skiljeklausuler bör tolkas restriktivt, eftersom skiljeavtal medför en begränsning av parts rätt att väcka talan vid domstol.⁸⁰

En utgångspunkt är att skiljeklausulen omfattar en tvist, om de grunder som käranden eller svaranden åberopar aktualiserar tolkning eller tillämpning av avtalet.

I AD 1988 nr 181 var fråga om en skiljeklausul enligt vilken tvist angående tolkning eller tillämpning av ett anställningsavtal skulle avgöras av skiljemän. Arbetstagaren gjorde gällande att skiljeklausulen inte omfattade tvist om avskedande. Bolaget hade som grund för avskedande åberopat att arbetstagaren i flera avseenden brutit anställningsavtalet. Redan härav följde, enligt AD, att tvisten innefattar en tolkning av anställningsavtalet och således omfattas av skiljeavtalet.⁸¹

Även i andra fall kan tvisten ha *sådant samband med det avtal vari skiljeklausulen ingår* att klausulen utgör rättegångshinder.

⁷⁹ Jfr NJA 1973 s. 480 och AD 1983 nr 88.

⁸⁰ Dillén, SvJT 1937 s. 688 ff., Hassler & Cars, Skiljeförfarande s. 40 och Magnusson & Sandberg, Rättssäkerheten i fackföreningar s. 121.

⁸¹ Se även AD 1991 nr 48 och Hassler & Cars, Skiljeförfarande s. 40. Den tämligen säregna situation (Welamsons uttryck, SvJT 1989 s. 570) som var för handen i NJA 1982 s. 738 torde inte uppkomma i arbetsrättstvister.

NJA 1973 s. 620. A hade med ett bolag träffat ett agenturavtal, vilket innehöll en skiljeklausul. A gjorde gällande att ett anställningsförhållande hade uppkommit och yrkade därför semesterersättning. Frågan huruvida A hade rätt till semesterersättning måste, enligt HD, antas ha sådant samband med agenturavtalet att skiljeklausulen ägde tillämpning på tvisten.

Att närmare ange hur detta samband skall vara beskaffat låter sig inte göras. Någon avgörande vikt tycks emellertid inte fästas vid skiljeklausulens lydelse. Att klausulen formulerats som tvister om *tolkning* av detta avtal eller liknande anses inte påverka klausulens räckvidd. Överhuvudtaget synes lydelsen, i de fall denna har en schablonmässig utformning, spela en underordnad roll vid bedömningen av klausulens räckvidd.

AD 1994 nr 36. Karlsson var anställd vid ett bolag. År 1988 träffades ett skriftligt avtal om att Karlsson skulle anställas av ett utländskt dotterbolag. Avtalet innehöll även en återanställningsrätt för Karlsson i bolaget om anställningen hos dotterbolaget skulle upphöra samt en skiljeklausul. Sedan Karlsson år 1992 återkommit till bolaget, sades han upp p.g.a. arbetsbrist. Frågan var om skiljeklausulen var tillämplig på tvist om uppsägningens giltighet. Enligt AD var så fallet. Domstolen framhöll därvid att när Karlsson återkommit till bolaget detta uppenbarligen berott på 1988 års avtal och att detta inte ersatts av något annat avtal.⁸²

Domstolen har vidare ansett att en tvist haft tillräckligt samband med skiljeavtalet även om avtalet formellt slutits mellan andra parter än dem som omfattats av tvisten.

AD 1976 nr 54. Genom avtal mellan A och bolaget C köpte bolaget C samtliga aktier i bolaget B av A. I avtalet föreskrevs även att A skulle utföra arbete åt bolaget B i viss närmare angiven omfattning. Avtalet innehöll även en skiljeklausul. Frågan var om skiljeklausulen var tillämplig på tvist vari A framförde krav på utfående av lön från bolaget B. AD fann att skiljeklausulen var tillämplig på tvisten. Som skäl härför angavs följande.

⁸² Även AD 1989 nr 51. Jfr dock AD 1988 nr 96. B var anställd som verkställande direktör vid ett bolag. Mellan parterna hade ett skriftligt anställningskontrakt upprättats, vilket innefattade bl.a. regler om pensionsförmåner och en skiljeklausul enligt vilken tvister "rörande anställningsförhållandet" skulle hänskjutas till skiljemän. Sedermera råkade B ut för en svår olycka, vilken minskade B:s arbetsförmåga. Till följd av olyckan träffades ett avtal som reglerade formerna för anställningsförhållandets avveckling, vari bl.a. B:s pensionsförmåner reglerades. Var skiljeklausulen tillämplig på tvist om dessa? AD fann att så var fallet och hänvisade därvid såväl till skiljeklausulens lydelse som till tvistens anknytning till det ursprungliga avtalet. Sannolikt hade dock utgången blivit densamma om skiljeklausulens lydelse varit "tvist i anledning av avtalet". Jfr om tilläggsavtal, Hassler & Cars, Skiljeförfarande s. 42.

A hade efter överlåtelsen av aktierna utfört arbete åt bolaget B och bolaget B hade utgivit ersättning för arbetet. Detta skedde ostridigt utan att något särskilt avtal träffats mellan parterna. Det måste uppfattas så att A och bolaget B fullföljde åtagandena i avtalet mellan A och bolaget C. Rättsförhållandet mellan A och bolaget B kom därigenom att hämta sitt innehåll från avtalet mellan A och bolaget C. Med hänsyn särskilt till det nära samband som förelåg mellan försäljningen av aktierna och A:s åtagande att utföra arbete samt den intressegemenskap som förelåg mellan bolagen B och C fann AD att skiljeklausulen blev gällande även mellan A och bolaget B.⁸³

I dessa mål torde domstolen, åtminstone i några fall, med en restriktiv tolkning av avtalets lydelse eller med tillämpning av oklarhetsregeln ha kunnat komma till att den aktuella tvisten ansetts falla utanför skiljeklausulens tillämpningsområde. Det sagda innebär ingen kritik av domarna, utan enbart ett konstaterande av att någon i förhållande till andra tolkningsregler överordnad princip om att skiljeklausuler skall tolkas restriktivt inte upprätthålls.

7.8 Avslutande synpunkter

Det kan noteras att uppläggningsen av AD:s domskäl är olika vid frågorna om tidsbegränsad anställning kommit till stånd och om skiljeavtal har träffats. I förstnämnda fall talar domstolen om en presumptionsregel medan domstolen i det senare fallet anknyter till den princip om särbehandling av överraskande eller tyngande bestämmelser som utvecklats för standardavtal. Trots olikheterna i formulering tycks *de tillämpade normerna* i huvudsak vara desamma. Skillnaderna mellan uttryckssätten tycks istället sammanhånga med att de faktiska avtalssituationerna vanligen är olika.

AD utgår från att skiljeklausuler är tyngande för arbetstagare på samma sätt som domstolen anser att tidsbegränsade anställningar är till nackdel för arbetstagare. Som en konsekvens av att skiljeklausuler anses tyngande menar AD att höga krav på tydlighet måste ställas för att en sådan skall anses ingå i anställningsavtalet. Den centrala förhållningsregeln är arbetsgivarens klargörandeplikt; skiljeklausulen skall presenteras på ett tydligt vis för arbetstagaren. Även vid frågan om en tidsbegränsad anställning avtalats har arbetsgivaren en klargörande plikt,

⁸³ I AD 1977 nr 113 uttalade domstolen att det i och för sig icke framstår som något orimligt, att en skiljeklausul i ett bolagsavtal omfattar även tvister rörande en bolagsmans ställning som anställd i bolaget.

ehuru den fråga som vanligen ställs är om arbetstagaren bort inse arbetsgivarens uppfattning.⁸⁴ I båda fallen tas vanligen den utfyllande regeln som utgångspunkt för tolkningen, istället för det uttryckta avtalsinnehållet. Härigenom får den utfyllande regeln ett visst försteg.

I övrigt kan domstolarna knappast sägas ha strävat efter att bidra till den dispositiva rättsens genomslag, vare sig vid frågor om anställningsform eller skiljeavtal. Att avvikelser från den utfyllande regeln anses vara oförmånlig för arbetstagare, hindrar inte att en gemensam uppfattning är tillräcklig för att avvika från regeln. I avsnitt 7.4.3 framhölls dock att den gemensamma partsuppfattningen i praktiken saknar betydelse vid införlivande av skiljeavtal.

Vidare kan noteras att domstolen beträffande skiljeavtal i vissa fall har sänkt kraven på tydlighet. Så är fallet när arbetstagaren varit bunden av en skiljeklausul i ett avtalsförhållande med anknytning till anställningsförhållande. Man kan också notera att domstolen i företagsöverlåtelssituationer valt en annan linje än den som skiljedomsutredningen föreslår vid partssuccession (avsnitt 7.4.5). Vidare har Högsta domstolen i vissa fall låtit skiljeklausuler i kollektivavtal få utfyllande verkan för utanförstående arbetstagare (avsnitt 7.6). Slutligen kan antecknas att domstolen vid tolkning av en skiljeklausuls omfattning inte upprätthållit någon i förhållande till andra tolkningsregler överordnad princip om att skiljeklausuler skall tolkas restriktivt (7.7).

Domstolarna har alltså å ena sidan ställt upp vissa krav på tydlighet för att motverka att skiljeklausuler ingås oreflekterat, å andra sidan på åtskilliga punkter inskränkt detta krav. På motsvarande sätt förhåller det sig vid avtal om tidsbegränsad anställning.⁸⁵

Tanken med att uppställa särskilda krav på tydlighet torde vara att underlätta för arbetstagarna att själva ta tillvara sina intressen. Tankegången lär bygga på antagandet att arbetstagens svagare ställning beror på att arbetsgivaren har ett informations- och kunskapsövertag. Regleringen syftar närmast till att motverka asymmetrisk information. Därigenom skall en bättre fungerande marknad uppkomma, vilket i sin tur skall ge ekonomiskt effektiva lösningar.⁸⁶

Det kan ifrågasättas om kravet på tydlighet är en särskilt effektiv metod att motverka olämpliga avtalslösningar. Avtalstemat för skiljeavtal är att tvister skall avgöras genom skiljeförfarande. Någon uppfattning om att avtalet utgör rättgångshinder behöver parterna inte hysa.⁸⁷

⁸⁴ Avsnitt 6.5.

⁸⁵ Avsnitt 6.8.

⁸⁶ Avsnitt 1.6.2.

⁸⁷ Jfr t.ex. AD 1996 nr 61.

Inte heller krävs att parterna haft eller givit uttryck för någon uppfattning i frågan om t.ex. vem som skall betala skiljemännen eller om möjligheten att klandra skiljedomen. Skiljeavtalet utfylls i dessa frågor av skiljemannalagens regler. Som en följd av de utfyllande reglernas utformning är avtalstemat inte inriktat direkt mot de mest betydelsefulla följderna av skiljeavtal (framförallt skiljemannakostnaderna). Här föreligger en betydande skillnad från vad som gäller vid avtal om tidsbegränsad anställning. I det senare fallet är avtalstemat direkt inriktat mot att anställningen skall upphöra vid viss tidpunkt. Att avtalstemat vid skiljeavtal har detta innehåll torde vara till fördel för arbetsgivarna, vilka får förutsättas vara bättre informerade om reglernas innebörd.

Av just denna anledning riskerar skärpta krav på tydlighet att bli ett slag i luften. Även om arbetsgivaren i en skriftlig handling tydligt anger att tvister skall hänskjutas till skiljemän är det inte osannolikt att arbetsgivaren likväl inte fäster något avseende vid bestämmelsen.

Tydlighetskravet skulle sannolikt få större effekt om de utfyllande reglerna ändrades. Skiljedomsutredningen föreslår en regel som begränsar en underlägsen parts betalningsansvar för skiljenämndskostnaderna till ett basbelopp. Regeln är tillämplig på part som i egenskap av konsument eller annars intar en underlägsen ställning i förhållande till motparten.⁸⁸ Som framgått anser AD att arbetstagare i detta avseende är att jämställa med konsumenter. Regeln är enligt förslaget tvingande. En sådan lösning motverkar naturligtvis skiljeavtal vilka medför risker för att ena parten avstår från att kräva sin rätt.

Det kan noteras att redan en dispositiv regel om kostnadsbegränsning skulle bidra till att motverka olämpliga skiljeklausuler. Den starkare parten besitter regelmässigt ett informationsövertag. Med en dispositiv regel som begränsar den underlägsna partens betalningsansvar skulle den starkare parten (näringsidkaren/arbetsgivaren) vara tvungen att lämna information om regleringens innehåll, för att få till stånd en annan reglering. Den utfyllande regeln skulle få en *informationsframkallande funktion*.⁸⁹

Mot bakgrund av att principen om särbehandling av tyngande och överraskande avtalsvillkor har visat sig otillräcklig för att motverka olämpliga skiljeavtal har 36 § AvtL istället kommit att stå i centrum i rättspraxis. I detta sammanhang kan det finnas anledning att kort jämföra praxis från HD och AD angående åsidosättande av skiljeavtal.

Av HD:s praxis framgår att utgångspunkten är att skiljeklausuler i konsumentförhållanden anses oskäligen och att skälet härtill är att skilje-

⁸⁸ SOU 1995:65 s. 217 ff. och 243 ff.

⁸⁹ Jfr Ayres & Gertner, Yale Law Journal, vol. 99 (1989) s. 91 ff. och samma tidskrift, vol. 101 (1992) s. 735.

förfaranden medför alltför stora kostnader för konsumenterna. Denna uppfattning har upprätthållits med stor fasthet. I kommersiella förhållanden är utgångspunkten den motsatta; inte ens när ena parten intar en underlägsen ställning är skiljeklausuler oskäligen. Om andra omständigheter föreligger, såsom att ena parten givits valrätt mellan skiljeförfarande och rättegång eller att skiljenämndens sammansättning är otillfredsställande ur rättssäkerhetssynpunkt, kan bedömningen bli en annan.⁹⁰

AD har uttalat att domstolen beträffande skiljeklausuler i anställningsförhållanden ansluter sig till de principiella synpunkter HD anlagt i konsumentförhållanden. I anställningsförhållanden är arbetstagaren typiskt sett ekonomiskt svagare än arbetsgivaren. Om en arbetstagare i en tvist inte får ekonomiskt stöd av sin fackliga organisation skulle hans ställning alltså likna den som en konsument intar i tvist med näringsidkare. Enligt AD kan dock inte detta förhållande ensamt leda till att en skiljeklausul i ett anställningsförhållande är oskälig enligt 36 § AvtL. Ytterligare omständigheter måste tillkomma.⁹¹ AD har som synes intagit en mer restriktiv inställning än HD till möjligheten att jämka skiljeklausuler p.g.a. kostnaderna. En omständighet som möjligen kan förklara denna skillnad kan vara en uppfattning om att arbetstagaren bör vara organiserad och därigenom erhålla stöd från sin fackliga organisation. Något försteg skall, enligt denna uppfattning, inte ges till den som står utanför.⁹²

⁹⁰ Se härom t.ex. SOU 1974:83 s. 187 ff., prop. 1975/76:81 s. 146 f., NJA 1981 s. 711, 1982 s. 800, 1983 s. 510, 1984 s. 229, 1992 s. 290, samt Bernitz, Standardavtalsrätt s. 86 ff. och Nerep i Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 435 ff. Jfr även direktiv 93/13 EEG om oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal (bilagan 1q), Ds 1994:29, främst s. 121 och prop. 1994/95:17 s. 98.

⁹¹ Se t.ex. AD 1996 nr 61, 1994 nr 28, 1994 nr 111, 1991 nr 3, 1988 nr 48, 1988 nr 95, 1988 nr 96, 1988 nr 181, 1987 nr 165 och 1978 nr 83. Se även AD 1994 nr 120 och 1995 nr 135.

⁹² Se härom Sigeman i Festskrift till Hellner, särskilt s. 612 f.

8 Personliga avtal i arbetsledningsfrågor

8.1 Inledning

8.1.1 Allmänt om arbetsledningsrätten

I detta kapitel skall behandlas hur arbetstagares arbetsskyldighet bestäms i AD:s praxis. Frågan är *vilka* arbetsuppgifter en arbetstagare är skyldig att utföra samt *var* och *när* arbetstagaren är skyldig att utföra arbetsuppgifterna.

Arbetsgivaren äger inom relativt vida ramar ensidigt besluta om t.ex. vilka arbetsuppgifter arbetstagaren skall utföra. Detta ses som ett utslag av arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Redan i december-kompromissen 1906 accepterade LO arbetsgivarens arbetsledningsrätt.¹ Arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet skrevs därefter in i kollektivavtalen på LO/SAF-området. I början av 1930-talet förklarade AD att arbetsledningsrätten utgör en allmän rättsgrundsats, vilken gäller även utan stöd i kollektivavtal.² Också den arbetsrättsliga lagstiftningen från 1970-talet utgår från att arbetsgivaren äger leda och fördela arbetet.³

¹ Man brukar skilja mellan företagsledningsrätt och arbetsledningsrätt. Det förra avser frågor som rör företaget i stort medan det senare rör åtgärder som mer direkt berör den anställda. Gränsen är flytande och det tjänar inget syfte att närmare utveckla den (jfr t.ex. prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 354, Eklund i Löntagarrätt s. 224, Hydén, Arbetslivets reglering s. 49 och Schmidt, Tjänsteavtalet, 2 uppl., s. 96).

² AD 1932 nr 100 och 1934 nr 179.

³ Utvecklingen har i stort sett varit likartad i övriga Norden (t.ex. Bruun i Den nordiska modellen s. 26. och Nielsen, Lærebog i arbejdsret s. 137 ff. Jfr Summers, SvJT 1983 s. 589 ff.) För arbetsskyldighetens omfattning se t.ex. Evju i Nord 1990:42 s. 280 ff., Hasselbalch, Ansættelsesretten s. 312 ff. och Suviranta i Nord 1990:42 s. 143 ff.

Det förhållandet att arbetsledningsrätten anses utgöra en allmän rättsgrundsats saknar huvudsakligen betydelse för frågan om hur omfattningen av arbetstagares arbetsskyldighet skall bestämmas. Avgörande för frågan är i första hand hur gränsen har dragits i det konkreta rättsmaterialet (lag, rättspraxis m.m.). En hänvisning till arbetsledningsrätten har heller inte något större värde som argument vid tillämpning eller vidareutveckling av reglerna om arbetstagares arbetsskyldighet. En ren hänvisning ger inte tillräcklig ledning för vilka avvägningar mellan skilda ändamål som reglerna kräver.

När grunden för arbetsgivarens arbetsledningsrätt diskuteras har detta vanligen skett utifrån ett historiskt perspektiv. Reglerna ses som ett resultat av en kamp mellan arbetsgivare och arbetstagare. Arbetsledningsrätten kan härledas från två rättsliga traditioner. I den statusbetonade relation som kännetecknade tiden före det fria anställningsavtalets genombrott hade arbetsgivare stor frihet att bestämma om t.ex. arbetsuppgifter och arbetstid. I legostadgan hette det att tjänstehjonet "icke skall undandraga sig det arbetet och de sysslor, husbonde skäligen föresätter". I gengäld var arbetsgivarens möjligheter att frigöra sig från anställningsförhållandet något begränsade. Under den liberala epoken saknades regler om arbetsskyldighet. Arbetsledningsrätten upprätthölls inte med rättsliga medel utan följde av arbetsgivarens överlägsna ställning. Eftersom möjligheten att frigöra sig från anställningsförhållandet i det närmaste var obegränsad utgjorde "(v)arje arbetsgivarens order (...) i praktiken samtidigt ett erbjudande om fortsatt anställning på orderns villkor. Till följd av arbetstagarens ringa valfrihet ledde detta till en faktisk maktutövning (...). När denna faktiska maktutövning långsamt påtvingades motparten avtalsvägen och slutligen förklarades vara en allmän rättsgrundsats förvandlades den till en rättslig maktutövning."⁴

Att arbetsledningsrättens framväxt kan förstås på detta vis hindrar inte att en relativt vidsträckt arbetsledningsrätt kan ges en rationell motivering.

Ronald Coase publicerade 1936 uppsatsen "The Nature of the Firm". I uppsatsen ställde Coase frågan varför det finns företag. Svaret kom han fram till genom teorin om transaktionskostnader. Ett företag uppstår, enligt Coase, när allokeringsåtgärder utförs till lägre sammanlagda kostnader inom företaget än via köp etc. på marknaden, dvs. administrationskostnaderna är lägre än kontraktskostnaderna. Uppfattningen utgår från att styrningen av resursanvändningen går till på ett annat vis inom

⁴ Fahlbeck i *Arbetsrätten i utveckling* s. 132. Se även t.ex. Per Eklund, *Rätten i klasskampen* s. 294 ff., Schmidt, *Tjänsteavtalet* s. 171 och samma författare i *Minnesskrift till Juridiska fakulteten i Stockholm* s. 219 ff. Jfr även Hydén, *Arbetslivets reglering* s. 88 ff.

företaget än vid företagets externa relationer. Men hur kan det komma sig att det är billigare att organisera en verksamhet inom ett företag än genom att upphandla varor och tjänster från utomstående? En mycket stor del av kostnaderna för produktion av varor och ännu större del för produktion av tjänster hänför sig till kostnader för arbete. Det är tydligen så att transaktionskostnaderna i många fall blir lägre om arbetet utförs av arbetstagare inom företaget än om upphandling sker utanför företaget (och arbetet utförs av uppdragstagare). Skälet till att så är fallet torde vara att anställningsförhållandet i högre grad än andra avtalstyper medger en hierarkisk styrning.⁵ Och arbetsgivarens arbetsledningsrätt utgör därmed ett viktigt argument vid valet av om produktionen skall organiseras genom anställda eller tjänster vilka upphandlas utifrån. Arbetsledningsrätten utgör också ett av de viktigare kriterierna för när det föreligger ett anställningsförhållande.

En relativt vidsträckt arbetsskyldighet bidrar alltså till att minska transaktionskostnaderna och svarar därigenom mot målet ekonomisk effektivitet.⁶ För att tillgodose detta mål skulle det finnas skäl att vara restriktiv i synen på vilka omständigheter som grundar inskränkningar i arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

Frågan om arbetsskyldighetens gränser berör emellertid även andra värden än ekonomisk effektivitet. AD har vid åtskilliga tillfällen framhållit att det ligger ett inte obetydligt värde i att arbetstagare inte t.ex. förflyttas mot sin vilja. Framförallt menar man att detta gäller i fall där förändringen medför en försämring av anställningsvillkoren eller arbetstagaren tvingas lämna en arbetsgemenskap.⁷ I anslutning till förändringar av arbetstidens förläggning har domstolen framhållit arbetstagar- nas behov av att kunna överblicka och kontrollera sina arbetstider.⁸ Detta behov torde ha ökat i takt med kvinnornas intåg på arbetsmarknaden. Genom att ansvaret för hem och barn inte längre självklart ligger hos en hemmafru, har vikten av att kunna bestämma över fritiden ökat såväl för kvinnliga som manliga arbetstagare.⁹ Vidare kan framhållas som ett egenvärde att enskilda arbetstagare behandlas rättvist i jämförelse med sina arbetskamrater.

⁵ Coase, *Economica* vol. 4 (1937) s. 386 ff., Behrens, *ZfA* 1989 s. 226, Schröder, *Ökonomische Analyse individueller Arbeitsverhältnisse* s. 45 ff. och Williamson i *The Economic approach to Law* s. 40 ff. Se även Mcneil, *Northwestern University Law Review* vol. 72 (1978) s. 890.

⁶ Avsnitt 1.6.2.

⁷ Se t.ex. AD 1978 nr 89, 1987 nr 18, 1994 nr 56. Se även justitieombudsmannens yttrande i prop. 1965:60 s. 161.

⁸ AD 1987 nr 77.

⁹ Petersen, *Informel ret* s. 150 ff. och Edström, *MBL och utvecklingsavtalet* s. 38 ff.

Det sagda är tillräckligt för att peka på att frågan om arbetsskyldighetens omfattning rör sig i ett spänningsfält mellan värdet av ekonomisk effektivitet och skydd för arbetstagare mot att påtvingas förändringar. Det senare argumentet anknyter huvudsakligen till icke-ekonomiska värden, såsom möjligheten att utnyttja yrkesskicklighet, värdet av samvaro med arbetskamrater och att kunna styra över framtiden.

8.1.2 Terminologi och normstruktur

Den centrala uppgiften vid diskussioner om arbetsskyldighetens omfattning är att dra gränsen för vilka förändringar som arbetsgivaren rättsligt sett får besluta ensam. Förändringar som arbetsgivaren ensam äger besluta sägs ligga *inom ramen för anställningen*. Åtgärden sägs utgöra ett *arbetsledningsbeslut*. Ett arbetsledningsbeslut varigenom arbetsgivaren varaktigt förändrar en arbetstagares arbetsuppgifter, arbetstid eller arbetsplats betecknas som en *omplacering*.¹⁰

Arbetsgivarens befogenhet att tillfälligt tilldela arbetstagaren nya eller ändrade arbetsuppgifter (omflyttning) anses mer vidsträckt än för förändringar som är permanenta.¹¹ På motsvarande vis framgår av många kollektivavtal att arbetsgivaren har en mer vidsträckt befogenhet att tillfälligt flytta arbetstagare till andra platser eller ändra hans arbetstid än om motsvarande förändringar är avsedda att vara permanenta. Det finns anledning att räkna med att så är fallet även för de sektorer av arbetsmarknaden där frågan inte är reglerad.¹² Den fortsatta framställningen tar inte sikte på tillfälliga förändringar.¹³

Vid omplaceringar *inom* ramen för anställningen behöver arbetsgivaren som huvudregel inte sakligt motivera åtgärden. Inte heller behöver han iaktta viss uppsägningstid eller motsvarande innan åtgärden genomförs.¹⁴ Vägrar arbetstagaren utföra arbete som ligger inom ramen för arbetsskyldigheten kan detta utgöra saklig grund för uppsägning enligt 7 § LAS.¹⁵ Arbetstagaren som vägrar att utföra sådant arbete har heller inte rätt att erhålla lön även om han t.ex. inställer sig på den arbetsplats han tidigare arbetade på.¹⁶

¹⁰ Se t.ex. AD 1983 nr 174 och 1995 nr 50. Jfr Victorin, SvJT 1979 s. 675.

¹¹ Eklund i Löntagarrätt s. 227.

¹² Gränsdragningen mellan permanenta och tillfälliga förändringar behandlas t.ex. i AD 1984 nr 119 och 1986 nr 11.

¹³ Inte heller behandlas arbetstagares möjlighet att vägra utföra arbete som berörs av stridsåtgärder. Se härom t.ex. SOU 1984 nr 18 s. 134 f.

¹⁴ Jfr dock 12 § arbetstidslagen.

¹⁵ Se t.ex. AD 1978 nr 6 och 1982 nr 52.

¹⁶ AD 1980 nr 149. Jfr AD 1977 nr 193. Se även AD 1982 nr 55 och 1994 nr 123.

Skulle däremot arbetsgivaren påfordra att arbetstagaren varaktigt skall utföra arbete vilket ligger *utanför* arbetstagarens arbetsskyldighet betraktas åtgärden som ett skiljande från anställningen (i förening med erbjudande om ny anställning).¹⁷ Åtgärden kvalificeras rättsligt som en uppsägning eller, om uppsägningstid inte iakttas, ett avskedande. Arbetsgivaren måste därvid följa reglerna om uppsägning och avsked i anställningsskyddslagen. Frågan om åtgärden skall betraktas som en omplacering eller en uppsägning avgörs i princip inte av hur arbetsgivaren betecknat åtgärden utan av om arbetstagaren inom ramen för anställningen är skyldig att utföra arbetet.

I AD 1978 nr 89 finns ett något svårtolkat obiter dictum, som tycks strida mot vad som här angivits. Efter att ha redogjort för arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet enligt 29/29-principen (se om denna princip i avsnitt 8.3.1) uttalar domstolen.

”En annan sak är att arbetstagarens individuella arbetsskyldighet inte behöver vara lika vidsträckt som följer av den allmänna arbetsskyldigheten enligt kollektivavtalet. För arbetsskyldighetens omfattning i det enskilda fallet kan exempelvis arbetstagarens yrkeskvalifikationer ha betydelse. Anställningsavtalet kan också innehålla begränsning av arbetsskyldigheten.

Det nu anförda innebär att man på SAF/LO-området normalt sett inte har att räkna med att en arbetstagarers anställning påverkas av den omständigheten att han på arbetsplatsen omplaceras till andra arbetsuppgifter inom kollektivavtalets ram. *Detta gäller även om de ändrade arbetsuppgifterna faller utom området för arbetstagarens individuella arbetsskyldighet. I detta senare fall gör sig arbetsgivaren visserligen skyldig till avtalsbrott genom att ålägga arbetstagaren de ändrade uppgifterna men arbetstagarers anställningsförhållande ändras inte.*”¹⁸

Uttalandet får i första hand uppfattas som syftande på att brott mot enskilt avtalade begränsningar i arbetsskyldigheten på LO/SAF-området normalt inte även innebär ett brott mot kollektivavtalet (och därmed skyldighet att utge allmänt skadestånd till fackföreningen). Uppfattat på detta vis är uttalandet helt invändningsfritt.¹⁹ Att detsamma även skulle gälla för de fall

¹⁷ Se till t.ex. AD 1955 nr 44, 1978 nr 161, 1982 nr 112, 1983 nr 105, 1983 nr 174, 1984 nr 119, 1991 nr 114 och 1995 nr 133. Se även AD 1996 nr 13.

¹⁸ Kursiverat här. Motsvarande uttalande återfinns i AD 1983 nr 174.

¹⁹ Jfr AD 1960 nr 36. I kollektivavtalet för skortensfejerifacket reglerades förutsättningar avskedanden. Frågan var om dessa regler var tillämpliga för en arbetande förmän som avlyftes förmänsskapet. Mot bakgrund bl.a. av att den arbetande förmannen hade särskilda arbetsuppgifter, att det för dessa uppgifter utgick särskilt arvode samt att dessa hade särskild benämning ansåg AD det ligga nära till hands att anse att arbetande förmän – i det enskilda anställningsavtalet – tillagts en särskild tjänst med annan ställning än den som tillkommer arbetare i allmänhet. Emellertid kunde härav inte dras slutsatsen att arbetande förmän vid omplacering till vanlig arbetande åtnjöt skydd *enligt kollektivavtalet*, då kollektivavtalet inte innehöll någon reglering av denna kategori anställda.

där arbetstagaren åläggs att utföra arbete vilka faller utanför ”vederbörande arbetares allmänna yrkeskvalifikationer” är emellertid inte lika självklart. Att arbetsskyldigheten enligt kollektivavtal har denna begränsning är ju något som följer av 29/29-principen. Därutöver kan uttalandet tyckas ge uttryck för uppfattningen att om en arbetsgivare påfordrar att arbetstagaren permanent skall utföra arbete i strid med enskilt avtalade begränsningar i arbetsskyldigheten, så skulle därmed inte reglerna i LAS om uppsägning och avsked aktualiseras. Uppfattat på detta vis står uttalandet, såvitt jag kan förstå, inte i överensstämmelse med ovan angivna rättsfall.

Men hur dras då gränsen för arbetsskyldigheten? Någon allmän lagreglering föreligger inte.²⁰ För bedömningen av frågan är man huvudsakligen hänvisad till rättspraxis.

En utgångspunkt är att en arbetstagare är skyldig att utföra de arbetsuppgifter han har åtagit sig genom det personliga avtalet. Arbetet skall också utföras på de arbetsplatser och vid de tidpunkter som han åtagit sig. Detta gäller så länge åtagandena inte står i strid med tvingande regler vilka härrör från t.ex. lag eller kollektivavtal. Det åtagande i fråga om arbetsuppgifter, arbetsplats och arbetstid vilka arbetstagaren genom det personliga avtalet gjort benämns i denna framställning *primärt avtalade arbetsuppgifter, primärt avtalad arbetsplats* respektive *primärt avtalad arbetstid*. Som en samlingsbeteckning används *primär arbetskyldighet*.

Dessa åtaganden är emellertid långt ifrån de enda arbetstagaren är skyldig att fullgöra. Arbetstagaren är därutöver och enligt andra regler skyldig att utföra även annat arbete, om arbetsgivaren så påfordrar. När fortsättningsvis talas om *arbetsgivares omplaceringsbefogenhet* åsyftas det arbete arbetstagaren är skyldig att utföra enligt dessa regler.

Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet är så omfattande att arbetstagarnas huvudsakliga förpliktelse mycket väl kan karaktäriseras som en skyldighet att ställa sin arbetskraft till förfogande. En uppdelning mellan primär arbetsskyldighet och arbetsgivares omplaceringsbefogenhet kan mot bakgrund härav tyckas onödig eller till och med missvisande som beskrivning av anställningsförhållandets innebörd. Emellertid skapar en sådan uppdelning, enligt min mening, bättre förutsättningar för att förklara de normer som ligger till grund för hur AD drar gränsen för

²⁰ Några lagregler som påverkar arbetsskyldighetens omfattning finns dock. Ett exempel är att ordinarie domares arbetsskyldighet regleras i 11 kap. 5 § 3 st. RF. Se även 8 § fullmaktansställningslagen. Även arbetsmiljölagen och till den anslutande författningar begränsar i vissa avseenden arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Dessa kommer inte att behandlas här. Se om arbetstidslagen nedan i avsnitt 8.5. Som exempel ur rättspraxis där frågan uppkommit om betydelsen av lag och andra författningar för arbetsskyldigheten kan nämnas AD 1980 nr 51 och AD 1985 nr 6.

arbetsskyldigheten. Uppdelningen ger möjlighet att med större precision beskriva reglernas uppbyggnad. Vidare ger den möjlighet att belysa samspelet mellan personliga avtal och utfyllande regler.

I avsnitt 8.2 behandlas hur omfattningen av den primära arbetsskyldigheten bestäms. Därefter skall uppbyggnaden av de utfyllande reglerna om arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet behandlas (avsnitt 8.3–8.5). Slutligen skall analyseras under vilka förutsättningar personliga avtal träffats, vilka avviker från sistnämnda regler (avsnitt 8.6). Först skall dock några andra regler redovisas, vilka påverkar arbetsskyldigheten.

8.1.3 Rättslig överprövning av omplaceringar i vissa fall

Inom ramen för anställningen äger alltså arbetsgivaren som huvudregel ensidigt bestämma vilket arbete som arbetstagaren skall utföra och någon rättslig överprövning av skälen till beslutet kan inte ske.²¹ Från denna huvudregel finns en lång rad undantag, vilka dock var för sig har tämligen begränsad räckvidd. I det följande skall dessa undantag beskrivas.

Enligt den s.k. *bastubadarprincipen* måste arbetsgivare visa godtagbara skäl för att omplacera en arbetstagare om omplaceringen sker av skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen och åtgärden får särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren med hänsyn till såväl arbetsuppgifter som anställningsförmåner samt anställningsförhållandet i övrigt.²² Det senare uttrycks också så att omplaceringen för den enskilde arbetstagaren skall vara jämförlig med en uppsägning. De godtagbara skäl som arbetsgivaren har att visa enligt bastubadarprincipen är inte lika starka som kravet på saklig grund enligt 7 § LAS.

Bastubadarprincipen uppfattas som en dold klausul till kollektivavtal. Överträdelser av denna princip kan därför i kollektivavtalsförhållanden ge upphov till en skyldighet för arbetsgivaren att utge allmänt skadestånd till såväl arbetstagaren som arbetstagarorganisationen (54–55 §§ MBL).²³ Därutöver kan arbetsgivaren bli skyldig att ersätta den ekonomiska förlust arbetstagaren lidit. Om arbetstagaren är oorganiserad eller arbetsgivaren inte är kollektivavtalsbunden kan allmänt skadestånd inte

²¹ Även om en omplacering inte kan överprövas rättsligt kan det sätt på vilken den genomförs likväl ha betydelse för andra frågor. I AD 1992 nr 67 jämkades ett vite bl.a. med hänvisning till det sätt på vilket arbetsgivaren förflyttat arbetstagaren till annan tjänstgöringsort. Se även AD 1984 nr 119.

²² AD 1978 nr 89, 1981 nr 6, 1982 nr 29, 1982 nr 112, 1983 nr 177, 1989 nr 67, 1991 nr 106 och 1993 nr 34.

²³ AD 1978 nr 89. Om dolda klausuler, se även avsnitt 4.3.5.

utgå. Omplaceringen ses i dessa fall enbart som ett brott mot det enskilda anställningsavtalet och endast ekonomiskt skadestånd kan komma ifråga. Någon rättslig grund för att formellt ogiltigförklara omplaceringsbeslutet finns inte (jfr 34 § LAS).²⁴

Enligt det för den kommunala sektorn gällande kollektivavtalet AB 94 fordras vägande skäl för att arbetsgivaren skall få stadigvarande förflytta arbetstagaren (§ 6). Bestämmelsen har vissa likheter med bastubadarprincipen (jfr AD 1983 nr 174). Bestämmelsen har prövats i ett stort antal fall.²⁵

Sedan gammalt har även arbetsledningsbeslut vilka stått *i strid med god sed* kunnat angripas vid domstol. Under den tid när arbetsgivaren fritt kunde avskeda arbetstagare prövades emellanåt avskedanden utifrån denna rättsgrundsats.²⁶ Numera används denna rättsprincip i andra situationer, bl.a. vid omplaceringar.²⁷ Principen är tillämplig även om omplaceringen inte haft de ingripande verkningar vilka bastubadarprincipen förutsätter.²⁸ Utrymmet för att angripa arbetsledningsbeslut såsom stridande mot god sed har givits snäva gränser.²⁹

Vilka sanktioner står tillbuds om arbetsgivaren vidtar mindre ingripande omplaceringar i strid med god sed? Klart är att detta uppfattas som ett brott mot det enskilda anställningsavtalet och att arbetsgivaren blir ersättningsskyldig för den ekonomiska skada som arbetstagaren har lidit till följd av omplaceringen.³⁰ Frågan om förbudet mot omplaceringar i strid med god sed, i likhet med bastubadarprincipen, skall anses utgöra en dold klausul till kollektivavtal och att allmänt skadestånd skulle kunna utgå i kollektivavtalsförhållanden har inte prövats av AD.³¹ I litteraturen har, med hänvisning bl.a. till AD 1985 nr 65 och 1991 nr 65, antagits att omplaceringar i strid med god sed på arbets-

²⁴ AD 1989 nr 67 och Eklund i Löntagarrätt s. 232. I de fall AD ansett att arbetsgivaren omplacerat arbetstagaren i strid med bastubadarprincipen tycks dock arbetstagarna ha återfått sina tidigare arbetsuppgifter (Lag & Avtal 1995 nr 5 s. 26).

²⁵ AD 1983 nr 174, 1984 nr 80, 1984 nr 114, 1987 nr 18, 1991 nr 72, 1992 nr 111, 1993 nr 19 och 1993 nr 39, 1994 nr 56, 1995 nr 2 och 1995 nr 101.

²⁶ Se t.ex. AD 1932 nr 100 och Schmidt, Tjänsteavtalet s. 121 ff. med hänvisningar till ytterligare praxis.

²⁷ AD 1983 nr 46 och 1982 nr 112. Jfr 1982 nr 29. Principen har även utnyttjats till att jämka turordningslistor (1983 nr 107) och vid vägran låta arbetstagare återta uppsägning (1983 nr 3).

²⁸ AD 1983 nr 46 och 1991 nr 106.

²⁹ Se t.ex. AD 1967 nr 26 och 1984 nr 80. Jfr AD 1996 nr 114.

³⁰ AD 1983 nr 46.

³¹ Frågan berördes i AD 1985 nr 112 utan att AD klart tog ställning. Se även AD 1993 nr 30.

marknaden inte skulle utgöra ett brott mot kollektivavtalet.³² Jag tillåter mig en utvikning i denna fråga.

I tiden före införandet av LAS ansågs uppsägningar i strid mot god sed på arbetsmarknaden utgöra kollektivavtalsbrott. Frågan om uppsägningen stod i strid med god sed på arbetsmarknaden kunde därför, enligt forumreglerna i LAD, prövas av AD och ge upphov till skyldighet att utge allmänt skadestånd.³³ Även bastubadarprincipen kan, som redan nämnts, ge upphov till allmänt skadestånd.

God sed ingår även som rekvisit i andra regler. En uppsägning från arbetstagarens sida kan jämföras med en uppsägning från arbetsgivarens sida, om arbetstagarens uppsägning har föranletts av arbetsgivarens åtgärder och arbetsgivaren därvid handlat på ett sätt som står i strid med god sed på arbetsmarknaden eller som annars måste anses otillbörligt.³⁴ När så är fallet prövas om arbetsgivaren haft saklig grund för uppsägning. Föreligger inte saklig grund kan "uppsägningen" ogiltigförklaras. Arbetstagaren, men inte hans organisation, har även rätt till allmänt och ekonomiskt skadestånd med stöd av 38 § LAS.

I ett par fall har arbetstagarorganisationen, vid prövning av denna regel, yrkat allmänt skadestånd för egen del och därvid gjort gällande att kollektivavtalet vilade på den förutsättningen att arbetsgivaren i sitt handlande mot arbetstagaren iakttar lag och goda seder på arbetsmarknaden. I AD 1985 nr 65 uttalade domstolen att kollektivavtal självklart vilar på denna förutsättning. Detta var emellertid, enligt domstolen, inte liktydigt med att kollektivavtalsregleringen har avsetts innebära att ett otillbörligt handlande från arbetstagarens sida mot en arbetstagare utgör ett sådant brott mot kollektivavtalet som kan medföra skadeståndsansvar. För att man skall kunna dra den slutsatsen torde normalt krävas att kollektivavtalet innehåller uttryckliga bestämmelser som ger stöd för detta.³⁵

Det framgår redan av den begränsade genomgång som här gjorts att vissa kollektivavtalsförutsättningar förlänas karaktären av dolda klausuler, medan så inte är fallet för andra kollektivavtalsförutsättningar. Det är oklart vilka kriterier domstolen använder för att föra förutsättningar till den ena eller andra kategorin.³⁶ Att göra en ingående undersökning av denna fråga faller utanför denna framställning. Personligen har jag dock svårt att frigöra mig från intrycket att valet till stor del är rättsföljdsorienterat. Att domstolen i AD 1978 nr 89 lät kravet på godtagbara skäl för särskilt ingripande omplaceringar utgöra en dold klausul till kollektivavtal, synes ha berott på att

³² Eklund i Löntagarrätt s. 230. Se även Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 471.

³³ Se t.ex. AD 1967 nr 22 och 26.

³⁴ Se t.ex. AD 1993 nr 30 och Lunning, Anställningsskydd s. 108 ff.

³⁵ Se även AD 1991 nr 65 och AD 1993 nr 30.

³⁶ Jfr Schmidt, Kollektiv arbetsrätt s. 225, Suviranta, Scandinavian Studies in Law 1965 s. 214 f. och Vourio, Tfr 1957 s. 45.

domstolen önskade ge regeln en effektiv sanktion; allmänt skadestånd p.g.a. kollektivavtalsbrott. Någon annan effektiv sanktion stod inte till buds.

Annorlunda förhöll det sig i det ovan refererade AD 1985 nr 65. För den situation som där var aktuell tillhandahåller LAS effektiva sanktioner. Något behov av att därutöver förläna de aktuella kollektivavtalsförutsättningarna karaktär av dold klausul förelåg därför inte. Tvärtom hade detta medfört en del egendomliga konsekvenser. Sedan införandet av 1982 års anställningsskyddslag har arbetstagarorganisationen inte någon självständig rätt till allmänt skadestånd vid brott mot lagen. Inte heller ett omnämnande i kollektivavtal om att LAS skall tillämpas torde medföra att LAS utgör en del av kollektivavtalet och att fackföreningen därmed skulle ha en självständig rätt till allmänt skadestånd.³⁷ Det hade därför varit inkonsekvent att vid uppsägningar från arbetstagarens sida, vilka är att jämställa med uppsägning från arbetsgivaren, tillerkänna arbetstagarorganisationen en självständig rätt till allmänt skadestånd.

Vid omplaceringar i strid med god sed finns däremot inte någon effektiv sanktion att tillgå. Mot bakgrund härav är det inte uteslutet att domstolen i ett fall som AD 1983 nr 46 och där arbetstagaren är organiserad skulle vara beredd att anse principen om förbud mot omplaceringar i strid med god sed utgöra en dold klausul. En sådan möjlighet antyds också i AD 1991 nr 106.³⁸

Även vid sidan om dessa principer kan omplaceringar angripas rättsligt.³⁹ Således kan en omplacering vilken skett i föreningsrättskränkande syfte angripas med stöd av 7 och 8 §§ MBL. En omplacering kan också stå i strid med reglerna i 20 § JämL, 9 § lagen mot etnisk diskriminering och 3 § FML. Det kan också nämnas att omplaceringar kan stå i strid med 9 § studieledighetslagen och 17 § föräldraledighetslagen.⁴⁰ Har omplaceringen skett i syfte att förmå arbetstagaren att lämna anställningen är detta att jämställa med en uppsägning eller ett avsked, varvid LAS regler blir tillämpliga. Fråntas arbetstagaren under uppsägnings tiden sina arbetsuppgifter kan detta strida mot 34 § 2 st. LAS. Omplaceringar som vidtas i bestraffningssyfte anses utgöra en sådan disciplinpåföljd för vilken det enligt 62 § MBL krävs stöd i kollektivavtal.⁴¹ I samtliga dessa fall kan allmänt skadestånd utgå med stöd av regler i de lagar vilka överträtts.

³⁷ AD 1985 nr 136, 1987 nr 73 och Sigeman, Semesterrätt s. 54 f.

³⁸ Domssamlingen s. 688. Se även Göransson i Lex Ferenda s. 60 f.

³⁹ Den följande uppräkningsen är inte avsedd att vara uttömmande.

⁴⁰ AD 1987 nr 23.

⁴¹ AD 1978 nr 89, 1981 nr 6, 1985 nr 112 och 1993 nr 39. Jfr AD 1995 nr 146. Se även Sandström, Privatjustis mot anställda s. 155 ff. Jfr Edlund, SvJT 1980 s. 294.

8.1.4 Tolkningsföretråde och omplacering enligt 7 § 2 st. LAS

I detta sammanhang måste även erinras om reglerna rörande vem som temporärt får bestämma vilket arbete som skall utföras när tvist råder om arbetsskyldighetens omfattning.⁴² Huvudregeln i fråga om detta s.k. tolkningsföretråde framgår av 34 § MBL. Uppkommer tvist mellan en arbetsgivare och en arbetstagarorganisation, som är bundna av samma kollektivavtal, om arbetsskyldighet enligt avtal för en eller flera medlemmar i organisationen, gäller organisationens mening till dess tvisten är löst. Tolkningsföreträdet innebär, sett ur medlemmens synvinkel, att han kan följa organisationens mening utan att drabbas av någon påföljd. Har tvist mellan arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen inte uppkommit är arbetstagaren, enligt rättspraxis, skyldig att utföra det arbete som arbetsgivaren påfordrar i avvaktan på att tvisten löses. Om arbetstagaren inte följer arbetsgivarens order utgör detta ett brott mot anställningsavtalet, vilket kan utgöra saklig grund för uppsägning.⁴³ Detta gäller även om det vid en senare prövning skulle visa sig att arbetet inte omfattades av den primära arbetsskyldigheten eller arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet.⁴⁴ Arbetstagaren är dock inte skyldig att utföra arbetet om arbetsgivaren inser eller borde inse att hans avtalstolkning var oriktig. Arbetstagaren har även rätt att vägra följa ordern om den strider mot lag eller god sed på arbetsmarknaden.⁴⁵

Låt oss anta att en arbetsgivare begär att arbetstagaren skall utföra arbete som ligger utanför ramen för anställningen. Om arbetstagaren i ett sådant fall lämnar arbetsplatsen, istället för att utföra det arbete som arbetsgivaren begär betraktas arbetsgivarens åtgärd ("omplaceringen") inte som en uppsägning, för det fall arbetsgivaren var i god tro om att arbetet låg utanför ramen för anställningen.⁴⁶ Om å andra sidan arbetstagaren utför arbetet utan att framföra invändningar, föreligger normalt heller ingen uppsägning. Vad som förevarit kan antingen uttryckas så att arbetet kommit att omfattas av den primära arbetsskyldigheten⁴⁷ eller att arbetsgivaren var i god tro om att arbetstagaren uppfattat sig som uppsagd.⁴⁸ Följden av reglerna om tolkningsföretråde blir härigenom att arbetstagare vid tvist om arbetsskyldighetens omfattning kan vara

⁴² Här ges en mycket kortfattat sammanfattning. Se utförligare om reglerna i SOU 1994:141 s. 243 ff. Se även Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 343 ff. samt Eklund i Löntagarrätt s. 225 ff.

⁴³ Se t.ex. AD 1986 nr 11.

⁴⁴ Se t.ex. AD 1984 nr 119.

⁴⁵ Eklund i Löntagarrätt s. 227.

⁴⁶ AD 1995 nr 50.

⁴⁷ Se nedan vid not 57.

⁴⁸ Jfr AD 1994 nr 137.

skyldig att utföra arbete vilket ligger utanför såväl den primära arbets-skyldigheten som arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet.⁴⁹

Slutligen finns även anledning att erinra om innebörden av arbetsgivares omplaceringsskyldighet enligt 7 § 2 st. LAS. Av bestämmelsen framgår att saklig grund för uppsägning inte föreligger om det är skäligt att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. LAS vilar på uppfattningen att en uppsägning skall vara den yttersta åtgärd som tillgrips sedan alla andra möjligheter att lösa problem på arbetsplatsen har uttömts, det må föreligga arbetsbrist eller personliga skäl. I motiven framhålls att arbetsgivaren till att börja med bör undersöka möjligheterna att omplacera arbetstagaren inom ramen för anställningen. Står någon sådan lösning inte till buds bör arbetstagaren erbjuda arbetstagaren annan anställning hos sig. En omplacering av det senare slaget fordrar som angetts ovan arbetstagarens medgivande. Om sådant medgivande inte lämnas har detta förhållande betydelse för prövningen om en därpå följande uppsägning är sakligt grundad.⁵⁰ Härigenom kan arbetstagaren i praktiken bli tvungen att godta arbetsuppgifter vilka ligger utanför den ursprungliga arbetsskyldigheten.

8.2 Primär arbetsskyldighet

Arbetsgivare och arbetstagare är vid nyanställning regelmässigt överens om att arbetstagaren skall utföra vissa arbetsuppgifter. Den som anställs som busschaufför skall köra buss och den som anställs som lärare skall undervisa. En utgångspunkt är att en arbetstagare är skyldig att utföra de arbetsuppgifter han åtagit sig att utföra, om åtagandet inte står i strid med tvingande regler.⁵¹ Har arbetstagaren åtagit sig att utföra vissa konkreta arbetsuppgifter är det således inte nödvändigt att fråga efter arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet. På motsvarande sätt förhåller det sig med frågorna om var och när arbetstagaren åtagit sig att utföra arbete.

Enligt 6 a § LAS åligger det arbetsgivaren att skriftligen informera arbetstagaren om dennes arbetsuppgifter. Har arbetsgivaren före avtals-slutet lämnat sådan information får arbetstagaren anses ha åtagit sig att utföra arbetsuppgifterna om han inte reklamerar. Även utan att sådan information lämnats får en arbetstagare anses ha åtagit sig att utföra det

⁴⁹ Se t.ex. AD 1962 nr 1 och 1993 nr 160.

⁵⁰ Prop. 1973:129 s. 121 och t.ex. AD 1978 nr 161 samt 1984 nr 141. Se vidare t.ex. Lunning, Anställningsskydd s. 261 ff och nedan avsnitt 11.3.3.

⁵¹ Prop. 1975/76:105 bilaga 2 s. 214.

arbete som han vid anställningstillfället måste antas ha känt till förekom i den typ av anställning som är i fråga.⁵² Den som anställs som taxichaufför måste antas känna till att taxichaufförer utför arbete på kvällar och nätter. Hans åtagande innefattar även arbete vid dessa tidpunkter. Vid tvister om skyldighet att utföra arbete, vilket *vid anställningstillfället utförs* av andra arbetstagare hos arbetsgivaren med samma typ av anställning eller där arbetet utförts av företrädare på tjänsten, kan denna omständighet vara avgörande. AD tycks inte göra någon prövning om insikterna hos den individuella arbetstagaren. Avgörande synes istället vara vilka insikter som typiskt sett kan förväntas föreligga hos den grupp av arbetssökande som är i fråga. Detta gäller i vart fall i de mål där fråga är om arbetsskyldigheten för en grupp av anställda.⁵³

För vissa kategorier av arbetstagare finns ofta befattnings- eller tjänstebeskrivningar, vilka antingen framgår av gällande kollektivavtal eller har upprättats ensidigt av arbetsgivaren. Så är vanligen fallet för privatanställda tjänstemän och offentliganställda. I den mån av dessa beskrivningar framgår vilket arbete som de anställda normalt har att utföra ligger det nära till hands att anse att detta arbete ingår i den primära arbetsskyldigheten, även om den arbetssökande inte kände till tjänstebeskrivningen. Detta gäller i vart fall om inga individuella tolkningsdata talar i annan riktning.⁵⁴ På samma vis torde det förhålla sig om de omtvistade arbetsuppgifterna normalt utförs av viss kategori anställda.⁵⁵ Att så är fallet saknar dock vanligen intresse eftersom arbetsuppgifterna i dessa situationer regelmässigt faller under arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet.

Om man vill föra tillbaka det senast sagda på avtalsrättsliga tankemönster kan detta sägas följa av en innehållsorienterad tolkning av det personliga avtalet. Om arbetsgivaren uttrycker att anställningen avser anställning som taxichaufför kommer anställningsavtalet att ha innebörden att arbetstagaren

⁵² AD 1980 nr 149.

⁵³ AD 1982 nr 152.

⁵⁴ AD 1994 nr 77, 1995 nr 101 och 1996 nr 63. Jfr AD 1981 nr 155.

⁵⁵ Jfr AD 1983 nr 177. Målet rörde en arbetstagare på ett häkte som omplacerats från vårdtjänst till transporttjänst. AD skriver. ”I målet är upplyst att såväl vårdtjänst som transporttjänst är vanligen förekommande arbetsuppgifter för en vårdare. Av kriminalvårdsverket utfärdade anställningsbevis avseende (arbetstagaren) framgår inte att (hans) anställning är knuten till någon viss avdelning eller begränsad till vissa särskilda arbetsuppgifter. Omplaceringen av (arbetstagaren) till transporttjänst har således i och för sig legat inom ramen för (hans) tjänsteäligganden som vårdare vid häktet.” Jfr AD 1985 nr 53. I AD 1982 nr 18 skriver domstolen – låt vara i något annat sammanhang – att det av allmänna avtalsrättsliga principer följer att arbetstagaren är skyldig att utföra de arbetsuppgifter som *normalt* är förenade med hans tjänst.

är skyldig att utföra arbete på kvällar och nätter. Uttrycket ”anställd som taxichaufför” får tolkas i enlighet med sedvana och andra kutymmer. När uttrycket används följer därav de för taxichaufförer sedvanliga rättsverkningarna, utan att det är någon positiv betingelse att man skall kunna sluta sig till att arbetstagaren tänkte på eller kände till dessa rättsverkningar när han accepterade anställningen.⁵⁶

I fall det omtvistade arbetet introduceras *efter att anställningsavtal träffats* ställer sig saken annorlunda. Det kan i normalfallet inte hävdas att arbetstagaren i den situationen måste ha insett att han i framtiden skulle kunna åläggas sådant arbete. Något hinder mot att arbetsgivaren och arbetstagaren under anställningens gång uttryckligen avtalar om att arbetstagaren skall utföra t.ex. andra arbetsuppgifter föreligger inte. På sedvanligt vis lär den som påstår att så har skett ha bevisbördan härför.

Har arbetstagaren utfört arbetsuppgifterna utan att framföra invändningar anses arbetsuppgifterna ingå i den primära arbetsskyldigheten.⁵⁷ Av AD 1981 nr 155 framgår att arbetstagaren eller hans fackliga organisation måste anföra invändningar om att arbetstagaren inte är *skyldig* att utföra arbetet. Det är inte tillräckligt att de framför invändningar om att det t.ex. är mindre rationellt eller lämpligt att arbetstagaren skall utföra arbetet.⁵⁸ Det är inte nödvändigt att dessa invändningar görs uttryckligen. Det avgörande torde vara om arbetsgivaren inser eller borde inse att arbetstagaren eller fackföreningen anser att arbetet faller utom ramen för anställningen.⁵⁹

Arbetstagare kan enligt reglerna om tolkningsföreträde vara skyldig att vid tvist om arbetsskyldighetens omfattning temporärt utföra arbetet. Detta skulle kunna tyckas vara ett skäl mot att se det faktum att arbetstagaren t.ex. utfört vissa arbetsuppgifter som ett åtagande att utföra arbetet. Att arbetstagaren utför arbetet kan ju bero på att han enligt dessa regler är skyldig att utföra arbetet, inte att han ger sitt samtycke härtill.⁶⁰ Något spår av att detta skulle påverka domstolens bedömning ger inte praxis. Samma förhållande gör sig gällande vid omplaceringar där

⁵⁶ Se t.ex. Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål s. 193 och Kutym och rättsregel s. 31.

⁵⁷ AD 1980 nr 149 och 1982 nr 152. Jfr AD 1985 nr 73.

⁵⁸ Se även AD 1991 nr 114 och 1993 nr 151. Jfr AD 1995 nr 31 (domssamlingen s. 206) som rörde innebörd av ett kollektivavtal.

⁵⁹ AD 1994 nr 137. I AD 1979 nr 66 hade fyra arbetstagare under en tid av cirka fyra månader utfört det sedermera omtvistade arbetet. Placeringen var ursprungligen tänkt att vara tillfällig. När det stod klart för arbetstagsidan att placeringen skulle bli permanent, vägrade arbetstagare att fortsätta utföra det omtvistade arbetet. Att arbetstagarna under dessa förhållanden utfört det omtvistade arbetet medförde inte att arbetet omfattades av arbetsskyldigheten.

⁶⁰ Liknande Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 61 angående AD 1981 nr 155.

arbetstagaren är hotad av uppsägning. Av 7 § 2 st. LAS följer, som redan nämnts, att arbetsgivaren innan han tillgriper uppsägning är skyldig att överväga att erbjuda arbetstagaren andra arbetsuppgifter vilka faller såväl inom som utom arbetsskyldighetens ram. När det gäller att på arbetsplatsen lösa t.ex. ett samarbetsproblem finns det säkert goda skäl för parterna att inte närmare beröra om de erbjudna arbetsuppgifterna faller inom eller utom denna ram. Det skulle mot bakgrund härav kunna sättas i fråga om arbetstagaren redan genom att utföra de erbjudna arbetsuppgifterna har godtagit dessa och därigenom avstått från möjligheten att åberopa att åtgärden stod i strid med 7 § LAS. Det krav på frånvaro av rättsvillfarelse vid eftergift av rättigheter som tillkommer arbetstagaren enligt tvingande lag upprätthålls inte när fortsatt anställning kommer till stånd.⁶¹ Detta kan, om man vill försvara AD:s rättsbildning, sägas ligga i linje med att LAS främst syftar till att hindra friställningar.

Det är vanligt att de arbetsuppgifter arbetstagaren utför under anställningens bestånd byts ut. Har arbetsuppgifterna på detta sätt väsentligen och varaktigt förändrats ligger det nära tillhands att de primärt avtalade arbetsuppgifterna är de som faktiskt utförs. Frågan om arbetstagaren är skyldig att ånyo utföra de ursprungliga uppgifterna eller andra, får då bedömas utifrån frågan om arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet.⁶²

Slutligen kan nämnas att den omständigheten att en arbetstagare åtagit sig att t.ex. utföra visst arbete inte omedelbart innebär att han också har rätt att få utföra dessa arbetsuppgifter.⁶³ Den omständigheten att arbetstagaren fråntas vissa eller alla sina arbetsuppgifter anses normalt inte utgöra en uppsägning, såvida arbetstagaren får behålla sina löneförmåner. En sådan åtgärd kan betraktas som en uppsägning om arbetsgivarens syfte är att arbetstagaren skall säga upp sig. Åtgärden kan även utgöra ett otillåtet arbetsledningsbeslut, enligt de regler som redovisades i avsnitt 8.1.3.⁶⁴

⁶¹ Se t.ex. AD 1994 nr 137. Om kravet på frånvaro av rättsvillfarelse se avsnitt 3.5.

⁶² AD 1981 nr 100 och 1994 nr 77. Se även AD 1983 nr 33 och 1993 nr 151 (domssamlingen s. 1151 y).

⁶³ Jfr AD 1993 nr 39.

⁶⁴ AD 1978 nr 74, 1984 nr 80 och 1985 nr 6. Åtgärden kan även stå i strid med 34 § 2 st. LAS.

8.3 Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetsuppgifterna

8.3.1 LO/SAF-området

Utfyllande regler om arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetsuppgifterna, har utvecklats i AD:s praxis.

Redan i AD 1929 nr 29 uttalade domstolen att kollektivavtalsbunden arbetstagare ”är skyldig att mot de avtalsenliga löneförmåner, som gälla för det arbete, vari han är anställd, utföra allt sådant arbete för arbetsgivarens räkning, som står i naturligt samband med dennes verksamhet och kan anses falla inom vederbörande arbetares allmänna yrkeskvalifikationer.” I målet var fråga om tolkning av ett konkret kollektivavtal.⁶⁵ Några individuella tolkningsdata angavs inte för denna utgång, utan avgörandet framstår som grundat på en generell rättssats. Så har den också uppfattats i senare praxis.⁶⁶

Den rättssats vilken domstolen gav uttryck för i målet brukar benämnas 29/29-principen. Principen uppfattas på det kollektiva planet som en dold klausul. Det är möjligt att i kollektivavtal bestämma arbetsskyldigheten på annat sätt än som följer av 29/29-principen. Om så har skett i ett konkret kollektivavtal är en fråga som får lösas genom tolkning av avtalet, varvid bl.a. kollektivavtalsparternas uppfattning och avtalets lydelse har betydelse.⁶⁷ I AD 1990 nr 59 framhåller domstolen att principen är en hävdvunnen kollektivavtalsrättslig grundsats av stor praktisk betydelse och att man därför måste utgå från att ett kollektivavtal är att tolka i enlighet med denna princip, såvida inte annat framgår av uttryckliga avtalsbestämmelser eller vinner klart stöd av andra omständigheter.

I AD 1929 nr 29 anknyter domstolen kollektivavtalsbunden arbetstagares arbetsskyldighet till det arbete som faller under kollektivavtalet.⁶⁸ Kollektivavtalets tillämpningsområde i sakligt avseende har betydelse i en rad sammanhang, vilka har mer eller mindre stark koppling till frågan om vilka arbetsuppgifter arbetstagaren är skyldig att utföra.⁶⁹ Under de första årtiondena av AD:s verksamhet synes principens betydelse för frågan om stridsåtgärder varit tillåtna samt vilken lön

⁶⁵ Se t.ex. rubriken i domssamlingen.

⁶⁶ Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 206 och t.ex. AD 1990 nr 59.

⁶⁷ Se t.ex. AD 1986 nr 11.

⁶⁸ Sambandet betonas starkt i AD 1995 nr 31.

⁶⁹ Att arbetsskyldighetens omfattning t.ex. kan ha betydelse för frågan om ett vikariat är tillåtet framgår av AD 1985 nr 53.

som skall utgå för visst arbete ha stått i centrum. Sådana mål förekommer alltså. I senare praxis har dock frågan om arbetstagaren är skyldig att överhuvudtaget stå till förfogande för visst arbete oftare trätt i förgrunden.

I doktrinen har diskuterats vilka skälen var till att domstolen bestämde arbetsskyldighetens omfattning på sätt som skedde i AD 1929 nr 29. Schmidt har här framhållit att gränslinjen om ett naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet kan förklaras av att de stora riksavtalen var uppbyggda efter industriförbundsprincipen. Organisationsgränserna inom LO och SAF har historiskt utvecklats olika. När de första riksavtalen träffades var det arbetsgiversidans organisatoriska uppbyggnad som fick bestämma vilka företag som skulle omfattas av avtalen. Det låg därför, menar Schmidt, nära till hands att kollektivavtalsparterna ursprungligen avsett att avtalet skulle täcka allt arbete hos de anslutna företagen.⁷⁰ Vid sidan av detta skäl har av andra framhållits att denna lösning var ägnad att främja arbetsfreden. Om ett kollektivavtal inte skulle omfatta visst arbete skulle stridsåtgärder kunna vidtagas beträffande detta, vilket skulle kunna lamslå övrig verksamhet.⁷¹

29/29-principen anger två gränslinjer för arbetstagares arbetsskyldighet, dels det naturliga sambandet med arbetsgivarens verksamhet, dels arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer.⁷²

Beträffande kravet på *naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet* kan anmärkas att arbetstagare normalt inte är skyldig att utföra allt arbete som faller inom den verksamhet som arbetsgivaren faktiskt bedriver. Detta sammanhänger med att arbetsdomstolen låtit kriteriet naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet sammanfalla med kollektivavtalets tillämpningsområde. Normalt är arbetsgivare bundna av minst två kollektivavtal, ett för arbetare och ett för tjänstemän. En arbetare är inte skyldig att utföra annat arbete än som faller under det kollektivavtal som han är bunden av och motsvarande gäller för tjänstemän.⁷³ Å andra sidan kan en kollektivavtalsbunden arbetstagare vara

⁷⁰ Schmidt i Minnesskrift till Juridiska fakulteten i Stockholm s. 220 f.

⁷¹ Geijer i Arbetsgivare och fackföringsledare i domarsäte s. 293, Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument särskilt s. 268 och Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 206.

⁷² För mer ingående redogörelser av rättspraxis se framförallt Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 41 ff. samt Sigeman och Eklund i Löntagarrätt s. 122 ff. respektive 227 ff. För äldre rättspraxis se Geijer i Arbetsgivare och fackföringsledare i domarsäte s. 290 ff. Arbetsskyldigheten i koncerner behandlas av Eklund i Bolagisering – mode eller måste? s. 159 ff.

⁷³ Om gränsdragningen mellan arbetar- och tjänstemannaavtal se t.ex. Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 293 ff., Sigeman i Löntagarrätt s. 108 ff. samt AD 1995 nr 9 och 1995 nr 147.

skyldig att utföra arbete som till sin beskaffenhet är sådant att det är hänförligt också till annat kollektivavtal. Så kan t.ex. vara fallet om samma arbete faller under två kollektivavtal som slutits av LO-förbund. Slutligen bör framhållas att inte heller den verksamhet som arbetsgivaren faktiskt har bedrivit sätter de yttersta gränserna för arbetskyldigheten. Om arbetsgivaren ändrar inriktning på sin verksamhet kan arbetstagaren bli skyldig att utföra även de nya arbetsuppgifter som den ändrade inriktningen föranleder. Avgörande är om arbetsuppgifterna efter ett praktiskt bedömande står i naturligt samband med den centrala verksamhet som kollektivavtalet först och främst syftar på.⁷⁴ Svensäter har framhållit att kriteriet ”naturligt samband” har karaktär av general-klausul och att det i rättspraxis används i tämligen extensiv anda.⁷⁵

Att arbetstagare endast kan åläggas arbete som faller inom hans *allmänna yrkeskvalifikationer* har på LO/SAF-området mindre betydelse i praktiken. Arbetsgivaren tilldelar i eget intresse inte arbetstagare uppgifter som denne inte klarar.⁷⁶ Traditionellt har det ansetts att en arbetstagare (på LO/SAF-området) inte kan framtvinga att få arbeta med sådana uppgifter vilka han t.ex. har särskild utbildning för.⁷⁷ I AD 1968 nr 33 ansågs således yrkesarbetare kunna omplaceras till tempoarbete, även när lönen för det nya arbetet blev lägre. Denna uppfattning har kommit att framstå som alltmer otidsenlig i förhållande till de värderingar som kommer till uttryck i LAS och MBL samt på andra sektorer av arbetsmarknaden. Det kan därför inte uteslutas att det traditionella innehållet i arbetsskyldigheten för arbetare kan komma att närma sig vad som gäller för offentliganställda och privat tjänstemän.⁷⁸

8.3.2 Offentliga sektorn

Praktiskt taget alla avgöranden där arbetsdomstolen fram till 1980 tillämpat 29/29-principen rörde arbetsskyldigheten för arbetare. AD framhöll i 1980 nr 51 att det inte är givet att principen får samma verkningar när det gäller områden på arbetsmarknaden där anställningen knutits till ett bestämt tjänste- eller befattningsbegrepp. ”Har nämligen tjänstens innehåll preciserats i tjänsteförteckningar eller genom befatt-

⁷⁴ Se t.ex. AD 1990 nr 59.

⁷⁵ Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 49.

⁷⁶ Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt s. 211.

⁷⁷ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 203, Victorin, SvJT 1979 s. 678 samt Eklund i Löntagarrätt s. 228.

⁷⁸ Liknande Källström i Löntagarrätt s. 177, Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 226 och Zethraeus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 5. Se även Göransson i Lex Ferenda s. 63 ff.

ningsbeskrivningar eller liknande ligger det nära till hands att uppfatta situationen så att man därmed också preciserat arbetsskyldigheten. Systemet medför därför i sig, sett från arbetsgivarens synpunkt, en större stelhets än vad fallet är inom SAF:s och LO:s gemensamma område av arbetsmarknaden.”

Sedan gammalt har frågan om *statstjänstemäns* skyldighet att godta nya eller ändrade arbetsuppgifter kopplats till den tjänst vilken arbetstagaren innehar.

Termen tjänst har använts i flertal olika betydelser. Man har skilt mellan ett organisatoriskt och ett funktionellt tjänstebegrepp. Det organisatoriska tjänstebegreppet har huvudsakligen syftat på de regler vilka ålagt myndigheter att inrätta tjänster vilka sedan skall besättas med en viss person. Med tjänst avses, när termen används i denna betydelse, närmast de resurser som myndigheten avsätter för att anställa någon till utförande av vissa arbetsuppgifter. När termen har använts som ett funktionellt begrepp sker detta i flera betydelser. Tjänst har således dels betecknat anställningen som sådan, dels beskrivit arbetstagarens befattning eller plats i organisationen. I det senare fallet har begreppet nära koppling till det organisatoriska tjänstebegreppet. Därutöver har det funktionella tjänstebegreppet använts som beteckning för de arbetsuppgifter vilka arbetstagaren har att utföra.⁷⁹ Det är denna betydelse av begreppet tjänst som är av intresse i detta avsnitt.

Förklaringen till att arbetsskyldigheten kopplats till begreppet tjänst kan sökas i äldre tiders uppfattning enligt vilken statstjänstemannaförhållandet ansågs grundat på en offentligrättslig anställningsakt. Myndigheterna var skyldiga att, innan eller samtidigt med att någon anställdes, inrätta en tjänst.⁸⁰ Genom inrättande av tjänsten kom de arbetsuppgifter som tjänsten avsåg att mer eller mindre klart bestämmas. När tjänsten tillsattes genom myndighetens beslut avsåg beslutet just denna tjänst och de därtill hörande arbetsuppgifterna. Att en tjänst inrättats som lektor i handelsrätt innebar således en skyldighet för tjänstemannen att utföra undervisning i alla de ämnen som hör till handelsrätten.⁸¹ Något utrymme att vid tolkning av vilka arbetsuppgifter som följde med viss tjänst beakta traditionella avtalsrättsliga synsätt torde inte ha förelegat.

Även om den inrättade tjänsten bildade utgångspunkten för bedömningen av arbetsskyldigheten, så angav den inte arbetsskyldighetens yttergränser. Dessa yttergränser bestämdes närmast med stöd av tjänstemännens lydnadsplikt. Av 10 § statstjänstemannalagen (1965:274, StjL) framgick att tjänsteman skulle ställa sig till efterrättelse instruktion,

⁷⁹ SOU 1992:60 s. 146 ff.

⁸⁰ Bestämmelser härom återfanns senast i inrättandeförordningen (1991:1749).

⁸¹ Jfr AD 1985 nr 53.

arbetsordning och andra bestämmelser om arbetet samt särskilda föreskrifter rörande hans tjänsteutövning. I motiven till 1976 års LOA sammanfattades innebörden av statstjänstemäns lydnadsplikt enligt statstjänstemannalagen på följande vis.

”Grundläggande bestämmelser om myndigheternas verksamhet finns förutom i StjL i de olika myndigheternas instruktioner och i andra författningar som har utfärdats i administrativ ordning. Allmänna bestämmelser om arbetet hos myndigheterna finns också intagna i den tidigare nämnda allmänna verksstadgan. Dessutom gäller de arbetsordningar och allmänna bestämmelser i övrigt om arbetet som myndigheterna utfärdar. Ofta utfärdas också särskilda föreskrifter för vissa tjänstemän angående deras tjänsteutövning. Tjänsteman är skyldig att följa även sådana föreskrifter. Alla dessa föreskrifter anger i princip ramen för den enskilde tjänstemannens åligganden i tjänsten. Av 10 § följer emellertid också att tjänstemannen är skyldig att lyda en förmans order och detta även om ordern innebär att tjänstemannen tas i anspråk för andra arbetsuppgifter än dem som annars normalt ankommer på honom. På grund av regler som har utfärdats med stöd av 10 § kan tjänsteman vara skyldig att finna sig i långtgående ändringar av sina tjänstgöringsförhållanden. Han anses t.ex. vara skyldig att underkasta sig ändrade bestämmelser om tjänstgöringsområde och stationeringsort samt sådan vidsträcktare eller ändrad tjänstgöring hos myndigheten, *som inte i grund ändrar tjänstens beskaffenhet*.”⁸²

Statsanställdas arbetsskyldighet bestämdes alltså dels genom författningsföreskrifter på olika nivåer, dels genom en allmän lydnadsplikt. Den yttersta gränsen för denna lydnadsplikt sattes, ifråga om arbetsskyldighet, så att nytillkomna arbetsuppgifter inte i grunden fick ändra tjänstens beskaffenhet.

Statstjänstemannalagen upphörde att gälla vid införandet av 1976 års LOA. Som ett led i 1976 års reform rörande bl.a. statstjänstemäns förhandlingsrätt upphävdes tidigare bestämmelser om arbetsskyldigheten i statstjänstemannalagen och frågan hänfördes till det avtalsfria området. I motiven uttalades att ”(d)et följer redan av avtalsrättens allmänna grunder att en arbetstagare är skyldig att utföra det arbete som han har åtagit sig i det anställningsavtal som gäller för honom (...). Arbetstagaren är dessutom skyldig att utföra även annat arbete som står i naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet och som kan anses falla inom arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer” (jfr AD 1929 nr 29). Departementschefen framhöll att detta torde gälla på den statliga sektorn och fortsatte. ”Avtal kan (...) naturligtvis inte träffas om sådana

⁸² Prop. 1975/76:105 bil. 2 s. 212 (kursiverat här). Det kursiverade uttalandet återfanns redan i motiven till statstjänstemannalagen (prop. 1965:60 s. 161).

åligganden som kan finnas reglerade i tvingande lag. Har arbetsskyldigheten i annat fall uttryckligen reglerats på visst sätt i avtal, gäller naturligtvis den regleringen.”⁸³

Genom 1976 års LOA blev det således möjligt att i kollektivavtal eller personliga avtal reglera arbetsskyldigheten. Några kollektivavtal där denna fråga reglerats har ännu inte träffats för den statliga sektorn.⁸⁴ För situationen att frågan inte avtalsreglerats uttalades i motiven att den administrativa reglering som kan finnas skulle gälla och att ledning i sista hand får hämtas från den hittills tillämpade ordningen för berörd arbetskategori.⁸⁵ Uttalandet har varit vägledande för rättspraxis.⁸⁶

År 1994 infördes en ny lag om offentlig anställning. Genom denna slopades begreppet tjänst och ersattes i princip med anställning. Departementschefen uttalade i samband härmed bl.a. att begreppet tjänst i allt väsentligt spelat ut sin roll när det gäller att bestämma omfattningen av den anställdes arbetsskyldighet.⁸⁷

Mot bakgrund härav torde arbetsskyldigheten för statligt anställda tjänstemän kunna sammanfattas på följande vis. Som ett första led i prövningen har man att reda ut vilka arbetsuppgifter arbetstagaren åtagit sig att utföra. Det är numera allmänt vedertaget att offentliga anställningar uppstår genom avtal, låt vara att arbetsgivarens bidrag till denna avtalsbindning tillkommer genom ett myndighetsbeslut.⁸⁸ Innebörden härav torde bl.a. vara att huvudsakligen avtalsrättsliga synsätt får göra sig gällande vid tolkning av vilka konkreta arbetsuppgifter som anställningen avser. Även här kan man således tala om primärt avtalade arbetsuppgifter.

Utöver dessa primärt avtalade arbetsuppgifter är arbetstagaren även skyldig att utföra andra arbetsuppgifter. Gränsen för vilka ytterligare uppgifter arbetstagaren är skyldig att utföra sätts av att de primärt avtalade arbetsuppgifterna (eller, med äldre språkbruk, tjänsten) inte i grunden förändras. Rättspraxis från den statliga sektorn som belyser frågan om hur detta område närmare bestäms är dock relativt begränsad.⁸⁹ Ledning torde kunna hämtas från hur motsvarande frågor behandlats inom den kommunala sektorn, där rättsutvecklingen har varit i stort sett likartad.⁹⁰

⁸³ Prop. 1975/76:105 bil. 2 s. 214 f.

⁸⁴ AD 1996 nr 113.

⁸⁵ Prop. 1975/76:105 bil. 2 s. 215

⁸⁶ AD 1982 nr 112, 1983 nr 105 och 1985 nr 6.

⁸⁷ Prop. 1993/94:65 s. 39. Se även Ekström, Ny Juridik 1:94 s. 66.

⁸⁸ AD 1996 nr 66 och 1985 nr 129 samt Wennergren, I statens tjänst s. 35 och Sigeman i Festskrift till Strömholm.

⁸⁹ AD 1983 nr 105. Se även AD 1982 nr 112.

⁹⁰ Även LOA-utredningen tycks hysa denna uppfattning (SOU 1992:60 s. 152).

Det saknas anledning att anta annat än att omplaceringar som i grunden förändrar en arbetstagares tjänst står i strid med de statliga kollektivavtalen och därmed kan ge upphov till allmänt skadestånd.⁹¹

Kollektivavtalen på den *kommunala sektorn* innefattar Allmänna bestämmelser – AB 94. Av § 6 i detta avtal framgår att ”(a)rbetstagare skall utföra de arbetsuppgifter som framgår av för arbetstagaren gällande anställningsavtal, och de åligganden i övrigt, som är förenade med anställningen”.⁹² AD har om denna bestämmelse konstaterat att den är förhållandevis allmänt hållen och inte ger någon närmare vägledning för hur omfattande arbetsskyldigheten är. Bestämmelsen har dock uppfattats som att den stryker under betydelsen av det enskilda anställningsavtalet i arbetsskyldighetsfrågor. ”Därmed skulle alltså bestämmelsen ge en antydning om att själva tjänstebegreppet och dess avgränsning också reglerar arbetsskyldigheten, i varje fall i stora drag.”⁹³

Den allmänna bestämmelsen i AB 94 § 6 kompletteras med specialbestämmelser för skilda kategorier av arbetstagare. I AD 1981 nr 155 hade domstolen att pröva vilken betydelse innehållet i en sådan specialbestämmelse hade för arbetsskyldighetens omfattning.

I målet var fråga om en bestämmelse som rörde maskinbefäl. AD fann att den beskrivning av arbetsuppgifter vilka gavs i specialbestämmelserna enligt sin ordalydelse enbart syftade till att ge regler för lönegradsplacering. Bestämmelserna innehöll inte några uttryckliga regler om vilka arbetsuppgifter arbetstagarna skulle utföra. ”Man kan därför säga att avtalsregleringen på det landstingskommunala området innebär att uttryckliga regler saknas om vilka arbetsuppgifter som skall knytas till de tjänster som avtalsregleringen tar sikte på. Kollektivavtalsparterna skulle sålunda, enligt avtalsbestämmelsernas ordalydelse, ha avstått från att reglera den frågan på annat sätt än som framgår av § 6 i de allmänna bestämmelserna. Kollektivavtalsregleringen skulle alltså inte innebära något annat än ett fastslående av att arbetstagare skall utföra de arbetsuppgifter som framgår av hans anställningsavtal. Vilka dessa arbetsuppgifter närmare är avgörs inte genom kollektivavtal.”⁹⁴

⁹¹ Jfr AD 1980 nr 51 och 1991 nr 114.

⁹² Bestämmelser med denna lydelse har funnits sedan i juli 1977 (se AD 1979 nr 66). Avtalet gäller även för kommunalarbetare. Dessa tycks redan tidigare i arbetsskyldighetshänseende ha intagit en annan ställning än arbetare på LO/SAF-området (jfr AD 1949 nr 57, 1955 nr 44 och 1965 nr 25).

⁹³ AD 1980 nr 51. Se även AD 1979 nr 66.

⁹⁴ Likartat i AD 1982 nr 152 (biträdande övertandläkare) samt AD 1984 nr 119 (sjuksköterska). Se även AD 1979 nr 66 och 1994 nr 77. Jfr AD 1990 nr 59 (domssamlingen s. 398 y).

Med den begreppsbildning som används i denna framställning kan det sägas att beskrivningen av arbetsuppgifterna i specialbestämmelserna möjligen utgör primärt avtalade arbetsuppgifter men att de inte direkt bestämmer arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet.⁹⁵

Föregångare till bestämmelsen i AB 94 § 6 har prövats i ett flertal mål.

I AD 1980 nr 51 var fråga om nattsköterskor vid ett landstingskommunalt sjukhem var skyldiga att utföra vissa arbetsuppgifter på ett närbeläget primärkommunalt ålderdomshem. Frågan om arbetsskyldighetens omfattning fick i detta fall, enligt AD, lösas genom en analys av vad som sedan gammalt gällt beträffande offentliganställdas arbetsskyldighet.⁹⁶ Domstolen redogör därefter för rättsutvecklingen beträffande statstjänstemän och framhöll därvid att i kommunaltjänstemannastadgan – vilken vid den tiden ännu var i kraft – återfanns en bestämmelse vilken motsvarade 10 § i StjL. Av detta förhållande drog AD slutsatsen att även kommunala arbetsgivare har befogenhet att ålägga tjänstemän nya eller ändrade arbetsuppgifter så länge tjänstens beskaffenhet inte i grunden ändrades. Arbetstagarsidan hade, enligt AD, inte visat att kollektivavtalet skulle innebära att arbetsgivarsidan gått med på att begränsa denna befogenhet och denna befogenhet kvarstod därför närmast såsom en följd av eller en tyst förutsättning för kollektivavtalet.⁹⁷

Den uppfattning som AD gav uttryck för i AD 1980 nr 51 har bekräftats i senare praxis. Det är således klart att det följer av AB 94 § 6 att kommuner och landsting har möjlighet att ensidigt besluta om att ålägga arbetstagare nya eller förändrade arbetsuppgifter så länge dessa inte medför att tjänsten förändras i grunden eller, med en annan formulering, att arbetstagaren i realiteten får en annan tjänst än den han tidigare innehade.⁹⁸

Det förtjänar att understrykas att omplaceringsbefogenheten på den offentliga sektorn inte bestäms *genom* personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Däremot bedöms denna befogenhets omfattning med utgångspunkt i de primärt avtalade arbetsuppgifterna.

⁹⁵ Att bestämmelserna indirekt kan ha betydelse framgår nedan vid not 106.

⁹⁶ Domstolen följer här den rekommendation som gavs för den statliga sektorn i prop. 1975/76:105 bil. 2 s. 215 (se ovan not 83).

⁹⁷ Målet berör även frågan om arbetet utfördes för arbetsgivarens räkning. För denna fråga hänvisas till bl.a. AD 1963 nr 12, 1983 nr 156 och 1996 nr 113 samt Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse s. 169 ff.

⁹⁸ Se t.ex. AD 1982 nr 152 och 1984 nr 119. I AD 1983 nr 156 uttalade domstolen att de nya arbetsuppgifterna inte kunde anses innefatta någon genomgripande förändring av arbetstagarnas anställningsförhållanden.

Vid bedömningen av om en tjänst skall anses ha förändrats i grunden gör domstolen en samlad bedömning varvid hänsyn till en lång rad faktorer.⁹⁹ Som exempel på faktorer som talar för att tjänsten i grunden ändrats kan nämnas att en arbetstagare som tidigare haft arbetsledande ställning flyttas till en position där någon sådan uppgift inte finns.¹⁰⁰ På samma sätt förhåller det sig om en arbetstagare flyttas från arbetsuppgifter, vilka krävt en speciell utbildning till arbetsuppgifter där han inte kan utnyttja den utbildning han har,¹⁰¹ eller kvalificerade arbetsuppgifter ersätts med okvalificerade.¹⁰² Om löneutvecklingen är sämre på den nya placeringen talar detta för att tjänsten ändras i grunden. Domstolen ställer dock relativt höga krav på bevisningen härför.¹⁰³ Å andra sidan talar det förhållandet att arbetstagaren får behålla sin titel och sina tjänsteförmåner i motsatt riktning.¹⁰⁴ Bedömningen sker objektivt i den meningen att någon vikt inte läggs vid vilka förändringar den aktuella arbetstagaren eller viss kategori arbetstagare typiskt sett ansett sig skyldiga att tåla.¹⁰⁵

I viss utsträckning kan sådana särskilda bestämmelser för vissa kategorier av arbetstagare som berördes ovan ha betydelse för omplaceringsbefogenhetens omfattning. Kollektivavtalsreglerna kan ge uttryck för på avtalsområdet allmänt omfattade värderingar om skillnaden mellan olika arbeten och därigenom inverka på bedömningen av om en anställning ändras i grunden.

I AD 1991 nr 114 ansågs att arbete som vaktmästare inte föll inom ramen för en ambulansförarens arbetsskyldighet. Som skäl härför angav domstolen bl.a. att en ”i sammanhanget högst beaktansvärd skillnad mellan de båda arbetena, vilken också torde återspegla verkliga skillnader i arbetets innehåll, är att ambulanssjukvårdsbefattningar faller in under kollektivavtalets bestämmelser för vårdpersonal, vilket vaktmästarbefattningen (...) inte gör”.¹⁰⁶

⁹⁹ Se förutom nedan nämnda mål även AD 1995 nr 101, 1996 nr 63 och 1996 nr 113. I AD 1981 nr 1 tycks såväl parterna som AD inta ståndpunkten att arbete som sysselsättningssterapeut och städare inte ligger inom ramen för en förskollärares anställning.

¹⁰⁰ AD 1983 nr 174 (brandchef blev kummunintendent) och 1995 nr 133 (avdelningsföreståndare blev sjuksköterska).

¹⁰¹ AD 1984 nr 119 (sjuksköterska placerades som mentalvårdare).

¹⁰² AD 1983 nr 177 och AD 1985 nr 6.

¹⁰³ SOU 1992:60 s. 152, AD 1995 nr 101 och 1995 nr 133.

¹⁰⁴ AD 1985 nr 6. Se även AD 1978 nr 74.

¹⁰⁵ Jfr dock AD 1994 nr 137.

¹⁰⁶ Jfr även AD 1982 nr 29.

8.3.3 Privatanställda tjänstemän

Som framgått har 29/29-principen utvecklats främst med sikte på arbetare på den privata sektorn. Av AD 1995 nr 31 framgår att denna princip även bildar utgångspunkten för bedömningen av arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet på tjänstemannasidan.

I målet var fråga om piloter vid SAS enligt kollektivavtalet var skyldiga att utföra vissa kontroller av flygplanet i samband med flygning. AD fann att arbetsuppgifterna stod i ett naturligt samband med den verksamhet som SAS bedriver och att en tolkning av kollektivavtalet inte innebar någon begränsning av arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet enligt 29/29-principen.¹⁰⁷

Även här sätter det naturliga sambandet med arbetsgivarens verksamhet en gränslinje för arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet. Däremot tycks den allmänna uppfattningen vara att bedömningen av gränslinjen ”inom ramen för arbetstagarens yrkeskvalifikationer” sker på ett annat sätt än för arbetare. Anställningsförhållandet för dessa arbetstagare är vanligen knuten till viss befattning eller vissa arbetsuppgifter och utrymmet för att inom det bestående anställningsförhållandet flytta arbetstagare till andra arbetsuppgifter anses därför vara mera begränsat. Allmänna uttalanden av denna innebörd finns i rättspraxis och doktrin.¹⁰⁸ Något mål där frågan ställts på sin spets synes inte föreligga.¹⁰⁹

Att arbetsskyldigheten på detta vis anses mer individualiserad för privat tjänstemän än på LO/SAF-området berättigar inte till slutsatsen att arbetstagaren inte kan åläggas andra arbetsuppgifter än som följer av den primära arbetsskyldigheten. Det finns här all anledning att räkna med att domstolen kommer att hämta ledning från den praxis som rör offentliganställda. Även för tjänstemän skulle då gälla att arbetstagaren inte kan åläggas att utföra arbetsuppgifter vilka i grunden skulle förändra anställningen. I AD 1995 nr 31 betonade domstolen också att tvisten enbart gällde arbetsuppgifter av en mycket begränsad omfattning jämfört med de arbetsuppgifter i övrigt som piloter utför och även fortsättningsvis skulle utföra.¹¹⁰

¹⁰⁷ Se även AD 1950 nr 57.

¹⁰⁸ Se t.ex. AD 1980 nr 51 samt Eklund i Löntagarrätt s. 228, Victorin, SvJT 1979 s. 679 f. och Zethräus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 6.

¹⁰⁹ Se dock AD 1978 nr 161. I målet var ostridigt att en arbetstagare, vilken enligt ett anställningskontrakt var anställd som bilförsäljare, inte var tvungen att godta en förflyttning till arbete som kontorist. Jfr även AD 1941 nr 135 (D), NJA 1948 s. 376, AD 1960 nr 36, AD 1976 nr 52 och AD 1981 nr 100.

¹¹⁰ Jfr AD 1950 nr 57.

8.3.4 Några avslutande anmärkningar

Det brukar i såväl doktrin som praxis uttalas att 29/29-principen är tillämplig för offentliganställda och privat tjänstemän eller i vart fall att principen bildar en naturlig utgångspunkt vid bedömningen av deras arbetskyldighet.¹¹¹ Detta är riktigt på så vis att de primärt avtalade arbetsuppgifterna inte heller för offentliganställda och privat tjänstemän sätter yttergränserna för arbetskyldigheten. Beskrivningen är också rättvisande så till vida att arbetstagare inte kan tilldelas arbetsuppgifter vilka faller utanför tillämpligt kollektivavtal, i vart fall inte på heltid. En sjuksköterska kan inte sättas att utföra arbete vilket regleras av kollektivavtal för kommunalarbetare och en ingenjör kan inte sättas att utföra arbete i produktionen.¹¹²

Däremot skiljer sig metoderna för att fastställa arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet i individuella fall. Enligt 29/29-principen ställs frågan hur de nya arbetsuppgifterna faller inom arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer. Denna gränslinje har på LO/SAF-området hittills inte haft någon praktisk betydelse. Motsvarande fråga för offentliganställdas arbetskyldighet är hur de nya arbetsuppgifterna förhåller sig till de primärt avtalade arbetsuppgifterna. Denna fråga är den helt centrala vid arbetskyldighetsfrågor på den offentliga sektorn. Skillnaden kan delvis förklaras av hur reglerna har vuxit fram och en följd härav är att offentliganställdas arbetskyldighet normalt sett är mindre omfattande. Kopplingen till det enskilda anställningsavtalet i AB 94 § 6 tyder, enligt vad domstolen yttrat i AD 1991 nr 114, på att anställningsavtalen inom det kommunala området i allmänhet är individualiserande på ett sådant sätt att man inte är berättigad att utgå från att arbetskyldigheten omfattar allt arbete inom kollektivavtalets tillämpningsområde. Bedömningen av statstjänstemäns arbetskyldighet sker på samma sätt och det har här antagits att detsamma gäller för privat tjänstemän.

Som framgått utgör 29/29-principen en dold klausul till kollektivavtal på arbetarområdet och bestämmer därigenom kollektivavtalsbunden arbetstagares arbetskyldighet. Det råder inget tvivel om att principen även är tillämplig på utomstående arbetstagare som är anställda hos

¹¹¹ Se t.ex. prop. 1975/76:105 bilaga 2 s. 215, SOU 1992:60 s. 153, AD 1980 nr 51, 1982 nr 112, 1982 nr 152, 1983 nr 105, 1983 nr 174, 1985 nr 6 och 1996 nr 113. Se även Andersson i Kommunal arbetsrätt s. 156, Eklund i Löntagarrätt s. 229 och Zethräus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 6.

¹¹² En annan sak är att det på den offentliga sektorn inte är meningsfullt att ställa frågan om arbetsuppgifter har ett naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet. Myndigheternas verksamhetsområden regleras i författning och frågan kan därför inte lösas genom kollektivavtalsstolkning.

kollektivavtalsbunden arbetsgivare.¹¹³ Inte heller finns det anledning att betvivla att principen upprätthålls för anställda hos arbetsgivare som inte är kollektivavtalsbunden. Någon praxis som klart belyser dessa frågor synes dock inte föreligga.

Reglerna om arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet uppfattas som utfyllande tolkningsregler till kollektivavtal vilka saknar bestämmelser om arbetsskyldighetens omfattning. Reglerna påverkar även tolkningen av de kollektivavtal där regleringar av denna fråga återfinns (som t.ex. AB 94).

Undantag från dessa allmänna regler kan förekomma om det föreligger praxis i branschen eller andra speciella omständigheter vilka motiverar detta.¹¹⁴ Omplaceringsbefogenheten kan till följd av sådana omständigheter såväl minska som öka i förhållande till de allmänna reglerna. Reglerna kan också p.g.a. sådana omständigheter preciseras, så att det därigenom är klart att ett visst arbete omfattas av kollektivavtalet, utan att domstolen behöver ställa frågan om det har naturligt samband med verksamheten.¹¹⁵

Jag skall här beröra en sådan situation, nämligen betydelsen av att vissa arbetsuppgifter faktiskt utförts. Har det omtvistade arbetet brukat utföras av arbetstagare när kollektivavtal träffades anses arbetsuppgifterna, redan på den grunden, omfattade av arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, även om arbetstagarorganisationen inte känt till att dess medlemmar utfört arbetet.¹¹⁶ Om däremot det omtvistade arbetet utförts efter att kollektivavtalet slutits så tillmäts detta förhållande betydelse enbart om arbetstagsidan känt till att så är fallet och underlåtit att reagera.¹¹⁷ Det bör dock framhållas att dessa omständigheter inte är ensamt avgörande för tolkningsfrågan, men uppfattas som tolkningsdatum av betydande vikt. Som tidigare framhållits torde de arbetsuppgifter som utförs på arbetsplatsen ingå i de primärt avtalade arbetsuppgifterna för dels de arbetstagare vilka utfört dem, dels de arbetstagare som anställs på arbetsplatsen med vetskap om att arbetet brukar utföras.¹¹⁸ Detta får i sin tur (och under de förutsättningar som nyss angavs) betydelse för arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet på det

¹¹³ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 202.

¹¹⁴ Så behandlas t.ex. i AD 1982 nr 152 betydelsen av att förhandlingar förts mellan kollektivavtalsparterna om arvode för det omtvistade arbetet. Se även 1995 nr 31. Ett kuriöst exempel återfinns i AD 1947 nr 36 där frågan var om en jockey enligt praxis inte var skyldig att rykta hästen efter tävling.

¹¹⁵ Se t.ex. AD 1965 nr 3.

¹¹⁶ AD 1944 nr 37 och 1971 nr 5.

¹¹⁷ AD 1980 nr 51 och 1982 nr 152.

¹¹⁸ Avsnitt 8.2.

kollektiva planet och därmed även för andra arbetstagares arbetskyldighet. Exemplet är belysande för den växelverkan som råder mellan normer på det individuella och det kollektiva planet.

Slutligen bör anmärkas att 29/29-principen inte är fullt ut tillämplig för arbetstagare vilka anställts för att utföra visst arbete, s.k. objektsanställning. Dessa kan som huvudregel inte omplaceras till andra arbetsuppgifter, utan stöd i personligt avtal eller kollektivavtal.¹¹⁹ Om arbetstagaren har anställts för att utföra vissa specifika arbetsuppgifter under en begränsad tid föreligger inga större svårigheter att bedöma den framtida utvecklingen. De skäl som motiverar arbetsgivarens arbetsledningsrätt i långvariga avtalsförhållanden gör sig därigenom inte gällande och någon skyldighet att utföra andra uppgifter föreligger därför inte.

På motsvarande sätt förhåller det sig för arbetstagare som är behovsanställda. Det råder för behovsanställda ett nära samband mellan arbetsgivarens rätt att ensidigt bestämma i vilken utsträckning arbetstagaren skall erbjudas arbete och arbetstagarens frihet att avböja erbjudande om arbete.¹²⁰

8.4 Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetsplatsen

Jag skall nu gå över till att behandla arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet i geografiskt hänseende. Frågan är i vilken utsträckning en arbetstagare inom ramen för sin anställning är skyldig att byta arbetsplats. Denna fråga är inte reglerad i lag.¹²¹ Frågan regleras vanligen inte heller uttryckligen i kollektivavtal.¹²² Även om så inte är fallet kan

¹¹⁹ Jfr AD 1938 nr 17, 1947 nr 40 och 1977 nr 193. Se även AD 1993 nr 151 och 1976 nr 8.

¹²⁰ Jfr AD 1975 nr 24.

¹²¹ Av 14 § 1 st. LAS framgår dock att arbetstagare som på annan grund inte är skyldig att underkasta sig förflyttning i visst fall inte heller är skyldig att godta sådan förflyttning under uppsägningstid (prop. 1973:129 s. 251 och prop. 1981/82:71 s. 130). Se även 11 kap. 5 § 3 st. RF och 8 § fullmaktsanställningslagen.

¹²² AD 1993 nr 151. Fahlbeck nämner apoteksteknikeravtalet (SFO-Apotekstjänstemannaförbundet) som ett exempel där frågan är uttryckligt reglerad (Praktisk arbetsrätt s. 217). Något annat exempel har jag inte kunnat finna.

Av AB 94 § 6 framgår att vid stadigvarande förflyttning av arbetstagare skall beaktas, att vägande skäl skall föreligga för att förflytta arbetstagaren mot dennes önskan. Bestämmelsen anger inte gränsen för vilka förflyttningar arbetstagaren är skyldig att tåla, utan enbart att arbetsgivaren måste ha vägande skäl för att stadigvarande förflytta arbetstagaren inom ramen för hans anställning (AD 1994 nr 24).

arbetsskyldighetens omfattning likväl vara reglerad genom avtalet, t.ex. genom att kollektivavtalsparterna hyst en gemensam uppfattning i frågan. I AD 1977 nr 193 var ostridigt mellan kollektivavtalsparterna att montörer enligt isoleringsavtalet hade en vidsträckt skyldighet att utföra arbete utanför hemorten.¹²³

AD tycks inta en restriktiv hållning till att i avtalets allmänna uppbyggnad intolka en begränsning av arbetsskyldighetens omfattning.

AD 1993 nr 151. Enligt det till byggnadsavtalet hörande anställningsskyddsavtalet skall, såvitt här är av intresse, arbetsgivaren iaktta turordningsregler vilka bl.a. innebär att turordning bestäms för varje yrkesgrupp inom ett turordningsområde. Turordningsområdets geografiska omfattning bestäms i första hand genom överenskommelse mellan arbetsgivaren och fackföreningen. Byggnadsarbetaren Kouku beordrades att utföra arbete på en arbetsplats som låg utanför ett på detta sätt fastställt turordningsområde. Frågan var om han var skyldig att utföra arbete på denna plats. Arbetstagarsidan gjorde gällande att arbetsskyldighetens omfattning till *följd av kollektivavtalen* var begränsad till det överenskomna turordningsområdet. AD framhöll att reglerna om turordningsområde inte hade något sakligt eller rättsligt samband med frågan om arbetstagarens arbetsskyldighet och att begränsningar i arbetsskyldigheten ytterst skulle minska arbetsgivarens möjlighet att bestämma över den geografiska omfattningen av hans verksamhet. Enligt AD måste det därför finnas klart stöd i individuella tolkningsdata för att kollektivavtalen skulle ha den av arbetstagarsidan hävdade innebörden. Något sådant stöd förelåg inte.

AD gav i målet, bl.a. med hänvisning till arbetsgivarens möjlighet att bestämma över företagets verksamhet, försteg åt en tolkning som innebar att kollektivavtalet inte innebar någon begränsning i arbetsskyldigheten. Å andra sidan lär AD inte anse att det förhållandet att ett kollektivavtal innehåller bestämmelser om vilken lön som skall utgå för arbete på annan ort medför att arbetstagaren är skyldig att utföra arbetet där.¹²⁴

Hur bestäms då arbetsskyldighetens geografiska omfattning när kollektivavtalet inte ger någon ledning? Av föregående avsnitt framgick att arbetsgivaren har en vidsträckt omplaceringsbefogenhet, när det gäller att tilldela arbetstagaren arbetsuppgifter (29/29-principen). Denna omplaceringsbefogenhet anses utgöra en dold klausul i kollektivavtal, vilken inte behöver ha stöd i några till kollektivavtalet anslutande individuella tolkningsdata. När det gäller arbetsskyldighetens geografiska omfattning har någon motsvarande till kollektivavtalet utfyllande regel inte kommit till uttryck i rättspraxis. AD har istället intagit ståndpunkten

¹²³ Se även AD 1982 nr 52.

¹²⁴ Jfr AD 1979 nr 66. Jfr även rättsfallen i och vid not 94.

att arbetsskyldighetens omfattning vid avsaknad av kollektivavtalsregler i ämnet bestäms genom det enskilda anställningsavtalet. ”I den mån (kollektivavtalet), såsom vanligen är fallet, inte innehåller någon uttrycklig överenskommelse om arbetsskyldighetens geografiska omfattning får frågan därom avgöras genom en tolkning av anställningsavtalet med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet”.¹²⁵

När AD anger att arbetsskyldigheten bestäms genom tolkning av det enskilda anställningsavtalet så är terminologin en annan än den som används i denna framställning. Frågan om arbetsskyldighetens geografiska omfattning synes sällan beröras mellan arbetsgivare och arbetstagare på ett sätt som ger underlag för tolkning (i inskränkt mening) av anställningsavtalet.¹²⁶ Det är istället regelmässigt fråga om utfyllning. När AD skriver att frågan får avgöras genom *tolkning av det enskilda anställningsavtalet* synes detta närmast syfta på att frågan inte generellt anses kollektivavtalsreglerad genom en dold klausul på det sätt som är fallet med 29/29-principen. Utfyllningen sker på det individuella och inte det kollektiva planet. Betoningen av att det avgörande är *omständigheterna i det enskilda fallet* indicerar att någon generellt tillämplig utfyllningsregel inte finns att tillgripa. Uttryckssättet visar också att arbetsskyldigheten i geografiskt hänseende inte, såsom när fråga är om arbetsuppgifterna, anknyts till arbetsgivarens verksamhet.

Även om någon generell utfyllande regel för arbetsskyldighetens geografiska omfattning inte föreligger ger dock arbetsdomstolens praxis viss ledning för vilka *faktorer* som har betydelse för bedömningen. En utgångspunkt är att arbetstagarens arbetsskyldighet är densamma för alla arbetstagare av samma kategori hos arbetsgivaren. När en arbetstagare anställs sker detta på samma villkor som för övriga anställda. AD 1993 nr 151 illustrerar hur bedömningen kan gå till.

Byggnadsarbetaren Kouku var anställd vid Skanska Syd AB. Bolaget var uppdelat i sju avdelningar. Koukus anställning var ”knuten” till en av dessa avdelningar, Bygg Malmö. För denna avdelning hade bolaget träffat överenskommelse med den lokala fackföreningen om ett visst turordningsområde (se strax ovan). Att överenskommelse träffats om ett visst turordningsområde ansågs inte innebära att frågan om arbetsskyldigheten var reglerad i kollektivavtal. Däremot menade AD att ett sådant turordningsområde kan ha betydelse för arbetstagarens arbetsskyldighet enligt det enskilda anställningsavtalet.

¹²⁵ AD 1993 nr 151. Se även 1994 nr 24.

¹²⁶ Se ovan avsnitt 2.2.

”Det finns inte något rättsligt hinder mot att arbetsgivaren och arbetstagaren uttryckligen avtalar om att arbetstagaren skall vara skyldig att utföra arbete endast inom visst geografiskt område, vilket naturligtvis kan bestämmas med hänvisning till ett överenskommet turordningsområde. Eftersom ett sådant avtal kan träffas uttryckligen förhåller det sig givetvis också så, att anställningsavtalet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet kan vara att tolka såsom innefattande en motsvarande begränsning av arbetsskyldigheten”.

AD framhöll vidare att frågan om en sådan överenskommelse om turordningsområde skall uppfattas på detta sätt och ”därmed via det enskilda anställningsavtalet kan få betydelse för arbetsskyldigheten” inte kunde bedömas generellt. Vid bedömningen av Koukkus arbetsskyldighet tog AD som utgångspunkt att Koukku var ”knuten” till en viss avdelning inom Skanska Syd AB, nämligen Bygg Malmö. Mot bakgrund av den bevisning som förebringats i målet kunde det, enligt domstolen, inte råda någon tvekan om att de lokala parterna vilka träffat överenskommelse om turordningsområdet uppfattat detta som ett angivande av avdelningens verksamhetsområde samt tillmätt detta område viss betydelse för arbetstagarnas arbetsskyldighet. En arbetstagare som var knuten till en avdelning inom företaget var i enlighet härmed arbetsskyldig inom avdelningens verksamhet och eftersom denna avdelningsverksamhets område var begränsad till visst geografiskt område, så har arbetsskyldigheten i princip haft denna begränsning.

AD:s slutsats om arbetsskyldighetens omfattning grundade sig inte på en tolkning av kollektivavtalet,¹²⁷ utan på utfyllning av det enskilda anställningsavtalet. Denna utfyllning av det enskilda anställningsavtalet grundas i sin tur på att arbetsgivaren och den lokala fackföreningen tillmätt turordningsområdet viss betydelse för arbetsskyldigheten. Man kan beskriva avgörandet så att *det enskilda anställningsavtalet utfylls med kollektivavtalsförutsättningar*.¹²⁸

¹²⁷ Man skulle kunna tycka att det låg nära till hands att uppfatta det som förevarit som att frågan om arbetsskyldighetens geografiska omfattning var reglerad genom lokalt kollektivavtal. Den gemensamma uppfattning som de lokala parterna hyste i frågan tycks dock ha varit allt för vag för kunna konstituera avtalsinnehåll. Att frågan skulle vara reglerad genom lokalt kollektivavtal hade heller inte påståtts av arbetstagsidan.

¹²⁸ Jfr situationen i AD 1982 nr 41. Fyra anläggningsarbetare var anställda vid LKAB för att utföra arbete under jord i Kiruna. Arbetsgivaren och den lokala fackföreningen enades om att arbetsgivaren skulle börja åta sig entreprenaduppdrag. Arbetstagarna förflyttades till platser som låg ca 20–25 mil från Kiruna. I målet var tvistigt om arbetsgivaren var skyldig att förhandla enligt 11 § MBL innan beslut om att förflytta arbetstagarna fattades. AD fann att så var fallet. Utgången förutsätter att de nya arbetsplatserna låg inom ramen för arbetstagarnas arbetsskyldighet. I annat fall hade någon förhandlingsskyldighet inte förelegat (AD 1992 nr 17). Att arbetstagarna var skyldiga att godta dessa omplaceringar tycks grunda sig på förutsättningarna för den lokala överenskommelsen.

Nu var emellertid frågan i målet om Kouku var skyldig att utföra arbete utanför det överenskomna turordningsområdet. Domstolen framhöll därvid att det vid Bygg Malmö var en sedan länge etablerad ordning, vilken gällt såväl före som efter överenskommelser träffats om visst turordningsområde, att avdelningen med till den hörande byggnadsarbetare utförde arbete av tillfällig karaktär som låg utanför turordningsområdet, när arbetet grundade sig på tidigare etablerade beställarkontakter. ”Härav följer att anställningsavtalet för en byggnadsarbetare som anställts tillsvidare hos Skanska Syd AB med anställningen knuten till Bygg Malmö måste anses innebära att han är skyldig att för avdelningens räkning utföra även arbeten av sistnämnda slag, såvida inte annat uttryckligen avtalats mellan honom och bolaget.” Arbetstagsidan hade inte bestritt att sådana arbeten som bolaget krävde att Kouku skulle utföra tidigare utförts av tillsvidareanställda vid avdelningen. Arbetstagsidan invände emellertid att arbetstagarna i varje enskilt fall gått med på att utföra arbetet. AD fäste inget avseende vid denna invändning, utan framhöll att fackföreningen känt till att sådant arbete utförts utan att reagera mot detta.

I AD 1993 nr 151 utgjorde *bruket hos arbetsgivaren* grunden för omplaceringsbefogenheten.¹²⁹ För att en arbetstagare skall vara skyldig att utföra arbete på annan ort, på den grunden att liknande arbete tidigare utförts av andra anställda, torde krävas att dessa eller fackföreningen inte framställt rättsliga invändningar mot att utföra arbetsuppgifterna.¹³⁰ Det kan noteras att bruket hos arbetsgivaren i detta fall gavs företräde framför de kollektivavtalsförutsättningar vilka berördes tidigare, detta som en följd av att fackföreningen känt till att arbetet utförts utan att reagera.¹³¹ En skyldighet att utföra arbete på viss plats eller inom visst område torde även kunna följa av *praxis i branschen*.¹³²

Av bruket hos arbetsgivaren och praxis i branschen kan alltså framgå att arbetstagaren är skyldig att utföra arbete på vissa platser eller inom visst område. Vilken betydelse skall tillmätas det förhållandet att arbetsgivaren inte tidigare begärt att arbete skall utföras utanför visst område eller att det inte är brukligt i branschen att arbetstagare beordras att byta arbetsplats? I AD 1993 nr 151 var domstolen noga med att betona att den inte tog ställning i denna fråga. Sannolikt medför sådant bruk hos arbetsgivaren eller sådan branschpraxis inte omedelbart att t.ex. viss arbetsplats faller utanför arbetsskyldigheten. Avgörande för om en

¹²⁹ Se även AD 1984 nr 64.

¹³⁰ Se även AD 1981 nr 155 ovan vid not 58.

¹³¹ Det sagda kan även formuleras så att kollektivavtalsförutsättningen hade innehållet att arbetstagarna var skyldiga att utföra det arbete som följde av bruket hos arbetsgivaren.

¹³² Jfr AD 1981 nr 174.

arbetstagare är skyldig att godta en omplacering i denna situation torde vara hur ingripande omplaceringen är för den anställde.¹³³

Tillåt mig att sammanfatta det hittills sagda. Arbetsskyldighetens geografiska omfattning är vanligen inte reglerad i kollektivavtal. Någon sådan generell utfyllande regel som uppställts för förändringar av arbetsuppgifterna (29/29-principen) finns inte att tillgå vid tvister om arbetsskyldighetens geografiska omfattning. I avsaknad av kollektivavtalsreglering eller personligt avtal får frågan lösas genom utfyllning av det enskilda anställningsavtalet. Avgörande faktorer för denna utfyllning är dels de (medvetna) förutsättningar på vilka kollektivavtalet vilar, dels bruk hos arbetsgivaren samt branschpraxis. Beträffande det sist nämnda har framhållits att bruk hos arbetsgivaren och branschpraxis framförallt har betydelse när dessa utvisar att det omtvistade arbetet brukar utföras av viss kategori anställda.

Ytterligare några allmänna hållpunkter för hur frågan skall lösas i det fall där dessa faktorer inte ger ledning kan dock utläsas ur rättspraxis.

Således är möjligheterna för arbetsgivaren att ensidigt förflytta objekts- och behovsanställda begränsade.¹³⁴ Rör det sig däremot om arbetstagare med tillsvidareanställning eller tidsbegränsad anställning vilken inte begränsats i förhållande till visst arbete ligger saken annorlunda till. För dessa fall får man räkna med att anställningen inte är knuten till viss arbetsplats, utan att arbetsgivaren har befogenhet att inom vissa ramar förflytta arbetstagaren. Rättspraxis ger starkt stöd för att arbetstagaren är skyldig att såväl tillfälligt som permanent godta att placeras på annan arbetsplats *på samma ort eller på ort som ligger helt nära*.¹³⁵ Däremot bör arbetstagaren inte vara skyldig att godta längre förflyttningar än så, med mindre tjänsten är av sådan karaktär att den förutsätter förflyttning.¹³⁶ Den här redovisade utfyllande regeln, vilken är tillämplig när andra faktorer inte ger ledning, bygger på en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att kunna bestämma över verksamheten och arbetstagarens intresse av att kunna förfoga över sin fritid. Interesseavvägningen tycks ha utfallit så att arbetstagaren i inte ringa utsträckning får tåla olägenheter i form av längre arbetsresor till förmån för arbetsgivarens flexibilitet, när det gäller att organisera arbetet. Regeln får uppfattas som att omplacering är tillåtet inom ett bekvämt

¹³³ Jfr AD 1979 nr 66.

¹³⁴ Se ovan vid not 119.

¹³⁵ AD 1933 nr 41, 1944 nr 75, 1963 nr 17, 1982 nr 112, 1983 nr 156, 1984 nr 64, 1984 nr 80, 1986 nr 63 och 1995 nr 133. Se även AD 1976 nr 52. Jfr AD 1962 nr 2.

¹³⁶ Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt s. 217, Schmidt, Tjänsteavtalet s. 204 f. och Zethräus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 7. Jfr Sandström, Privatjustis mot anställda s. 174.

pendlingsavstånd, om inte annat framgår av individuella tolkningsdata.¹³⁷ Man skulle, med en medveten överdrift, kunna säga att regeln innebär att arbetstagare måste godta omplaceringar som medför att han inte hinner laga middag åt familjen, men inte sådana som hindrar honom från att se sportnytt på TV.

I den mån anställningen avser arbete vilket måste utföras på olika platser, t.ex. olika former av entreprenadarbeten, får man räkna med att arbetstagaren är skyldig att utföra arbete även längre bort från den ort på vilken han hittills arbetat. Att arbetstagare med denna typ av anställning är skyldiga att utföra arbete på vissa andra platser eller inom visst område är något som ofta torde följa av det personliga avtalet, bruket på arbetsplatsen eller branschpraxis. Så är fallet t.ex. om arbete tidigare utförts på dessa platser eller inom området av den anställda eller hans arbetskamrater. I dessa situationer torde arbetsgivaren kunna påfordra att arbetstagaren utför arbete även på andra platser eller utanför området, i den mån den nya placeringen inte medför påtagliga olägenheter för arbetstagaren i förhållande till placeringar som faller inom den primära arbetsskyldigheten.¹³⁸

8.5 Arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, såvitt avser arbetstidens förläggning

I arbetstidslagen ges bl.a. regler om arbetstidens längd och förläggning. Lagen har offentlighetsrättslig karaktär. Tillsynen av dess efterlevnad utövas av arbetarskyddsstyrelsen och yrkesinspektionen. Dessa myndigheter kan meddela de förbud och förelägganden som behövs för att lagen skall efterlevas. Förbud och förelägganden kan förenas med vite. Arbetsgivare som bryter mot föreläggande eller förbud kan i vissa fall även dömas till böter eller fängelse. Arbetstidslagen är semidispositiv och kan således frångås genom kollektivavtal som slutits eller godkänts av central arbetstagarorganisation (3 §). I den mån arbetstidsfrågor regleras i kollektivavtal gäller i fråga om påföljder vad som föreskrivs i avtalet eller MBL istället för nyssnämnda offentlighetsrättsliga påföljder.

Av 5 § arbetstidslagen framgår att arbetstiden som huvudregel får uppgå till högst 40 timmar i veckan. I fråga om arbetstidens förläggning följer av 13 § att arbete inte får utföras mellan klockan 24 och klockan 5

¹³⁷ Jfr 1963 nr 17. Sigeman omtalar ett engelsk rättsfall enligt vilket en entreprenadarbetare ansågs skyldig att godta en omplacering till en annan arbetsplats "within reasonable daily commuting reach of his home" (Festskrift till Anders Agell s. 603 not 43).

¹³⁸ Jfr AD 1980 nr 149.

med mindre arbetet med hänsyn till dess art, allmänhetens behov och andra särskilda omständigheter måste fortgå nattetid. Därutöver anger lagen att arbetstiden skall läggas ut så att arbetstagaren åtnjuter en veckovila om minst 36 timmar per vecka (14 §). Slutligen framgår att arbetstagare inte skall arbeta under mer än fem timmar utan rast. I övrigt ger arbetstidslagen inte några regler om arbetstidens förläggning.¹³⁹ Som berörts i avsnitt 3.2.4 torde personliga avtal vilka står i strid med dessa regler vara ogiltiga.¹⁴⁰

Arbetstidslagen ger således rymliga ramar inom vilka arbetstiden kan förläggas. En rättslig utgångspunkt är att arbetsgivaren ensidigt äger bestämma över arbetstidens förläggning, inom de ramar som arbetstidslagen ger.¹⁴¹ I det följande skall behandlas hur den närmare innebörden av denna befogenhet bestäms.

Innehållet i arbetsgivarens befogenhet att förändra arbetstiden kan begränsas, utvidgas och preciseras genom kollektivavtal. Regler om arbetstidens förläggning är vanligt förekommande i kollektivavtal.¹⁴² De avtalslösningar som förekommer uppvisar sinsemellan vissa olikheter. En modell är uppbyggd som s.k. stupstocksregel. I t.ex. verkstadsavtalet anges att överenskommelser om arbetstidens förläggning skall träffas lokalt. Om sådan överenskommelse inte kan träffas skall arbetstiden vara måndag–fredag kl. 7.12–16.12 med en eller flera raster om tillhoppa en timme (eller på vissa sätt angivet skiftarbete). Innebörden av denna regel är att arbetsgivaren måste träffa ett lokalt kollektivavtal för att få förlägga arbetstiden på annat sätt än som framgår av riksavtalet.¹⁴³ En för arbetsgivaren något mildare variant är att kollektivavtalet anger vissa ramar inom vilken arbetstiden skall förläggas och att arbetsgivaren inom dessa ramar äger bestämma arbetstidens förläggning. Vill en arbetsgivare gå utanför dessa ramar måste han träffa avtal med den lokala

¹³⁹ I direktiv 93/104/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden ges mer detaljerade bestämmelser om t.ex. veckoarbetstid, raster samt dygns- och veckovila. Direktivet har hittills inte föranlett andra lagändringar än att kollektivavtal som avviker från lagens regler är ogiltiga om avtalen inte står i överensstämmelse med direktivet (SOU 1995:92, prop. 1995/96:162. Se även SOU 1996:145). Det har ifrågasatts om åtgärden är tillräcklig för att Sverige skall uppfylla EG-rätten.

¹⁴⁰ Att arbetsgivaren gör sig skyldig till brott mot arbetstidslagen medför inte omedelbart även att han bryter mot för honom gällande kollektivavtal (AD 1946 nr 67). Se även Sigeman, Semesterrätt s. 54 ff., med ytterligare hänvisningar.

¹⁴¹ Se t.ex. AD 1983 nr 14, 1981 nr 174, 1979 nr 66, 1968 nr 9 och 1960 nr 20. Detta tycks också förutsättas i 12 § arbetstidslagen.

¹⁴² Om samspelet mellan kollektivavtal och arbetstidslagen se AD 1984 nr 108.

¹⁴³ Kollektivavtal med likartad uppbyggnad finns även på andra områden. Se t.ex. AD 1984 nr 76.

fackföreningen.¹⁴⁴ I andra fall utsäger kollektivavtalen enbart att arbetsgivaren får bestämma arbetstidens förläggning, efter samråd med den lokala fackföreningen eller arbetstagaren.¹⁴⁵ Avtalsregleringar av sistnämnda slag innebär, såvitt här är av intresse, enbart en erinran om den befogenhet som tillkommer arbetsgivaren enligt allmänna regler.¹⁴⁶

Frågan om vilken begränsning, utvidgning eller precisering av arbetsgivarens befogenhet som följer av en viss kollektivavtalsreglering får avgöras genom tolkning av det aktuella avtalet.

AD 1987 nr 77. Av kollektivavtalet för gruvarbetare framgick att arbetet skulle kunna bedrivas såväl på dagtid som i olika former av skiftarbete, samt att arbetsgivaren hade rätt att bestämma arbetstidens förläggning om överenskommelse inte kunde nås med fackföreningen. I målet var fråga om en överenskommelse mellan arbetsgivare och lokal fackförening om arbetstidens förläggning innebar att arbetsgivaren bundit sig vid att tillämpa vissa skiftformer under överenskommelsens giltighetstid. AD ansåg att så inte var fallet och anförde bl.a. följande. ”Arbetstagarna har självfallet ett starkt intresse av att kunna säkert överblicka sina arbetstider för en bestämd period och det är oförnekligt, att en möjlighet att gå över från en form av skiftarbete till en annan begränsar förutsebarheten för dem. Mot detta står emellertid att en bundenhet vid dagtidsarbete i stället för skiftarbete, eller vid skiftarbete i en eller annan form, innebär en långtgående begränsning av arbetsgivarens rätt att ytterst bestämma över omfattningen och inriktningen av företagets verksamhet. Enligt domstolens mening kan det inte utan att det finns klart stöd för det antas, att parterna i ett avtal om arbetstagarinflytande över förläggningen av den ordinarie arbetstiden har syftat till en sådan begränsning.” Mot bakgrund härav ansågs det inte visat att någon gemensam partsuppfattning i frågan förelåg.

Som framgår av rättsfallet påverkas tolkningen av att arbetsgivaren i avsaknad av avtalsbestämmelser har rätt att bestämma över arbetstidens förläggning. En följd härav är att det fordras klart stöd i individuella tolkningsdata för att kollektivavtalet skall innebära en *begränsning* av den befogenhet som tillkommer arbetsgivaren att förändra arbetstiden enligt allmänna regler.¹⁴⁷ Kollektivavtal innehåller ofta bestämmelser om att viss ersättning skall utgå för arbete på kvällar, nätter och helger. Härav kan man dra slutsatsen att kollektivavtalet inte lägger hinder i vägen för att arbetsgivare och arbetstagare kommer överens om att förlägga arbete till dessa tider. Å andra sidan tycks AD inte tillägga

¹⁴⁴ Se t.ex. installationsavtalet 4 kap. 2 §.

¹⁴⁵ Så är t.ex. fallet för den kommunala sektorn (AB 94 § 8).

¹⁴⁶ Jfr AD 1979 nr 66.

¹⁴⁷ Se även AD 1953 nr 4, 1960 nr 20, 1968 nr 9 och 1972 nr 25. Jfr AD 1939 nr 119 och 1969 nr 18 där sådant stöd förelåg.

sådana bestämmelser någon avgörande betydelse för frågan om hur omfattande ändringar av arbetstiden som arbetsgivaren ensidigt får genomföra.¹⁴⁸

AD har således visat en viss obenägenhet att i kollektivavtal inläsa begränsning av arbetsgivarens möjlighet att förändra arbetstiden. Till jämförelse kan nämnas hur AD behandlat frågor om förhållandet mellan arbetstid och ersättning för sådana förändringar. Kollektivavtal innehåller vanligen regler om vilken ersättning som skall utgå för arbete utöver eller utanför ordinarie arbetstid. Här kan uppkomma besvärliga frågor om i vilken mån arbetsgivaren har möjlighet att förändra den ordinarie arbetstiden på ett sådant sätt att övertids- eller fyllnadstidsersättning inte kommer att utgå. Domstolen har i dessa fall brukat tillmäta avtalsregler om arbetstidens förläggning mellan vissa klockslag den betydelsen att arbetsgivaren inte skall kunna utan uttryckligt stöd i avtalet ändra förläggningen *utan att utge särskild ersättning*.¹⁴⁹ Skillnaden i synsätt förklaras av att dessa fall inte rört frågor om arbetsledning utan ekonomiska förmåner.¹⁵⁰

Hur omfattande är då arbetsgivarens befogenhet när kollektivavtalet inte ger någon ledning? Arbetsgivaren har utan tvekan rätt att närmare precisera arbetstidens förläggning, såsom att ange om arbetet skall börja klockan 7 eller klockan 8 samt bestämma tidpunkten för raster. Denna befogenhet ändras inte av att arbetsgivaren under lång tid iakttagit viss arbetstidsförläggning.¹⁵¹

Däremot följer inte omedelbart av denna befogenhet att arbetsgivaren kan förändra arbetstiden för en anställd på så vis att denne är skyldig att övergå från normal kontorstid till schemalagda kvällar och nätter eller från att enbart arbeta vardagar till att även tjänstgöra på helger. Domstolen har uttalat att arbetsledningsrätten inte innefattar en obegränsad och under alla förhållanden gällande befogenhet att totalt ändra arbetstidsförhållandena. Sådana förändringar kan, enligt AD, nämligen uppfattas såsom stridande mot förutsättningarna för berörda arbetstagares anställningsavtal.¹⁵² Man kan uttrycka saken så att arbetsgivaren inte utan stöd av särskilda omständigheter har befogenhet att på ett ingripande sätt förändra arbetstagarens arbetstider. Hur bedömningen går till illustreras av följande rättsfall.

¹⁴⁸ AD 1979 nr 66 och 1981 nr 174.

¹⁴⁹ AD 1983 nr 14. Se även AD 1934 nr 24, 1934 nr 55, 1940 nr 88 och 1945 nr 47 II.

¹⁵⁰ Källström, Lokala kollektivavtal s. 203 ff. Se även AD 1983 nr 115.

¹⁵¹ Se t.ex. AD 1950 nr 42.

¹⁵² AD 1981 nr 174. I AD 1960 nr 20 genomförde arbetsgivaren ensidigt en förlängning av rasttiden från 60 till 90 minuter, vilket medförde motsvarande förlängning av arbetsdagen. AD uttalade att denna förändring ”uppenbarligen ej (kunde) anses som orimlig.”

AD 1979 nr 66. Frågan i målet var om fem sjuksköterskor var skyldiga att godta en förläggning av sin ordinarie arbetstid på sätt som innebar återkommande tjänstgöring nattetid. Av utredningen i målet framgick att det förelåg en helt entydig praxis rörande sjuksköterskors arbetstidsförhållanden som utvisade att sjuksköterska som inte anstälts för ständig natttjänstgöring hade en ordinarie arbetstid som innebär att sköterskan arbetade dagtid med arbetspassen förlagda mellan kl 7 och kl 22. ”De berörda fem sjuksköterskornas anställningsavtal har otvivelaktigt från bägge parter sida slutits med utgångspunkt i dessa förhållanden.” Mot bakgrund härav tillmätte domstolen inte det förhållandet att sjuksköterskor anstälts i en verksamhet som pågår dygnet runt någon betydelse. Sjuksköterskorna var därför inte skyldiga att godta en sådan förläggning av arbetstiden.¹⁵³

AD 1981 nr 174. Frågan var om Sveriges Television ägde rätt att ändra arbetstiden för åtta fotografer och elektriker från kontorstid till en periodisk vaktlista, vilken innefattade tjänstgöring på kvällar och helger. AD fann att vissa föreskrifter i kollektivavtalet synes bygga på tanken att aktuella tjänstemän innehade sådana tjänster som omfattas av vaktlistebestämmelserna. Domstolen framhöll vidare att arbetstagarna innehade tjänster där det på grund av verksamhetens art är naturligt att arbete utförs på kvällstid och under helger, att sådan tjänstgöring förekommit i inte obetydlig omfattning på arbetsplatsen samt att vaktlistor användes för motsvarande personal i andra distrikt inom bolaget. Förändringen låg därför inom ramen för arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

Av rättsfallen framgår att domstolen vid bedömningen av om arbetsgivaren har befogenhet att även genomföra ingripande förändringar av arbetstiden beaktar flera omständigheter, såsom arbetsuppgifternas beskaffenhet, praxis i branschen och bruket på företaget. Även kollektivavtalsparternas förutsättningar kan tillmätas betydelse.¹⁵⁴ Rättspraxis ger inte någon större ledning för under vilka närmare förutsättningar dessa omständigheter medför en ökad befogenhet för arbetsgivaren att förändra arbetstiden. Av AD 1979 nr 66 framgår dock att den omständigheten att arbetsuppgifterna till sin karaktär är sådana att de måste utföras dygnet om får vika för en helt entydig praxis såväl i branschen som på arbetsplatsen.

Slutligen skall nämnas att AD inte intagit någon enhetlig hållning till om den här skisserade utfyllande regeln hänför sig till det kollektiva eller det individuella planet. Avgörande synes vara i vilken mån arbetsgivarens befogenhet att bestämma över arbetstidens förläggning framgår

¹⁵³ I AD 1995 nr 133 ansågs en sjuksköterska/avdelningsföreståndare skyldig att tåla en förändring från kontorstid måndag–fredag till tresiftsarbete med arbete även kvällar och helger.

¹⁵⁴ Jfr AD 1972 nr 25, 1980 nr 25 och 1986 nr 159.

av kollektivavtalet. I AD 1979 nr 66 framgick av kollektivavtalet att det var lagt i arbetsgivarens hand att fastställa arbetstidens förläggning om överenskommelse inte kunde nås. I detta fall prövade domstolen om en ingripande förändring av arbetstiden kunde grundas antingen genom utfyllnad av kollektivavtalet eller av anställningsavtalen. I AD 1981 nr 174 däremot yttrade domstolen att ingripande förändringar kan uppfattas såsom stridande mot anställningsavtalen.

8.6 Personliga avtal om begränsning i arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet

Av de föregående avsnitten framgår att arbetsgivaren enligt utfyllande rätt har en omfattande befogenhet att omplacera arbetstagare.

Omplaceringsbefogenheten såvitt avser arbetsuppgifterna anses på hela arbetsmarknaden följa av utfyllande regler till kollektivavtal och det är följaktligen möjligt att i kollektivavtalets form avvika från dessa regler.

Även om frågan inte har ställts på sin spets kan man utgå från att denna dolda klausul normalt inte hindrar att avtal om en mer begränsad omplaceringsbefogenhet träffas mellan arbetstagare och arbetsgivare (jfr 27 § MBL). AD har i obiter dicta i flera domar uttalat att anställningsavtal kan innehålla begränsningar i detta avseende.¹⁵⁵

Arbetsgivarens befogenhet att förflytta arbetstagare geografiskt ses däremot som en utfyllande regel till anställningsavtalet och arbetsgivarens befogenhet kan ändras genom personliga avtal. I den mån arbetsskyldighetens geografiska omfattning är reglerad genom kollektivavtal får man anta att regleringen normalt är dispositiv i förhållande till personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Detta torde gälla oavsett om det personliga avtalet i förhållande till kollektivavtalsregleringen innebär en mer vidsträckt eller mer begränsad arbetsskyldighet.¹⁵⁶

Som framgått ovan är AD:s praxis något vacklande i frågan om arbetsgivarens befogenhet att ändra arbetstiden ses som en utfyllande

¹⁵⁵ AD 1978 nr 89 och 1983 nr 174. Jfr AD 1994 nr 24. Se även Eklund i Löntagarrätt s. 227, Sandström, Privatjustis mot anställda s. 161 f. och Zethräus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 5. Att personliga avtal kan träffas om en vidsträcktare arbetsskyldighet framgår av AD 1967 nr 19.

¹⁵⁶ Något fall där frågan prövats av AD föreligger inte (jfr dock AD 1981 nr 134). Däremot tycks parterna i ett flertal mål ha utgått från att avvikelse genom personliga avtal är möjligt (AD 1977 nr 193, 1982 nr 52, 1993 nr 151 och 1994 nr 24).

regel till kollektivavtal eller till anställningsavtalet. Oavsett hur därmed förhåller sig saknas anledning att anta annat än att arbetsskyldigheten kan begränsas genom personliga avtal.¹⁵⁷ Däremot får kollektivavtalsbestämmelser vilka anger yttergränserna för arbetstidens förläggning antas vara uppställda till skydd för arbetstagarna och därför tvingande i förhållande till utvidgning av arbetsskyldigheten.¹⁵⁸

Den fråga som skall behandlas här är under vilka förhållanden som avtal träffats mellan arbetsgivare och arbetstagare om en annan omplaceringsbefogenhet än den som följer av utfyllande regler. Med hänsyn till den omfattande omplaceringsbefogenhet som följer av de utfyllande reglerna är det naturligt att det i första hand är fråga om avtal om begränsningar i omplaceringsbefogenheten. Det är också regelmässigt arbetstagarsidan som påstår att avtal om avvikelse från dessa regler har träffats.

Låt oss för den fortsatta diskussionen ta AD 1984 nr 30 som utgångspunkt. Omständigheterna var följande.

Plåtslagaren Larsson led av knäbesvär. Han var sedan sex år anställd av ett bolag. Under hela anställningstiden hade han sysselsatts med inomhusarbete. Av det för Larsson gällande kollektivavtalet följde att plåtslagare var skyldiga att utföra arbete såväl inomhus som utomhus. Bolaget beordrade Larsson att utföra utomhusarbete. Larsson vägrade under hänvisning till att han enligt sitt enskilda anställningsavtal inte var skyldig att utföra utomhusarbete.

En första notering är att arbetstagarsidan har bevisbördan för de omständigheter som grundar begränsningar i arbetsskyldigheten. Detta gäller oavsett om det påstådda avtalet grundas på en gemensam partsuppfattning eller följer av andra omständigheter.¹⁵⁹

Av fallet framgår vidare vad ett personligt avtal skall innehålla för att utgöra en begränsning i omplaceringsbefogenheten (avtalstemat). Vid nyanställning torde i allmänhet arbetsgivare och arbetstagare tala om vilka arbetsuppgifter arbetstagaren skall utföra. Att parterna är på det klara med vilka arbetsuppgifter arbetstagaren skall utföra innebär inte i sig ett avtal om begränsning i arbetsskyldigheten. För att utgöra ett avtal om begränsning av omplaceringsbefogenheten krävs något mera, nämligen att arbetsgivaren inte *äger påfordra* utförande av andra eller vissa andra arbetsuppgifter.¹⁶⁰ På samma sätt förhåller det sig om arbetsgivare

¹⁵⁷ AD 1979 nr 66 och 1981 nr 174.

¹⁵⁸ AD 1987 nr 156.

¹⁵⁹ AD 1977 nr 193, 1981 nr 174 och 1982 nr 52. Se även AD 1965 nr 21 och 1976 nr 99.

¹⁶⁰ AD 1984 nr 30, 1985 nr 6 och 1993 nr 150.

och arbetstagare är överens om vilka arbetstider som arbetstagaren skall ha.

I AD 1993 nr 150 hade arbetstagaren, såvitt här av intresse, träffat en överenskommelse med arbetsgivaren om att han skulle arbeta enligt ett visst schema. Arbetsgivaren gjorde gällande att en överenskommelse träffats om ett nytt schema eller, i andra hand, att arbetstagaren ändå var skyldig att följa det nya schema som arbetsgivaren fastlagt. AD ansåg det inte styrkt att någon ny överenskommelse träffats. Däremot ansåg domstolen att arbetstagaren var skyldig att följa det schema som arbetsgivaren upprättat.

Målet får uppfattas så att arbetsgivaren i kraft av arbetsledningsrätten hade möjlighet att ensidigt ändra arbetstiden, trots att överenskommelse i frågan träffats mellan arbetsgivare och arbetstagare. Denna överenskommelse måste ha uppfattats enbart som en överenskommelse om vilken arbetstid som tillsvidare skulle gälla.¹⁶¹ Domskälen i AD 1930 nr 71 är belysande för domstolens sätt att argumentera.

Arbetstagarsidan gjorde gällande att en överenskommelse träffats mellan arbetsgivaren och de anställda om arbetstidens förläggning och att arbetsgivaren därigenom var förhindrad att ensidigt ändra arbetstiden. Enligt kollektivavtalet bestämde arbetsgivaren arbetstidens förläggning. AD anförde. ”Om under sådana avtalsbestämmelser förhandlingar angående hit-hörande förhållanden ägt rum mellan arbetsgivaren eller arbetsledningen, å ena sidan, samt arbetarna, å den andra, och man »varit överens» om en viss ordning, innebär icke detta, att en bindande överenskommelse eller ett avtal träffats, ty arbetsgivarens ensambestämmanderätt utesluter icke, att han utövar den i samförstånd med arbetarna, och man kan icke av den omständigheten att han försökt uppnå sådant samförstånd draga den slutsatsen, att han velat avtalsmässigt binda sig.”

Om arbetsgivare och arbetstagare hyser en gemensam uppfattning om att arbetstagaren inte är skyldig att utföra annat arbete än han från början utför, torde ett avtal om begränsning i arbetsskyldigheten föreligga. Någon praxis där så varit fallet föreligger emellertid inte.¹⁶² Detta sammanhänger med att det visserligen kan vara möjligt att visa att arbetsgivare och arbetstagare vid anställningstillfället tänkt sig att arbets-

¹⁶¹ Jfr AD 1987 nr 77.

¹⁶² AD 1961 nr 22 rörde frågan om deltidsanställd var skyldig att utföra arbete på annan tid än som överenskommit i anställningsavtalet. Domstolen uttalade att ”(f)all kunna tänkas där arbetsgivare och deltidsanställd arbetare äro ense om att arbetaren icke skall vara skyldig utföra arbete utöver den fastställda arbetstiden. Denna enighet kan ha kommit till direkt uttryck i anställningsavtalet eller framgå av omständigheterna vid dess träffande.”

tagaren skall utföra t.ex. vissa arbetsuppgifter, men det är betydligt svårare att visa att arbetsgivaren samtidigt tänkt att arbetstagaren inte skall vara skyldig att utföra andra arbetsuppgifter.

AD 1984 nr 30 utgör en god illustration av detta. I målet var klarlagt att både arbetsgivare och arbetstagare vid anställningstillfället var införstådda med att Larsson skulle arbeta i bolagets verkstad. Detta var emellertid inte tillräckligt för att avtal om mer begränsad arbetsskyldighet skulle anses träffat. Därutöver krävdes att parterna varit ense om att arbetsgivaren inte ägde påfordra att Larsson skulle arbeta utomhus. Någon för parterna gemensam uppfattning av det senare innehållet förelåg inte.

Eftersom det avgörande för om en begränsning av arbetsskyldigheten skall föreligga är att arbetsgivaren inte skall äga rätt att påfordra att vissa uppgifter skall utföras, så är utrymmet begränsat för att tillmäta den faktiska utvecklingen efter anställningstillfället betydelse som bevisfakta för en ursprunglig och gemensam uppfattning av denna innebörd. Det är helt enkelt inte möjligt att av det faktum att arbetsgivaren inte har utnyttjat sin rätt att omplacera arbetstagare dra den slutsatsen att arbetsgivaren ansett sig rättsligt förhindrad att göra detta. Utrymmet för att anse avtal om begränsad anställningsskyldighet träffat under hänvisning till en ursprunglig gemensam uppfattning är således begränsat.

I AD 1984 nr 30 diskuterade domstolen den faktiska utvecklingen som ett bevisfaktum för arbetsgivarens ursprungliga uppfattning om vad som avtalats. Enligt domstolen kunde av det förhållandet att plåtslagaren under sex år enbart utfört inomhusarbete inte dras slutsatsen att arbetsgivaren ansett sig rättsligt förhindrad att påfordra att plåtslagaren skulle utföra utomhusarbete.

I detta sammanhang kan framhållas att AD inte heller varit beredd att tillmäta det faktum att arbetsgivaren under lång tid inte utnyttjat sin omplaceringsbefogenhet avtalsverkan på annan grund.

Av AD 1984 nr 30 framgår att frågan om plåtslagaren skulle behöva arbeta utomhus aktualiserades kort tid efter att han tillträtt anställningen¹⁶³ och att bolaget därefter under en tid av nästan sex år inte påfordrat att arbetstagaren skulle arbeta utomhus. Detta berodde enligt arbetsgivaren på att bolaget önskat i möjligaste mån tillgodose plåtslagarens önskemål. Mot bakgrund härav kan det diskuteras om inte vad som förekommit efter tillträdet kunde konstituera ett avtal om begränsning i omplaceringsbefogenheten. En argumentationslinje vore att arbetsgivaren som efter tillträdet måste ha insett arbetstagarens uppfatt-

¹⁶³ Domssamlingen s. 253 x.

ning inte har klart angivit sin egen ståndpunkt och att avtal därigenom uppkommit (jfr 6 § 2 st. AvtL). En annan linje vore att arbetsgivaren som efter att frågan om skyldigheten att utföra utomhusarbete har uppkommit kontinuerligt sysselsatt arbetstagaren med inomhusarbete, därigenom har givit plåtslagaren fog för uppfattningen att det personliga avtalet innebar en begränsning i arbetsskyldigheten.

Min poäng med att framföra detta är inte att AD borde ha funnit att avtal om begränsningar i arbetsskyldigheten träffats. En sådan slutsats förutsätter en värdering av bevisningen som inte låter sig göras på grundval av domen. Poängen är istället att AD inte prövat frågan utifrån någon av dessa tankemodeller. Domen ger helt enkelt uttryck för uppfattningen att det förhållandet att arbetsgivaren har avstått från att utnyttja sin omplaceringsbefogenhet inte är ägnat att medföra avtalsverkan. Denna uppfattning kommer också till uttryck i andra domar.¹⁶⁴

På motsvarande sätt torde inte heller det förhållandet att arbetsgivaren vid tidigare tillfällen samrått med arbetstagaren om omplacering, kunna vara ett tolkningsdatum för att arbetsskyldigheten är mer begränsad.¹⁶⁵

För att arbetstagaren skall få till stånd en mer begränsad arbetsskyldighet åligger det i första hand honom att klargöra detta för arbetsgivaren vid anställningstillfället.¹⁶⁶ Även om arbetstagaren inte uttryckligen klargjort sin inställning håller AD dörren öppen för att omständigheterna i övrigt kan vara sådana att arbetsgivaren borde inse att arbetstagaren anser att arbetsskyldigheten är mer begränsad än som följer av de utfyllande reglerna.

AD fann i 1984 nr 30 att den omständigheten att arbetsgivaren känt till att arbetstagaren led av knäbesvär inte var tillräckligt för att bolaget borde ha förstått arbetstagarens inställning.

Situationen kan även vara den att arbetsgivarens eget agerande när anställningsavtalet ingicks var sådant att arbetstagaren haft fog att utgå från att en begränsning förelåg. Har arbetsgivaren i samband med

¹⁶⁴ AD 1981 nr 14 och Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 58. Se även AD 1974 nr 24 som rörde tolkning av ett kollektivavtal. Jfr dock AD 1983 nr 44.

¹⁶⁵ Jfr AD 1930 nr 71 (refererad strax ovan) och 1934 nr 55.

¹⁶⁶ I AD 1965 nr 21 gjorde arbetstagsidan gällande att en av två i målet aktuella arbetstagare vid anställningstillfället förklarat att han ansåg att anställningen inte innebar någon skyldighet för honom att utföra underjordsarbete. AD ansåg inte att utredningen i målet gav erforderligt stöd för att någon begränsning av arbetsskyldigheten följde av det enskilda anställningsavtalet. Det är oklart om skälet till detta ställningstagande var att arbetstagsidan inte förmått styrka vad som sades vid anställningstillfället eller att vad som yttrats vid anställningstillfället inte var tillräckligt för att konstituera avtal om begränsning i anställningsskyldigheten. Se mer om fallet nedan vid not 169.

anställningstillfället uttryckligen förklarat att arbetstagaren inte skall behöva utföra visst arbete måste detta vara tillräckligt för att anställningsavtalet skall ha denna innebörd.¹⁶⁷

Av 6 a § LAS framgår numera att arbetsgivaren skriftligen skall informera arbetstagaren om dennes arbetsuppgifter och arbetsplats.¹⁶⁸ Informationen kan lämnas antingen i samband med att anställningsavtal träffats eller därefter, dock senast en månad efter att anställningen tillträtts. Arbetsgivaren är även enligt 12 § arbetstidslagen skyldig att ge arbetstagaren besked om arbetstidens förläggning. Frågan är om en arbetstagare p.g.a. att det i en skriftlig handling har angivits att han skall utföra vissa arbetsuppgifter eller motsvarande, har fog att utgå från att arbetsskyldigheten var begränsad.

I avsnitten 6.4 och 6.5 (om anställningsform) skildes mellan å ena sidan skriftliga handlingar vilka undertecknats av båda parter och ensidiga handlingar vilka arbetsgivaren tillställt arbetstagaren före avtalsslutet samt, å andra sidan, ensidiga handlingar vilka tillställts arbetstagaren efter avtalsslutet. Det framhölls där att de förra normalt har avtalsgrundande verkan. Beträffande de senare anmärktes att dessa främst hade bevisverkan för att en gemensam partsuppfattning förelegat vid avtalstillfället. Kännetecknande för de skriftliga handlingar vilka berördes i kapitel 6 var att dessa utfärdats av arbetsgivaren och stödde hans ståndpunkt, att avtal om visstidsanställning träffats. De skriftliga handlingar vilka behandlas i detta avsnitt har också utfärdats av arbetsgivaren, men nu är frågan om innehållet i handlingen kan vara till nackdel för arbetsgivaren. Vid behandlingen av denna fråga finns inte anledning att skilja mellan handlingar som tillkommit före respektive efter avtalsslut. I denna situation kan även handlingar vilka utfärdats efter avtalsslutet ha avtalsverkan.¹⁶⁹

AD har i ett flertal fall inte tillmätt handlingar av detta slag relevans.

¹⁶⁷ Jfr AD 1981 nr 14. I målet var fråga om förskollärare var skyldiga att utföra arbete bl.a. under grundskolans sportlov. I målet hölls förhör med förskolläraren Florence vilken uppgav att hon tillförsäkrades ledighet under sportloven när hon anställdes år 1957. En sådan utfästelse medför utan tvekan att frågan är reglerad i anställningsavtalet. Att AD, som satte tilltro till Florence uppgifter, inte tillmätte dessa relevans beror på att arbetsgivarsidan yrkat fastställelse av att förskollärarna (som grupp) skulle förklaras vara arbetsskyldiga under bl.a. sportlov. Uppgiften från Florence kunde därför inte leda till slutsatsen att samtliga berörda förskollärarna garanterats ledighet. Jfr något annorlunda hos Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 58 f.

Vad som angivits i platsannonser eller motsvarande torde normalt inte tillmätas betydelse, i vart fall inte när dessa är stereotyp utformade (AD 1982 nr 152).

¹⁶⁸ Se även ovan avsnitt 5.3.6.

¹⁶⁹ Jfr AD 1994 nr 24.

AD 1965 nr 21. Frågan var om två arbetare, som tidigare sysselsatts ovan jord, var skyldiga att arbeta i gruva. Arbetstagsidan gjorde i målet gällande att arbetsskyldigheten begränsats genom arbetstagarnas enskilda anställningsavtal. Härvid åberopade arbetstagsidan främst innehållet i anställningskort vilka tillställts arbetarna. Kortet hade följande text. ”Detta kort berättigar endast till omstående arbete och förbinder ej till erhållande av annat.” På baksidan av korten fanns anteckningar om att arbetarna var antagna ”som träarbetare i Byggn.avd” respektive ”som Snickare i Byggn.avd.”. Enligt arbetsgivarsidan innebar texten på anställningskortet inte något annat än att arbetsgivaren friskrivit sig från skyldighet att vid eventuell arbetsbrist tillhandahålla annat arbete. Kort av i huvudsak samma utformning hade används sedan år 1911 utan att det någonsin hade uppfattats som begränsningar i arbetsskyldigheten. AD uttalade. ”Mot bakgrund av vad i målet har upplysts rörande den av bolaget sedan lång tid tillämpade ordningen med anställningskort kan arbetsdomstolen dock icke finna, att avfattningen av den innebär en begränsning av arbetsskyldigheten.”

AD 1985 nr 6. Lundgren förordnades 1976 av skolstyrelsen att tillsvidare ”vara ordinarie rektor vid grundskolan, Lötens rektorsområde i Uppsala kommun”. Genom beslut av skolstyrelsen placerades Lundgren år 1981 mot sin vilja vid kommunens centrala skolförvaltning för fullgörande av administrativa arbetsuppgifter avseende grundskolan. Frågan var om detta beslut var rättsenligt. AD uttalade. ”Av utredningen i målet framgår att en grundskolerektors anställning – vilket parterna också synes vara ense om – är knuten till kommunens grundskoleverksamhet som sådan och inte till något visst rektorsområde eller dylikt. Utredningen ger inte stöd för att Lundgrens anställning enligt förordnandet (...) härvidlag skulle inta någon särställning. Att Lötens rektorsområde har angetts i förordnandet kan endast uppfattas som ett angivande av var Lundgren tills vidare skulle ha sin tjänstgöring förlagd.”¹⁷⁰

Från ett avtalsrättsligt perspektiv kan det tyckas förvånande att innehållet i anställningskortet respektive förordnandet inte tillmättes relevans. Hade arbetstagarna inte mot bakgrund av dessa fog att förutsätta att anställningen avsåg just det arbete som omnämndes i dessa handlingar, och inget annat? Domarna ger inte något säkert svar på varför en sådan linje inte valdes. Förklaringen kan sannolikt vara följande. I målen förhöll det sig ostridigt så att de aktuella omplaceringarna föll inom ramen för arbetsgivarnas omplaceringsbefogenhet enligt utfyllande regler. Arbetsgivarens möjlighet att omplacera arbetstagare, vilken har nära samband med rätten att leda och fördela arbete, tycks uppfattas som ett sådant grundläggande drag hos anställningsförhållandet att det inte

¹⁷⁰ Se även AD 1983 nr 177 där avsaknad av preciserade uppgifter om en arbetstagarers arbetsskyldighet användes som argument för att en viss omplacering låg inom ramen för en arbetstagarers tjänsteåligganden. Jfr AD 1981 nr 134 och AD 1995 nr 133.

kan förväntas att arbetsgivaren har för avsikt att avstå från denna möjlighet. Att arbetsgivaren i ett anställningsbevis eller motsvarande anger att arbetstagaren skall utföra visst arbete kan därför inte med fog uppfattas som att han avsett att vara betagen möjligheten att påfordra att arbetstagaren utför andra uppgifter. Uppgiften betraktas, som AD anger i 1985 nr 6, endast som ett angivande av vilka arbetsuppgifter arbetstagaren tillsvidare skall utföra.¹⁷¹

Att vissa arbetsuppgifter angivits i anställningsbevis eller motsvarande har således inte tillmätts någon avtalsverkan. Inte heller har AD på grund av individuella tolkningsdata varit beredd att modifiera innehållet i omplaceringsbefogenheten, t.ex. så att godtagbara skäl måste föreligga för att omplacering skall få ske.

AD 1946 nr 81. I en traktorförarens skriftliga anställningsbevis angavs följande: "Då traktorkörning icke förekommer skall arbetstagaren utföra annat anvisat arbete." Arbetstagsidan gjorde bl.a. gällande att arbetsgivaren till följd av denna bestämmelse inte ägde beordra arbetstagaren "att utföra annat arbete än traktorkörning under tid, då sådan körning överhuvudtaget förekomme". Enligt AD kunde det inte rimligen antagas att bestämmelsen, som tillförts avtalet på arbetsgivarsidans förslag, varit avsedd att inskränka arbetsgivarens befogenheter avseende arbetsledningen.¹⁷²

I ett senare rättsfall har domstolen anlagt ett annat synsätt.

AD 1994 nr 24. Lindgren var anställd övertandläkare. I det förordnande varigenom han erhöll anställning stod det. "Härmed förordnas Du som övertandläkare (...) vid specialisttandvården, ortodonti, Dalabergs vårdcentral, Uddevalla". Frågan i målet var om Lindgrens anställningsavtal innebar att någon skyldighet inte förelåg för honom att låta sig stadigvarande förflyttas till annan specialistklinik utanför Uddevalla. AD uttalade att frågan om anställningsavtalets innebörd var en fråga om sedvanlig tolkning av anställningsavtalet. "Vid en sådan tolkning kan en rad olika omständigheter få betydelse, såsom formuleringen av anställningsavtalet, de lokala förhållandena, tjänstens beskaffenhet, omständigheterna vid avtalets träffande och den eventuella praxis som föreligger hos det enskilda landstinget eller den enskilda kommunen." Som utgångspunkt för tolkningen tog AD förordnandets lydelse. Enligt AD var förordnandet, vad gäller arbetsplats,

¹⁷¹ En sådan argumentationslinje framkommer tydligt i AD 1946 nr 81. Fallet återges strax nedan. Se även kollektivavtalsmålen AD 1972 nr 25 och 1987 nr 77 (ovan vid not 147).

¹⁷² Se även AD 1984 nr 30 där arbetsgivaren uppgav att han avsett att i möjligaste mån tillgodose plåtslagarens intresse att arbeta inomhus. Inte heller detta faktum medförde att den utfyllande omplaceringsbefogenheten modifierades. Jfr dock AD 1981 nr 134 (domssamlingen s. 763 n) som rörde engagemang av orkester.

tydligt formulerad och kunde inte språkligt uppfattas på annat sätt än att Lindgren anställdes med fast placering på angiven vårdcentral i Uddevalla. AD fann det även utrett att Lindgren uppfattat situationen på detta sätt och han haft fog för denna uppfattning. AD noterade vidare bl.a. att det var arbetsgivaren som formulerat förordnandets text. Vid ett "samlat övervägande" fann AD att anställningsavtalet innebar att Lindgren var fast placerad vid vårdcentralen i Uddevalla.

Som synes tog AD här förordnandets lydelse till utgångspunkt för tolkningen. Lydelsen kunde, enligt AD, inte språkligt uppfattas på annat sätt än att arbetsskyldigheten därigenom slogs fast. Det kan här antecknas att lydelsen i stort sett var identisk med lydelsen i AD 1985 nr 6. Hur skall då denna skillnad mellan målen förklaras?¹⁷³ En förklaring är att ett nytt synsätt är på väg att slå igenom, mer avtalsrättsligt präglat och mindre påverkat av den arbetsrättsliga omgivningen. En annan förklaring kan sökas i skillnaderna i de utfyllande rättsreglerna. I AD 1985 nr 6 var det ostridigt mellan parterna att en grundskolerektors anställning inte var knuten till viss arbetsplats.¹⁷⁴ AD 1994 nr 24 rörde arbetsskyldighetens geografiska omfattning. Som framgått av avsnitt 8.4 tycks arbetstagare inte generellt vara skyldig att tåla en så lång förflyttning, som från Uddevalla till Stenungsund, utan att särskilda omständigheter föreligger. Dessa skillnader i bakgrundsrätten skulle kunna förklara i *utgången* i 1994 års fall. I brist på annat material är det för närvarande säkrast att ansluta sig till den senare förklaringen.

En fråga som det finns anledning att ställa i anledning av domen är om övertandläkaren inom ramen för anställningen hade kunnat omplaceras till annan vårdcentral i Uddevalla. Som framgått i avsnitt 8.4 anses arbetstagare normalt skyldig att godta omplaceringar inom samma ort. Innebar förordnandet en avvikelse från denna norm? Domskälens utformning antyder detta. I detta sammanhang måste dock erinras om att AD i domen 1980 nr 51, vilken rörde samma kollektivavtal, inte tillmätte innehållet i anställningsbevis någon betydelse för arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet. Denna skillnad mellan målen förklaras av att de nya arbetsuppgifterna i AD 1980 nr 51 var förhållandevis blygsamma och inte innefattade någon mera betydande förändring av arbetsförhållandena.¹⁷⁵ Mot bakgrund härav kan det mycket väl tänkas att över-

¹⁷³ I båda målen var samma kollektivavtal tillämpligt, nuvarande AB 94 § 6.

¹⁷⁴ Sigeman i Festskrift till Anders Agell s. 603 not 44.

¹⁷⁵ Se om fallet ovan vid not 96. Jfr även AD 1986 nr 63. Frågan i målet var om två sjuksköterskor, under pågående läkarstrejk, var skyldiga att utföra arbete på ett sjukhus som låg inom annat sjukvårdsområde än det sjukhus på vilket de normalt arbetade. Båda sjukhusen låg i Stockholmsområdet. Arbetstagsidan gjorde bl.a. gällande att sjuksköterskornas arbetsskyldighet genom deras anställningsbevis begränsats till visst

tandläkaren hade varit skyldig att godta en placering på annan vårdcentral i Uddevalla.

8.7 Några konklusioner

AD har i sin praxis ställt upp utfyllande regler vilka ger arbetsgivaren möjlighet att inom vida ramar bestämma vilka arbetsuppgifter arbetstagaren skall utföra samt var och när arbetet skall utföras. Reglerna kan tekniskt beskrivas som en option för arbetsgivaren att förändra det arbete som arbetstagaren utför utan att behöva iaktta uppsägningstid eller uppge skäl. Reglerna är utformade så att de tillgodoser intresset av ekonomisk effektivitet genom att sänka transaktionskostnaderna för produktion av varor och tjänster. Detta intresse gynnas på bekostnad av arbetstagarens intresse av kontinuitet i arbetet. Reglerna om arbetsgivar-ens omplaceringsbefogenhet är dispositiva i förhållande till såväl kollektivavtal som enskilda anställningsavtal. Emellertid har AD i frågor om avvikelse från reglerna konsekvent gynnat de lösningar vilka givit vidsträckt arbetsskyldighet. Detta gäller såväl på det individuella som det kollektiva planet.¹⁷⁶

De utfyllande regler som behandlats i de två föregående kapitlen har båda ett standardiserat innehåll. En anställning gäller tillsvidare om inte annat har avtalats. Parterna kan väcka talan vid domstol om de inte avtalat om att tvister skall avgöras av skiljemän. Reglerna om omplaceringsbefogenhetens omfattning är betydligt mer elastiska och allmänt hållna. Reglerna måste i rättstillämpningen preciseras för att kunna tillämpas i enskilda fall. Denna precisering sker huvudsakligen utan beaktande av individuella tolkningsdata, vilka anknyter till arbetstagaren och arbetsgivaren. Några exempel kan vara på sin plats. Omplaceringsbefogenheten såvitt avser arbetsuppgifter anses utgöra en dold klausul till kollektivavtal. Redan på grund härav är det naturligt att lägga större vikt vid kollektivavtalsparternas uppfattningar än de enskilda arbetstagarnas. Inte heller vid bedömningen av om en omplacering innebär att en anställning förändrats i grunden läggs någon vikt vid hur den enskilda arbetstagaren uppfattar förändringen.¹⁷⁷ Omplaceringsbefogen-

sjukvårdsområde. AD uttalade. ”Av anställningsbevisens avfattning (...) kan inte dras slutsatsen, att anställningsavtalen har träffats vare sig uttryckligen eller under den allmänna förutsättningen att sjuksköterskornas arbetsskyldighet skulle vara begränsad på sådant sätt”.

¹⁷⁶ Se Källström, Lokala kollektivavtal s. 203 f. med hänvisningar. Se även Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 60.

¹⁷⁷ Ovan avsnitt 8.3.2.

heten såvitt avser arbetsplatsen uppfattas som en utfyllande regel till anställningsavtalet. Trots detta sker preciseringen huvudsakligen genom sådana omständigheter som de lokala parternas uppfattningar, bruket på arbetsplatsen och branschpraxis.¹⁷⁸ Utformningen av omplaceringsskyldigheten skiljer sig i detta avseende från vad som är vanligt inom den allmänna kontraktsrätten där preciseringen ofta anknyter till tolkningsdata vilka härrör från avtalsparterna. Reglerna om arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet är utformade på ett sätt som medger anpassning på bransch- och arbetsplatsnivå, men motverkar anpassning på individnivå. Härigenom främjas det huvudsakliga ändamålet med reglerna; att minska arbetsgivarens transaktionskostnader när arbetet skall organiseras.

Omplaceringsbefogenhetens tekniska uppbyggnad motverkar även avtal om begränsningar i befogenheten. I princip saknar angivande av vissa arbetsuppgifter betydelse för omplaceringsbefogenhetens omfattning. Inte heller tillmäts arbetsgivarens underlåtenhet att utnyttja sin option relevans i detta avseende.

Däremot har domstolen låtit individuella tolkningsdata slå igenom i fråga om omfattningen av den primära arbetsskyldigheten. Således anses normalt det faktum att arbetstagaren utfört visst arbete medföra att arbetet omfattas av den primära arbetsskyldigheten. Att individuella tolkningsdata tilläggs relevans när det gäller den primära arbetsskyldigheten får normalt till följd att arbetsskyldigheten blir mer vidsträckt.

I rättspraxis kan skönjas vissa tendenser, om än svaga, till att domstolen tillmäter individuella tolkningsdata större betydelse i tvister om arbetsskyldighetens omfattning. Förutom nyss nämnda AD 1994 nr 24 kan här erinras om ett uttalande i AD 1991 nr 114, där domstolen påpekar att bedömningen av arbetsskyldighetens omfattning ”skall göras på grundval främst av den berörda arbetstagarens enskilda anställningsavtal och eventuellt tillämpligt kollektivavtal”.¹⁷⁹ I den mån domstolen kommer att lägga större vikt vid individuella tolkningsdata som anknyter till relationen arbetsgivare och arbetstagare kan detta förväntas medföra att arbetsskyldighetens omfattning i många fall blir mer begränsad i jämförelse med vad som för närvarande gäller.

¹⁷⁸ Ovan avsnitt 8.4.

¹⁷⁹ Se även AD 1993 nr 19 (s. 167) och 1994 nr 77.

9 Avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner

9.1 Terminologi, rättsföljder och problembeskrivning

Förmåner till anställda kan utgå enligt olika rättsliga grunder.¹ Att en förmån skall utgå kan följa av lag. Så är t.ex. fallet med semester och sjuklön. Förmåner kan även följa av rättsregler som utbildats i domstolspraxis. Ett exempel är rätt till övertidsersättning.² Kollektivavtal ger ingående bestämmelser om lön och andra förmåner som följer av anställningen. Även i personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare kan regleras vilka förmåner som skall tillkomma arbetstagaren. Förmåner som utgår med stöd av nämnda normkällor brukar benämnas lön och andra anställningsvillkor.³ Även termen löneförmåner förekommer.⁴ Den senare termen används även om förmånen utgår in natura. I denna framställning används beteckningen *lag- och avtalsreglerade förmåner*.

Arbetstagaren har ett rättsligt anspråk på att komma i åtnjutande av förmåner av detta slag. En utgångspunkt är vidare att arbetsgivaren inte kan frigöra sig från skyldigheten att för framtiden utge avtalsreglerade förmåner på annat sätt än genom överenskommelse med arbetstagar-sidan eller genom uppsägning av anställningen.

Förmåner som utgår med stöd av personliga avtal kan för framtiden bringas att upphöra, dels genom avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, dels

¹ Se t.ex. AD 1933 nr 137 och 1934 nr 124 samt Eklund & Sigeman, International Labour Law Reports, volume 12 s. 126.

² Se t.ex. AD 1976 nr 65.

³ Se t.ex. 18 § jämställdhetslagen och 9 § 1 p. lagen mot etnisk diskriminering.

⁴ AD 1993 nr 173. Se även AD 1978 nr 151 och 1983 nr 177.

genom kollektivavtal.⁵ Även om förmånen utgår med stöd av tvingande lag eller kollektivavtal finns visst utrymme att för avvikelse genom personliga avtal. Hur detta utrymme bestäms behandlas i kapitel 3 och 4. Anställningsskyddslagen är tillämplig på uppsägningar vilka syftar till att arbetsgivaren skall frigöra sig från skyldigheten att utge avtalsreglerade förmåner.⁶

Inte sällan förekommer att förmåner av skilda slag utgår till arbetstagare utan att arbetsgivaren är skyldig att utge förmånen enligt kollektivavtal, personliga avtal, lag eller andra rättsregler. Det kan vara fråga om kontantbelopp som utbetalas en gång per år, vinstandelar, subventionerad lunch, subventionerad hyra eller annat. Det kan även vara fråga om förmåner som tar sig uttryck i en minskning av arbetstagarens prestationsskyldighet, t.ex. kortare arbetstid eller någon extra dags ledigt. Är det fråga om förmåner som utgår i form av pengar används ofta uttrycket gratifikation.⁷ Man kan här tala om *ensidigt reglerade förmåner*.⁸

I rättsföljdshänseende karaktäriseras ensidigt reglerade förmåner av att arbetsgivaren inte är skyldig att utge förmånen och att arbetstagaren i konsekvens härav normalt inte kan utkräva förmånen på rättslig väg.⁹ Arbetsgivaren behöver inte genomföra någon uppsägning av anställningen för det fall han inte önskar fortsätta att utge förmånen. Indragning eller förändring av ensidigt reglerade förmåner uppfattas istället som ett arbetsledningsbeslut och kan rättsligt inte överprövas i större utsträckning än andra arbetsledningsbeslut, såsom t.ex. omplaceringar.¹⁰

I 19 § jämställdhetslagen förklaras att otillåten könsdiskriminering föreligger om arbetsgivaren tillämpar lägre lön eller annars sämre anställningsvillkor för en arbetstagare än dem arbetsgivaren tillämpar för arbetstagare av motsatt kön. Eftersom ensidigt reglerade förmåner inte uppfattas som lön eller andra anställningsvillkor är 18 § inte tillämplig på könsdiskriminering som t.ex. består i att en arbetsgivare utger en ensidigt reglerad förmån enbart till manliga arbetstagare. Istället tillämpas 19 § jämställdhetslagen, som behandlar könsdiskriminerande arbetsledning.¹¹ Det kan noteras att begreppet lön i EG-domstolens praxis rörande Romfördragets artikel 119 givits en något annan innebörd. Med lön avses alla förmåner som utgår som en direkt eller indirekt följd av ett anställningsförhållande. Något krav

⁵ Se t.ex. AD 1974 nr 13. Om s.k. intjänade rättigheter se avsnitt 4.4.1.

⁶ Se vidare i kapitel 11.

⁷ Se t.ex. AD 1933 nr 137, 1993 nr 173 och Schmidt, Tjänsteavtalet s. 285.

⁸ Sigeman i Löntagarrätt s. 26.

⁹ Se dock nedan avsnitt 9.4.

¹⁰ Se för denna fråga avsnitt 8.1.3.

¹¹ Prop. 1978/79:175 s. 129 och 1990/91:113 s. 111 samt Laurén & Lavén, Nya jämställdhetslagen s. 192. På motsvarande sätt förhåller det sig vid tillämpning av lagen mot etnisk diskriminering (prop. 1993/94:101 s. 94).

på att förmånen skall grunda sig på avtal uppställs inte.¹² Eftersom denna typ av diskriminering träffas av 19 § jämställdhetslagen strider svensk rätt på denna punkt inte mot EG-rätten.

Även i *semesterlagen* upprätthålls distinktionen mellan avtalsreglerade förmåner och ensidigt reglerade förmåner. Enligt 4 § 2 st. semesterlagen har arbetstagare rätt till semesterlön under semesterledigheten. Semesterlönen utgör enligt 16 § 1 st. tolv procent av den under intjänande året förfallna *lönen*. Med lön avses alla former av lön och lönetillägg som utgår på grund av lag eller avtal, dvs. lag eller avtalsreglerade förmåner. Däremot skall gratifikationer, sedvanliga gåvor och trivsolförmåner av olika slag inte ingå i semesterlöneunderlaget. "Sådana ersättningar utgör ej lön i egentlig mening."¹³

Annorlunda förhåller det sig med reglerna om utmätning i lön (7 kap. UB). Dessa är tillämpliga på "arbetstagares lön, vare sig den utgår som tidlön, ackordslön, provision eller annan gottgörelse" (1 § 1 p.). Det avgörande för om en förmån skall betraktas som lön är om den utgör vederlag för utfört arbete. Något krav på att förmånen skall utgå enligt t.ex. ett personligt avtal uppställs inte. Även gratifikationer utgör lön enligt 7 kap. 1 § UB.¹⁴

I 12 § förmånsrättslagen och 7 § lönegarantilagen samt 1 § kvittningslagen talas om arbetstagares fordran på lön eller annan ersättning på grund av anställningen. Termen lön tycks här ha samma innebörd som i UB.¹⁵ Att bestämmelserna, naturligt nog, är tillämpliga endast på *fordran* på lön medför dock att ensidigt reglerade förmåner faller utanför dessa lagrums tillämpningsområde.¹⁶

Det torde vara ytterligt ovanligt att ensidigt reglerade förmåner utges av filantropiska skäl.¹⁷ Istället lär sådana förmåner regelmässigt tillkomma i arbetsgivares egenintresse. "There is no such thing as a free lunch." Ytterst kan det vara fråga om en önskan att behålla personal eller att

¹² Garland-fallet, mål nr 12/81/REG 359 och Fransson, i 13 kvinnoperspektiv på rätten s. 50.

¹³ SOU 1975:88 s. 169. Se även prop. 1976/77:90 s. 196 f. och Ericson & Eriksson, Semesterlagen s. 124. Jfr även 24 § semesterlagen.

¹⁴ SOU 1964:57 s. 98, prop. 1968:130 s. 98, SOU 1973:22 s. 195, prop. 1980/81:8 s. 530 ff. samt prop. 1994/95:49 s. 83.

¹⁵ SOU 1969:5 s. 152 och prop. 1970:142 s. 134 f., samt prop. 1970:94 s. 40. Se även Sigeman, Lönefordran s. 13 f.

¹⁶ Jfr SOU 1969:5 s. 152. "Gratifikationer som arbetstagaren väntar sig torde inte falla under förmånsrättslagen annat än om arbetsgivaren, ehuru från början ej pliktig därtill, måste anses ha utfäst sig att med anledning av arbetstagarens insats betala beloppet." Se även Walin m.fl., Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön m.m. s. 110. Med det uttryckssätt som används i denna framställning föreligger i denna situation inte längre en ensidigt reglerad förmån. För innebörden av "månadslön" i 39 § LAS se AD 1996 nr 35. Vad som avses med lön och andra anställningsförmåner i 12 LAS berörs i avsnitt 9.4.4.

¹⁷ Se dock AD 1932 nr 106.

underlätta nyrekrytering. Tidigare var det ur skattesynpunkt fördelaktigt för arbetsgivare och arbetstagare om det tillgängliga löneutrymmet togs i anspråk genom olika former av naturaförmåner, s.k. fringe benefits.¹⁸ Dessa fördelar har under 1990-talet successivt minskat. Vid andra typer av förmåner framträder mer specifika intressen. Således lär olika former av vinstandelssystem införas för att stärka arbetstagarnas intresse av att verksamheten genererar vinst.¹⁹ Närvaropremier införs för att minska sjukfrånvaron. Detta intresse lär även återkomma vid förmåner som subventioner av arbetstagarnas motion. Förmånerna är alltså på olika sätt tänkta att påverka arbetstagare att ta anställning eller stanna kvar hos en arbetsgivare, eller att bidra till att förbättra arbetstagarnas insatser. Tanken är vidare att dessa fördelar skall uppnås utan att arbetsgivaren för framtiden är betagen möjligheten att fritt ändra i förmånerna.²⁰

Har förmåner, som enligt arbetsgivaren är ensidigt reglerade, utgått under lång tid skapar detta en förväntan hos arbetstagare att även framgent få del av förmånen. Om arbetsgivaren önskar dra in eller förändra dessa förmåner så uppkommer frågan om vilken rättslig status förmånen har. Kan arbetsgivaren ensidigt och utan uppsägning av anställningen minska eller helt dra in förmånen för framtiden? Frågan är med andra ord hur gränsen mellan avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner dras. Frågan diskuteras i avsnitt 9.3.²¹

I avsnitt 9.4. uppmärksammas att även ensidigt reglerade förmåner i vissa fall kan ge upphov till en rätt för arbetstagare att komma i åtnjutande av förmånen *vid enstaka tillfällen eller i avvaktan på att annat beslutats*.²²

I Danmark är det mycket vanligt att tjänstemän mer eller mindre regelbundet erhåller vissa kontantbelopp. Man talar om vilkaarlige lønetillæg. Många högre tjänstemän i ledande ställning erhåller minst en extra månadslön på detta sätt. Denna ordning är också vanlig, om än mindre utbredd, för andra kategorier av tjänstemän. Frågor om arbetsgivaren är rättsligt förpliktad att utge dylika lønetillæg har givit upphov till en relativt omfattande rättspraxis. Problemet har huvudsakligen kommit att beröra frågan om

¹⁸ Edberg m.fl., Fringe benefits.

¹⁹ Fler motiv för att införa vinstandelssystem redovisas i den av SAF utgivna Vinstdelning och ägarspridning. En handledning s. 19.

²⁰ Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 166 f. Om skälen till att kulans förekommer, se Lindell-Frantz & Roos, Generös avtalstillämpning s. 17 ff. och 58 ff.

²¹ Emellanåt uppkommer frågan om gränsdragning mellan avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner även i andra rättsliga situationer (se t.ex. AD 1993 nr 71).

²² Termen avtalsreglerad syftar i det följande på förmåner som utgår enligt det personliga avtalet när annat inte anges.

arbetsgivaren är skyldig att utge lönstillägget när anställningen upphör (17 a § funktionærloven). Rättsutvecklingen i dansk praxis har under detta århundrade gått mot att i ökande utsträckning anse det möjligt för arbetstagare att utkräva sådana lönstillägg.²³

9.2 Allmänt om avtalstillämpning som rättsfaktum

När en förmån utgått under en längre tid utan att parterna gjort klart för sig om arbetsgivaren äger ensidigt ändra förmånen är flera alternativ möjliga, vilka alla kan rymmas inom accepterade avtalsrättsliga tanke-mönster.²⁴ Ett alternativ är att utgivandet av förmånen utgör ett självständigt rättsfaktum. Detta rättsfaktum kan formuleras på olika sätt. Man kan med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet söka bilda sig en uppfattning om vilka rättsföljder parterna verkligen avsett. Om det är möjligt att på detta sätt utreda parternas avsikter kan utgivandet av förmånen betecknas som en tyst eller konkludent viljeförklaring. Det är också möjligt att låta utgivandet av förmånen utgöra ett självständigt rättsfaktum, ett avtalsgrundande rättsfaktum, utan att primärt fråga sig om vilka rättsföljder avtalparterna haft i tankarna. Ett ytterligare alternativ är att inte tillmäta det faktum att en viss förmån utgått under längre tid någon rättslig relevans för framtiden.

Ensidigt reglerade förmåner har ett nära släktskap med den företeelse som brukar benämnas *kulans* eller generös avtalstillämpning. Med *kulans* avses en benefik rättshandling som karaktäriseras av att den förekommer i avtalsförhållanden och innebär ett tillmötesgående av den ena parten utöver vad som är befogat enligt rent juridiska överväganden. Förekomsten av *kulans* har särskilt uppmärksamrats inom försäkrings-rätten.²⁵

Vilka rättsverkningar *kulans* medför är sparsamt behandlat i rätts-praxis och denna medger inte säkra slutsatser om rättsläget.²⁶ I doktrinen anses att ett avtals tillämpning skall tillmätas betydelse främst när det uttryckta avtalsinnehållet är *oklart*. I denna situation utgör den efterföl-

²³ Se Hasselbalch, Ansættelsesretten s. 368 f., Carlsen, Dansk funktionærsret s. 166 ff. och Petersen, Funktionærloven s. 337 ff. Se även Schmidt, Tjänsteavtalet s. 285.

²⁴ Jfr Karlgren i Festskrift till Arnholm s. 167 ff.

²⁵ Lindell-Frantz & Roos, Generös avtalstillämpning. Se även t.ex. Adlercreutz, Avtals-rätt II s. 86 ff., Bengtsson, Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv s. 261 ff. och Hellner, Försäkringsrätt s. 61.

²⁶ Se t.ex. NJA 1939 s. 579, 1948 s. 799, 1961 s. 26, 1964 s. 99, 1965 s. 427, 1967 s. 143.

jande tillämpningen ett viktigt tolkningsdatum, i första hand som bevisfaktum för en ursprunglig gemensam partsuppfattning.²⁷

Om däremot det uttryckta innehållet är *klart* så är utgångspunkten att en parts generösa avtalstillämpning inte får verkan som en disposition för framtiden (eftergift).²⁸ Att ena parten tidigare underlåtit att kräva ut vad han haft rätt till enligt avtalet eller utgivit vederlag utöver vad avtalet föreskriver medför inte att han är rättsligt förhindrad att kräva att avtalet fullföljs enligt sitt (ursprungliga) innehåll, om motsvarande situation uppkommer på nytt. Rättsläget är som utgångspunkt oförändrat.

För att avtalstillämpning som står i strid med det uttryckta avtalsinnehållet skall anses innebära en eftergift och därmed en ändring av avtalets innehåll, krävs att motparten har fog att uppfatta avtalstillämpningen som att den generösa parten *avstår från att åberopa avtalet* på den ifrågavarande punkten. Den generösa avtalstillämpningen skall alltså ha skett under sådana omständigheter att den ger uttryck för en dispositionssvilja hos den generösa parten. Det har även sagts att den generösa parten skall ha varit medveten om att hans handlande stod i strid med avtalet, eller i vart fall bort förstå detta.²⁹

Särskilt i äldre litteratur har uttryckts skepsis mot att anse kulans, som uppnått viss regelbundenhet, rättsligt bindande som handelsbruk.³⁰ Däremot har det i nyare doktrin gjorts gällande att en systematisk kulans bör räknas som eftergift om den används i syfte att locka kunder.³¹ Med systematisk kulans avses fall när kulansen bygger på generella riktlinjer som den generösa parten utformar eller i vart fall tillämpar.³²

Parentetiskt kan nämnas att en regelbunden kulans kan tillmätas betydelse i fråga om jämkning av avtal enligt 36 § AvtL.³³

²⁷ Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 86 och Lehrberg, Avtalstolkning s. 74 f.

²⁸ Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 86 f., Lindell-Frantz & Roos, Generös avtalstillämpning s. 23 och Lehrberg, Avtalstolkning s. 67 ff.

²⁹ Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 87 f. och Lindell-Frantz & Roos, Generös avtalstillämpning s. 23.

³⁰ Bengtsson, Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv s. 72, Karlgren, Kutym och rättsregel s. 50 f. och Schmidt, Faran och försäkringsfallet s. 217.

³¹ Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 88 och Lindell-Frantz & Roos, Generös avtalstillämpning s. 62.

³² Lindell-Frantz & Roos, Generös avtalstillämpning s. 43.

³³ SOU 1974:83 s. 146.

9.3 Gränsdragningen i AD:s praxis

9.3.1 Allmänt

Den konfliktsituation som diskuteras i det följande är att en arbetsgivare under en längre tid utgivit en förmån, utan att parterna gjort klart för sig vilken rättslig status förmånen har. Frågan är om arbetsgivaren ensidigt kan dra in eller förändra förmånen.

En första förutsättning för att själva utgivandet av en förmån skall medföra att en förmån är avtalsreglerad lär vara att arbetsgivaren kan antas känna till att förmånen utgår. Har arbetstagaren utan arbetsgivarens vetskap tagit sig rätt till förmånen kan det inte komma ifråga att anse förmånen avtalsreglerad.³⁴

Vidare krävs att förmånen utgör *ett inte obetydligt ekonomiskt värde* för den anställde.³⁵ Förmåner som har ett obetydligt ekonomiskt värde kan inte antas ha inverkat på t.ex. övriga avtalsvillkor och det berör inga vitala arbetstagarintressen om arbetsgivaren upphör att utge dessa.

I övrigt kan noteras att domstolen vid gränsdragningen mellan avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner emellanåt utnyttjar en utfästelseterminologi. I t.ex. AD 1993 nr 173 sägs en förmån ingå i det enskilda anställningsavtalet om arbetsgivaren utfäst sig att utge förmånen.³⁶ Ordvalet skulle kunna uppfattas som att domstolen upprätthåller ett krav på att arbetsgivarens handlande skall ge uttryck för en dispositionsvilja. I praxis från tiden före gåvolagen från 1935 finns också fall där avgörande vikt lagts vid om arbetsgivaren genom utgivandet av förmånen givit uttryck för en gåvoavsikt (*animus donandi*).³⁷

I AD 1932 nr 106 var fråga om kontantbelopp som arbetsgivaren utgivit till arbetstagarna. Enligt AD var det styrkt att beloppen "icke utgivits i enlighet med någon (arbetsgivarens) utfästelse till (arbetstagarna) utan endast utgjort gåvor, som han för varje gång på grund av särskild välvilja mot arbetarna velat tillägna dem."³⁸ Av fallet kan slutsatsen dras att en sådan synbar gåvoavsikt utesluter rättslig bundenhet för framtiden. Att gåvolagen likväl inte är tillämplig berörs i avsnitt 9.4.1.

I praxis efter införandet av gåvolagen, där det i motiven framhölls att utgivande av skäligen ersättning för utfört arbete inte anses som gåva även

³⁴ AD 1934 nr 47. Se även AD 1981 nr 16. Jfr 18 § 2 st. köplagen.

³⁵ AD 1964 nr 5, 1977 nr 169 och 1992 nr 27.

³⁶ Se även AD 1933 nr 137. I AD 1974 nr 14 används termen tillförsäkra.

³⁷ För innebörden av *animus donandi* se Bengtsson, SvJT 1962 s. 694 f.

³⁸ Se även AD 1933 nr 137.

om det föreligger en gåvoavsikt, har distinktionen mellan gåvoavsikt och avsikt att bli rättsligt bunden inte på samma sätt stått i centrum för prövningen. Termen utfästelse tycks inte reserveras för fall där arbetsgivarens uttalanden eller andra beteenden ger uttryck för en avsikt att bli rättsligt bunden. Vad som är en utfästelse definieras närmast genom rättsföljden.³⁹ Frågan om vilka omständigheter som kan göra att en viss förmån klassificeras som en avtalsreglerad förmån avgörs genom ett bredare hänsynstagande, där arbetsgivarens intresse av att ensidigt få ändra förmånerna för framtiden ställs mot arbetstagarnas intresse av att bibehålla en etablerad position. Betydelsen av om det ur arbetsgivarens agerande kan utläsas en avsikt att bli rättsligt bunden varierar. Arbetsdomstolen tycks härvid fästa betydande vikt vid förmånens karaktär. Man kan som två ytterpunkter tala om gruppriktade respektive löneliknande förmåner. Betydelsen av förmånernas karaktär behandlas i avsnitt 9.3.2–9.3.4. Vidare spelar den kollektivavtalsrättsliga bakgrunden en viktig roll (avsnitt 9.3.5).

9.3.2 Gruppriktade förmåner

Gruppriktade förmåner kännetecknas först och främst av att de utges till alla anställda eller till alla anställda som tillhör viss grupp. Förmånen utgår vanligen i annan form än i kontant betalning. Att arbetstagaren kommer i åtnjutande av förmånen endast om han är beredd att svara för delar av kostnaden är något som talar för att förmånen anses gruppriktad. Vidare är det fråga om förmåner vilka till sin karaktär är sådana att de inte brukar bli föremål för uttrycklig reglering, vare sig i personliga avtal eller kollektivavtal. Bedömningen tycks i inte ringa utsträckning ta sin utgångspunkt i rådande uppfattningar på arbetsmarknaden.⁴⁰ Som exempel på gruppriktade förmåner har nämnts förmånen för anställda att få köpa företagets produkter till ett fördelaktigt pris eller att få utnyttja företagets fritidsanläggning mot låg ersättning. Även lunchku-
ponger hänförs till denna kategori.⁴¹

Beträffande förmåner av denna karaktär har AD anfört.

”Kollektivavtalet är det avtalsinstrument som är särskilt lämpat för att reglera frågor mellan arbetsgivaren och en grupp av arbetstagare. Det i ordningens och klarhetens intresse uppställda kravet på viss form för kollektivavtalet medför emellertid att sådant avtal inte kan komma till stånd underförstått

³⁹ AD 1993 nr 173. Se även avsnitt 6.9.

⁴⁰ Se om AD 1932 nr 170 nedan not 69.

⁴¹ AD 1992 nr 27.

(...). En reglering av en fråga genom de enskilda anställningsavtalen kan visserligen ske formlöst. I princip kan dock en sådan reglering i enlighet med avtalsrättens grundsatser inte komma till stånd eller ändras annat än genom utväxling av rättshandlingar mellan arbetsgivaren och var och en av de berörda arbetstagarna. Vid bristande enighet om vad som skall gälla kan dessutom en ändring av regleringen inte genomföras på annat sätt än genom uppsägning av vart och ett av anställningsavtalen och slutande av nya avtal med det ändrade innehållet. Vid uppsägning måste regler om uppsägningstid och andra förfaranderegler iakttas. En reglering genom det enskilda anställningsavtalet leder som framgår av det anförda till en bindning mellan parterna som är tyngande hanteringsmässigt och rättsligt komplicerad.

Situationen är alltså den att det finns ett lätthanterligt och även i övrigt ändamålsenligt avtalsinstrument, kollektivavtalet, att tillgå för part som i fall av det nu aktuella slaget vill åstadkomma en avtalsreglering i viss fråga. Det alternativ som en reglering genom de enskilda anställningsavtalen erbjuder är hanteringsmässigt tyngande och rättsligt komplicerat.”⁴²

För gruppriktade förmåner har intresseavvägningen mellan arbetsgivarens förändringsintresse och arbetstagarens intresse av skydd för en etablerad position utfallit till arbetsgivarens förmån. Den omständigheten att förmånen utgått under lång tid utgör inte ett avtalsgrundande rättsfaktum.⁴³ AD har vid denna intresseavvägning låtit rättsekonomiska argument avgöra. Transaktionskostnaderna för att genomföra förändringar i enskilda anställningsavtal är så höga att detta motiverar att förmåner av denna typ inte anses reglerade i personliga avtal redan på grund av att de utgivits under en längre tid.⁴⁴

Tanken att gruppriktade förmåner inte skapar rättigheter för enskilda arbetstagare har gammal hävd i arbetsrätten. En situation där denna uppfattning kommer till uttryck är vid tolkningen av s.k. lönesänkings-

⁴² AD 1992 nr 27. Se även AD 1986 nr 37.

⁴³ Att domstolen tidigare inte varit helt främmande för att utgivandet av gruppriktade förmåner skulle kunna medföra att förmånen ansågs avtalsreglerad framgår av AD 1964 nr 5. En arbetsgivare hade under en lång följd av år tillhandahållit lunch och därvid tillämpat ett så lågt pris att anordningen kommit att utgöra en ekonomisk förmån av icke obetydligt värde för de anställda. ”Det skulle måhända kunna göras gällande, att arbetsgivaren i en sådan situation blivit gentemot de anställda förpliktad att icke vidtaga ändring i den utgående förmånen och alltså gått förlustig sin fria bestämmanderätt”. En sådan förpliktelse skulle, enligt AD, kunna tänkas grundas antingen på det mellan parterna gällande kollektivavtalet – närmast dessas förutsättningar – eller de enskilda anställningsavtalen. Jfr även arbetstagarledamöterna i AD 1969 nr 8.

⁴⁴ Eklund & Sigeman, *International Labour Law Reports*, volume 12 s. 128.

spärrar.⁴⁵ Härmed avses kollektivavtalsbestämmelser som anger att arbetsgivaren inte under avtalstiden får minska de anställningsförmåner som arbetstagare uppbär med stöd av enskilda anställningsavtal. Denna typ av kollektivavtalsbestämmelser hade särskild betydelse innan arbetsgivarens fria uppsägningsätt beskars. Arbetsgivaren kunde på den tiden normalt frigöra sig från förpliktelser som följde av det enskilda anställningsavtalet genom uppsägning av anställningen. Genom lönesänkningsspärrar fick arbetstagare ett visst kollektivavtalsmässigt skydd mot sänkning av förmåner som grundas på personliga avtal.

Vid tolkningen av vilka förmåner som omfattas av lönesänkningsspärrar har domstolen intagit en påfallande restriktiv hållning. I verkstadsavtalet angavs att spärren omfattade "avtalsförmåner" som gällde vid kollektivavtalets ikraftträdande. Enligt AD avses endast avlöningsförmåner i egentligaste mening, framför allt de individuella timlönerna och ackorden, däremot icke allehanda speciella förmåner, som tillkommit genom olika lokala uppgörelser. I enlighet härmed har lönesänkningsspärrar inte ansetts omfatta reseersättningar, hyresrabatter och hyresbidrag, spårvagnspengar eller betalda raster av olika slag.⁴⁶

I finsk rätt skiljer man, efter tysk förebild, mellan individual- och solidar-normer.⁴⁷ Med individualnormer avses kollektivavtalsbestämmelser som reglerar arbetsgivares rättsförhållande med arbetstagarna var för sig. Dessa normer skapar rättigheter som kan åberopas av arbetstagarna gentemot arbetsgivaren. Solidar-normer syftar på sådana kollektivavtalsbestämmelser som inte skapar rättigheter för enskilda arbetstagare. Till solidar-normer hänförs bl.a. kollektivavtalsbestämmelser som avser förmåner vilka har vissa likheter med de gruppriktade förmåner som beskrivs i detta avsnitt.

I Sverige har sagts att det är osäkert om "anställningsvillkor av kollektiv natur" har s.k. efterverkan sedan kollektivavtalet upphört att gälla.⁴⁸

Beträffande gruppriktade förmåner ger alltså själva utgivandet av förmånen inget stöd för att förmånen utgår enligt ett personligt avtal. Det måste föreligga andra omständigheter för att uppfatta förmånen som

⁴⁵ Se allmänt om lönesänkningsspärrar Geijer i Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte s. 230 ff. och Victorin, Lönenormering genom kollektivavtal s. 239 ff. Termen här hämtad från Sigeman, SvJT 1974 s. 791.

⁴⁶ AD 1932 nr 105, 1933 nr 139, 1933 nr 140, 1934 nr 124, 1944 nr 80, 1960 nr 1 och 1969 nr 8.

⁴⁷ Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 194 ff., Sarkko, Arbetsrätt, 183 ff., Suviranta i Nord 1990:42 s. 113. och Vourio, TfR 1957 s. 57. Se även Undén, Kollektivavtalet s. 12.

⁴⁸ SOU 1994:141 s. 329, 337 och 345.

reglerad genom det personliga avtalet. Bevisbördan vilar på den som påstår att sådana omständigheter föreligger.

Gruppriktade förmåner kan komma att inflyta i de personliga avtalen som en följd av arbetsgivarens agerande, t.ex. det sätt på vilket han lämnar information om förmånen.⁴⁹

AD 1992 nr 141. Ett företag övertog en del av sotningsverksamheten från en kommun. I samband härmed övertog företaget även ett antal skorstensfejare från kommunen. Dessa skorstensfejare hade i sin anställning hos kommunen haft rätt till lunchkuponger till subventionerat pris. Skorstensfejarna erhöll under något år lunchkuponger från företaget. Frågan var om arbetsgivaren ensidigt kunde dra in lunchförmånen. Företaget gjorde bl.a. gällande att förmånen inte ingått som ett villkor i de enskilda anställningsavtalen. Vid övertagandet av personal från kommunen hade arbetsgivaren förhandlat med skorstensfejarnas fackliga företrädare om anställningsvillkoren. AD ansåg det styrkt att arbetsgivaren muntligen till arbetstagarnas företrädare utfäst sig att tillhandahålla lunchkuponger.

För att en gruppriktad förmån till följd av arbetsgivarens information skall anses reglerad i det personliga avtalet torde krävas antingen att arbetsgivarens agerande givit uttryck för att han *avsett att bli rättsligt bunden* av att utge förmånen eller att förmånen *kan antas ha inverkat* på att anställning överhuvudtaget kom till stånd eller fortsätter att bestå eller på övriga anställningsvillkor. Någon individuell prövning av om informationen haft sådan inverkan tycks inte företas. AD synes istället utgå från i vilka situationer informationen typiskt sett kan antas ha sådan inverkan.

Till jämförelse kan nämnas att av 18 § 2 st. köplagen framgår att fel föreligger om varan inte överensstämmer med uppgifter som säljaren lämnat före köpet och som kan antas ha inverkat på köpet. Motsvarande bestämmelser återfinns i 19 § 1 st. konsumentköplagen och 10 § konsumenttjänstlagen. Köparen skall faktiskt ha blivit påverkad av uppgiften, något som bl.a. innebär att köparen måste ha känt till uppgiften. Kravet på kausalitet är utformat så att det ankommer på köparen att göra antagligt att uppgiften inverkat på köpet.⁵⁰

⁴⁹ Se även AD 1993 nr 52 och NJA 1988 s. 325 (medgivande i process).

⁵⁰ Prop. 1988/89:76 s. 88, Håstad, Den nya köprätten s. 80 och Ramberg, Köplagen s. 279. Prövningen enligt dessa bestämmelser är mer nyanserad än de riktlinjer för prövning som skisseras här (se särskilt Lehrberg, SvJT 1990 s. 556 ff. och Förutsättningsläran s. 346 ff.). Detta sammanhänger med att flera av de problem som berörs i köprättslig litteratur inte har aktualitet i den situation som behandlas i detta arbete.

Kännetecknande för situationen i AD 1992 nr 141 var att frågan om förmånen introducerades av arbetstagarsidan redan vid anställningstillfället. Att förmånen i en sådan situation kan antas ha inverkat på att anställning kom till stånd är självklart.

Även när det i ett anställningskontrakt eller ett anställningsbevis har angivits att en förmån skall utgå torde detta tala för att förmånen är avtalsreglerad. Anställningskontrakt eller anställningsbevis är till sin karaktär sådana att däri normalt anges arbetsgivarens och arbetstagarens avtalsenliga skyldigheter.⁵¹ Detta talar med viss styrka för att en förmån som omnämns i ett anställningsbevis ingår i det personliga avtalet.⁵² Det saknar därvid betydelse om anställningsbeviset tillkommit före eller efter att anställningsavtalet träffades. Inte heller spelar det någon roll ifall frågan om förmånen initierats av arbetstagarsidan eller ej.

Däremot är det tveksamt om redan det förhållandet att förmånen har omnämnts vid anställningstillfället medför avtalsverkan.⁵³ I denna situation kan omnämnandet lika gärna uppfattas som en upplysning om vilka förmåner arbetsgivaren för närvarande tillhandahåller.

Det ligger närmare till hands att anse att information som lämnas till arbetstagare var för sig ger uttryck för en avsikt att bli rättsligt bunden eller inverkar på anställningsförhållandet i övrigt än om informationen lämnas till de anställda som grupp. Information av det senare slaget lär inte medföra att förmånen anses avtalsreglerad med mindre ordalydelsen klart indikerar hur förmånen skall uppfattas i rättsligt hänseende.

Folke Schmidt har gjort gällande att generellt tillämpliga regler för utgivande av ekonomiska förmåner som arbetsgivaren uppställer i t.ex. tjänstereglementen skall betraktas som avtalsinnehåll i det enskilda anställningsavtalet och att sådana regler därför inte ensidigt kan ändras av arbetsgivaren.⁵⁴ Uppfattningen har inte vunnit stöd i senare rättspraxis.⁵⁵

⁵¹ Enligt 6 a § LAS skall arbetsgivaren lämna information om begynnelselön och andra *löneförmåner*. Se om termen ovan vid not 4.

⁵² AD 1992 nr 141. I anslutning till AD 1992 nr 27 kan man notera att det i anställningskontrakten vid ett av de två företagen hade antecknats att företaget tillämpar ett system med rikskuponger. I målet gjorde emellertid arbetstagarsidan inte gällande att detta skulle tillmätas någon annan betydelse än att information lämnats om förmånen. Sannolikt intog arbetstagarorganisationen denna ståndpunkt till undvikande av att de anställda skulle behandlas olika.

⁵³ Jfr AD 1980 nr 78.

⁵⁴ Schmidt, Tjänsteavtalet s. 76 ff.

⁵⁵ Det kan för övrigt anmärkas att de av Schmidt anförda rättsfallen (NJA 1947 s. 308 och 1948 s. 717) inte ger stöd för längre gående slutsatser än att sådana generella regler rättsligt kan åberopas av arbetstagare så länge reglerna inte ändrats av arbetsgivaren. Se avsnitt 9.4.2.

Även gruppriktade förmåner kan alltså vara avtalsreglerade om arbetsgivarens agerande givit uttryck för att han avsett att bli rättsligt bunden av att utge förmånen eller agerandet kan antas ha inverkat t.ex. på övriga anställningsvillkor. Det uppställs därvid inte något krav på att underrättelse riktas direkt till enskilda arbetstagare eller att informationen kommit varje arbetstagare till handa. Det är tillräckligt att informationen varit ägnad att komma till de anställdas kännedom. Har arbetsgivaren skriftligen återgivit förmånens karaktär tycks arbetsdomstolen utgå från att handlingen återspeglar den information som lämnats till arbetstagarna.⁵⁶ Något krav på accept lär inte uppställas för att arbetsgivaren skall bli bunden. Att arbetstagaren mottagit förmånen är tillräckligt.⁵⁷

Gruppriktade förmåner kan även klassificeras som avtalsreglerade på grund av andra omständigheter än arbetsgivarens information om förmånen eller hans agerande i övrigt. Har en utgående förmån tagits i beaktande när den vanliga lönen bestämts lär detta innebära att förmånen anses avtalsreglerad. Detta gäller i vart fall om hänsyn tagits till förmånen vid individuell lönesättning. Det torde dock ställas höga krav på bevisning för att förmånen verkligen inverkat på lönesättningen.⁵⁸

AD 1974 nr 13. Gustafsson var anställd i Åkers kommun sedan 1954. Han hyrde sedan dess en bostad av kommunen. Hyran för bostaden hade sedan 1954 varit oförändrad. Hyran understeg 1974 normal marknadshyra. Frågan var om förmånen att ha låg hyra kunde ensidigt ändras av kommunen.

Enligt AD var det inte säkert att förmånen att ha en fast hyra tillförsäkrats Gustafsson i samband med anställningen. Likväl fann domstolen att villkoren i fråga om hyrans storlek efter hand har kommit att utgöra sådana med hans anställning förenade villkor att de varit att betrakta som en avlöningsförmån för honom. Domstolen betonade därvid att den låga hyran, efter vad som framgick av ett protokoll, hade beaktats när Gustafssons lön bestämdes samt att hyran under drygt 15 år inte ändrats.⁵⁹

Även om det normala på en arbetsplats är att en viss typ av förmåner är avtalsreglerade borde detta slå igenom i de anställningsförhållanden där

⁵⁶ AD 1934 nr 124 och 1977 nr 169. Se även AD 1993 nr 173. AD:s praxis tycks här överensstämma med vad som antas gälla för andra avtal (Adlercreutz, *Avtalsrätt I* s. 118 ff., Hessler, *Om stiftelser* s. 229 f. och Ussing, *Aftaler* s. 39).

⁵⁷ AD 1977 nr 169 och 1978 nr 151. Jfr AD 1986 nr 37. Om accept vid benefika avtal se t.ex. Bengtsson, *Särskilda avtalstyper* s. 25 f. och Hellner, *Speciell avtalsrätt II*, häfte 1, s. 4 f.

⁵⁸ Se t.ex. AD 1981 nr 14 (citat på sid 192 nf).

⁵⁹ AD 1936 nr 62 och Schmidt, *Tjänsteavtalet* s. 287. Jfr AD 1986 nr 37 där arbetstagar-sidan gjorde gällande att det omtvistade vinstandelssystemet använts som argument i löneförhandlingar (s. 327). Detta berörs inte i domskälen. Se även Carlsen, *Dansk Funktionær Ret* s. 170 med hänvisningar till dansk praxis.

frågan inte uttryckligen reglerats. I AD 1992 nr 141 tillade dock domstolen inte *bruket på arbetsplatsen* denna verkan.

I målet fann domstolen, som berörts ovan, att de skorstensfejare som anställdes när bolaget övertog sotningsverksamheten hade tillförsäkrats förmånen av lunchkuponger i samband med att de anställdes. Sedermera anställde företaget ytterligare skorstensfejare. Såväl de tidigare som de senare anställda skorstensfejarna erhöll under något år lunchkuponger från företaget. I fråga om de senare anställda skorstensfejarna yttrade domstolen:

”Visserligen kan det förhållandet att bolaget var skyldigt att utge subventionerade lunchkuponger till de skorstensfejare som bolaget övertog från kommunen anses tala för att bolaget hade motsvarande skyldighet även gentemot de skorstensfejare som anställdes därefter. Något anställningsavtal eller annat skriftligt bevis om att bolaget åtagit sig att utge förmånen har emellertid inte förebragts i målet. Inte heller i övrigt har förbundet visat att de enskilda skorstensfejarna genom sitt agerande fått till stånd en ordning som innebär att subventionerade lunchkuponger kommit att ingå i deras enskilda anställningsavtal”.

Situationen var alltså den att samtliga tidigare anställda enligt sina personliga avtal hade rätt till lunchkuponger⁶⁰ och att de senare anställda under något år erhöll lunchkuponger. Trots detta ansåg domstolen att förmånen i förhållande till de senare anställda skorstensfejarna var ensidigt reglerad.

Utgången kan förstås så att något rättsbildande bruk på arbetsplatsen inte föreligger när det råder tvist om anställningsvillkoren för övriga anställda. En annan förklaring skulle kunna vara att den regel som här är aktuell – att gruppinriktade förmåner är ensidigt reglerade förmåner – inte får vika för bruket på arbetsplatsen. Denna förklaring bör inte accepteras av det skälet att en väsentlig faktor vid bedömningen av vilka förmåner som är gruppinriktade är att förmånen till sin karaktär är sådan den inte brukar bli föremål för avtalsreglering. I domen tycks AD inte i tillräcklig grad ha beaktat, det av lagstiftaren och domstolen godtagna, intresset av att anställningsvillkoren bör vara enhetligt reglerade på arbetsplatsen.⁶¹ Det kan tilläggas att målet avgjordes i liten sammansättning.

⁶⁰ Av akten i målet framgår att bolaget inte hade några skorstensfejare anställda innan det övertog verksamheten från kommunen.

⁶¹ Se t.ex. prop. 1973:129 s. 192 och AD 1978 nr 163.

9.3.3 Löneliknande förmåner

För gruppriktade förmåner ger alltså själva utgivandet av förmånen inget stöd för att förmånen utgår enligt ett personligt avtal. Annorlunda förhåller det sig med *löneliknande förmåner*. För dessa är redan det regelbundna utgivandet av förmånen tillräckligt för att förmånen skall anses avtalsreglerad. Det tydligaste exemplet i rättspraxis på en löneliknande förmån återfinns i AD 1978 nr 151.

Enligt avtal mellan en kommun och en taxiförening angående färdtjänsttransporter var kommunen skyldig att utöver taxa erlagga ett tillägg för dricks till taxiföreningen. Föreningens förare fick tillgodogöra sig motsvarande belopp vid redovisningen till taxiägaren. Avtalet med kommunen avslöstes av ett nytt avtal enligt vilket tillägg för dricks inte skulle utgå. Frågan var om taxiägarna som följd av det nya avtalet omedelbart fick upphöra med att tillgodoföra taxiförarna dricksersättning.

AD fann att det ur förarnas synvinkel var naturligt att uppfatta dricksersättningen som en av taxiägarna utgiven särskild löneförmån, avsedd att kompensera för det förhållandet att dricks i allmänhet inte utges vid färdtjänsttransport. I målet var inte styrkt att förarna fått klart för sig när de anställdes att förmånen skulle kunna komma att dras in för den händelse färdtjänstavtalet med kommunen ändrades. AD fann med hänvisning härtill övervägande skäl tala för att ersättningen borde betraktas som en löneförmån och att den inte kunnat dras in på sätt som skett.⁶²

Kännetecknade för förmånen var dels att den utgick i pengar, dels att beräkningen av ersättningen utgick från relativt klara och generella normer,⁶³ dels att utbetalning skedde med korta intervall (som i princip motsvarar normal löneutbetalning). Därutöver tycks det ha spelat in att dricks inom vissa branscher uppfattas som en del av lönen.⁶⁴ Däremot saknar det betydelse att förmånen är gruppriktad i den meningen att den utgår till alla anställda i en viss grupp.

En annan omständighet som medför att en viss förmån tillförs kategorin löneliknande förmåner är om arbetsgivaren kräver en *motprestation som har samband med arbetet*, för att förmånen skall utges. I AD 1993 nr 173 fick arbetstagarna ett särskilt lönetillägg om de uppfyllde vissa närvarokrav.⁶⁵ Avser kravet på motprestation annat än sådant som har

⁶² Se även AD 1983 nr 8.

⁶³ Jfr AD 1932 nr 106.

⁶⁴ Se t.ex. SOU 1975:88 s. 167 och prop. 1976/77:90 s. 197. Jfr även AD 1977 nr 169 (nedan vid not 69).

⁶⁵ Det kan tyckas som om domstolen i AD 1993 nr 173 fäste avgörande vikt vid hur den information som lämnades till arbetstagarna var utformad för frågan om närvaropremien utgjorde en ensidigt reglerad förmån. Det måste dock antas att förmånen skulle ha ingått i

samband med arbetet medför detta inte att förmånen hänförs till kategorin löneliknande förmåner. Vid förmånen av subventionerade lunchkuponger krävdes av arbetstagarna att dessa skulle svara för en del av kostnaderna. En sådan motprestation medför inte att förmånen anses löneliknande. Tvärtom är detta något som talar för att förmånen har gruppriktad karaktär.⁶⁶

För att ett regelbundet utgivande av en löneliknande förmån inte skall medföra att förmånen anses reglerad i det personliga avtalet krävs att något motfaktum föreligger. Ett sådant motfaktum kan vara att arbetsgivaren, vid anställningstillfället eller när förmånen infördes, gjort klart för arbetstagarna att förmånen är ensidigt reglerad, eller att arbetstagarna på grund av andra omständigheter bort inse arbetsgivarens uppfattning (jfr 32 § AvtL).⁶⁷ Att förmånen t.ex. benämnts gratifikation innebär inte omedelbart att den anses ensidigt reglerad.⁶⁸

För löneliknande förmåner har således intresseavvägningen mellan arbetsgivarens förändringsintresse och intresset av att skydda arbetstagarnas etablerade position utfallit tvärtom i förhållande till vad som gäller för de gruppriktade förmånerna. Skälet härtill kan sökas i att karaktären på de löneliknande förmånerna är sådan att de typiskt sett är ägnade att inverka på att anställning överhuvudtaget kom till stånd eller fortsätter att bestå eller på övriga anställningsvillkor.

9.3.4 Mellanfallen

Här har beskrivits två olika typer av förmåner. Jag har kallat dem löneliknande respektive gruppriktade förmåner. Dessa två former utgör ingen dikotomi, utan det förekommer naturligtvis förmåner som har drag av båda dessa typer. Vid sådana mellanfall ingår förmånen i det personliga avtalet, dels om det föreligger sådana omständigheter som behand-

de personliga avtalet även för anställda som anställdts efter att premien införts eller av annan anledning inte nåtts av arbetsgivarens information, och detta redan på den grunden att förmånen utgått till dem. Jfr även AD 1995 nr 116. Att förmånen i det senare fallet inte kom att anses avtalsreglerad kan förklaras dels av den kollektivavtalsrättsliga bakgrunden (nedan not 81), dels av att något regelbundet utgivande inte förekommit i förhållande till de aktuella arbetstagarna.

⁶⁶ AD 1992 nr 27.

⁶⁷ I dansk praxis finns fall som tyder på att arbetstagare kan kräva att få del av de lönetillägg han är van att få, även om det i ett anställningskontrakt har angivits t.ex. att tillägget utgår enligt arbetsgivarens bestämmande (SHT 1941/141 och Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 170).

⁶⁸ AD 1932 nr 66. Schmidt, Tjänsteavtalet s. 287, Hasselbalch, Ansættelsesretten s. 369 och Carlsen, Dansk funktionærret s. 169.

lades i samband med gruppriktade förmåner (avsnitt 9.3.2), dels i vissa andra fall. Ett fall som visar domstolens sätt att resonera är AD 1977 nr 169.

Ett bolag hade inrättat en särskild pensionsstiftelse och till denna regelmässigt avsatt betydande belopp. Sedermera upplöstes stiftelsen och dess tillgångar redovisades istället på ett särskilt konto i bolagets bokföring. Maja och Anna var under många år anställda i bolaget. De gick i pension 1969, varefter bolaget betalade ut pension till dem med 250 kr per månad. Med anledning av att bolagets verksamhet avvecklades år 1975 meddelade bolaget att det inte längre skulle utge pension till Maja och Anna. Frågan var om bolaget haft rätt att avbryta utbetalningen. Den principiella utgångspunkten vid bedömningen om så var fallet var, enligt AD, huruvida bolaget utfäst sig att utge livsvariga pensioner.

”Hänsyn måste vid denna bedömning tas till att en utfästelse om livsvarig pension normalt är ett mycket långtgående åtagande och att pensionering genom arbetsgivarens försorg av anställda tillhörande den kategori som målet gäller har varit ovanlig på arbetsmarknaden och helt beroende på arbetsgivarens frivilliga åtgärd. I linje med det anförda ligger att det inte torde vara befogat att anta att bindande utfästelse om ålderspension föreligger redan av det skälet att en pensionsstiftelse inrättats och att avsättningar av medel ägt rum till stiftelsen. Enbart det förhållandet att arbetsgivaren rent faktiskt börjat utge pension kan heller inte utan vidare läggas till grund för antagandet att arbetsgivaren velat binda sig för att allt framgent bibehålla pensionen.

Det måste å andra sidan betonas att sociala skäl gör det starkt motiverat att det i det enskilda fallet klargörs under vilka förutsättningar en ålderspension utgår. Det är tydligt att en opåräknad indragning av ålderspension kan medföra mycket allvarliga verkningar för den enskilde. Arbetsgivaren har uppenbarligen ett ansvar för att ett sådant klargörande kommer till stånd. Kan det påvisas att arbetsgivaren har brustit i detta hänseende, är detta en omständighet som bör beaktas vid prövningen av om en bindande pensionsutfästelse skall anses föreligga.”

Pensionsförmånen ansågs inte löneliknande bl.a. med hänsyn till att sådana avtal var mycket ovanliga på den del av arbetsmarknaden som var i fråga. Å andra sidan ansåg AD, med beaktande av sociala skäl, inte att förmånen skulle behandlas som en gruppriktad förmån. Istället valde domstolen en mellanväg. Det faktum att pensionen utgått kunde *tillsammans med vissa oklara uttalanden* från arbetsgivaren konstituera ett åtagande i det personliga avtalets form.⁶⁹

⁶⁹ AD 1932 nr 170. Inom hotell- och restaurangfacket var det vanligt att fri tvätt av arbetskläder ingick som en löneförmån. Förmånen av fri tvätt uppfattades därför inte som en gruppriktad förmån. Personalen vid ett hotell hade erhållit fri tvätt inte bara av

I ett protokollsuttalande hade arbetsgivaren uttalat att pension skulle utgå med minst 150 kr per månad. Någon reservation för att arbetsgivaren ensidigt fick ändra i förmånen gjordes inte i protokollet. Enligt AD låg det nära till hands att uppfatta uttalandet som en utfästelse om viss minimipension.⁷⁰

Bedömningen av protokollsuttalandet kan jämföras med bedömningen av den information som lämnades till arbetstagarna i AD 1992 nr 27 (lunchkuponger) och AD 1986 nr 37 (vinstandelar). Inte heller i dessa fall innehöll informationen till arbetstagarna någon upplysning om arbetsgivarnas möjlighet att ändra förmånen. Att informationen i AD 1977 nr 169, till skillnad från i AD 1992 nr 27 och 1986 nr 37, tillmättes relevans måste ses mot bakgrund av att förmånen hänförts till mellan-kategorin.

En omständighet som talar emot att förmånen ingår i det personliga avtalet är att initiativet till förmånen har tagits av arbetsgivaren och att dess utformning inte har varit föremål för samråd eller förhandling med arbetstagarna vare sig kollektivt eller individuellt.⁷¹

Å andra sidan medför inte heller den omständigheten att arbetsgivaren förhandlat med den lokala fackföreningen och eventuellt uppnått enighet med denna om införande eller ändring i en viss förmån, att frågan anses avtalsreglerad. Att arbetsgivaren på detta sätt sökt samråd med fackföreningen ses i första hand som att arbetsgivaren önskat bereda fackföreningen möjlighet att påverka arbetsgivaren innan han utövade sin ensidiga beslutanderätt (jfr reglerna om primär förhandlingsskyldighet i MBL). Går arbetstagarnas inflytande längre än så torde detta tala för att förmånen anses avtalsreglerad.⁷²

arbetskläder utan även av andra persedlar, huvudsakligen underkläder. Vid anställningen hade arbetsgivaren yttrat att personalen skulle utöver kontantlönen erhålla ”allt fritt”. AD fann med hänsyn till förhållanden under vilka personalen blivit anställd, att arbetstagarna måste haft grundad anledning att anta i anställningsförmånen ingått fri tvätt i den utsträckning som förekommit. Jfr beträffande kulans avsnitt 9.2.

⁷⁰ Att denna omständighet inte var ensamt avgörande för domstolen framgår bl.a. av att domstolen senare antecknar att arbetsgivaren när pensionen började betalas ut inte klargjorde att den enbart skulle utgå tillsvidare.

⁷¹ AD 1992 nr 27.

⁷² I AD 1977 nr 169 ansågs det förhållandet att de anställda haft ”ett betydande inflytande” i en pensionsstiftelses styrelse tyda på att arbetsgivaren inte ensidigt fick ändra utgående pensioner.

9.3.5 Betydelsen av kollektivavtalets innehåll och kollektivavtalsförutsättningar

Ett fall där inte ens löneliknande förmåner som utgått under viss tid grundar rätt för arbetstagare att kräva att förmånen utges fortsättningsvis, är när arbetsgivaren i kollektivavtal uttryckligen tillerkänns ensidig bestämmanderätt över förmånen. Tydligast framträder detta vid *s.k. arbetsgivarventiler*. Ett illustrativt rättsfall är AD 1986 nr 30.⁷³

Enligt en bestämmelse i kollektivavtalet för vissa tjänstemän inom SIDA:s bistandsverksamhet skulle utlandstillägg utgå ”i den mån arbetsgivaren bestämmer”. Arbetsdomstolen konstaterade att denna bestämmelse utgjorde en *s.k. arbetsgivarventil*, vilken gav SIDA rätt att ensidigt besluta om riktlinjer för tillägget och i princip fritt ändra dessa även med verkan för löpande anställningsavtal.

Holmberg anställdes för utlandstjänstgöring under två år. Vid anställningstillfället tillämpades, i enlighet med ett beslut av verkschefen, vissa riktlinjer för utlandstillägget. I Holmbergs anställningskontrakt angavs att de riktlinjer som angetts i verkschefens beslut skulle gälla för Holmbergs anställning.

Frågan var om hänvisningen i anställningskontraktet innebar att SIDA förbundit sig att tillämpa riktlinjerna under Holmbergs hela anställningstid. AD framhöll inledningsvis att kontraktet även innehöll en hänvisning till kollektivavtalet i vilket den arbetsgivarventil ingick som utgjorde den rättsliga grunden för riktlinjerna. Redan detta förhållande talade, enligt AD, med avsevärd styrka mot uppfattningen att SIDA genom hänvisningen till riktlinjerna skulle ha avstått från sin i kollektivavtalet fria bestämmanderätt. Inte heller ansåg AD att något i riktlinjebeslutet tydde på att detta gällde annat än tillsvidare, dvs. till dess SIDA fann anledning att med stöd av sin kollektivavtalsenliga befogenhet fatta annat beslut. AD tillade att det inte gick att finna något rimligt skäl till att SIDA skulle avstå från denna befogenhet. Det naturliga var, enligt AD, att se hänvisningen som en upplysning om vad som skulle gälla vid anställningstillfället.

Situationen var alltså den att kollektivavtalet gav arbetsgivaren rätt att ensidigt ändra tillägget. Å andra sidan hindrade kollektivavtalet inte arbetsgivaren från att genom personliga avtal avstå från denna rätt. Kollektivavtalsbestämmelsen var dispositiv.

Det är förståeligt att arbetstagaren utgick från att han under hela anställningen skulle erhålla utlandstillägg enligt de riktlinjer som gällde vid anställningstillfället. Utlandstillägget gavs stort utrymme vid hans

⁷³ Se även AD 1948 nr 63, 1980 nr 78 och 1981 nr 14. Jfr AD 1983 nr 123 där domstolen fann att kollektivavtalet inte gav arbetsgivaren rätt att ändra ett redan fattat beslut.

samtal med arbetsgivaren före anställningen. Och det kan knappast ha varit lätt för arbetstagaren att bilda sig en uppfattning om att tillägget vilade på en arbetsgivarventil, något som AD kom fram till efter ingående överväganden. Tillägget hade dessutom utgått under viss tid. Trots detta tog domstolen den utfyllande regeln i kollektivavtalet till utgångspunkt när anställningsförhållandets innehåll skulle bestämmas.

Ett annat mål vars utgång kan förklaras av detta synsätt är AD 1941 nr 8.

Ett försäkringsbolag hade under en följd av år utlyst en årstävlan, där en premie utdelades till de tjänstemän som redovisade en viss tillökning av försäkringssumman. Sedermera ändrade arbetsgivaren reglerna för denna årstävlan på så vis att premier inte kunde beräknas tillkomma lika stort antal tjänstemän som förut. AD konstaterade helt kort att tillräckliga skäl inte förelåg att uppfatta premierna som en tillförsäkrad löneförmån.

AD hade redan i ett tidigare mål haft att ta ställning till om arbetsgivaren enligt gällande kollektivavtal fick ändra reglerna för denna årstävlan.⁷⁴ När kollektivavtal hade träffats med arbetsgivaren hade fackföreningen framfört krav på att årstävlan skulle upptas som ett särskilt lönetillägg i kollektivavtalet. Detta hade arbetsgivaren inte godtagit. Istället gjorde arbetsgivaren i ett protokoll ett uttalande om att ”årstävlan borde bibehållas”. AD fann att protokollsuttalandet inte betagit arbetsgivaren möjligheten att utlysa årstävlan med ändrade regler. Innebörden av kollektivavtalet var således att arbetsgivaren hade frihet att ändra villkoren för årstävlan. Att kollektivavtalet hade denna innebörd synes ha medfört att premierna inte ansågs reglerade i det enskilda anställningsavtalet trots deras i övrigt löneliknande karaktär.

Fallen ger uttryck för följande regel. För att genom ett personligt avtal avvika från en arbetsgivarventil är det inte tillräckligt att överenskomelse träffas om viss nivå på ersättning, utan det krävs även att det personliga avtalet innebär att arbetsgivaren avstått från den bestämmanderätt som tillkommer honom enligt arbetsgivarventilen. Avtalstemat är detsamma som i andra frågor där arbetsgivaren tillagts bestämmanderätt gentemot enskilda arbetstagare.⁷⁵ Det sagda torde endast gälla när kollektivavtal uttryckligen tillerkänner arbetsgivaren bestämmanderätt i förhållande till enskilda arbetstagare.⁷⁶

⁷⁴ AD 1939 nr 90.

⁷⁵ Se avsnitt 6.9 och 8.6.

⁷⁶ Se t.ex. AD 1993 nr 173. Ibland sägs att arbetsgivaren i kraft av sin allmänna arbetsledningsrätt har befogenhet att ensam bestämma om han skall tillhandahålla förmåner till de anställda utöver vad kollektivavtalet föreskriver (se t.ex. AD 1964 nr 5). Därmed torde inte avses något annat än att förmånerna inte utgör en i kollektivavtalet oreglerad fråga

Gränsdragningen mellan ensidigt reglerade förmåner eller förmåner reglerade i det enskilda anställningsavtalet lär även påverkas av om ett *kollektivavtal innehåller en klar reglering* av förmånen, utan att arbetsgivaren ges en ensidig bestämmanderätt. Arbetsgivaren har t.ex. tillämpat kortare arbetstid än kollektivavtalet föreskriver.⁷⁷ Vid tolkning av kollektivavtal anses varken en klar medlems- eller partspraxis påverka tolkningen av avtalet om tillämpningen står i strid med avtalets lydelse.⁷⁸ Ett sådant synsätt står i god samklang med det formkrav som gäller för kollektivavtal. Något formkrav upprätthålls inte för personliga avtal. Det skulle därför kunna tyckas att tillämpningen lättare skulle slå igenom i personliga avtal. En sådan ordning skulle dock vara ägnad att skapa konflikter mellan personliga avtal och kollektivavtalet. Om rättigheter för arbetstagarna på detta sätt skulle inflyta i de personliga avtalen, utan motsvarighet i kollektivavtalet, skulle detta vara ägnat att minska värdet av kollektivavtalet som instrument för enhetlig reglering av anställningsvillkor. En klar kollektivavtalsreglering utgör ett argument mot att låta från kollektivavtalet avvikande praxis medföra att en förmån anses avtalsreglerad. Argumentet bör ha viss tyngd i mellanfallen. Däremot tycks synsättet inte tillmätas avgörande vikt vid löneliknande förmåner.

AD 1983 nr 8. En arbetsgivare hade träffat ett lokalt kollektivavtal enligt vilket lön skulle utgå med 40 kr per timme. Arbetsgivaren hade betalat arbetstagarna 45 kr. ”Genom att (arbetsgivaren) under lång tid utan invändning betalade lön till arbetarna efter en timlön av 45 kr får ett avtal anses ha kommit till stånd mellan (arbetsgivaren) och arbetarna om att denna timlön skulle gälla för arbetet istället för den lägre timlön” som framgick av det lokala kollektivavtalet.

Mellan arbetsgivare och fackföreningar förs ofta *förhandlingar vid införandet av eller förändringar av förmåner*. Arbetstagsidans har i flera mål gjort gällande att överenskommelser som träffats vid sådana förhandlingar och som inte utgjort kollektivavtal, istället har gällt som personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Att ett kollektivavtal inte kommit till stånd utesluter inte att innehållet i överenskommelsen blir gällande mellan arbetsgivare och arbetstagare på annat sätt än som kollektivavtalsbestämmelser. Domstolen tycks i princip godta att den lokala fackföreningen är behörig att ingå personliga avtal för arbetstages räkning i denna form, något som är naturligt eftersom det

för vars lösande stridsåtgärder får tillgripas. Arbetsgivaren är alltså i *förhållande till kollektivavtalsmotparten* fri att välja om förmånen skall utges.

⁷⁷ AD 1980 nr 78.

⁷⁸ Se t.ex. AD 1931 nr 135, 1948 nr 63 och Eklund i Facklig arbetsrätt s. 157 f. Jfr ovan avsnitt 9.2.

gäller förmåner för arbetstagarna.⁷⁹ Att överenskommelser av detta slag inte träffats i formen av kollektivavtal är dock något som talar emot att överenskommelserna är rättsligt bindande.⁸⁰

Av större intresse i detta sammanhang är att vad som förekommit vid sådana förhandlingar tycks kunna neutralisera information som lämnats direkt till de anställda. Om de fackliga företrädarna vid förhandling får klart för sig vilken rättslig status arbetsgivaren anser att förmånen har, synes detta få till effekt att information som lämnats direkt till arbetstagarna inte tillmäts den betydelse den annars skulle ha fått. Ett sådant synsätt kan sägas stå i överensstämmelse med den uppfattningen som kommer till uttryck i MBL om att arbetstagarnas inflytande i första hand skall tillgodoses genom fackföreningen. Det saknas anledning att anta annat än att de fackliga företrädarnas insikter i här berört hänseende får verkan även i förhållande till utanförstående arbetstagare.

AD 1986 nr 37. Ett bolag införde 1976 ett vinstandelssystem. Detta ersatte de julgratifikationer som tidigare utgått till de anställda. I det beslut varigenom vinstandelssystemet infördes angavs att detta skulle omprövas varje år. Sedermera uppkom fråga om att ändra systemet. Efter överläggning med de lokala fackföreningarna enades man 1981 om ett nytt system. Vid behandlingen av vinstdispositionen för räkenskapsåret 1983/84 beslöt bolaget att ändra beräkningen av vinstandelarna. Den nya beräkningsmetoden medförde att vinstandelarna inte gav något utfall för detta räkenskapsår. Frågan var om arbetsgivaren var rättsligt förpliktad att tillämpa de beräkningsmetoder som beslutades 1981.

Överenskommelsen år 1981 utgjorde inget kollektivavtal. Arbetstagar-sidan gjorde gällande att de fackliga företrädarna uppträdde som representeranter för de anställda och att personliga avtal om vinstandelar därigenom uppkommit. I vart fall hade bundenhet uppkommit genom att företaget i lönebesked lämnat information till de anställda om systemet.

På grundval av utredningen i målet fann AD att bolaget beträffande det system som tillämpades före 1981 tydligt givit till uttryck att det inte ville ha frågan avtalsreglerad och att arbetsgivaren förbehållit sig rätten att ensidigt ändra i systemet. Inget tydde heller på att de fackliga organisationerna uppfattat frågan på annat vis. Domstolen fann det inte heller visat att bolaget ändrat hållning eller vid förhandlingar med fackföreningen uppträtt på ett sätt som kunde ge intryck av att bolaget ändrat hållning i samband med 1981 års överenskommelse.

Mot bakgrund härav fann domstolen inte anledning att beröra frågan om utformningen av den information som bolaget lämnat till de anställda var i sig ägnad att medföra avtalsverkan.⁸¹

⁷⁹ AD 1986 nr 37 och 1992 nr 141.

⁸⁰ Arbetstagar-sidan fick dock framgång i AD 1992 nr 141 (se ovan vid not 49).

9.4 Anspråk på förmåner vid enstaka tillfällen eller till dess annat beslutats

9.4.1 Allmänt

I föregående avsnitt diskuterades gränsen mellan avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner. Den fråga som stod i centrum var om arbetsgivaren för framtiden ensidigt äger upphöra med eller förändra förmånen. Inledningsvis framhölls att arbetsgivaren normalt inte är avtalsenligt skyldig att utge ensidigt reglerade förmåner och att arbetstagaren i konsekvens härav inte kan utkräva förmånen på rättslig väg. I detta avsnitt skall några undantag från sistnämnda regel behandlas.

Till undvikande av missförstånd kan antecknas att muntliga utfästelser att utge förmåner är rättsligt bindande. Visserligen har AD emellanåt yttrat att ensidigt reglerade förmåner har gåvokaraktär, eftersom någon avtalsenlig skyldighet att utge förmånen inte föreligger.⁸² En utfästelse om gåva är normalt inte bindande förrän gåvan har fullbordats, med mindre utfästelsen gjorts i skuldebrev eller annan skriftlig urkund som överlämnats till gåvotagaren eller omständigheterna vid utfästelsens tillkomst utvisar att den var avsedd att komma till allmänhetens kännedom (1 § gåvolagen). I motiven till gåvolagen framhölls dock att utgivande av ersättning för utfört arbete inte anses som en gåva även om det föreligger en gåvoavsikt, när ersättningen utgör skäligt vederlag för utfört arbete.⁸³ Det avgörande för om en benefik rättshandling skall föreligga är med detta synsätt inte frivilligheten i sig, utan om förmånen utgör skäligt vederlag för det utförda arbetet.⁸⁴ En följd härav är att redan muntliga utfästelser om sådana förmåner anses ha

⁸¹ Jfr med information som behandlas ovan vid not 70. Se även AD 1995 nr 116 där det faktum att en kommun och arbetsgivarorganisationen kommit överens om att en viss förmån tillsvidare skulle regleras av kommunen genom ”ensidigt utfärdade anvisningar” hade en sådan neutraliserande effekt. Således berördes inte i domskälen frågan om det sätt på vilket anvisningarna utformats, givit arbetstagarna fog att uppfatta förmånen som avtalsreglerad.

⁸² Se t.ex. AD 1933 nr 137 och 1993 nr 173.

⁸³ NJA II 1936 s. 143. Gåvor som är avsedda att gottgöra mottagaren för utfört arbete eller tjänst brukar benämnas remuneratoriska gåvor. Vissa författare tycks använda termen uteslutande för fall där gåvolagen är tillämpliga (Hessler, Om stiftelser s. 223 f.). Andra författare använder termen även i fall när gåvolagens regler inte är tillämpliga (Walin, Lagen om skuldebrev s. 228 och 233).

⁸⁴ Detta synsätt upprätthålls i vart fall i de situationer som här är aktuella. Se Bengtsson, SvJT 1962 s. 701 ff., Hessler, Om stiftelser s. 224 och Walin, Lagen om skuldebrev s. 228 f. och 233. Jfr Karlgren, SvJT 1953 s. 349. Se även Ussing, Aftaler s. 14

verkan mellan parterna.⁸⁵ Om en arbetsgivare t.ex. muntligen lämnar information om att han ett visst år skall utge en gratifikation så uppkommer ett rättsligt anspråk för arbetstagarna att få del av förmånen det året. Däremot skapar utfästelsen inte i sig något anspråk för kommande år.

9.4.2 Av arbetsgivaren uppställda generella regler

AD räknar med att ensidigt reglerade förmåner, som utgår enligt *av arbetsgivaren uppställda generella regler*, kan grunda rätt för arbetstagare att komma i åtnjutande av förmånen. Arbetsgivaren kan visserligen för framtiden ensidigt ändra villkoren för att förmånen skall utgå eller helt dra in den, men har utgivande av förmånen aktualiserats innan arbetsgivaren vidtagit någon sådan ändring så har arbetstagaren ett rättsligt anspråk på att komma i åtnjutande av förmånen. Tydligast framträder detta i AD 1995 nr 116.

Stockholms stad hade i en kommunal författningssamling återgivit vissa riktlinjer för förslagsverksamheten inom stadens förvaltningar. Dessa riktlinjer angav under vilka förutsättningar ersättning skulle betalas ut till arbetstagare som lämnade förslag. Mellan parterna var bl.a. tvistigt vilken rättslig karaktär dessa riktlinjer hade. Arbetstagsidan gjorde gällande att riktlinjer kommit att ingå som villkor i arbetstagarnas anställningsavtal med staden. Denna uppfattning, som bl.a. innebär att staden inte skulle ha kunnat frigöra sig från ifrågavarande regler utan att ytterst säga upp de enskilda arbetstagarnas anställningsavtal, kunde AD inte biträda. Det var fråga om ett av staden ensidigt fattat beslut, som staden också kunde upphäva eller ändra. Däremot ansåg domstolen att så länge beslutet bestod så måste det anses ha inneburit en av staden lämnad utfästelse till arbetstagare som lämnade in förslag att tillämpa reglerna på förslagen.⁸⁶

Hur känner man då igen de ensidigt reglerade förmåner som har denna karaktär? Den praxis som berör frågan är mycket begränsad. Det avgörande tycks vara att förmånen utgår enligt *generella regler* som arbetsgivaren tillkännagivit. Det torde därvid krävas att reglerna har ett sådant innehåll att tillämpningen inte förutsätter en skönsmässig bedöm-

⁸⁵ Bengtsson, SvJT 1962 s. 702 f., Sigeman, Lönefordran s. 14 och Schmidt, Tjänsteavtalet s. 286.

⁸⁶ De förmåner som berörs i AD 1992 nr 27, 1986 nr 37 och 1986 nr 30 lär ha haft denna karaktär. Frågan om arbetsgivaren var skyldig i förhållande till enskilda arbetstagare utge förmånen så länge som de generella reglerna inte ändrats var dock inte uppe i målen. Se även AD 1985 nr 73.

Om villkaarlige lønetillæg utgår enligt generella bestämmelser antas i dansk rätt att arbetstagaren kan kräva att få del av lønetillægget (Carlsen, Dansk Funktionær Ret s. 170).

ning. Troligen är det inte tillräckligt att arbetsgivaren faktiskt tillämpat vissa regler för när en viss förmån skall utgå.⁸⁷ Å andra sidan lär inte krävas att information om reglerna, eller om att tidigare regler ändrats, har kommit den aktuella arbetstagaren tillhanda. Det torde vara tillräckligt att reglerna varit ägnade att komma till arbetstagarna eller de fackliga organisationernas kännedom.⁸⁸

9.4.3 Tolkningsföreträdet enligt 35 § MBL

En skyldighet för arbetsgivare att utge ensidigt reglerade förmåner vid ett enstaka tillfälle kan vidare uppkomma genom 35 § MBL. Bestämmelsen innebär att om rättstvist uppkommit mellan arbetsgivaren och kollektivavtalsslutande arbetstagarorganisation om lön eller annan ersättning till medlem i organisationen och tvisten inte kan lösas vid förhandling, så måste arbetsgivaren väcka talan vid domstol inom tio dagar efter att förhandlingen avslutats. I annat fall är arbetsgivaren skyldig att såvitt avser det omtvistade beloppet utge ersättning enligt arbetstagarorganisationens mening, om kravet inte är oskäligt.⁸⁹

Enligt bestämmelsen kan alltså arbetsgivaren under vissa omständigheter bli skyldig att utge ersättning enligt arbetstagarorganisationens mening trots att rättslig grund för kravet inte skulle ha förelegat annars. Arbetstagaren kan i ett sådant fall sägas grunda ett fristående betalningsanspråk direkt på paragrafen.⁹⁰ Mot detta anspråk kan inte andra invändningar riktas än att något anställningsförhållande inte föreligger eller att det framställda anspråket är oskäligt.

Det i 35 § MBL använda uttrycket rättstvist har vunnit hävd i arbetsrättslig terminologi och är i princip entydigt. En rättstvist föreligger enligt denna terminologi när parterna tvistar om ett anspråk av rättslig natur, dvs. när de har olika mening om tolkningen eller tillämpningen av ett avtal eller en rättsregel som är av betydelse för förhållandet dem emellan. Till skillnad häremot är det för en intressetvist utmärkande, att någon rättslig grund inte åberopas till stöd för det anspråk som den ena parten framställer mot den andra. Sådana anspråk har i stället till syfte att få till stånd en ändring i det förhållande som gäller mellan parterna.⁹¹

⁸⁷ Jfr AD 1991 nr 100 i avsnitt 5.3.4.

⁸⁸ AD 1995 nr 116. Se även NJA 1947 s. 308 och 1948 s. 717.

⁸⁹ Se vidare t.ex. Bergqvist & Lunning, Medbestämmandelagen s. 350 ff., Victorin i Facklig arbetsrätt s. 175 ff. och SOU 1994:141 s. 299 ff.

⁹⁰ I andra avseenden är det missvisande att beskriva den rättsverkan som 35 § MBL ger upphov till som en fristående rättsgrund, bl.a. vid beräkningen av preskriptionsfrister (AD 1980 nr 105). Se vidare AD 1986 nr 61.

⁹¹ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 495 f. och Nilsson i Rättegången i arbetstvister s. 35.

En rättstvist föreligger om arbetstagarsidan framför sitt krav under åberopande av en rättslig grund, t.ex. att kravet grundar sig på ett personligt avtal.⁹² Den rättsliga grunden behöver inte uttryckligen åberopas, utan det räcker med att ståndpunkten anges på ett sådant sätt att arbetsgivarparten kan uppfatta att det är ett rättsligt krav som reses och inte ett krav som syftar till att få till stånd en ändring av anställningsförhållandena. I allmänhet torde framgå av omständigheterna huruvida ett anspråk är av rättslig karaktär.⁹³

Om således arbetstagarsidan gör gällande att en viss förmån, som utgått under lång tid, är avtalsreglerad och arbetsgivaren underlåter att påkalla förhandling eller väcka talan kan detta medföra att arbetsgivaren blir skyldig att utge en förmån som annars hade ansetts vara ensidigt reglerad.⁹⁴ Det måste dock understrykas att denna rättsverkan inte har verkan för framtiden, utan enbart för det enstaka tillfälle som den konkreta tvisten avser.

9.4.4 Lagregler om kompensation för inkomstbortfall

Det bör i detta sammanhang framhållas att distinktionen mellan avtalsreglerade och ensidigt reglerade förmåner inte upprätthålls i regler som syftar till att i olika situationer ge *kompensation för inkomstbortfall*. Ett exempel härpå är sjuklönelagen.

En arbetstagare har, på sätt som anges i sjuklönelagen, rätt att vid sjukdom behålla lön och andra anställningsförmåner, dvs. sjuklön. Denna sjuklön utgör viss andel av ”den lön och andra anställningsförmåner som arbetstagaren gått miste om” till följd av sjukdomen, det s.k. sjuklöneunderlaget. Om detta uttalades i motiven att ”(p)rincipen vid bestämmande av sjuklöneunderlaget bör vara att detta skall ge en så riktig bild som möjligt av det inkomstbortfall som arbetstagaren gör i anställningsförhållandet när ett sjukdomsfall inträffar.”⁹⁵ Vidare sägs att

⁹² AD 1992 nr 88, 1990 nr 100 och 1987 nr 97. En rättstvist har inte uppkommit om en arbetsgivare avböjer ett betalningskrav från arbetstagarsidan i den föreställningen att kravet grundar sig på ett misstag och arbetsgivaren har fog att uppfatta saken så (AD 1991 nr 21).

⁹³ AD 1980 nr 67.

⁹⁴ Jfr AD 1982 nr 21 som rörde frågan om 35 § MBL omfattar krav enligt 6 § AUL. AD uttalade därvid att det mot bakgrund av vad som sagts i förarbetena inte finns någon möjlighet att i rättstillämpningen begränsa paragrafens tillämpningsområde så att den inte omfattar alla krav på ersättning som har samband med anställningen och framställs på rättslig grund. Att 35 § MBL inte är tillämplig på krav om skadestånd för lag eller avtalsbrott framgår av AD 1981 nr 52.

⁹⁵ Prop. 1990/91:181 s. 43

till grund för beräkningen av sjuklön skall läggas den lön och andra anställningsförmåner som *normalt* skulle ha utgetts om arbetstagaren hade varit i arbete.⁹⁶

Att närmare redogöra för hur sjuklönen beräknas faller utanför denna framställning. Det är tillräckligt att notera att även förmåner som arbetstagaren inte kan kräva att komma i åtnjutande av för framtiden kan betraktas som lön eller annan anställningsförmån i sjuklönelagens mening.⁹⁷ Å andra sidan beaktas heller inte alla löneförmåner i sjuklöneunderlaget.

På motsvarande sätt förhåller det sig med bestämmelserna om uppsägningslön (12 § LAS) och bibehållna anställningsförmåner för fackliga förtroendemän (7 § FML).⁹⁸

Genom dessa bestämmelser kan ensidigt reglerade förmåner övergå till att utgå med stöd av lag. Arbetstagare kan därigenom kräva att få ut förmånen vid domstol.

9.5 Sammanfattande synpunkter

Vid diskussioner om arbetsgivare ensidigt och utan uppsägning skall få dra in förmåner som utgått under lång tid gör sig skilda intressen gällande. Arbetsgivaren har ett intresse av att enkelt kunna anpassa verksamheten till förändrade förutsättningar. Detta förändringsintresse kan delvis återföras på värdet av ekonomisk effektivitet. Om anställningsskyddslagens regler skall iakttas riskerar transaktionskostnaderna att bli så stora att förändringarna inte genomförs. Om avgörandet läggs i arbetsgivarens hand kan transaktionskostnaderna minskas och förutsättningarna förbättras för att uppnå ekonomiskt effektiva lösningar, åtminstone sådana där förbättringen för ena parten är större än den samlade försämringen för motparterna.⁹⁹ Å andra sidan kan en sådan utformning av reglerna leda till att arbetsgivaren utnyttjar sitt överläge till att gynna sig

⁹⁶ Prop. 1990/91:181 s. 70 f.

⁹⁷ I t.ex. AD 1993 nr 47 ansågs övertidsarbete på en arbetsplats vara av sådan omfattning att det var förutsebart och återkommande. Övertidsersättningen beaktades därför vid bestämmandet av sjuklönen (se även t.ex. AD 1994 nr 64). Fallen kan jämföras med AD 1993 nr 39, där en arbetstagare inte ansågs ha rätt att fortsättningsvis utföra beredskaps-tjänstgöring.

⁹⁸ Se t.ex. Lunning, Anställningsskydd s. 307 ff. och, beträffande 7 § FML, AD 1985 nr 29 samt Olausson, Förtroendemannalagen s. 91 f. Se även NJA 1948 s. 717 (Karlgrens votum).

⁹⁹ Ovan avsnitt 1.6.2.

själv på ett otillbörligt sätt.¹⁰⁰ Ytterligare argument mot att låta arbetsgivaren ensidigt bestämma över förmånernas vara eller icke vara kan sökas i arbetstagarnas intresse av skydd för förväntningar och etablerade positioner. Arbetstagarna kan ha agerat i förlitan på att komma i åtnjutande av förmånen och opåräknade neddragningar av förmåner kan få allvarliga verkningar för den enskilde. Hur har dessa motstående värden eller intressen avbalanserats i AD:s praxis?

Utgångspunkten är att parterna har frihet att bestämma över frågan. Problemet med att bestämma om arbetsgivaren ensidigt skall få upphöra att utge en förmån uppkommer bara om parterna inte klarlagt vilken rättslig status förmånen har.

I de fall parterna inte gjort klart vilken rättslig status en förmån har, tar domstolen sin utgångspunkt i förmånens karaktär. Är en förmån löneliknande omfattas den som huvudregel av det personliga avtalet. Vid gruppriktade förmåner är utgångspunkten den motsatta. Skillnaden mellan dessa typer av förmåner ligger i vilken betydelse förmånerna typiskt sett har för arbetstagarna. Ju mer betydelsefulla förmånerna är för arbetstagarna, desto större blir nackdelarna med att låta arbetsgivaren ensidigt förfoga över dem.

Det avgörande skälet för gränsdragningen tycks vara att skilja ut förmåner som typiskt sett är ägnade att inverka på att anställning överhuvudtaget kommer till stånd eller fortsätter att bestå eller inverkar på övriga anställningsvillkor. Någon individuell prövning av om förmånen verkligen påverkat t.ex. anställningsvillkoren görs dock inte. Bedömningen sker primärt mer schablonmässigt. Viss ledning vid bedömningen kan hämtas ur konventionella uppfattningar på arbetsmarknaden.

Uppdelningen i förmåner av olika karaktär har prima facie-karaktär. För att bundenhet att utge löneliknande förmåner inte skall vara för handen lär krävas att omständigheterna utvisar att arbetsgivaren inte avsett att bli bunden för framtiden och att arbetstagaren bort inse detta (32 § 1 st. AvtL). För att utgivandet av en gruppriktad förmån skall binda arbetsgivaren krävs att dennes agerande i övrigt ger uttryck för en avsikt att bli bunden eller att det kan antas att förmånen inverkat på att anställning överhuvudtaget kom till stånd eller fortsätter att bestå eller på övriga anställningsvillkor.¹⁰¹ I mellanfallen ställs lägre krav för att förmånen skall anses avtalsreglerad. Här kan utgivandet tillsammans

¹⁰⁰ Inom rättsekonomin talar man om opportunism. Se t.ex. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* s. 47 ff.

¹⁰¹ Frågan om förmånen påverkat anställningsvillkoren utgjorde i förra stycket ett skäl (ratio) för uppdelningen mellan löneliknande och gruppriktade förmåner. Här utgör samma omständighet ett självständigt rättsfaktum.

med t.ex. oklara uttalanden från arbetsgivaren om förmånens rättsliga status medföra bundenhet för framtiden.

Till detta kommer att bedömningen kan påverkas av kollektivavtalets innehåll och kollektivavtalsförutsättningarna. Om förhandlingar hållits och fackföreningen därigenom fått arbetsgivarens uppfattning klar för sig, utesluts bundenhet i vissa fall där förmånen annars skulle anses vara reglerad genom personliga avtal.¹⁰² Dessa undantagsregler kan – som jag ser det – föras tillbaka såväl på värdet av rättvis fördelning som värdet av ekonomisk effektivitet. Den väg för arbetstagarinflytande på arbetsplatsen som prioriteras i svensk rätt är fackliga förhandlingar och kollektivavtal. Genom att arbetstagarinsidans inflytande över förmånerna kanaliseras via fackföreningen är tanken att en rättvisare fördelning skall uppnås än om arbetstagarna uppträder var och en för sig. Samtidigt är förhandlingar med en eller par fackföreningar mer transaktionskostnads-effektiva för arbetsgivaren än om han skulle förhandla med var och en av de anställda. Reglerna kan förstås så, att arbetsgivaren som tack för att han uppfyller lagstiftarens intentioner om hur inflytande skall gå till på arbetsplatsen i viss mån blir immun mot krav som grundas på individuella tolkningsdata.

¹⁰² Avsnitt 9.3.5.

10 Avtalsförändring. Introduktion

10.1 Inledning

Avtalsbundenhet kan sägas innebära att parterna skall iaktta de förhållningsregler som gäller för det avtal i vilket de samverkar. Skyldigheter skall fullgöras och rättigheter skall förverkligas.¹ Avtalsbundenheten är inte absolut, utan avtal kan bringas att upphöra eller avtalets innehåll kan förändras. Vid varaktiga avtalsförhållanden uppkommer under avtalstiden ofta skäl att förändra avtalsinnehållet. I detta kapitel skall diskuteras vilka möjligheter parterna har att komma till rätta med anställningsavtal vars innehåll med tiden inte är ägnat att ge en effektiv reglering av parternas mellanhavanden.

Rättsordningen tillhandahåller en rad metoder för att åstadkomma ändring i anställningsförhållanden under anställningstiden. I detta kapitel skall kortfattat beröras de viktigaste av dessa metoder. Syftet är att ge en orientering om vilka vägar som finns att tillgå. Förändring av det personliga avtalet beskrivs fylligare än de övriga metoderna.

Beskrivningen av de sätt på vilket anställningsförhållandet kan ändras är inte fullständig. Anställningsförhållandets innehåll kan också förändras genom *ändrad lagstiftning*, t.ex. när antalet semesterdagar ändras. Det kan vidare nämnas att de *faktiska förhållandena ändras* så att en lagregel, vilken vid anställningen inte var tillämplig, blir tillämplig eller tvärtom. Även om en arbetstagare från början har en företagsledande ställning kan förhållandena ändras så att han inte längre intar en sådan ställning. LAS blir då tillämplig.² På motsvarande sätt kan ett avtalsför-

¹ För en diskussion av begreppet avtalsbundenhet se Hellner, Köp och avtal s. 85 ff. Se även Grönfors, Avtal och omförhandling s. 17 ff, Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s. 149 f. och Taxell, Avtal och rättsskydd. s. 3 ff.

² AD 1989 nr 113.

hållande som inledningsvis varit att betrakta som ett uppdragsavtal till följd av den faktiska utvecklingen komma att betraktas som ett anställningsförhållande och därigenom tillföras de arbetsrättsliga reglerna.³

10.2 Förändring genom kollektivavtal

Den i kvantitativt avseende viktigaste metoden för att ändra anställningsförhållandets innehåll är genom kollektivavtal. Kollektivavtalet är bindande för medlemmar i avtalsslutande organisationer och ger därigenom innehåll åt de enskilda anställningsförhållandena. Organisationsgraden i Norden är internationellt sett påfallande hög. De allra flesta arbetstagare är anslutna till en fackförening som tecknat kollektivavtal med arbetsgivaren. De svenska kollektivavtalen utgör digra regelsamlingar som anger vad som skall gälla för förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Dessa normer är i stor utsträckning tvingande i förhållande till personliga avtal.⁴ Till detta kommer att arbetstagare som inte är medlemmar i avtalsslutande fackförening normalt anses anställda på de villkor som framgår av vid varje tidpunkt tillämpligt kollektivavtal.⁵ Man kan därför utan tvekan säga att kollektivavtalet är det främsta regleringsinstrumentet för anställningsförhållanden i Sverige.

Kollektivavtal träffas utan något tidssamband med enskilda anställningsavtal. Kollektivavtal som innehåller normer avsedda att reglera förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare sluts vanligen för ett eller ett par år, för att därefter ersättas av ett nytt kollektivavtal. Det nya kollektivavtalets normer kommer då att ge innehåll åt anställningsförhållandet. För flertalet arbetstagare och i flertalet frågor ändras anställningsförhållandets innehåll utan att någon ändring eller uppsägning av det personliga avtalet behöver ske. Förändringen har frikopplats från den individuella nivån. Häri ligger en av finesserna med kollektivavtalet. Arbetsgivaren kan genom förhandlingar med en eller några få motparter få till stånd avtal som förändrar villkoren för hela arbetstagar-kollektivet.

³ Se t.ex. AD 1979 nr 155 och 1981 nr 58 samt t.ex. Sigeman, Arbetsrätten s. 26 f.

⁴ Se vidare kapitel 4.

⁵ Se vidare kapitel 5.

10.3 Förändring genom personliga avtal eller ensidigt agerande

10.3.1 Förslag till ändring av anställningsvillkoren och uppsägning av villkorsskäl

Ändring av anställningsförhållandets innehåll kan också ske genom personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Vi erinrar oss att anställningsförhållandets innehåll bestäms av normer vilka härrör från olika normkällor och att många av dessa är tvingande i förhållande till personliga avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Inom de ramar som sätts av tvingande rätts- och kollektivavtalsregler har arbetsgivare och arbetstagare full frihet att när som helst träffa avtal om ändring av anställningsvillkoren.⁶

Initiativet till ändringar i anställningsförhållandet kan tas på olika vis. Emellanåt utnyttjas i dessa sammanhang termen uppsägning för omreglering.⁷ Om denna term har AD uttalat följande:

Termen torde vara hämtad från hyresrätten (uppsägning för villkorsändring), där den har en bestämd innebörd och där en sådan uppsägning utlöser vissa bestämda rättsverkningar. Inom arbetsrätten har termen däremot inte någon rättslig innebörd. Den svarar här egentligen endast mot att arbetsgivaren eller arbetstagaren lägger fram ett förslag om ändring av t.ex. lönevillkoren enligt det gällande anställningsavtalet och begär ett svar från motparten inom en kortare eller längre tid. Detta torde mycket sällan ske med användande av termen ”uppsägning” överhuvudtaget. Även om så någon gång skulle ske är det emellertid, om den ”uppsägande” partens syfte inte är att anställningen skall upphöra utan endast ett försök att åstadkomma en villkorsändring, inte fråga om en uppsägning i anställningsskyddslagens mening. En ”uppsägning för omreglering” omfattas följaktligen inte på något sätt av anställningsskyddslagen (se prop. 1973:129 s. 238). Så t.ex. kan ”uppsägningstiden” vid ”en uppsägning för omreglering” bestämmas på sätt som den ”uppsägande” parten önskar, och anställningsavtalet upphör inte att gälla vid denna ”uppsägningstids” utgång.⁸

Termen uppsägning för omreglering är av de skäl som anförts olämplig och bör undvikas. Man kan istället tala om *förslag till ändring av anställningsvillkoren* respektive *uppsägning av villkorsskäl*.

⁶ Se t.ex. AD 1994 nr 122.

⁷ Se t.ex. prop. 1973:129 s. 238.

⁸ AD 1994 nr 122. Se även t.ex. AD 1978 nr 68 och 1985 nr 72.

Med det senare avses uppsägningar som har sin bakgrund i oenighet om vilket innehåll anställningsavtalet skall ha för framtiden. För att en framställning från arbetsgivaren om ändring av anställningsavtalet skall utgöra en uppsägning, och inte bara ett förslag till ändring av anställningsavtalet, lär krävas att *framställningen ger uttryck för att anställningen enligt arbetsgivaren inte skall bestå* med mindre villkoren ändras.⁹ Att arbetsgivarens framställning kombineras med ett förslag till fortsatt anställningsförhållande men på andra villkor hindrar inte att framställningen betraktas som en uppsägning.¹⁰

AD 1985 nr 72. En arbetsgivare önskade minska arbetstiden för en arbetstagar. I ett skriftligt meddelande angav arbetsgivaren att arbetstagar sades upp ”från 10/40” av anställningen. Framställningen bedömdes i sig som en uppsägning.¹¹

Avgörande för denna ståndpunkt var dels att förhandlingar redan förts om förändring av arbetstagarens arbetstid, dels meddelandets utformning. Bl.a. angavs i meddelandet vad arbetstagar skulle iakttä om hon inte godtog uppsägningen. Redan det förhållande att arbetsgivaren använder uttrycket uppsägning lär dock inte i sig medföra att åtgärden rättsligt kvalificeras som en uppsägning.¹² En framställning som enbart syftar till att avsluta viss del av anställningsförhållandet saknar normalt rättsverkan som uppsägning.¹³

Som nämnts har AD uttryckt att ett förslag till ändring i anställningsavtalet inte medför några särskilda rättsverkningar. Detta är riktigt såtillvida att anställningsförhållandet inte bringas att upphöra genom en sådan åtgärd. Ett förslag till ändring av anställningsvillkoren kan dock tillsammans med andra omständigheter medföra att anställningsavtalets innehåll ändras. Några sådana situationer berörs i de följande avsnitten.¹⁴ Det bör vidare hållas i minnet att ett förslag till ändring av anställningsavtalet kan ha betydelse vid prövningen om saklig grund föreligger enligt 7 § LAS. Till detta återkommer jag senare.¹⁵

Uppsägningar som kombineras med erbjudanden om fortsatt anställningsförhållande på ändrade villkor får däremot den effekten att anställ-

⁹ Åtgärden betraktas inte som en uppsägning om båda parter, trots förklaringens yttre form, hyser uppfattningen att anställningen skall bestå även om erbjudandet avböjs (jfr AD 1996 nr 13).

¹⁰ Se t.ex. AD 1978 nr 68.

¹¹ Uppsägningen ansågs av andra skäl sakna rättsverkan, se vidare avsnitt 10.5.

¹² AD 1994 nr 122.

¹³ Avsnitt 10.5.

¹⁴ Se avsnitt 10.3.2–10.3.3.

¹⁵ Se avsnitt 11.3.3–11.3.5.

ningen upphör vid uppsägningstidens utgång, om inte erbjudandet antas eller uppsägningen ogiltigförklaras. Uppsägningen måste följa de krav i fråga om form som LAS uppställer. Brister i procederet medför dock inte att uppsägningen saknar verkan. Rättsföljden är istället, dels att allmänt skadestånd kan utgå (38 § LAS), dels att fristerna för att påkalla förhandling respektive väcka talan förlängs (40–41 §§).

Om arbetstagaren accepterar erbjudandet kommer anställningsförhållandet att fortsätta på förändrade villkor. Saken kan också uttryckas så att arbetsgivare och arbetstagare träffar ett avtal om ny anställning. Ett personligt avtal om förändring av anställningsvillkoren kan ingås formlost och behöver inte för att bli rättsligt bindande föregås av någon uppsägningstid eller motsvarande.¹⁶ Detta gäller vare sig initiativet till förändringen tagits i form av ett förslag till ändring eller en uppsägning i kombination med erbjudande om fortsatt anställningsförhållande på ändrade villkor.¹⁷

10.3.2 Ändringsavtal och ensidiga utfästelser

Som berördes i avsnitt 6.7 är utgångspunkten att ett avtalsförhållandes innehåll bestäms när ett bindande avtal kommer till stånd. En annan och lika traditionell utgångspunkt är att parterna även *efter* avtalsslutet kan disponera över avtalets innehåll.¹⁸

Ett anställningsförhållande är dynamiskt i den meningen att ingen av parterna typiskt sett föreställer sig att förhållandet skall vara oförändrat under den tid anställningen varar. Arbetstagare väntar sig t.ex. viss löneutveckling och ofta även att efterhand tilldelas nya uppgifter, helst mer kvalificerade. På motsvarande sätt förväntar sig arbetsgivaren att t.ex. kunna utnyttja arbetskraften för arbetsuppgifter av skilda slag, på olika platser eller vid olika tidpunkter. Det är således ett naturligt inslag i ett anställningsförhållande att detta med tiden får ett ändrat innehåll. Att så är fallet hindrar inte att utgångspunkten vid prövningen av vilket innehåll anställningsförhållandet har vid en viss tidpunkt tas i förhållandena vid anställningens tillkomst (eller det senaste tillfället när villkoren reviderades). Den fråga som ställs är om anställningsförhållandets innehåll har ändrats under anställningstiden till följd av rättshandlande mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁹

¹⁶ Se t.ex. AD 1985 nr 73.

¹⁷ Johansson, JT 1994–95 s. 1131 f. Se även Hasselbalch, Arbejdsret s.118 f.

¹⁸ Se t.ex. Grönfors, Avtal och omförhandling s. 36 f. och Hellner, Kommersiell avtalsrätt s. 13.

¹⁹ Se t.ex. AD 1980 nr 165 och 1976 nr 52.

Att det ursprungliga avtalet bildar utgångspunkten för prövningen får betydelse i flera avseenden. En följd härav är att den part som gör gällande att anställningen har förändrats genom en ensidig rättshandling eller ett ömsesidigt avtal har *bevisbördan* härför.²⁰

Vidare har det ursprungliga avtalets innehåll betydelse för *det sätt på vilket ändringar kan komma till stånd*. Om en ändring enbart innebär att ena parten gör ett ytterligare åtagande (utfästelse) eller avstår från anspråk (eftergift) är det tillräckligt med en *ensidig rättshandling* från den parten. Något krav på accept från motparten lär inte uppställas. Ett exempel är löneförhöjningar. Är det däremot fråga om en förändring som innebär ytterligare åtagande eller avstående från anspråk för båda parter kan förändringen som huvudregel inte genomföras ensidigt, utan båda parter måste lämna bidrag till avtalsbildningen.²¹ Man kan då tala om ett *ändringsavtal*. Som exempel på denna typ av förändringar kan nämnas ändringar av arbetstidsmättet.²² Skillnaden mellan dessa typer av förändringar kan illustreras utifrån AD 1988 nr 20.

Vid anställningen av en verkställande direktör hade någon överenskom- melse om uppsägningstidens längd inte träffats. Bolaget ansåg sig dock skyldig att iaktta skälig uppsägningstid. Bolaget hade sedermera i ett brev lämnat besked om vilken uppsägningstid som det ansåg sig skyldigt att iaktta. Bolaget ansågs bundet av detta besked.

I målet var fråga om en ensidig rättshandling från arbetsgivarens sida och något krav på accept uppställdes inte. Denna rättshandling lär inte sedd för sig ha hindrat direktören från att hävda att han enligt utfyllande regler haft rätt till längre uppsägningstid, t.ex. att tre år är skälig upp- sägningstid i ett anställningsförhållande av detta slag.²³

En rättshandling antas in dubio var odelbar. En förklaring från t.ex. arbetsgivarens sida som innebär såväl förmåner för som ytterligare åtaganden från arbetstagaren grundar därför ingen rätt för arbetstagaren med mindre arbetstagaren accepterar förändringen i dess helhet.²⁴

Ändringsavtal kan i princip inte komma till stånd annat än genom utväxling av rättshandlingar mellan arbetsgivaren och varje enskild arbetstagare. Reglerna om avtals ingående bildar utgångspunkten för

²⁰ Se t.ex. AD 1995 nr 66, 1984 nr 28, 1980 nr 165 och 1976 nr 50.

²¹ Se dock avsnitt 10.5.

²² AD 1984 nr 28 och 1978 nr 14.

²³ Sannolikt var i detta fall även direktören bunden av arbetsgivarens besked till följd av att han tagit initiativet till det besked som bolaget lämnade (genom att fråga vilken uppsägningstid som gällde), att han genom bolagets brev måste ha insett dess uppfattning om avtalets innehåll samt att han inte reklamerat (jfr 6 § 2 st. AvtL).

²⁴ Se t.ex. AD 1986 nr 59.

prövningen av om en sådan ändring kommit till stånd.²⁵ Här skall bara några aspekter beröras.

Det är inte ovanligt att arbetsgivaren uttryckligen anger vilka anställningsvillkor han anser skall gälla för framtiden. Ett ändringsavtal kommer då till stånd om arbetstagaren samtycker till ändringen. Det är inte nödvändigt att arbetstagaren uttryckligen accepterat arbetsgivarens framställning. Arbetstagarens samtycke kan också komma till uttryck genom hans handlande. Det förhållandet att arbetstagaren utför arbete kan i vissa fall ses som en accept (i teknisk mening). Vi har tidigare sett att en arbetstagare som utför arbete vilket arbetsgivaren anvisat, i regel anses ha accepterat att i framtiden utföra arbetet.²⁶ Även i andra fall där utförandet av arbetet delvis kan ses som ett svar på arbetsgivarens förklaring kan det vara aktuellt att uppfatta detta som en accept, om det av omständigheterna i övrigt går att utläsa att arbetstagaren godtagit arbetsgivarens bud. Utförandet av arbete kan i en sådan situation vara att jämställa med en blank accept. Avtalets innehåll kommer därför att bestämmas av arbetsgivarens förklaring, vars innehåll i sin tur skall tolkas i enlighet med vad arbetstagaren på grund av förklaringen borde ha insett om arbetsgivarens uppfattning. Frågan om en avtalsförändring i enlighet med arbetsgivarens uppfattning kommer till stånd är därför beroende av om arbetsgivarens förklaring är tillräckligt klart utformad.²⁷

I AD 1976 nr 14 hade arbetstiden för en timavlönad arbetstagare minskats. Som en följd härav hade hans arbetsinkomst sjunkit. Frågan var om denna förändring genomdrivits ensidigt av arbetsgivaren eller om en överenskommelse träffats med arbetstagaren om förändringen. Arbetsgivaren ansågs inte ha klargjort sin inställning på ett sådant sätt att en överenskommelse om ändring av anställningsvillkoren hade kommit till stånd. Vid bedömningen av vad arbetstagaren bort inse togs hänsyn till att denne var förståndshandikappad.²⁸

Hänför sig den påstådda ändringen till arbetsgivarens prestation ses utförande av arbete inte som en accept. Om arbetsgivaren underlåter att betala avtalad lön kan arbetstagaren fortsätta att utföra arbete utan att hans rätt till ersättning bortfaller.²⁹

Vid prövningen av vilka krav som ställs på accepten läggs vikt vid vilken förändring som är aktuell. Förhåller det sig så att den ifrågasatta ändringen är ytterligt förmånlig för ena parten, även om den t.ex. inne-

²⁵ Se t.ex. AD 1976 nr 8 och SOU 1973:7 s. 173.

²⁶ Avsnitt 8.2.

²⁷ Se t.ex. AD 1995 nr 66. Jfr även AD 1976 nr 122.

²⁸ Se även AD 1977 nr 39 (språksvårigheter).

²⁹ AD 1996 nr 13.

bär att han i något avseende avstår från ett anspråk, anses det ligga nära till hands att parten godtagit förändringen genom tyst accept.³⁰ Är det å andra sidan fråga om en förändring av ett villkor som t.ex. arbetsgivaren har lagt särskild vikt vid, så krävs mer för att arbetstagaren skall ha fog att uppfatta ett visst beteende som en accept av förslaget.³¹

Inom den allmänna avtalsrätten har diskuterats om en efterföljande och gemensam partsuppfattning skall vara bestämmande för avtalets innehåll även om uppfattningen inte kan återföras på någon förklaring eller något annat handlande. Det brukar därvid framhållas att den gemensamma partsuppfattningen får genomslag om ena parten vid avtalslutet inte hade någon uppfattning i frågan men senare bildar sig samma uppfattning som motparten. Detsamma torde som huvudregel gälla om båda parter efter avtalstidpunkten bildar sig en gemensam uppfattning som avviker från den uppfattning de hade vid avtalsslutet.³²

AD:s praxis ger ett visst stöd för att en verklig och gemensam uppfattning om avtalets innehåll alltid respekteras, även om uppfattningen uppkommit under anställningsförhållandets bestånd eller har svag koppling till parternas agerande.³³ Således tycks AD anse det tillräckligt att ena parten under anställningsförhållandet givit sin nya uppfattning till känna och motparten godtagit denna utan att ge sin egen uppfattning till känna.

AD 1991 nr 38. En arbetstagare hade ensidigt sagt upp en del av anställningsavtalet som bara kunde ändras gemensamt av honom och arbetsgivaren. Eftersom det inte fanns något i målet som gav vid handen att arbetsgivaren ”faktiskt godtagit uppsägningen” blev frågan om arbetstagaren på grund av arbetsgivarens förhållningssätt haft fog att uppfatta situationen så att hans uppsägning godtagits.³⁴

Samtidigt framgår av domstolens praxis att det endast i undantagsfall är möjligt att visa att en gemensam uppfattning förelegat, om tvist väl har uppkommit. Regeln om relevansen av den gemensamma partsuppfattningen är normativt överordnad andra tolkningsregler men regeln är i praktiken mer sällan tillämplig. Det är vidare värt att notera att AD tycks prioritera avgöranden som ger enhetliga lösningar för alla berörda arbetstagare. Om tvisten rör ett flertal arbetstagare tycks prövningen om

³⁰ Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 71 och Karlgren, Passivitet s. 11 not 4.

³¹ AD 1991 nr 38. Se även AD 1984 nr 28.

³² Arnholm, Privatrekt II s. 38, Fohlin, Avtalstolkning s. 41 och Huser, Avtaletolkning s. 462. Se även Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 48 f.

³³ Se bl.a. AD 1959 nr 37 (att AD lade vikt vid en efterföljande gemensam uppfattning framgår särskilt vid en jämförelse med AD 1973 nr 14 s. 148).

³⁴ Se även AD 1950 nr 44.

en gemensam partsuppfattning förelegat inte ske på en individuell nivå, utan domstolen tycks utgå från att alla arbetstagare hyst samma uppfattning.³⁵

Det hittills sagda är främst avsett att visa att AD i de flesta fall avgör frågan om ett ändringsavtal har kommit till stånd utifrån traditionella avtalsrättsliga tankemönster, där avgörande vikt läggs vid sådana faktorer som den gemensamma partsuppfattningen och om ett yttrande eller beteende ger uttryck för en dispositionsvilja. I de följande avsnitten skall redovisas några situationer där domstolen antingen modifierat de klassiska avtalsrättsliga tankemönsterna eller helt lämnat dessa för att mer direkt anknyta avtalsverkan till ett visst beteende. Gemensamt för dessa situationer är att avgörandena dikterats av intresset att skydda vissa positioner snarare än att främja partsautonomin.

10.3.3 Några speciella fall

10.3.3.1 *Eftergift av rätt att åberopa skiljeavtal*

Ett problem som domstolen i flera fall ställt inför är följande. För ett anställningsförhållande gäller en skiljeklausul. Vid uppsägning av en arbetstagare lämnar arbetsgivaren ett uppsägningsbesked i enlighet med 8 § 2 st. LAS. Beskedet ges den sedvanliga utformningen och av miss-tag kommer därför att anges att arbetstagaren, om han vill göra gällande att uppsägningen är ogiltig eller yrka skadestånd, skall väcka talan vid domstol. Frågan är därvid om arbetsgivaren har avstått från rätten att åberopa skiljeklausulen.

AD 1977 nr 110. Enligt domstolen kunde det inte antas att arbetsgivaren avsett att avstå från att åberopa skiljeklausulen. Domstolen fann det emellertid inte styrkt att arbetstagaren insett att arbetsgivaren trots besvärshänvisningen ville åberopa klausulen. Inte heller kunde det på grund av ordalydelsen eller till följd av annan omständighet anses att arbetstagaren borde ha insett att hänvisningen fått ett felaktigt innehåll. Besvärshänvisningens ordalydelse berättigade arbetstagaren att anse sig obunden av skiljeklausulen.³⁶

Lydelsen av besvärshänvisningen och den kontext där den förekommer ger uttryck för att arbetsgivaren avsett att tvisten skall lösas vid domstol

³⁵ AD 1984 nr 120. Se även AD 1984 nr 28 och 1982 nr 152 (s. 1189).

³⁶ På samma sätt bedömdes frågan i AD 1989 nr 27 och 1994 nr 36.

istället för av skiljenämnd.³⁷ För en utomstående och rättsligt kunnig person framstår det emellertid som självklart att utformningen av besvärshänvisningarna utgör ett förklaringsmisstag (32 § 1 st. AvtL). Detta har AD också i samtliga fall funnit. I sin prövning av vad arbetstagaren bort inse om arbetsgivarens uppfattning har domstolen ställt påtagligt låga krav på arbetstagaren. Särskilt tydligt är detta i AD 1989 nr 27. Detta kan inte förklaras av annat än att domstolen i det längsta velat undvika att arbetstagaren drabbas av rättsförlust till följd av arbetsgivarens misstag. Att arbetstagaren väcker talan vid domstol anses inte bryta preskriptionstiden enligt 40 och 41 §§ LAS för det fall skiljeförfarande rätteligen skulle ha påkallats.³⁸ Vid den tidpunkt domstolen skulle ha avvisat arbetstagarens talan skulle det också ha varit för sent för arbetstagaren att påkalla skiljeförfarande. I dessa fall har alltså den elasticitet som 32 § 1 st. AvtL ger utnyttjats för att undvika rättsförlust för arbetstagaren.

Man kan ställa frågan om inte rättsföljden av arbetsgivarens misstag blivit alltför långtgående. Personligen anser jag att en förlängning av tiden för att påkalla skiljeförfarande hade varit en mer adekvat följd. Olika rättsliga grepp hade kunnat komma till användning för att uppnå detta resultat, t.ex. att låta väckande av talan vid domstol i enlighet med arbetsgivarens besked konstituera preskriptionsavbrott.³⁹

Denna lösning kan dock av andra skäl ha framstått som mindre tilltalande för arbetsdomstolen. Frågan om arbetsgivarens besked skulle ha verkan som preskriptionsavbrott låg utanför AD:s prövning. Domstolen kunde därför inte rättskraftigt avgöra att förhandlingen utgjort preskriptionsavbrott. Om skiljenämnden inte godtagit AD:s synsätt hade följden blivit att AD avvisat målet på grund av skiljeklausulen varefter nämnden ogillat arbetstagarens talan på grund av preskription.⁴⁰

10.3.3.2 Förlängning av preskriptionsfrist

Att låta arbetsgivarens besked konstituera preskriptionsavbrott hade legat väl i linje med AD 1994 nr 5. Frågan i målet var hur man skall bedöma situationen att arbetsgivaren deltar i förlikningsförhandlingar med arbetstagsidan när preskriptionstiden enligt 41 § LAS löper ut.

³⁷ Jfr AD 1977 nr 74. Ett uttalande av arbetsgivaren att om medlemmen inte accepterade rådande förhållande så fick han stämma till arbetsdomstolen ansågs inte utgöra ett avstående av rätten att åberopa en skiljeklausul. Se även AD 1991 nr 48.

³⁸ Jfr AD 1981 nr 92 och 1966 nr 13. Beträffande det senare fallet se numera 2 kap. 5 § 3 st. LRA.

³⁹ Jfr AD 1982 nr 155.

⁴⁰ Jag tackar Sören Öman för detta påpekande.

AD fann att en arbetsgivare därigenom får anses ha medgett arbetstagaren en förlängning av preskriptionstiden.⁴¹ Låt oss betrakta vilka skäl AD åberopar för denna lösning.

Som utgångspunkt vid bedömningen tar AD att det står arbetsgivaren fritt såväl att avstå från att åberopa preskription som att medge arbetstagaren en förlängning av preskriptionstiden. För det fall att arbetsgivaren uttryckligen förklarar sig avstå från att åberopa preskription eller uttryckligen förklarar sig medge en förlängning av preskriptionstiden är förklaringen sålunda verksam. Härav följer, enligt AD, ”att man även har att räkna med att sådana förklaringar kan komma till stånd konkludent, dvs. genom ett visst uppträdande eller handlande från arbetsgivarens sida.” Domstolen fortsätter.

”Om nu en arbetsgivare deltar i förlikningsförhandlingar med arbetstagaren när preskriptionstiden för väckande av talan löper ut ligger det – om annat inte uttryckligen angetts av arbetsgivaren eller eljest klart framgår av omständigheterna i det enskilda fallet – nära till hands att tolka detta så att arbetsgivaren inte avser att åberopa att preskription inträtt vid nämnda tidpunkt. Det skulle enligt domstolens mening visserligen vara en alltför långtgående slutsats att anta att arbetsgivaren avser att avstå från att över huvud taget åberopa preskription enligt bestämmelsen, med påföljd att arbetstagarens anspråk endast skulle vara underkastad den allmänna tioårs-preskriptionen, men däremot knappast att tillägga arbetsgivarens handlande den innebörden att han är beredd att medge arbetstagaren en förlängning av preskriptionstiden enligt bestämmelsen.”

Domstolen anknyter här till *tillitsprincipen*. Ett skäl för att arbetsgivaren skall anses ha medgivit förlängning av preskriptionstiden är att arbetsgivarens beteende givit uttryck för en avsikt att arbetstagaren inte skall behöva väcka talan så länge förhandlingar förs. Den fråga som ställs är inte vilken uppfattning arbetsgivaren (avgivaren) haft, utan vilken uppfattning hans beteende givit uttryck för. Det kan noteras att AD:s diskussion om det befogade intrycket av en rättsverkningsvilja inte förs direkt i anslutning till den aktuella tvisten, utan domstolen diskuterar istället vilka syften som *typiskt sett* kan utläsas ur beteendet.

Enligt AD finns det ytterligare skäl som talar för att låta förhandlingen medföra en förlängd preskriptionsfrist. Domstolen framhåller att det verkliga förhållandet ofta är att ingen av parterna ägnat preskriptionsfrågan uppmärksamhet. (Något som direkt motsäger vad domstolen tidigare sagt om vilken uppfattning beteendet ger uttryck för.)

⁴¹ Samma lösning tillämpas i AD 1995 nr 113. Jfr AD 1986 nr 59.

”Genom att föra förlikningsförhandlingar demonstrerar de emellertid att båda tänker sig att tvisten skall lösas utan rättegång. Det synes då föga tilltalande att arbetsgivaren, sedan förhandlingar likväl avslutats utan att uppgörelse kunnat nås och arbetstagaren därför väcker talan, skall kunna åberopa att preskription inträtt under förhandlingarnas gång enligt en preskriptionsregel åt vilken varken han eller arbetstagaren skänkt en tanke. Om förhållandet istället är det att arbetsgivaren haft preskriptionsregeln i åtanke, ter det sig närmast stötande att han sedan förlikningsförhandlingarna avslutats utan uppgörelse skulle kunna åberopa att preskription inträtt medan dessa pågick.”

Vad domstolen gör är att etablera en schablontolkning för den aktuella situationen. En arbetsgivare som deltar i förlikningsförhandlingar utom rätta när preskriptionstiden löper ut anses ha medgett en förlängning av preskriptionstiden, om annat inte uttryckligen angetts av arbetsgivaren eller på annat sätt klart framgår av omständigheterna i det enskilda fallet.⁴² Om arbetsgivaren tillbakavisar eller bemöter påstående från arbetstagersidan så anses han inte ha deltagit i förlikningsförhandlingar.⁴³ Förlängningen borde enligt AD inte vara längre än att arbetstagaren får skäligt rådrum för att väcka talan. En månad är enligt AD normalt tillräckligt härför (jfr 66 § 1 st. MBL). Stöd för denna regel har sökts dels i antaganden om den typiska uppfattning som beteendet indikerar, dels materiella överväganden.⁴⁴

En likartad frågeställning möter man i köprätten. Av 32 § köplagen framgår att köparen inte får åberopa att varan är felaktig om han inte har reklamerat inom skälig tid. Enligt en sedan länge gällande princip kan dock säljarens rätt att invända att köparen reklamerat för sent gå förlorad, om säljaren inlåter sig på förhandlingar med köparen, utan att anmärka något om att reklamation skett för sent.⁴⁵ Hellner menar att regeln, såsom den framställs hos Almén, är anmärkningsvärt sträng mot säljaren, men att den förklaras av att själva reklamationsplikten är sträng mot köparen.⁴⁶ Av NJA 1993 s. 436 framgår att avgörande för principens tillämpning är om säljaren genom sitt uppträdande *givit köparen särskild anledning att anta att han avstått* från att göra invändning om för sen reklamation. I fallet gör HD alltså en starkare koppling till att handlandet skall uttrycka en rättsverkningssvilja än som än AD gör i domen 1994 nr 5. Man kan dock notera att bedömningen i NJA 1993 s. 436 inte sker på en individuell nivå, utan att

⁴² Jfr AD 1989 nr 83.

⁴³ AD 1985 nr 45. Se även NJA 1993 s. 436.

⁴⁴ Se även Lindskog, Preskription s. 462.

⁴⁵ Almén, Om köp och byte av lös egendom, § 52 vid not 50 a.

⁴⁶ Hellner, Speciell avtalsrätt I, Köprätt, 1982 s. 193.

prövningen av vilka beteenden som har denna verkan generaliseras.⁴⁷ Det är osäkert om de skilda tankemodellerna leder till olika resultat.

10.3.3.3 Ändring av arbetstidsmätt

I AD 1984 nr 76 var frågan om den omständigheten att några arbetstagare under anställningstiden regelbundet hade arbetat mer tid per vecka än vad anställningsbevisen utvisade medförde att anställningsförhållandets innehåll ändrats.

Vad som skall utgöra en deltidsanställds ordinarie anställningstid fastställs normalt när anställningen kommer till stånd. Arbetstidens längd kan i princip inte ändras annat än genom överenskommelse mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Däremot kan en deltidsanställd anlitas för att utföra arbete utöver gällande ordinarie arbetstid, s.k. mertid.

Om en deltidsanställd arbetstagare anlitas för att utföra arbete utöver den ordinarie arbetstiden är det, enligt domstolen, betydelsefullt att det klargörs mellan parterna att detta arbete verkligen skall betraktas som mertid och att det alltså inte är fråga om en omreglering av den ordinarie arbetstiden. Detta gäller särskilt i fall när mertidsuttaget infaller regelbundet och pågår under längre tid.

”Det inses lätt att arbetstagaren kan ha väsentlig olägenhet av om oklarhet uppstår om den ordinarie arbetstidens längd i deltidsanställningen. En sådan oklarhet kan medföra att arbetstagaren inte kommer i åtnjutande i avsedd utsträckning av det skydd för anställningen som gäller enligt lag. Det är särskilt anställningsskyddslagens regler om rätt till uppsägnings- och permitteringslön men även lagens regler om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist som kan kringgås genom att oklarhet uppstår rörande den deltidsanställdes arbetstid. Det ligger i sakens natur att det i första hand är arbetsgivaren som bär ansvaret för att någon oklarhet inte uppstår om vad som skall gälla i arbetstidshänseende för den deltidsanställda.”

I det konkreta fallet framhöll domstolen att arbetstagarna anlitas för arbete i väsentligt större utsträckning än som följde av anställningsbevisen samt att det större arbetstidsmättet varit schemalagt och uttagits regelbundet under lång tid. Domstolen ansåg därför att anställningsbevisens uppgifter om ordinarie arbetstid skulle lämnas utan avseende och att såsom ordinarie arbetstid istället skulle betraktas den tid som utgjorde arbetstagarnas regelbundna arbetstid.

Den regel som framträder i domskälen är att det regelbundna uttaget av högre arbetstidsmätt medför en omreglering av anställningsavtalet när

⁴⁷ Se även Ramberg, JT 1993–94 s. 524 f.

uttaget väsentligt överstiger den ursprungligen avtalade arbetstiden och uttaget pågått under lång tid. Den faktiska arbetstiden kommer i detta fall att bestämma avtalets innehåll. Domstolen anknyter inte detta faktum till något subjektivt rekvisit hos arbetstagarna, såsom att de med fog utgått från att den ordinarie arbetstiden ändrats. Utgången motiveras med att en oklarhet skulle äventyra arbetstagarnas rätt till bl.a. uppsägningslön enligt LAS.

Regeln får förstås som en indubio-tolkning. Någon omreglering hade inte varit för handen om arbetsgivaren klargjort för arbetstagarna att det högre arbetstidsuttaget skulle betraktas som mertid, eller detta på annat sätt klart framgått av omständigheterna.

Det bör noteras att denna indubioregel är begränsad till fall där deltidsanställda utnyttjas för arbete i högre utsträckning. Är det istället t.ex. så att en heltidsanställd under en lång tid regelmässigt utfört beredskaptjänstgöring har motsvarande regel inte tillämpats.⁴⁸ Domstolen tycks inte anse att någon risk för kringgående av anställningsskyddslagen föreligger i en sådan situation. Detta lär i sin tur förklaras av att den normala uppfattningen på arbetsmarknaden lär vara att det inte föreligger någon ”rätt” till arbete utöver normalt heltidsarbete.

10.3.3.4 Förlängning av uppsägningstid

I AD 1995 nr 66 hade ett antal arbetstagare sagts upp med anledning av att ett bolags verksamhet skulle avvecklas. På initiativ av bolaget kom arbetstagarna att fortsätta arbeta efter uppsägningstidens utgång. Den sista arbetsdagen inföll drygt ett år efter att arbetstagarna mottog uppsägningarna. Frågan var om uppsägningarna därigenom förfallit.

”Anställningsskyddslagens bestämmelser hindrar i och för sig inte att en förlängning sker av den uppsägningstid som följer av lag och avtal. En given förutsättning är dock att en överenskommelse träffas därom mellan arbetsgivaren och arbetstagaren i det enskilda fallet. Arbetstagaren kan alltid motsätta sig arbetsgivarens önskemål om en förlängning av uppsägningstiden samt ta fasta på uppsägningen och lämna anställningen vid den ursprungligen angivna uppsägningstidens utgång. Bevisbördan för att en överenskommelse om att förlänga uppsägningstiden träffats ligger på arbetsgivaren.”

I fallet hade bolaget till att börja med underrättat arbetstagarna om att bolaget önskade att sista anställningsdag framflyttades. Detta skedde genom att en kopia av uppsägningshandlingen med nytt slutdatum överlämnades till arbetstagarna. AD ansåg att en överenskommelse kommit till

⁴⁸ Se t.ex. AD 1993 nr 39.

stånd genom att arbetstagarna tagit emot arbetsgivarens underrättelse om ändring av slutdag och arbetade vidare utan protest. Emellertid upphörde arbetsgivaren efter en tid med att underrätta arbetstagarna på detta sätt. Istället informerades arbetstagarna om att det fanns ytterligare arbete som skulle utföras. AD ansåg att läget därför fick uppfattas på det sättet att uppsägningarna förlorade sin verkan och att arbetstagarna därmed fortsättningsvis var att anse som tillsvidareanställda.

Något krav på att arbetsgivarens bidrag till avtalet skall vara uttryckligt uppställs inte. Däremot ställs vissa krav på avtalets innehåll (avtalstemat). Av vittnesförhöret med en av de anställda framgår att han var införstådd med att arbetet i sinom tid skulle upphöra men att det var oklart hur länge arbetet skulle vara eller mer exakt vilka arbetsuppgifter som skulle slutföras. Mot bakgrund härav får man dra slutsatsen att en överenskommelse om förlängning av uppsägningstiden måste innefatta en viss konkretion av hur lång förlängningen skall vara. Detta är uppfyllt om arbetsgivaren och arbetstagaren är ense om vid vilken dag anställningen upphör. Sannolikt kan även en överenskommelse träffas om att anställningen upphör sedan visst arbete är utfört (jfr 5 § 1 st. LAS). Att inte en överenskommelse om arbete på mer obestämd tid uppfattas som ett avtal om förlängning av uppsägningstiden lär sammanhänga med att en sådan i praktiken skulle innebära en form av tidsbegränsad anställning.

I de fall som behandlats i avsnitt 10.3.3.1–10.3.3.3 har domstolen på olika sätt modifierat de traditionella avtalsrättsliga utgångspunkterna. Detta har skett för att i någon mån skydda vissa etablerade positioner. Syftet med regleringen tycks i frågan om eftergift av skiljeavtal och förlängning av preskriptionstid vara att hindra rättsförluster på grund av misstag, förbiseende eller annan sådan orsak. Vid ändring av arbetstidsmättet och förlängning av uppsägningstiden är syftet att hindra kringgående av anställningsskyddslagen. Domstolen använder olika tekniker för att uppnå dessa mål. I tre fall är det fråga om att underlätta avvikelser och i ett fall om att motverka avvikelser: Vid eftergift av skiljeavtal utnyttjas den elasticitet som 32 § 1 st. AvtL ger och det ställs ett påtagligt lågt aktsamhetskrav på arbetstagarna. Härigenom kommer fullföljdshänvisningen att få avtalsverkan. Vid förlängning av preskriptionstiden och ändring av arbetstidsmättet har domstolen givit vissa beteenden avtalsverkan. Däremot motverkas avtal om förlängning av uppsägningstid genom att särskilda krav ställs på avtalstemat.

10.4 Ensidig ändring inom ramen för anställningen

I avsnitt 10.2–10.3 har beskrivits hur anställningsförhållandet kan ändras genom kollektivavtal och personliga avtal. Kan någon överenskommelse träffas varken med arbetstagaren personligen eller dennes fackförening (i form av kollektivavtal) är utgångspunkten att anställningsförhållandet får bestå med oförändrat innehåll.

Från denna utgångspunkt finns betydande undantag. Det kan t.ex. förhålla sig så att kollektivavtal innehåller uttryckliga regler som ger ena parten, främst arbetsgivaren, möjlighet att ändra anställningsförhållandets innehåll. Sådan rätt kan också tillkomma ena parten genom branschpraxis, bestämmelser i personliga avtal eller utfyllande regler. Begreppsmässigt uppfattas ändringar i anställningsförhållandet som vidtas med stöd av sådana regler normalt inte som ändringar i anställningsavtalet. Förändringarna sker *inom ramen för anställningen*.⁴⁹ Förändringen sker i form av arbetsledningsbeslut. Någon uppsägningstid eller motsvarande behöver normalt inte iakttas innan förändringen genomförs. Möjligheten att rättsligt överpröva besluten är begränsade.⁵⁰

Det är ett kännetecknande drag för anställningsförhållanden att arbetstagarens prestationsskyldighet är öppen i den meningen att det överlämnas till arbetsgivarens bestämmande att inom relativt vida ramar besluta t.ex. vilket arbete en arbetstagare skall utföra.⁵¹ När det gäller arbetsgivarens skyldighet att utge lön och annan ersättning är arbetsgivarens möjligheter att modifiera den bestående ordningen betydligt mer inskränkta.⁵² Ändringar får istället framtvingas genom hot att bringa anställningen att upphöra.

10.5 Partiell uppsägning

I viss, mycket begränsad utsträckning, kan ensidiga förändringar av anställningsavtalet godtas, även om förändringen är till nackdel för motparten. Visserligen är den allmänna utgångspunkten att en uppsäg-

⁴⁹ Se t.ex. Källström i Löntagarrätt s. 177.

⁵⁰ Se vidare avsnitt 8.1.3.

⁵¹ Flera sådana situationer har berörts tidigare. I kapitel 8 behandlas arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet. Se även avsnitt 5.3.6. En fråga i dessa delar är just hur man avgör inom vilka ramar arbetsgivaren ensidigt kan för framtiden ändra den bestående ordningen.

⁵² Se även kapitel 9.3. På flera kollektivavtalsområden är lönen beroende av vilket arbete som faktiskt utförs. Om arbetsgivaren på dessa områden i kraft av arbetsledningsrätten omplacerar arbetstagaren får detta också konsekvenser för lönen. Se t.ex. Göransson i Löntagarrätt. s. 308. Motsvarande i Danmark, Hasselbalch, Ansættelsesretten s. 211.

ning avser anställningsavtalet i dess helhet. I AD 1985 nr 72 anför således domstolen att det är främmande för regelsystemet i LAS att en uppsägning skulle kunna avse endast en del av avtalet.

Uttalandet är enligt min mening väl kategoriskt. Det är klart att alla anställningsvillkor in dubio har samma avtalstid som anställningen i sin helhet.⁵³ Det råder dock ingen tvekan om att LAS inte hindrar arbetsgivare och arbetstagare att träffa avtal om att vissa anställningsvillkor skall gälla för en begränsad tid. De kan t.ex. avtala om att en förmån skall utgå under ett år. Inte heller kan något hinder möta mot att arbetsgivare och arbetstagare träffar överenskommelse om att vissa villkor får sägas upp utan att uppsägningen behöver avse anställningen i dess helhet.⁵⁴ Man kan t.ex. tänka sig en överenskommelse att arbetstagarna skall ha rätt till vissa vinstandelar men att arbetsgivaren förbehåller sig rätten att upphöra med vinstandelssystemet. Fram till dess arbetsgivaren säger upp villkoret kan arbetstagaren kräva att detta följs.⁵⁵ Det kan heller inte uteslutas att omständigheterna är sådana att en rätt att frigöra sig från delar av avtalet föreligger utan uttryckligt avtal härom.⁵⁶

I Norge uppfattas personliga avtal om lön som skilda från anställningsavtalet. Ett löneavtal kan sägas upp utan att anställningen upphör. Om parterna efter en sådan uppsägning inte kan komma överens om ett nytt löneavtal, måste anställningen sägas upp för att upphöra. På den senare uppsägningen är regler om skydd mot osaklig uppsägning tillämpliga (Friberg, Arbeidsmiljøloven s. 365).

⁵³ AD 1992 nr 141, 1978 nr 151, 1977 nr 169 och 1974 nr 13. Se även AD 1996 nr 13.

⁵⁴ Jfr AD 1978 nr 68 (s. 543). I AD 1991 nr 38 anför domstolen att avtal om ensidig och partiell uppsägningsrätt inte kommit till stånd (s. 253).

⁵⁵ Jfr AD 1995 nr 116.

⁵⁶ Schmidt framhöll 1958 att partiella uppsägningar bör anses tillåtna om avtalet innehåller subsidiära regler som träder i stället för de regler som upphört att gälla eller det eljest får anses förutsatt att anställningen skall fortsätta trots att en del av avtalet upphört att gälla. Som ett exempel nämner han att anställningsavtalet består även om en överenskommelse om ackord upphör. Arbetstagaren blir i det fallet skyldig att utföra arbete mot timlön (Tjänsteavtalet s.105).

11 Avtalsförändring och anställningsskydd

11.1 Uppsägning av anställningen

I föregående kapitel redovisades hur anställningsförhållandets innehåll kan förändras genom kollektivavtal och personliga avtal. Det framhölls vidare att en part, främst arbetsgivaren, med stöd av avtalsbestämmelser eller utfyllande regler ensidigt kan ändra motpartens eller sina prestationer, utan att anställningen ändras. Vidare nämndes att partiell uppsägning i vissa fall kan vara tillåten. Är ingen av dessa vägar öppna återstår ingen annan möjlighet än att antingen acceptera ett oförändrat anställningsavtal eller att säga upp anställningen.

Det har redan framhållits att en uppsägning som kombineras med ett förslag till ändring av anställningsvillkoren leder till att anställningen upphör om förslaget inte accepteras eller uppsägningen ogiltigförklaras. *Någon ändring av anställningsförhållandets innehåll kommer alltså inte till stånd genom själva uppsägningen.* Däremot påverkar en parts möjlighet att ensidigt frigöra sig från anställningen förutsättningarna för att ett ändringsavtal skall komma till stånd och dess innehåll. Avtalsbundenheten är aldrig starkare än möjligheten att ensidigt frigöra sig. En giltig uppsägning eller ett hot om sådan kan vara ett starkt påtryckningsmedel för att få till stånd ett ändringsavtal. Under den tid när arbetsgivaren fritt kunde säga upp anställningen med iakttagande av en mycket kort uppsägningstid uppkom överhuvudtaget sällan frågan om vilka ändringar arbetsgivaren kunde påfordra inom ramen för anställningen. Passade inte de villkor arbetsgivaren erbjöd sades arbetstagaren helt enkelt upp.¹

¹ AD 1933 nr 185 och Victorin, SvJT 1979 s. 677.

Förutsättningarna för att genom uppsägning frigöra sig från anställningar är beroende dels av vilken anställningsform som gäller, dels av vilken part som företar uppsägningen.

En *tidsbegränsad anställning* upphör vid anställningens utgång eller när arbetet är utfört. Under anställningstiden har varken arbetsgivaren eller arbetstagaren rätt att säga upp anställningen, med mindre annat har avtalats² eller det är fråga om provanställning (4 § 2 st. LAS). Vid grova kontraktsbrott kan dock anställningen bringas att upphöra utan uppsägningstid (4 § 3 st. och 18 § LAS).

I viss utsträckning kan befrielse från eller förändringar av förpliktelser komma i fråga om ändrade förhållanden har inträtt, även om motparten inte gjort sig skyldig till grovt kontraktsbrott. Om ett avtal på grund av mellankommande omständigheter förändras eller helt bringas att upphöra talar man om överksamhet.³ Avtalsrätten tillhandahåller en lång rad delvis konkurrerande regler eller principer som kan tillgripas i sådana situationer, såsom förutsättningsläran och 36 § AvtL.⁴ Inom arbetsrätten har särskilt frågan om arbetsgivarens möjlighet att till följd av oväntade eller extraordinära händelser befria sig från långa tidsbegränsade anställningar diskuterats.⁵

Enligt direktiven skulle 1992 års arbetsrättskommittés arbete bl.a. syfta till en sådan förenkling av de arbetsrättsliga lagreglerna att dessa kunde läsas och förstås av arbetsgivare och arbetstagare.⁶ Kommittén föreslog bl.a. mot denna bakgrund en lagregel enligt vilken ett anställningsavtal fick brytas om avtalet blivit oskäligt betungande för någondera parten.⁷ Man kan ställa frågan om omnämmandet av möjligheten till frigörelse från anställningar som blivit oskäligt betungande skulle innebära att möjligheten till frigörelse enligt andra regler eller principer, såsom 36 § AvtL eller förutsättningsläran, beskars. Exemplet illustrerar problemet med att öka ett rättsområdes tillgänglighet för allmänheten genom en enkel lagregel.⁸

Om en *tillsvidareanställd arbetstagare* vill få till stånd t.ex. en löneförhöjning men arbetsgivaren motsätter sig detta, står det arbetstagaren i

² SOU 1993:32 s. 425 f.

³ Till skillnad från ogiltighet som förutsätter att rättsföljden beror på omständighet som förelåg vid avtalets ingående (Karlgrén, Avtalsrättsliga spörsmål s. 10 och Hellner, Speciell avtalsrätt II, häfte 2 s. 60).

⁴ Se vidare Hellner, Speciell avtalsrätt II, häfte 2 s. 61 ff. med hänvisningar.

⁵ Se SOU 1993:32 s. 425 ff. och Schmidt, Tjänsteavtalet s.108 ff. samt t.ex. AD 1976 nr 52, 1979 nr 152 och 1991 nr 81.

⁶ SOU 1993:32 s. 86.

⁷ SOU 1993:32 s. 430.

⁸ Hellner diskuterar problem av detta slag i Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 219 ff. Se även Agell, SvJT 1991 s. 404 f. och Victorin, JT 1992–93 s. 369 ff.

princip fritt att säga upp anställningsavtalet och lämna sin anställning. LAS innehåller ingen annan begränsning i arbetstagarens möjlighet att säga upp en tillsvidareanställning än att en månads uppsägningstid skall iakttas (11 §). Genom såväl personliga avtal som kollektivavtal kan avtal träffas om längre uppsägningstid. En annan rättslig begränsning kan ligga i att arbetstagaren är bunden av olika former av konkurrenssklausuler. Självfallet är värdet av arbetstagarens frihet att frigöra sig från anställningen beroende av vilka faktiska möjligheter han har att få anställning med bättre villkor på annat håll.

Vid tillsvidareanställningar är *arbetsgivarens* möjlighet att ensidigt frigöra sig beskuren genom reglerna i LAS. Detsamma gäller vid tidsbegränsade anställningar där parterna träffat avtal om uppsägningsrätt.⁹ Vad som därvid främst är av intresse är dels att 7 § LAS uppställer ett krav på att uppsägningar skall vara sakligt grundade, dels att arbetsgivaren vid uppsägning på grund av arbetsbrist inte fritt får välja vem som skall sägas upp utan måste iakttä vissa turordningsregler (främst 22 § LAS). Dessa regler är tillämpliga även vid uppsägningar av villkorsskäl.¹⁰

Folke Schmidt har kritiserat denna inställning. Enligt honom borde LAS inte vara tillämplig på ändringar av anställningsavtalen. Endast i de fall ändringen är så ingripande eller väsentlig att anställningens identitet ändras borde ändringen prövas enligt LAS. I andra fall, t.ex. reducering av personliga tillägg med mindre belopp, menade Schmidt att fackföreningen får tillvarata arbetstagarnas intressen genom förhandlingar och kollektivavtal. Kritiken grundas på att LAS svårigen låter sig tillämpas i dessa situationer.¹¹ Frågan om innebörden av LAS vid uppsägningar av villkorsskäl har sedan artikeln skrevs klarlagts på väsentliga punkter.

Även för vissa andra avtalstyper, vilka har särskilt stor betydelse för medborgarna, har införts tvingande regler som avser att framtvinga fortsatta avtalsförhållanden under mycket långa tider. Att så är fallet får betydelse för möjligheten till ändring av avtalsvillkoren. Enligt den klassiska utgångspunkten kan tillsvidareavtal fritt bringas att upphöra genom uppsägning, vanligen med iakttagande av viss uppsägningstid.¹²

⁹ Jfr dock avsnitt 3.2.2.

¹⁰ Se t.ex. prop 1973:129 s. 238 och AD 1978 nr 68.

¹¹ Lag & Avtal 1978 nr 3 s. 28 ff.

¹² Det brukar antas att varaktiga avtal som slutits utan att avtal träffats om avtalstidens längd som huvudregel gäller tillsvidare. Att avtalet gäller tillsvidare innebär att vardera part kan säga upp avtalet att upphöra när som helst, eventuellt med iakttagande av viss uppsägningstid (Hellner, Speciell avtalsrätt II, häfte 2 s. 63 och Rodhe, Obligationsrätt s.700). Stöd för denna regel kan hämtas i 46 § kommissionslagen och 2 kap. 24 § 2 st.

Den väg som i första hand ligger öppen för att åstadkomma villkorsändring är att ena parten säger upp avtalet och föreslår att ett nytt avtal träffas med annat innehåll. Kan parterna enas om ett nytt innehåll gäller detta. I annat fall upphör avtalsförhållandet. Vid de avtalstyper där möjligheten att frigöra sig från avtalsförhållandet är begränsad för ena parten står den klassiska lösningen inte omedelbart till förfogande. Det finns här anledning att något beröra hur sambandet mellan skyddet för fortsatt avtalsförhållande och villkorsändring har utformats vid andra avtalstyper än anställningsavtal.

11.2 Villkorsändring vid tvingande regler om fortsatt avtalsförhållande

11.2.1 Hyra av bostadslägenheter

Rätten till bibehållande av avtalsförhållanden som avser hyra av bostadslägenhet benämns vanligen besittningsskydd. Besittningsskyddet är inte utformat som ett förbud mot uppsägning, som är fallet med LAS, utan som en optionsrätt för hyresgästen att påkalla förlängning av hyresavtalet, om detta sagts upp av hyresvärden (12 kap. 46 § JB).

Inom hyresrätten har man starkt betonat sambandet mellan besittningsskyddet och reglerna om hyrans storlek och andra hyresvillkor. Om hyresvärden kunde begära hur hög hyra som helst som villkor för förlängning så skulle besittningsskyddet inte vara mycket värt.¹³

Om hyresgästen eller hyresvärden vill att hyresvillkoren skall ändras skall han skriftligen meddela motparten detta. Om någon överenskomelse inte kan träffas har han rätt att hos hyresnämnden ansöka om ändring av hyresvillkoren. För att få till stånd en prövning av hyresvillkoren behöver hyresavtalet inte sägas upp till upphörande.¹⁴ Prövningen

handelsbolagslagen (se även 8 kap. 5 § och 12 kap. 3 § JB. Jfr dock 9 kap. 2 § 1 st., 10 kap. 2 § 1 st. och 11 kap. 2 § JB). Regeln är tillämplig vid avtal där avtalsparterna successivt utbyter prestationer, däremot inte vid avtal som innebär att ena parten fullgör hela sin prestation inledningsvis (NJA 1946 s. 697 och Bergström, JFT 1973 s. 108 f.). Utgången i NJA 1992 s. 439 bör lämpligen uppfattas som en tillämpning av en utfyllande regel med denna innebörd och inte som tolkning i inskränkt mening. Jfr Kleineman, JT 1992–93 s. 523 ff.

¹³ Prop. 1967:141 s. 48 f. och t.ex. Bengtsson & Victorin, Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom s. 99.

¹⁴ Att hyresvillkoren kan prövas i samband med förlängningstvister framgår av 12 kap. 51 § JB.

av hyresvillkoren har frikopplats från besittningsskyddet. En viss koppling till besittningsskyddet finns i det att villkorsändring i princip inte kan påkallas oftare än vad reglerna om uppsägningstid och avtalstid medger (55 c §).

Hyresnämnden skall fastställa hyran till skäligt belopp. Av lagtexten framgår att hyran inte är skälig om den är påtagligt högre än hyran för lägenheter som med hänsyn till bruksvärdet är likvärdiga (55 § 1 st.). Måttstocken för vad som utgör skälig hyra (bruksvärdet) på det privata området hämtas från hyresnivåerna i det allmännyttiga bostadsbeståndet och förhandlingsöverenskommelser mellan hyresvärdar och hyresgästorganisationer. Beträffande andra hyresvillkor än hyran skall villkor som hyresvärden eller hyresgästen ställt upp gälla i den mån det är skäligt med hänsyn till hyresavtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade omständigheter och omständigheterna i övrigt (55 § 5 st.).

Anna Christensen har gjort gällande att besittningsskyddet för hyresgäster inte nödvändigtvis är förbundet med några garantier för att hyran skall bibehållas på en nivå som gör det möjligt för alla eller så gott som alla att bo kvar i den hyreslägenhet dit de en gång flyttat. Det som är den normativa kärnan i besittningsskyddet kan mycket väl bibehållas även i ett system med marknadsanpassade hyror, förutsatt att marknadsanpassningen sker på en generell och opersonlig nivå. Om däremot hyres sättningen individualiseras och fragmentariseras kommer besittningsskyddet att urholkas.¹⁵

11.2.2 Försäkringsavtal för konsumenter

Anna Christensens uppfattning, att det centrala för att skyddet för fortsatta avtalsförhållanden skall bli tillräckligt effektivt ligger i att avtalsinnehållet följer generella och opersonliga standarder, bestyrks av utformningen av rätten till förnyelse av försäkringar i konsumentförsäkringslagen.

Försäkringsbolagens villkor för försäkringar som vänder sig till konsumenter är av tradition generellt utformade. Man kan alltså tala om de allmänna villkor som försäkringsbolagen brukar tillämpa på försäkringar av visst slag. Konsumentförsäkringslagens skydd för fortsatt avtalsförhållande bygger på detta förhållande.

¹⁵ Christensen, Hemrätt i hyreshuset s. 381 f. Christensen framhåller att bruksvärdesprincipen haft andra ambitioner än att säkra besittningsskyddet, nämligen att garantera en jämn och hög bostadsstandard för hela befolkningen.

Konsumentförsäkringslagen föreskriver att försäkringstiden inte får överstiga ett år, om inte särskilda skäl föreligger (10 §). Försäkringsavtalet förnyas som huvudregel automatiskt om avtalet inte har sagts upp. Försäkringsbolaget får säga upp avtalet enbart om särskilda skäl föreligger (15 § 1 st.). Försäkringsbolaget kan begära ändring av försäkringsvillkoren genom att sända ett skriftligt meddelande till försäkringstagaren viss tid före försäkringstidens utgång. Den nya försäkringen gäller då för den tid och på de villkor som bolaget erbjudit. I motiven angavs att en ändring av villkoren för individuella fall inte är tillåten, om det framgår av omständigheterna att ändringen i själva verket syftar till att skrämja bort försäkringstagaren. En ändring av detta slag måste, enligt motiven, anses liktydig med en vägran att förnya försäkringen och får alltså göras endast om det finns särskilda skäl för en sådan vägran. Vidare framhölls att ändringar av försäkringsvillkoren kan komma att föregås av överläggningar med den myndighet som har att kontrollera försäkringsvillkoren.¹⁶

Även i försäkringsrättskommitténs förslag till personförsäkringslag berördes problematiken. Kommittén föreslog en regel om att försäkringstagaren under vissa närmare angivna omständigheter skulle ha rätt till fortsatt försäkring. Enligt kommittén skulle förnyelse av försäkringen ske på de allmänna villkor som bolaget tillämpar för den aktuella försäkringen. Bolaget skulle inte få göra för försäkringstagaren negativa avvikelser från normalvillkoren utan saklig grund, t.ex. personlig mistro mot kunden utan stöd av några påtagliga omständigheter.¹⁷

Det föreligger en liten men intressant skillnad mellan dessa två lösningar. Enligt motiven till konsumentförsäkringslagen tycks det avgörande vara om ett syfte att "skrämja bort" försäkringstagaren föreligger. Avvikelsen från de normala villkoren blir ett bevisfaktum för att en sådan avsikt föreligger. I förslaget till personförsäkringslag är utgångspunkten däremot att försäkring skall meddelas på de normala villkoren. Försäkringsbolaget får inte avvika från dessa villkor utan sakliga skäl. I det senare fallet åligger det försäkringsbolaget att redovisa att differentieringen i villkoren skett av godtagbara skäl.

De skilda lösningarna kan förklaras av att reglerna rör olika typer av försäkringar. Regeln i förslaget till personförsäkringslag avser sjuk- och olycksfallsförsäkringar. Vid dessa är det vanligt med individuella variationer till följd av försäkringstagarens hälsotillstånd. Några motsvarande

¹⁶ Prop. 1979/80:9 s. 47. Någon ändring i detta avseende föreslås inte i förslaget till skadeförsäkringslag (SOU 1989:88. Se 3 kap. 7 §).

¹⁷ SOU 1986:56 s. 291 f.

individuella variationer lär inte förekomma vid de typer av försäkringsavtal som regleras i konsumentförsäkringslagen.

11.3 Anställningsskyddet

11.3.1 Allmänt

Reglerna i LAS utformades med tanke på uppsägningar som hade sin bakgrund i andra omständigheter än att parterna är oense om hur anställningsförhållandets innehåll skall vara utformat för framtiden. Intresset var vid lagens tillkomst främst inriktat på uppsägningar som hade sin bakgrund dels i strukturförändringar på arbetsmarknaden, som tenderade att i första hand slå ut äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga, dels i att arbetstagaren av en eller annan orsak inte fungerade på arbetsplatsen. Att lagstiftaren inte uppmärksammade lagens betydelse vid uppsägningar av villkorsskäl kan måhända förklaras av att ändringar av anställningsvillkoren huvudsakligen kommer till stånd genom kollektivavtal. En annan förklaring kan sökas i att lagen tillkom i en tid av långvarig ekonomisk tillväxt och relativt hög inflation där frågor om försämringar av anställningsvillkor kan ha tyckts främmande. Oavsett hur det förhåller sig därmed kom lagen att utformas så att dess regler inte på ett alldeles enkelt sätt låter sig tillämpas på uppsägningar av denna typ. Det sagda kommer att illustreras i det följande.

LAS skiljer mellan uppsägningar från arbetsgivarens sida som grundas på personliga skäl respektive arbetsbrist. Beträffande dessa två typer av uppsägningar gäller olika regler såväl för förfarandet vid uppsägning som för bedömningen av om saklig grund föreligger och för vilka rättsföljder som kan komma ifråga. Av lagens uppbyggnad följer att en uppsägning vid en rättslig bedömning alltid måste hänföras till någon av dessa kategorier. Någon tredje möjlighet föreligger inte. Däremot möter det inte något hinder att arbetsgivaren alternativt anför olika uppsägningsskäl, t.ex. att han för den händelse de personliga skälen inte anses utgöra saklig grund i andra hand gör gällande att det föreligger arbetsbrist.¹⁸

¹⁸ Se t.ex. AD 1994 nr 140 och Lunning, Anställningsskydd s. 184. Jfr AD 1980 nr 133. Om en arbetstagare sagts upp under åberopande av arbetsbrist lär arbetsgivaren om återanställning aktualiseras enligt 25 § LAS inte kunna invända att den ursprungliga uppsägningsgrunden var personliga skäl (Lunning, Anställningsskydd s.185). De brister i

Terminologin för denna kategoriuppdelning passar i många fall illa som *beskrivning* av vilka skäl som föranleder uppsägningar från arbetsgivarens sida. När t.ex. en kommun av budgetskäl säger upp anställda i barnomsorgen föreligger ingen brist på arbete för de anställda utan brist på pengar.¹⁹ Likväl måste sådana uppsägningar passas in i någon av kategorierna för att kunna hanteras rättsligt. Personliga skäl respektive arbetsbrist blir rättstekniska begrepp som syftar på vilken av två uppsättningsregler som skall tillämpas på en viss uppsägning. De benämningar som denna uppdelning fått är missvisande men dessa är givna i lagen och även i övrigt så inarbetade att det framstår som lönlöst att argumentera för en annan terminologi.

11.3.2 Gränsen mellan arbetsbrist och personliga skäl

11.3.2.1 Uppsägningsskäl som rättsfaktum samt bevisbördan

Hur skiljer man då mellan uppsägningar som sker av personliga skäl respektive på grund av arbetsbrist?

En första notering är att gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl utgår från vilka bevekelsegrunder arbetsgivaren verkligen haft för uppsägningen. Dessa bevekelsegrunder kan benämnas arbetsgivarens *uppsägningsskäl*. Det rättsfaktum som indelningen anknyter till är varken de skäl arbetsgivaren framfört för att motivera uppsägningen eller hur han rättsligt etiketterat skälen (som arbetsbrist eller personliga skäl). Det sagda skall utvecklas något.

Att det avgörande för enligt vilka regler en viss uppsägning skall behandlas är arbetsgivarens verkliga bevekelsegrunder framgår redan av motiven till LAS. Där uttalas att ett av arbetsgivaren framställt påstående, om att arbetsbrist utgjort grunden för uppsägningen, självfallet inte kan godtas om arbetsgivaren i själva verket haft andra motiv för uppsägningen. Uppsägningen får i sådant fall prövas med hänsyn till den senare grunden.²⁰ I den mån arbetsgivaren påstår att skälet för

personligt avseende som arbetstagaren uppvisar får istället prövas utifrån om han har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen (25 § 1 st. LAS).

¹⁹ För fler exempel se Lunning, Anställningsskydd s. 252.

²⁰ Prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65. Se även t.ex. AD 1995 nr 2 och 1993 nr 61. Något annorlunda hos Källström i Löntagarrätt s. 190 och Alkoholpolitik och arbetsrätt s. 81.

Om arbetstagsidan inte ifrågasätter att det av arbetsgivaren uppgivna skälet är det verkliga skälet har domstolen att utgå från att arbetsgivarens påstående är sant. (17 kap. 3 § RB. Se även AD 1993 nr 104 s. 725)

uppsägningen är arbetsbrist utan att så är fallet talar man om fingerad arbetsbrist.

Frågan om vilka skäl som legat bakom åtgärden är en *bevisfråga*. Av 7 § LAS följer att arbetsgivaren måste visa att uppsägningen orsakats av sådana omständigheter som utgör saklig grund. Teoretiskt har därför arbetsgivaren bevisbördan för vad som utgjorde skälen för uppsägningen.²¹ I praktiken har arbetsgivaren ett avgörande försteg eftersom det är han som företagit handlingen. Arbetsgivaren är auktoritet i fråga om vilka skäl som styr hans handlande. Om det skäl som arbetsgivaren anför till att uppsägningen företogs framstår som rationella, eller i vart fall som rimliga utifrån hans egna utgångspunkter, föreligger ingen anledning att ifrågasätta att han talar sanning.²² Arbetstagsidan måste, för att arbetsgivarens uppfattning inte skall läggas till grund för domen, förebibringa bevisning som minskar tilltron till arbetsgivarens påstående. AD uttrycker saken på följande vis. Om arbetstagen påstår att en uppsägning, som arbetsgivaren uppger vara grundad på arbetsbrist, i själva verket beror på personliga skäl, har arbetstagen bevisbördan för sitt påstående.²³

Den regel om bevisbördan som används vid frågan om en uppsägning orsakats av arbetsbrist eller av personliga skäl skiljer sig från den bevisbörderegeln som upprätthålls i föreningsrättsmål. Enligt den senare bevisbörderegeln har arbetstagsidan först ”att visa sannolika skäl för att en kränkning av föreningsrätten föreligger och att, om sådana skäl framlagts, arbetsgivarparten har att styrka, att för avskedandet förelåg skälighetsorsak oberoende av föreningsrättsfrågan.”²⁴ Arbetsgivarens och arbetstagens bevisstema är oförenliga i den meningen att båda inte kan vara sanna. Praktiskt löses detta genom att bevisprövningen delas i två led och att prövningen i de båda leden inte grundas på samma material.²⁵ Den delning av bevisbördan som föreningsrättsregeln anger följer av att arbetsgivaren som utgångspunkt inte behöver redovisa vilka skäl han haft för åtgärden. En skyldighet att redovisa skälen uppkommer först om arbetstagsidan gjort sannolikt att åtgärden dikterats av ett föreningsrättskränkande syfte.

Vid frågan om en uppsägning orsakats av personliga skäl eller arbetsbrist är utgångspunkten en annan. Här har arbetsgivaren (primärt) bevisbördan för vilka skäl som orsakat uppsägningen. Någon uppdelning av bevisprövningen i två led behöver därför inte ske, utan allt material som belyser

²¹ AD 1975 nr 38.

²² Samma fråga möter man i straffrätten (Jareborg, Straffrättens gärningslära s. 93).

²³ AD 1980 nr 133. Se även t.ex. AD 1993 nr 172.

²⁴ Se t.ex. AD 1937 nr 57, 1988 nr 58 och 1996 nr 67.

²⁵ Se t.ex. Källström i Facklig arbetsrätt s. 91, Sigeman, SvJT 1987 s. 614 och Bylund, Bevisbörda och bevisstema.

frågan om vilka skäl som arbetsgivaren haft för en uppsägning kan prövas i ett sammanhang.²⁶

Det uttryckssätt som AD använder – om arbetstagaren påstår att en uppsägning, som arbetsgivaren uppger vara grundad på arbetsbrist, i själva verket beror på personliga skäl har arbetstagaren bevisbördan för sitt påstående – är därför missvisande. Den bevisbörda som i denna situation åvilar arbetstagaren är en s.k. oäkta eller falsk bevisbörda.²⁷

En situation där det kan ligga nära till hands att ifrågasätta påståenden från arbetsgivarens sida att uppsägningen beror på arbetsbrist är om förändringen av verksamheten bara berör någon eller några enskilda arbetstagare. För denna situation har domstolen i AD 1976 nr 26 uttalat att bevisprövningen får en särskild karaktär.

”Detta beror på att (...) styrkan av de skäl av företagsekonomisk natur som arbetsgivaren åberopar ofta är betydligt svårare att bestämma än om det exempelvis är fråga om en omfattande driftsinskränkning. För att bevissvårigheter inte skall hindra arbetstagaren från att med framgång angripa en uppsägning, där påstådd arbetsbrist endast utgör en täckmantel för annan omständighet, bör en mera nyanserad bevisbedömning göras i fall av detta slag än annars. *Ju sannolikare det framstår – på grundval av den bevisning som avser arbetstagarens påstående – att en uppsägning orsakats av annan omständighet än den som arbetsgivaren har uppgivit, desto starkare krav bör ställas på arbetsgivaren att visa att uppsägningen skulle ha företagits av företagsekonomiska skäl även om den ovidkommande omständigheten inte förelegat.* Inom ramen för denna prövning kan det under särskilda omständigheter vara anledning att granska de uppgivna företagsekonomiska skälen för åtgärden betydligt mera ingående än som annars sker. Kvarstår i ett sådant fall ovisshet, om uppsägningen skulle ha skett om den ovidkommande omständigheten inte förelegat, bör detta gå ut över arbetsgivaren” (kursiverat här).²⁸

Som skall beröras ytterligare i det följande är utgångspunkten vid prövningen av om arbetsbrist föreligger att det ytterst måste ligga i arbetsgivarens hand att bedöma om t.ex. förändringar i organisationen är lämpliga. Det anses inte ändamålsenligt att domstol prövar om en viss

²⁶ Förhållandet mellan 7 § LAS och bevisbörderegeln vid föreningsrättskränkningar diskuteras av Bylund i Arbetsrätten i utveckling s. 41 ff.

²⁷ Se t.ex. Ekelöf & Boman, Rättegång IV, s. 63 f. och Fitger, Rättegångsbalken II, 35:15 ff.

²⁸ Se även AD 1995 nr 149, 1988 nr 32, 1986 nr 55, 1986 nr 158, 1985 nr 79, 1983 nr 94.

Det kan här också erinras om att en uppsägning kan ogiltigförklaras på andra grunder, såsom att den strider mot 20 § jämställdhetslagen, 9 § lagen mot etnisk diskriminering eller innebär en föreningsrättskränkning (8 § MBL).

förändring är företagsekonomiskt motiverad. Det kan tyckas som att den prövning som här återgivits strider mot denna utgångspunkt. Så är formellt inte fallet. *Bevistemat* för prövningen är vilka skäl som orsakat uppsägningen. Det är självklart att ett påstående om att en uppsägning orsakats av vissa företagsekonomiska överväganden minskar i trovärdighet om dessa överväganden inte kan förklaras rationellt. Detta är en annan sak än att arbetsgivaren ytterst får bestämma hur ett företags drift skall vara utformad. Det sagda hindrar inte att prövningen *fungerar* som en kontroll av arbetsgivarens skäl. Denna kontroll innefattar dock inte en överprövning av vilka åtgärder som varit från företagsekonomiska utgångspunkter mest lämpliga. Prövningen begränsas till frågan om uppsägningen med utgångspunkt i arbetsgivarens argumentation framstår som en rationell åtgärd. Om så är fallet saknas anledning att betvivla att uppsägningen orsakats av dessa omständigheter.²⁹

I AD 1976 nr 26 talas om ovidkommande skäl vilket för tankarna till sådana skäl som överhuvudtaget inte kan föranleda att en uppsägning är sakligt grundad. Motsvarande gäller dock för det fall arbetstagsidan påstår att uppsägningen orsakats av andra i och för sig godtagbara skäl, vilka skall bedömas enligt reglerna för personliga skäl.³⁰ Med godtagbara skäl avses att skälen är sådana att hänsyn kan tas till dem vid den intresseavvägning som 7 § LAS påbjuder.³¹

Man bör då ställa sig frågan hur situationen skall bedömas om omständigheterna var sådana att uppsägningen hade kunnat motiveras utifrån såväl arbetsbrist som godtagbara personliga skäl. Det kan t.ex. förhålla sig så att en myndighet fått anslagen nedskurna och den därför vill lägga ner en del av verksamheten som utförs av en person med vilken arbetsgivarens samarbete är mindre gott. Även i en sådan situation tycks AD:s prövning gå ut på att utröna vilka skäl som orsakat arbetsgivarens handlande. Att det framstår som sannolikt att arbetsgivaren skulle ha varit beredd att agera annorlunda om den uppsagde haft ett gott förhållande till arbetsgivaren tycks inte påverka bedömningen om de företagsekonomiskt färgade skälen, sedda för sig, har tillräcklig tyngd för att i en utomståendes ögon utgöra tungt vägande skäl för att tillgripa en uppsägning.³² Det sagda kan också uttryckas så att uppsägningen bedöms enligt reglerna för arbetsbrist om arbetsbristen var en nödvändig men inte tillräcklig betingelse för att uppsägning tillgreps

²⁹ Jfr AD 1996 nr 67.

³⁰ Se t.ex. AD 1996 nr 20.

³¹ Källström i Löntagarrätt s. 190 ff.

³² AD 1995 nr 2 och AD 1994 nr 140. Se även AD 1988 nr 32 och 1976 nr 26.

(samverkande orsaker).³³ Det kan också förhålla sig så att uppsägningen skulle ha vidtagits även om något av skälen – arbetsbrist eller personliga skäl – inte hade förelegat. Inget av skälen är en nödvändig betingelse för uppsägningen utan båda var tillräckliga för att uppsägningen skulle tillgripas (konkurrerande orsaker). I denna situation kan uppsägningen prövas enligt båda regelkomplexen. Arbetsgivaren tycks kunna välja enligt vilket regelkomplex som uppsägningen i första hand skall prövas.³⁴

Även vid de frågor som här diskuteras får arbetsgivaren ett försteg genom att det i princip bara är han som kan veta vilket eller vilka av flera tänkbara skäl som låg bakom att uppsägningen vidtogs. En arbetstagare som mot arbetsgivarens bestridande hävdar att en uppsägning vidtagits av personliga skäl måste förebringa bevisning som tyder på att de personliga skälen och inte arbetsbristen var en nödvändig betingelse för uppsägningen.

AD 1994 nr 1. Ett bolag hade av företagsekonomiska skäl beslutat om personalinskränkningar, varvid det uppkommit ”arbetsbrist i arbetsrättslig mening”. Det hade enligt AD inte framkommit något som tydde på att arbetsgivaren fastställt omfattningen av arbetsbristen eller beslutat att dra in en speciell tjänst för att av personliga skäl säga upp en viss arbetstagare.³⁵

I detta sammanhang bör erinras om att arbetsgivarens uppsägningsskäl i vissa fall kan prekluderas. En uppsägning som skett av personliga skäl får som huvudregel inte grundas enbart på omständigheter som arbetsgivaren känt till mer än två månader (7 § 3 st. LAS). Vidare framgår av 9 § LAS att arbetsgivaren är skyldig att på begäran uppge de omständigheter som åberopas som grund för uppsägningen. Har besked lämnats får beskedet den verkan att arbetsgivaren inte med framgång kan anföra andra skäl än de som angivits i beskedet. Även arbetsgivarens möjligheter att med framgång anföra andra omständigheter än sådana han angivit vid förhandlingar är begränsade.³⁶

³³ Se om samverkande och konkurrerande orsaker respektive nödvändig och tillräcklig betingelse hos Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 290 ff. med hänvisningar till annan litteratur.

³⁴ AD 1987 nr 34. Domstolen fann att en ”reell” arbetsbristsituation förelåg. Uppsägningen prövades enligt reglerna för arbetsbrist trots att ”arbetsgivaren ansett uppsägningen lämplig också på grund av omständigheter som hänförde sig till arbetstagaren personligen”. Se även AD 1995 nr 149. Jfr AD 1977 nr 80.

³⁵ Se även AD 1977 nr 215.

³⁶ Prop. 1973:129 s. 130 och Lunning, Anställningsskydd s. 291 f. samt t.ex. AD 1980 nr 42.

11.3.2.2 Rättslig kvalificering av uppsägningsskäl

När jag tidigare framhöll att frågan om vilka skäl som legat bakom uppsägningen är en bevisfråga så avsågs konkreta skäl, t.ex. att arbetsgivaren för att öka lönsamheten vill lägga ut viss verksamhet på entreprenad. När det väl är klarlagt vilka konkreta skäl som utlöst en uppsägning, är det en *rättsfråga* om skälen skall kvalificeras som personliga skäl eller som arbetsbrist. Vid bedömningen härav har arbetsgivarens uppfattning i frågan inget försteg.³⁷ I rättsfrågor gäller inga bevisbörde-regler. Har arbetsgivaren felaktigt kvalificerat de konkreta skälen för uppsägningen som arbetsbrist, prövar domstolen uppsägningen utifrån reglerna om personliga skäl, även om arbetsgivaren i sin talan inte argumenterat utifrån dessa regler.³⁸

Innan jag går över till att betrakta vilka konkreta uppsägningsskäl som medför att en uppsägning skall bedömas enligt reglerna för personliga skäl respektive arbetsbrist finns det anledning att med några ord beröra ändamålen med LAS.

Det brukar framhållas att ändamålet med LAS varken är att skapa ett långtgående befattningsskydd eller skydd för utgående löner. Ändamålet är istället att skapa trygghet för anställningen i en vidare mening, nämligen ett skydd mot friställningar.³⁹ Tanken är att LAS skall ge ett skydd mot godtyckliga uppsägningar. Detta innebär inte att LAS skulle sakna betydelse som skydd för arbetstagares befattning eller utgående lön. En slutsats som bör dras härav är dock att de ingrepp i arbetsgivarens möjlighet att utforma verksamhetens innehåll, eller om man så vill ingrepp i marknadslösningar, måste kunna försvaras med att ingreppet behövs för att skapa det skydd mot godtyckliga uppsägningar som lagen syftar till att ge. Det är alltså inget mål för lagstiftningen att beskära arbetsgivarens handlingsfrihet, t.ex. i fråga om hur verksamheten skall organiseras. Samtidigt har lagen accepterat att begränsningar i arbetsgivarens handlingsfrihet införs för att hindra godtyckliga uppsägningar. Formulerat på detta allmänna plan lär påståendet kunna accepteras i vida kretsar. Denna enighet upphör när konkreta avvägningar skall göras för särskilda typfall.

Nu är det dags att återvända till frågan om vilka konkreta uppsägningsskäl som medför att en uppsägning skall bedömas enligt reglerna för personliga skäl respektive arbetsbrist. Intresset skall då inriktas mot hur denna gränslinje dras vid uppsägningar av villkorsskäl.

³⁷ AD 1994 nr 122.

³⁸ AD 1991 nr 136 och 1994 nr 122.

³⁹ Se t.ex. AD 1996 nr 144, 1981 nr 1 och 1978 nr 161. Se även Schmidt i Lag & Avtal 1978 nr 3 s. 28 f.

Det har redan tidigare konstaterats att den till lagen anknyttande terminologin, personliga skäl respektive arbetsbrist, inte ger mycket ledning för av vilka fall som skall hänföras till respektive regelkomplex. I lagtexten definieras uppsägning på grund av arbetsbrist som en uppsägning vilken beror på något annat än förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen (jfr 7 § 3 st. LAS). I AD 1994 nr 122 framhåller domstolen att det inte finns någon given definition av vad som utgör personliga skäl.⁴⁰

I vissa fall är det klart att grunden för uppsägningen helt saknar anknytning till arbetstagaren personligen. Detta gäller främst kollektiva uppsägningar. Om arbetsgivaren önskar genomföra villkorsändring gentemot alla, eller i stort sett alla som tillhör viss grupp, skall uppsägningar som syftar till att uppnå detta bedömas enligt reglerna om arbetsbrist. Någon risk för att vissa arbetstagare utsätts för godtycklig behandling föreligger knappast i en sådan situation.

AD 1993 nr 61. I anställningsavtalen för ett stort antal anställda TV-tekniker fanns regler om rätt för den anställde att disponera en av bolagets bilar på sin fritid. Arbetsgivaren önskade avveckla bilförmånen. Tvisten gällde bl.a. om vägran att godta erbjudande om avveckling av bilförmånen utgjorde saklig grund för uppsägning. Tvisten bedömdes enligt reglerna om arbetsbrist.

Mer problematiskt är det med uppsägningar som riktar sig mot en eller några enskilda arbetstagare. Individuella uppsägningar kan bedömas enligt såväl reglerna för arbetsbrist som reglerna för personliga skäl. Ett klart fall är när uppsägningen föranleds av att arbetstagaren på grund av t.ex. misskötsamhet inte fullgör en normal arbetsinsats och arbetsgivaren därför i första hand försöker ändra anställningsvillkoren. I dessa fall är det helt klart att uppsägningsskäl hänför sig till arbetstagaren personligen.

AD 1978 nr 68. Ett tidningsbud, som varit anställd på två utbärningsdistrikt, sades upp från det ena distriktet, eftersom hon inte klarade av att ombesörja tidningsutdelningen på två distrikt inom utsatt tid. Uppsägningen prövades utifrån reglerna om personliga skäl.⁴¹

Vid andra individuella uppsägningar är det inte lika tydligt om skälen för uppsägningen hänför sig till arbetstagaren personligen. Det kan konstateras att lagstiftaren inte har gjort det lätt för rättstillämpningen att lösa denna gränsdragning. Att på grundval av lagtexten avgöra vilka

⁴⁰ Om betydelsen av motiven se not 66.

⁴¹ Se även situationen i AD 1978 nr 161.

uppsägningar som skall prövas enligt reglerna för arbetsbrist respektive personliga skäl låter sig inte enkelt göras när det är fråga om uppsägningar av villkorsskäl. I AD 1994 nr 122 gör domstolen följande uttalande om hur bedömningen skall gå till.

”En grov teoretisk indelning kan (...) göras på följande sätt. Om grunden för arbetsgivarens uppfattning är att företagsekonomiska överväganden leder till att verksamheten inte kan bära den aktuella lönen, är det i princip inte fråga om ett förhållande som är att hänföra till arbetstagaren personligen. Är grunden för arbetsgivarens uppfattning istället att verksamheten visserligen kan bära den aktuella lönen i och för sig, men att arbetstagaren enligt arbetsgivarens mening inte presterar en arbetsinsats som svarar mot hans lön, är det däremot i princip fråga om ett sådant till arbetstagarens person hänförligt förhållande (...).

Det är dock uppenbart att de båda nämnda fallen kan vara svåra att särskilja. Även i det senare fallet kan situationen naturligtvis beskrivas så, att verksamheten inte tål arbetstagarens lön. Skälet till detta är då emellertid inte arbetsgivarens bristande vilja eller förmåga att betala denna lön, utan istället att han anser sig få ett alltför litet ekonomiskt utbyte av denna från just den ifrågavarande arbetstagaren. Denne är, för att använda ett populärt uttryckssätt, enligt arbetsgivarens mening inte nog lönsam.

Med det nu sagda sammanhänger att arbetsgivaren i det förra fallet, principiellt sett, kan på ett för honom tillfredsställande sätt avhjälpa sitt problem genom åtgärder som riktas mot någon annan (något annat) än den ifrågavarande arbetstagaren. Om problemet måste lösas genom uppsägning av arbetstagare utgör det således inte något hinder för dess avhjälpan att arbetsgivaren är skyldig att tillämpa anställningsskyddslagens turordningsregler. Vad saken gäller är ju enbart att åstadkomma det av arbetsgivaren eftersträfvade förhållandet mellan på ena sidan intäkter eller tillgångar och på andra sidan kostnader.

I det senare fallet kan problemet däremot, fortfarande principiellt sett, lösas endast genom åtgärder som riktas mot den ifrågavarande arbetstagaren. Antingen måste dennes personliga arbetsprestation förbättras eller också måste lönen ändras så att den enligt arbetsgivarens uppfattning kommer i paritet med arbetsprestationen. Kan bättring eller överenskommelse om ändring av lönen inte nås, är det givetvis mot just den ifrågavarande arbetstagaren som en eventuell uppsägning måste riktas för att problemet skall kunna avhjälpas”(kursiverat här).⁴²

⁴² Uttalandet återges i AD 1995 nr 40 varvid det anges att uttalandet måste anses vägledande även i det senare målet.

Tom Johansson har kritiserat AD 1994 nr 122 (JT 1994–95 s. 1128 ff.). De argument Johansson (som var ombud för arbetsgiversidan i målet) anför i artikeln framfördes i allt väsentligt också av arbetsgiversidan i målet. Argumentationen godtogs i huvudsak inte av domstolen.

Det kan noteras att domstolens gränsdragning tar sin utgångspunkt i lagtextens ordalydelse. Om skälen för uppsägning är att arbetstagaren enligt arbetsgivarens mening inte presterar en arbetsinsats som svarar mot hans lön, är det i princip fråga om ett till arbetstagarens person hänförligt förhållande. Är det istället så att arbetsgivaren inte har förmåga eller vilja att betala den avtalade lönen är detta inte hänförligt till arbetstagaren personligen. Uppsägningen får då bestämmas enligt reglerna om arbetsbrist. Som domstolen noterar är denna gränsdragning inte helt lyckad eftersom samma situation kan formuleras så att den hamnar på vilken sida som helst av gränsen. Tyngdpunkten i de av AD anförda övervägandena tycks istället ligga i om de problem som enligt arbetsgivaren föreligger (uppsägningsskälen) måste lösas genom åtgärder riktade mot den uppsagde arbetstagaren, eller om lösningen lika gärna kan riktas mot någon eller något annat (kursiverat ovan). I det förra fallet skall uppsägningen prövas enligt reglerna för uppsägning av personliga skäl. Avgörande för gränsdragningen skulle alltså varken vara om arbetsgivarens missnöje riktar sig mot arbetstagarens insats eller resultatet av insatsen, utan om *problemet är sådant att åtgärden måste riktas mot viss arbetstagare*.

I AD 1994 nr 122 var fråga om en ingenjör som under sin anställning utfört vissa speciella VVS-konstruktioner. Ingenjören var den ende vid bolaget som hade erfarenhet av att utföra denna typ av konstruktioner. Under den tid han arbetade med dessa konstruktioner höjdes hans individuella lön från 10 500 kr till 19 000 kr per månad. När arbetsgivaren inte längre erhöll de speciella konstruktionsuppdragen fick ingenjören utföra konventionell VVS-konstruktion. Arbetsgivaren ville sänka ingenjörens lön. Skälet härtill var att ingenjörens arbetsprestation enligt arbetsgivarens uppfattning inte svarade mot hans lön. Det hade inte påståtts, eller var i vart fall inte visats, att arbetsgivaren hade någon svårighet att sysselsätta ingenjören eller debitera kunder i förhållande till hans lön för det fall han haft tillräcklig erfarenhet och skicklighet för konventionell VVS-konstruktion. Uppsägningen fick därför prövas enligt reglerna för personliga skäl.

AD 1995 nr 40. En organist hade enligt sitt anställningsavtal förutom lön enligt tariff ett tillägg på drygt 2 000 kr per månad. Lönetillägget motiverades inte av att hon utförde några extra arbetsuppgifter. Pastoratet sade upp organisten sedan hon avvisat krav från pastoratet om att det individuella tillägget skulle upphöra. Om skälet till uppsägningen antecknade domstolen att arbetsgivaren inte gjort gällande att några arbetsuppgifter skulle försvinna eller medelsbrist skulle föreligga. "Egentligen var det enda skälet för uppsägningen att pastoratet ville sänka just (organistens) individuellt överenskomna lön och att hon inte godtog detta. Mot bakgrund av (uttalandena i AD 1994 nr 122), som måste anses vägledande även i denna tvist,

kan man enligt arbetsdomstolens mening inte komma till någon annan slutsats än att uppsägningen (...) vidtagits av personliga skäl.”

Trots att domstolen tog sin utgångspunkt i lagtexten förefaller det mig som om gränsdragningen ytterst bestämts genom teleologiska överväganden. Den gränsdragning som domstolen valt tycks syfta till att uppsägningar skall hänföras under det regelkomplex som tillhandahåller den modell för prövning som bäst svarar mot lagens ändamål; att skydda mot godtyckliga uppsägningar utan att mer än nödvändigt begränsa arbetsgivarens handlingsfrihet.

I de fall arbetsgivarens problem kan lösas genom att antingen säga upp någon obestämd person eller genomföra någon annan typ av rationalisering skall turordningsreglerna tillämpas. Turordningsreglerna ger i sådana situationer ett acceptabelt skydd mot godtyckliga uppsägningar. Däremot ger turordningsreglerna inte något skydd mot godtyckliga uppsägningar i de fall lösningen av arbetsgivarens problem måste riktas mot en viss angiven person. I denna situation måste prövningen ske enligt reglerna om personliga skäl, om det grundläggande ändamålet med LAS – skyddet mot godtyckliga uppsägningar – skall tillgodoses. Att en sådan prövning kan ske utan att domstolen behöver avgöra vad som är skäligen villkor skall jag försöka visa nedan.

I avsnitt 11.3.4 och 11.3.5 skall jag behandla hur prövningen om en uppsägning står i strid med anställningsskyddslagen går till vid uppsägningar på grund av personliga skäl respektive arbetsbrist. Först skall dock kort beröras vissa allmänna aspekter på uppbyggnaden av begreppet saklig grund.

11.3.3 Arbetsgivarens lojalitetsplikt i uppsägningssituationer

Enligt 7 § 2 st. LAS är arbetsgivaren skyldig att bereda arbetstagaren annat arbete hos sig om detta skäligen kan krävas. Arbetsgivaren har en omplaceringsskyldighet. Som framgår av lagtexten har lagstiftaren tänkt på fall där arbetsgivaren av en eller annan anledning anser det olämpligt att arbetstagaren fortsätter utföra det arbete han hittills utfört. I denna situation åligger det arbetsgivaren att överväga om det finns annat arbete som arbetstagaren kan utföra.

Ordalydelsen täcker inte fall som har sin bakgrund i oenighet om framtida villkor. Om arbetsgivaren erbjuder arbetstagaren att fortsätta sitt vanliga arbete men med lägre lön så faller detta inte in under lagtextens ordalydelse. Emellertid ger bestämmelsen uttryck för en allmän princip om att arbetsgivaren skall överväga alla skäligen möjliga möjligheter som står till buds för att genomföra förändringar i verksamheten utan att

arbetstagare behöver sägas upp.⁴³ Arbetsgivaren har en lojalitetsplikt mot arbetstagaren vid uppsägningssituationer.⁴⁴ Omplaceringsregeln i 7 § 2 st. kan lämpligen uppfattas som en specialreglering av denna princip. Mot bakgrund härav saknar det betydelse om man skall beteckna ett erbjudande om fortsatt anställning som en omplacering eller något annat.⁴⁵

Arbetsgivaren är alltså skyldig att i viss utsträckning beakta en arbetstagares intresse av att behålla sin anställning. Har arbetsgivaren inte i tillräcklig grad beaktat arbetstagarens intressen är uppsägningen inte sakligt grundad.⁴⁶ Lojalitetsplikten ingår som ett moment i begreppet saklig grund.

Arbetsgivarens skyldighet att beakta arbetstagarnas intressen är inte obegränsad. Den viktigaste begränsningen sammanhänger med *arbetsgivarens rätt att bestämma över verksamheten*. Det brukar framhållas att omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st. LAS inte innefattar någon skyldighet för arbetsgivaren att på ett mer ingripande sätt lägga om sin verksamhet. Någon skyldighet att inrätta nya permanenta tjänster anses inte föreligga. Arbetsgivaren kan inte åläggas att skapa arbetstillfällen eller liknande som inte går att erbjuda i verksamheten sådan den är avsedd att bedrivas i fortsättningen. Det rör sig här inte om någon precis regel, utan om en avvägningsnorm. Arbetsgivarens frihet att bestämma över verksamheten är ett värde, och ett tungt sådant, att ta hänsyn till när det skall avgöras vad som skäligen kan krävas i fråga om åtgärder till undvikande av uppsägningar.⁴⁷

”På samma sätt som arbetsgivarens bedömning av behovet att genomföra en organisationsförändring e d är avgörande för frågan om arbetsbrist skall anses föreligga är det ytterst arbetsgivaren själv som avgör om det för att undvika friställningar är möjligt att genomföra en organisationsförändring utan att verksamhetens fortsatta bedrivande därigenom försvåras. Som förut nämnts har nämligen lagstiftaren vid tillkomsten av anställningsskyddslagen intagit ståndpunkten att det inte är lämpligt att domstol gör

⁴³ Prop. 1973:129 s. 121 och t.ex. AD 1977 nr 64 samt 1993 nr 101.

⁴⁴ Uttrycket lojalitetsplikt används vanligen som en beteckning för en avtalsparts skyldighet att i sitt agerande beakta motpartens intresse. Inom arbetsrätten brukar man oftast uppmärksamma *arbetstagarens* lojalitetsplikt. (Se t.ex. SOU 1983:52 s. 95 ff., Fahlbeck, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet s. 95. Eklund i Löntagarrätt s. 257 ff. och Svensäter, Anställning och upphovsrätt s. 110 ff. Se beträffande avtal i allmänhet t.ex. Nicander, JT 1995–96 s. 31 med hänvisningar).

⁴⁵ Jfr Zethräus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 4, Eklund, JT 1993–94 s. 200 samt Johansson, JT 1994–95 s. 1139.

⁴⁶ Prop. 1973:129 s. 122.

⁴⁷ Se t.ex. AD 1977 nr 151, 1980 nr 168, 1983 nr 42, 1993 nr 101 och 1996 nr 20.

sådana företagsekonomiska bedömningar som skulle bli nödvändiga för ett riktigt ställningstagande till denna fråga. Det sagda innebär emellertid inte att domstolen måste godta varje påstående från arbetsgivarens sida om att det från företagsekonomisk synpunkt (...) inte skulle vara lämpligt att genomföra en organisationsförändring som kunde förhindra annars nödvändiga friställningar. Arbetsgivaren bör redovisa de skäl som ligger bakom hans ståndpunkt och dessa skäl måste vid en objektiv bedömning framstå som godtagbara. Kan arbetsgivaren inte visa sådana skäl, bör hans påstående lämnas utan avseende.”⁴⁸

En annan begränsning som har sin bakgrund i hänsyn till verksamheten är att arbetstagaren skall ha tillräckliga kvalifikationer för det arbete vartill han omplaceras.⁴⁹ Innebörden av detta krav berörs kortfattat i avsnitt 11.3.5.

Arbetsgivarens lojalitetsplikt begränsas också av *hänsyn till andra arbetstagare*. Arbetsgivaren är inte skyldig att vidta åtgärder för att undvika uppsägning av viss arbetstagare om åtgärderna medför att andra arbetstagare måste friställas. Inte heller kan det krävas av arbetsgivaren att denne vidtar åtgärder som leder till försämrade anställningsförhållanden för övriga arbetstagare. Detta brukar också uttryckas så att 7 § 2 st. LAS förutsätter att det finns en ledig befattning eller lediga arbetsuppgifter till vilka arbetstagaren skäligen kan omplaceras.⁵⁰ Det sagda hindrar inte arbetsgivare från att omplacera andra arbetstagare inom ramen för deras anställning i syfte att bereda viss arbetstagare fortsatt anställning. Sådana omsorger om uppsägningshotade arbetstagare går dock längre än vad lagen kräver av arbetsgivaren.

Arbetsgivarens skyldighet att i uppsägningssituationer beakta en arbetstagares intresse begränsas alltså dels av hänsyn till arbetsgivarens frihet att bestämma över verksamheten, dels av hänsyn till andra arbetstagare.

Arbetsgivaren har bevisbördan för att han inom dessa ramar har tagit tillbörlig hänsyn till arbetstagarnas intresse. Arbetsgivaren måste därför utreda vilka möjligheter till omplacering eller andra åtgärder som står till buds för att lösa de problem som enligt arbetsgivaren föreligger. Om arbetsgivaren underlåter att genomföra en sådan utredning och det är oklart om det faktiskt fanns möjligheter att omplacera, anses i regel att omplaceringsskyldigheten inte är fullgjord. Särskilt när det är fråga om

⁴⁸ AD 1983 nr 127. Jfr AD 1976 nr 49.

⁴⁹ Prop. 1973:129 s. 242 f.

⁵⁰ Prop. 1973:129 s. 122 samt t.ex. AD 1994 nr 1, 1983 nr 127 och 1977 nr 151. Detta gäller inte vid uppsägning på grund av arbetsbrist och inom turordningskretsen. Se vidare avsnitt 11.3.5.

ett större antal arbetstagare och en komplicerad planerings- eller beslutsprocess ställs dock lägre krav på utredningen.⁵¹

Den tågordning som motiven förespråkar är att arbetsgivaren i första hand skall söka lösningar *inom ramen för anställningen*. Visar sig detta vara omöjligt bör arbetsgivaren söka erbjuda arbetstagaren annan anställning hos sig. Det senare sägs vara befogat särskilt på områden där anställningsbegreppet har särskilt snäv innebörd.⁵² Står någon lösning inom ramen för anställningen inte till buds bör arbetsgivaren så långt möjligt söka erbjuda arbetstagaren ett arbete som är *likvärdigt*, bl.a. ifråga om lön, med det som arbetstagaren dittills haft.⁵³ Beroende på vilka lediga befattningar som finns att tillgå kan en arbetstagare erbjudas lägre lön eller i övrigt sämre förmåner.⁵⁴

Om man överför detta resonemang till situationen att problemet enligt arbetsgivaren är arbetstagarens anställningsvillkor finner man, som vi redan sett, att arbetsgivarens möjligheter att ensidigt t.ex. sänka lönen är begränsade. Likväl åligger det arbetsgivaren att i första hand åstadkomma en lösning av problemet som tillgodoser arbetstagarens intressen inom ramen för anställningen. Är problemet att arbetstagaren inte är (tillräckligt) lönsam, måste arbetsgivaren i första hand undersöka om det finns möjligheter att höja hans produktivitet. Detta kan t.ex. ske genom att arbetstagaren utbildas eller sätts på arbetsuppgifter där hans kompetens kommer till sin rätt. Först när dessa möjligheter är uttömda kan lösningar utom ramen för anställningen komma ifråga.

Som exempel kan nämnas AD 1978 nr 161. En bilförsäljare, som presterat onormalt lågt försäljningsresultat, sades upp. Arbetsgivaren hade genom råd och anvisningar försökt förbättra hans försäljningsresultat. Arbetstagaren hade också fått genomgå en kurs i bilförsäljning. När detta inte medförde någon förbättring ansågs det skäligt att han erbjöds omplacering till arbete som kontorist, vilket låg utanför ramen för hans arbetsskyldighet.

Att det åligger arbetsgivaren att i första hand söka lösningar inom ramen för anställningen betyder inte att arbetsgivaren måste erbjuda konkreta alternativ, innebärande lösningar inom ramen för anställningen, innan andra åtgärder tillgrips. Arbetsgivaren kan t.ex. undvika detta när det inte framstår som sannolikt att åtgärder inom ramen för anställningen skulle lösa problemet. Ett skäl till att lösningar inte kan hittas inom

⁵¹ Se t.ex. AD 1996 nr 66, 1995 nr 152, 1993 nr 89 och 1987 nr 91. Se även AD 1988 nr 82 där det framhålls att även arbetstagarna har ett medansvar för att hitta lösningar till undvikande av uppsägning.

⁵² Prop. 1973:129 s. 121.

⁵³ Prop. 1973:129 s. 121 f. och 243 samt t.ex. AD 1983 nr 110 och 1993 nr 80.

⁵⁴ AD 1982 nr 60.

ramen för anställningen kan vara att arbetstagaren inte vill medverka till lösningen av problemet.⁵⁵ Inte heller behöver arbetsgivaren erbjuda andra lösningar om arbetstagaren varit grovt misskötsam.⁵⁶

Har arbetsgivaren föreslagit lösningar inom ramen för anställningen eller har han lämnat omplaceringserbjudande och har arbetstagaren utan godtagbar anledning avböjt detta är arbetsgivaren normalt inte skyldig att lämna ytterligare förslag eller erbjudanden. Hur avgör man då om en arbetstagare haft godtagbar anledning att avböja den lösning som arbetsgivaren presenterat?

En första anmärkning är att arbetstagaren är skyldig att acceptera förändringar som ligger inom ramen för anställningen. Om arbetstagaren vägrar att godta t.ex. en omplacering som faller inom arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet, så gör arbetstagaren sig skyldig till arbetsvägran, vilket utgör en självständig uppsägningsgrund.⁵⁷ I detta sammanhang kan nämnas att arbetstagaren inte alltid är skyldig att t.ex. genomgå en utbildning som arbetsgivaren föreslår.⁵⁸ En vägran att genomgå en sådan utbildning utgör ingen självständig uppsägningsgrund. Å andra sidan kan en vägran medföra att arbetstagaren senare kan komma att sägas upp på annan grund, t.ex. därför att han vid en omorganisation befinns sakna tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning.

Prövningen av om det förslag som arbetsgivaren givit är godtagbart sker mot bakgrund av arbetsgivarens lojalitetsplikt vid uppsägnings-situationer. Om arbetsgivaren enligt dessa principer borde ha lämnat annat erbjudande har arbetstagaren godtagbar anledning att avböja arbetsgivarens förslag. AD 1983 nr 110 är illustrativt exempel härpå.

En verkstadsmekaniker och arbetande förman sades upp på grund av arbetsbrist. Han erbjöds ett arbete i bolagets verktygsförråd. Arbetsuppgifterna var mindre kvalificerade och lönen lägre än han hittills haft. AD ansåg att mekanikerna haft godtagbar anledning att säga nej till erbjudandet eftersom bolaget borde ha erbjudit honom ett ledigt arbete på reparationsverkstaden, som var mer likvärdigt med det han tidigare haft.⁵⁹

⁵⁵ Se t.ex. AD 1981 nr 1, 1993 nr 73, 1993 nr 215.

⁵⁶ Prop. 1973:129 s. 242 samt t.ex. AD 1993 nr 228 och 1982 nr 30. Se även AD 1989 nr 102.

⁵⁷ Denna aspekt tycks inte ha uppfattats i AD 1983 nr 110. Se Johansson, JT 1994–95 s. 1139 not 27.

⁵⁸ Se t.ex. AD 1985 nr 73 (s. 487).

⁵⁹ Se även t.ex. AD 1977 nr 159.

För att arbetsgivaren inte skall vara skyldig att lämna ytterligare erbjudanden krävs normalt att arbetsgivaren efterhör av vilka skäl arbetstagaren avböjt det tidigare erbjudandet.

Däremot är det i princip utan betydelse om ett förslag till nytt innehåll i anställningsavtalet lämnas före eller i anslutning till uppsägningen. Om tiden för arbetstagaren att ta ställning till förslaget är alltför kort eller omständigheterna i övrigt är sådana att arbetstagaren inte haft skäligt rådrum att överväga erbjudandet kan detta medföra att uppsägningen inte är sakligt grundad.⁶⁰

11.3.4 Uppsägning av villkorsskäl. Prövningen vid personliga skäl

AD har ännu inte klart tagit ställning till hur prövningen av vad som utgör saklig grund skall gå till vid uppsägningar som genomförs av villkorsskäl och som prövas enligt reglerna för personliga skäl. Frågan har bara prövats i ett fall (AD 1994 nr 122). Den följande framställningen får därför uppfattas som ett förslag till hur bedömning bör gå till. Förslaget står enligt min mening i god överensstämmelse med såväl de grundläggande ändamålen bakom LAS som hittillsvarande praxis.

En central utgångspunkt i AD:s praxis är att domstolen inte skall pröva vad som utgör skäliga anställningsförmåner. Ett undantag är om det påstås att anställningsvillkoren är oskäliga enligt 36 § AvtL.⁶¹

Eftersom arbetsgivarens egen bedömning i företagsekonomiska frågor skall vara utslagsgivande bör en utgångspunkt vid prövningen vara att de senaste anställningsvillkoren motsvarade arbetstagarens värde för arbetsgivare vid den tidpunkt när villkoren bestämdes. Skälet härför är att arbetsgivaren vid detta tillfälle måste antas ha värderat arbetstagarens insats till minst den kostnad som anställningsförmånerna medför för arbetsgivaren. I annat fall hade överenskommelsen fått annat innehåll eller någon överenskommelse överhuvudtaget inte kommit till stånd.

För att en ändring skall kunna godtas bör därför krävas att omständigheterna i något avseende förändrats, vilka på ett väsentligt sätt minskat arbetstagarens värde för arbetsgivaren. Dessa omständigheter behöver inte härröra från arbetstagaren personligen utan det kan mycket väl vara yttre omständigheter som medför att värdet av just den eller de uppsagda arbetstagarnas insats minskat. Det kan t.ex. vara så att arbetstagaren tilldelats nya arbetsuppgifter (inom ramen för anställningen) därför att behov av de gamla arbetsuppgifterna inte längre förelåg. Det kan också

⁶⁰ Jfr AD 1991 nr 45. I AD 1989 nr 126 lämnades erbjudandet när arbetstagaren befann sig i ett upprört tillstånd. Se även AD 1994 nr 134.

⁶¹ AD 1994 nr 122 och 1993 nr 61.

vara så att marknaden för de varor eller tjänster som arbetstagaren producerar har förändrats på sådant vis att arbetsgivaren inte längre kan ta ut samma pris som förut. Om arbetsgivaren kan visa att sådana omständigheter föreligger kan man acceptera arbetsgivarens påstående att arbetstagaren, enligt arbetsgivarens preferenser, inte presterar en arbetsinsats som motsvarar hans lön.

Kan arbetsgivaren visa att sådana omständigheter har tillkommit som gör att arbetstagaren inte längre är tillräckligt lönsam, får domstolen ta arbetsgivarens påstående om vilket som är det skäligen vederlaget för gott. Någon prövning av vad som är skäligt vederlag skall ju inte ankomma på domstolen. I de fall diskrepansen mellan de av arbetsgivaren föreslagna villkoren och de anförda skälen för att ändra villkoren är alltför stora bör dock domstolen kunna bortse från anförda omständigheterna, eftersom det inte är troligt att dessa orsakat uppsägningen.

Kärnan i prövningen får istället ligga på bedömningen av om arbetsgivaren gjort vad som skäligen kan krävas för att undvika detta tillstånd. Som framgått ovan åligger det arbetsgivaren att i första hand söka lösningar som inte innebär försämrade anställningsvillkor för den anställde. AD 1994 nr 122 är förenligt med ett sådant synsätt.

I målet prövades en uppsägning som syftade till ändring i anställningsvillkoren enligt reglerna för personliga skäl (se om fallet ovan). Till utgångspunkt tog AD det förhållandet att ingenjören anställdes för att utföra konventionellt VVS-arbete och att bolaget kände till att ingenjören saknade erforderlig erfarenhet för denna typ av arbete. Avsikten vid anställningstillfället var att ingenjören under anställningstiden skulle kunna upparbeta erforderlig erfarenhet. Uppsägningen ansågs inte sakligt grundad med hänvisning till att bolaget var medvetet om att ingenjören saknade erforderlig erfarenhet av konventionell VVS-konstruktion, att bolaget valt att utnyttja ingenjören för VVS-konstruktioner av en speciell typ samt att bolaget insett att dessa särskilda uppdrag när som helst skulle kunna upphöra.⁶²

Att arbetstagaren avböjt ett erbjudande om t.ex. sänkt lön saknar betydelse om arbetsgivaren borde försökt vidta andra åtgärder för att lösa problemet. Detta är en följd av att arbetsgivaren i första hand skall söka lösningar inom ramen för anställningen.⁶³

Kan arbetsgivaren däremot inte visa att några omständigheter föreligger, som väsentligt ändrat de förutsättningar på vilka den senaste överenskommelsen vilat, kan ett påstående om att arbetstagaren inte presterar en arbetsinsats som motsvarar hans lön inte godtas och saklig grund

⁶² Se även t.ex. AD 1978 nr 68.

⁶³ Jfr Johansson, JT 1994–95 s. 1138 ff.

för uppsägning föreligger inte. Ett rent påstående från arbetsgivaren om att han ändrat sina preferenser i förhållande till viss arbetstagare kan inte godtas. Risken för godtycke blir alltför stor.⁶⁴

För att saklig grund skall föreligga bör alltså krävas att arbetsgivaren först visar att några omständigheter har förändrats som gör att arbetstagarens värde för arbetsgivaren minskat. Han skall också visa att han gjort vad som skäligen kan krävas för att hitta en lösning som håller sig inom ramen för anställningen. En prövning av detta slag lär utgöra ett relativt gott skydd mot godtyckliga uppsägningar. Det finns grund att anta att en arbetsgivare som sökt andra lösningar än t.ex. lönesänkning för att uppnå sina mål inte handlat godtyckligt eller i illojalt syfte. Samtidigt behöver domstolen inte direkt ta ställning till vad som är skäliga villkor. Frågan behöver inte ställas om det var skäligt att erbjuda ingenjören i AD 1994 nr 122 en lön om 15 000 kr eller 17 000 kr. Den här förordade typen av prövning är bara möjlig i de fall arbetsgivarens problem måste lösas genom åtgärder som riktas mot viss arbetstagare. Valet kan t.ex. stå mellan att låta arbetstagaren utföra arbete som han har särskilt kunnande för eller sänka hans lön.

I de diskussioner som förts om förhållandet mellan ändring av anställningsvillkor och anställningsskyddet har förespråkats lösningar som syftar till såväl mer som mindre långtgående kontroll av uppsägningar av villkorsskäl än som här förordas.

Victorin har gjort gällande att anställningsskyddet blir illusoriskt om det inte finns tillgång till en instans som vid tvist kan fastställa anställningsvillkoren. Han har därför föreslagit att en regel införs som möjliggör en kontroll av skäligheten av arbetsgivarens förslag till nya anställningsvillkor. En sådan lösning skulle, som Victorin framhåller, gå längre än vad som fordras för att bara hindra kringgående av LAS. Regeln skulle också se till arbetstagarens intresse av fortsatt anställning på likvärdiga villkor.⁶⁵

Andra har tagit som utgångspunkt principen om att det ankommer på arbetsgivaren att göra de företagsekonomiska bedömningarna och att omfattningen av anställningsskyddet får anpassa sig efter denna princip. Enligt denna uppfattning skulle till personliga skäl hänföras fall där skälet till uppsägningen är misskötsamhet, bristande duglighet eller liknande brister hos arbetstagaren. Övriga fall skall behandlas som

⁶⁴ Jfr situationen i AD 1995 nr 40. Jfr även AD 1996 nr 115.

⁶⁵ Victorin, SvJT 1979 s. 687 ff. Jfr ovan avsnitt 11.2.1 och 11.2.2.

arbetsbrist.⁶⁶ Härigenom skulle utrymmet för att rättsligt angripa uppsägningar av villkorsskäl bli avsevärt mindre.

AD har inte accepterat något av dessa synsätt. I AD 1994 nr 122 visar domstolen ånyo att den håller fast vid att i det längsta undvika att påta sig rollen att bestämma vad som är skäligt avtalsinnehåll. Samtidigt visar domstolen att den är beredd att ålägga arbetsgivaren begränsningar i friheten att organisera verksamheten. En lönesänkning får inte genomföras om det t.ex. skäligen kan krävas att arbetstagarens lönsamhet ökas genom utbildning eller andra åtgärder.

Det bör framhållas att den form för prövning som här återgivits inte skiljer sig från prövningen av andra typfall av uppsägningar. I själva verket överensstämmer den här förordade modellen i hög grad med hur prövningen normalt går till. För att saklig grund skall föreligga krävs att arbetsgivaren visar att det föreligger godtagbara skäl för uppsägningen och att dessa skäl är av sådan tyngd att arbetsgivarens intresse av att säga upp den anställde väger upp arbetstagarens intresse av att behålla anställningen. Vid denna avvägning skall hänsyn tas till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Som Kent Källström har framhållit förutsätts att denna intresseavvägning görs av domstolen eller den rättsliga instans som prövar tvisten. ”Regeln syftar dock till att förmå arbetsgivaren att innan han säger upp en anställd ta hänsyn till dennes intresse av att behålla anställningen. Den rättsliga överprövningen, helhetsbedömningen, innebär primärt att domstolen undersöker om arbetsgivaren verkligen försökt beakta arbetstagarens intressen. (...) Intresseavvägningen i domstolen synes i praktiken inte bli reell utan implicerar endast en förhållningsregel för arbetsgivaren i uppsägningsförfarandet att söka alternativa lösningar där arbetstagarens intressen beaktas. Arbetsdomstolen synes obenägen att i ett enskilt fall konstatera att den ena partens intressen väger tyngst. Det torde inte heller vara praktiskt möjligt att överpröva lämpligheten av arbetsgivarens åtgärder

⁶⁶ Johansson, JT 1994–95 s. 1132 ff. och Zethräus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor s. 4. Stöd härför finner Johansson i motiven till LAS. Den karaktäristik som ges av uppsägning med personliga skäl pekar på att lagstiftaren tänkt på uppsägningar som har att göra med att den enskilda arbetstagaren av en eller annan anledning inte fullgör sina arbetsuppgifter på ett tillfredsställande sätt (SOU 1973:7 s. 148, prop. 1973:129 s. 124 ff. och prop. 1981/82:71 s. 64 ff.). AD tillmätte i domen 1994 nr 122 inte dessa uttalanden någon betydelse. Att domstolen inte lade någon vikt vid förarbetsuttalandena kan förklaras av att lagstiftaren överhuvudtaget inte ägnade frågan om hur LAS skall tillämpas på uppsägningar av villkorsskäl någon uppmärksamhet. Av dessa skäl har motiven begränsat värde för den här aktuella frågan.

utan avgörande är om arbetsgivaren på något sätt försökt tillgodose arbetstagarens intressen.”⁶⁷

11.3.5 Uppsägning av villkorsskäl. Prövningen vid arbetsbrist

Reglerna om arbetsbrist skall alltså tillämpas om lösningen på arbetsgivarens problem inte behöver riktas mot viss eller vissa bestämda arbetstagare.

Redan i motiven till LAS framhölls att arbetsbrist normalt utgör saklig grund för uppsägning.⁶⁸ Detta sammanhänger med principen att det ytterst är arbetsgivarens bedömningar i t.ex. organisatoriskt eller företagsekonomiskt hänseende som får bli avgörande. Det står en arbetsgivare fritt att upphöra även med en lönsam verksamhet. En följd härav är att en domstol normalt inte har att närmare gå in på det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i en av arbetsgivaren beslutad personalinskränkning.⁶⁹

I AD 1993 nr 61 ställer domstolen frågan vilken betydelse kravet på saklig grund i 7 § 1 st. LAS har för en uppsägning av villkorsskäl som inte beror på personliga skäl.

”Svaret är att denna regel principiellt sett inte har något reellt innehåll i en sådan situation. Det står arbetsgivaren i princip fritt att genom uppsägning frigöra sig från anställningsavtalets innehåll och erbjuda ny anställning på ändrade villkor. Alternativet skulle vara att det lades i domstolens händer att avgöra vad som utgör skäligen anställningsförmåner. Detta är en lösning som inte är accepterad i svensk arbetsrätt.”

Arbetsbrist uppfattas alltså normalt som ett godtagbart och tillräckligt skäl för uppsägning. Att detta förhållande inte på ett oacceptabelt sätt urholkar skyddet mot godtyckliga uppsägningar beror på att arbetsgivaren måste följa vissa turordningsregler vid valet av vilka arbetstagare som skall sägas upp. Turordningsreglerna utgör ett komplement till skyddet mot uppsägning av personliga skäl. Detta är en viktig funktion för turordningsreglerna.⁷⁰

De turordningsregler som arbetsgivaren har att följa framgår främst av 22 § LAS. Arbetstagarens plats i turordningen bestäms med utgångs-

⁶⁷ Källström, Alkoholpolitik och arbetsrätt s. 83.

⁶⁸ Prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65. Se även t.ex. AD 1977 nr 64 och 1995 nr 152.

⁶⁹ Se t.ex. AD 1994 nr 140, 1989 nr 47, 1987 nr 34 och 1985 nr 79.

⁷⁰ SOU 1993:32 s.473 ff. För andra skäl till turordningsreglernas utformning se även Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 258 f. och samme författare i Studier i arbetsrätt, s. 48 f.

punkt i hans anställningstid och i någon mån hans ålder (3 §). Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid (senioritetsprincipen). Företrädesrätten gäller inom en viss turordningskrets, vilken som huvudregel är anknuten, dels till viss driftsenhet, dels till visst kollektivavtalsområde.

Av AD 1993 nr 61 framgår att LAS turordningsregler är tillämpliga även vid uppsägningar som har sin bakgrund i en önskan att ändra anställningsförhållandets innehåll.⁷¹

Redan *lagens* turordningsregler ger upphov till en oöverskådlig mängd tillämpningsproblem. Till detta kommer att dessa regler för vissa delar av arbetsmarknaden har ersatts av generella kollektivavtalsbestämmelser.⁷² Därutöver kan kollektivavtal som avviker från lagens regler träffas för varje särskilt fall. Avtal om avvikelse från 22 § LAS får träffas även på lokal nivå.⁷³ Det är inte möjligt att inom ramen för denna framställning närmare analysera turordningsbestämmelsernas betydelse vid uppsägning av villkorsskäl. Några påpekanden skall dock göras.

Om arbetsgivaren önskar åstadkomma mer ingripande förändringar i lönestrukturen kan han i första hand söka nå överenskommelse med fackföreningen i frågan. Ett kollektivavtal är för framtiden tvingande i förhållande till personliga avtal.

Kan någon lösning genom kollektivavtal inte nås uppkommer frågan om arbetsgivarens möjligheter att ensidigt genomdriva förändringar. Sett ur arbetsgivarens synvinkel utgör turordningsreglerna inget hinder mot att säga upp anställningen och erbjuda nya och försämrade villkor om åtgärden riktas mot alla arbetstagare inom en turordningskrets. Detta kan t.ex. ske genom att traktamentsförmåner minskas eller att alla anställda får vidkännas en viss angiven lönesänkning (i den mån gällande kollektivavtal inte hindrar detta). Inte heller utgör turordningsreglerna något hinder mot försämringarna som drabbar anställda vilka befinner sig längst ner på turordningslistan. Turordningsreglerna torde heller inte hindra en arbetsgivare från att generellt ändra normerna för lönesättningen, även om detta skulle leda till försämringar för arbetstagare med framskjuten plats i turordningen. Arbetsgivaren kan t.ex. generellt gå över från månadslön till provisionsbaserad lön. Arbetsgivaren torde t.o.m. kunna ändra kriterierna för att bestämma månadslönen.

⁷¹ I målet anger domstolen att sådana uppsägningar inte får genomdrivas i ett diskriminerande syfte eller i strid med god sed på arbetsmarknaden. En uppsägning av detta slag lär normalt inte vara orsakad av arbetsbrist (se ovan avsnitt 11.3.2 samt AD 1977 nr 215). Jfr även Eklund JT 1993–94 s. 200.

⁷² Se t.ex. SOU 1993:32 s. 460 ff.

⁷³ Prop. 1996/97:16 s. 25 ff.

Så länge kriterierna bestäms på en generell och opersonlig nivå är risken liten för att denna ändring på ett godtyckligt vis missgynnar vissa arbetstagare.⁷⁴

LAS regler ger alltså, bortsett från att viss uppsägningstid måste iaktas, inte något skydd mot lönesänkningar som riktar sig mot alla arbetstagare inom turordningskretsen. Skyddet för lönenivån ligger istället i kollektivavtal, vilka ytterst vilar på (hotet om) stridsåtgärder. Det som hände efter att domen i AD 1993 nr 61 meddelats utgör en sedelärande berättelse för hur systemet fungerar. I domen fann AD att LAS inte hindrade arbetsgivaren från att frigöra sig från skyldigheten att tillhandahålla tjänstebilar till vissa TV-tekniker, genom uppsägning och erbjudande om anställning på ändrade villkor. När domen meddelades rådde kollektivavtalslöst tillstånd. Elektrikerförbundet vidtog stridsåtgärder mot arbetsgivaren. Efter ett par månaders konflikt träffades ett kollektivavtal varigenom teknikerna kompenserades för de indragna tjänstebilarna genom höjd lön.

Turordningsreglerna i LAS medger vissa avsteg från senioritetsprincipen. En viktig begränsning ligger i att en arbetstagare som endast efter omplacering kan beredas fortsatt sysselsättning hos en arbetsgivare måste ha tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet. I annat fall äger han inte företräde enligt turordningen (22 § 2 st.). I AD 1995 nr 2 uttalar domstolen att det inte är uteslutet att, i de fall det fortsatta arbetet skulle innefatta samma, eller i allt väsentligt samma uppgifter, som de arbetstagaren sysslade med vid uppsägningen, en prövning av arbetstagarens personliga förhållanden kan leda till att denne inte anses ha tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning. Samtidigt framhåller domstolen att arbetstagaren i en sådan situation normalt får anses ha tillräckliga kvalifikationer.⁷⁵

Det brukar anges att kravet på tillräckliga kvalifikationer inte får ges en vidare innebörd än att arbetstagaren skall ha de allmänna kvalifikationer som normalt ställs på den som söker det arbete det är fråga om. Det kan inte krävas att arbetstagaren fullständigt behärskar sina nya arbetsuppgifter från början utan endast att han har möjlighet att inom rimlig tid lära sig dem. I princip är det arbetsgivaren som är bevisskyldig för ett påstående om att en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer.⁷⁶

AD ger arbetsgivaren relativt vida ramar att själv bestämma vilka kvalifikationer som är tillräckliga för viss befattning. Domstolen tycks

⁷⁴ Jfr vid not 15.

⁷⁵ Annorlunda i AD 1993 nr 104.

⁷⁶ Se t.ex. AD 1994 nr 73.

acceptera arbetsgivarens krav så länge dessa framstår som förklarliga och i huvudsak godtagbara för en utanförstående betraktare. Något hinder möter inte mot att arbetsgivaren, t.ex. i samband med en omorganisation, höjer kompetenskravet för vissa befattningshavare. Kraven får dock inte vara konstruktioner i efterhand.⁷⁷

AD 1993 nr 61. Frågan var om vissa tekniker hade tillräckliga kvalifikationer för att vara chefstekniker. AD uttalade. ”För att kunna fullgöra sina arbetsuppgifter måste chefstekniker åtnjuta arbetsgivarens särskilda förtroende. Det kan inte förutsättas att de övriga teknikerna, som inte kommit i fråga för chefsteknikerbefattning, har denna relation till arbetsgivaren. Arbetsdomstolen anser därför att övervägande skäl talar för att (övriga tekniker) inte innehar tillräckliga kvalifikationer för arbetet som chefstekniker.” I domen accepteras alltså att arbetsgivarens förtroende uppställs som ett krav för att en arbetstagare skulle ha tillräckliga kvalifikationer.⁷⁸

Om det finns flera arbetstagare som uppfyller arbetsgivarens krav för anställningen kan arbetsgivaren däremot inte fritt välja den mest kvalificerade av dessa.⁷⁹

De anförda exemplen visar att arbetsgivaren även vid tillämpningen av turordningsreglerna har ett inte obetydligt spelrum för att beakta företagsekonomiska aspekter.

Jag framhöll nyss att det normalt är tillräckligt att uppsägningen orsakats av arbetsbrist för att saklig grund skall föreligga. Från detta finns ett undantag. Den lojalitetsplikt som beskrevs i avsnitt 11.3.3 är tillämplig även vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Arbetsgivaren är alltså i princip skyldig att i första hand söka lösningar inom ramen för anställningen för att därefter undersöka åtgärder utom anställningens ram.

Förhållandet mellan 7 § 2 st. och 22 § LAS är oklart. Man har t.ex. diskuterat vilken av reglerna som skall tillämpas först.⁸⁰ Måhända bör frågan ställas på ett annat sätt. Med hänsyn till att sanktionerna för reglerna är olika gäller det att hitta en gränsdragning mellan de situationer i vilken den ena

⁷⁷ AD 1994 nr 15 och 1994 nr 73. Prövningen tycks ha vissa likheter med bedömningen av vilka kriterier för meritvärderingen som skall användas vid tillämpning av 16 § 1 st. jämställdhetslagen (se t.ex. prop 1978/79175 s. 51). Se även AD 1983 nr 110. Har arbetstagaren utan klagomål tidigare anförtratts lika kvalificerade uppgifter går det inte att framföra invändningar i efterhand.

⁷⁸ Liknande i AD 1995 nr 107. Se även Eklund, JT 1993–94 s. 200 f.

⁷⁹ AD 1993 nr 80 och 1984 nr 82.

⁸⁰ Ds A 1981:6 s. 233, SOU 1993:32 s. 502 ff., Johansson, JT 1994–95 s. 1137 ff. och Lunning, Anställningsskydd s. 269. För förhållandet mellan 7 § 2 st. och 25 § se Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 249 ff. Se även AD 1996 nr 56 och 1996 nr 144.

och den andra regeln skall tillämpas. Båda reglerna kan inte tillämpas på samma situation. Däremot kan och bör man vid *tolkningen* av innebörden av respektive regel ta hänsyn till den andra regeln. Frågan har dock inte direkt bäring på uppsägningar som har sin bakgrund i oenighet om framtida anställningsvillkor och skall därför inte diskuteras här.

Det ligger i sakens natur att lösningarna på arbetsgivarens problem är andra vid arbetsbrist än när uppsägningarna skett av personliga skäl. Är problemet sådant att det inte hänför sig till arbetstagaren personligen, kan problemet inte heller lösas genom t.ex. att utbildningsåtgärder eller annat riktas mot den uppsägningshotade arbetstagaren. Däremot kan frågan uppkomma om en uppsägning på grund av villkorsskäl hade kunnat undvikas genom att arbetstagaren erbjudits att fortsätta sitt arbete med lägre lön. Som framgått ovan är en utgångspunkt för lojalitetsplikten att arbetsgivaren så långt möjligt skall söka lösningar som innebär så små förändringar som möjligt för arbetstagarna. Vid bedömningen av om detta erbjudande var godtagbart bör turordningsreglerna beaktas. Ett sådant synsätt är även förenligt med uppfattningen att turordningsreglerna utgör ett komplement till skyddet mot uppsägningar av personliga skäl.⁸¹ Omplaceringserbjudande torde därför inte vara godtagbart om arbetstagaren med stöd av 22 § hade kunnat erhålla en mer likvärdig anställning. Man kan uttrycka saken så att omfattningen av lojalitetsplikten bestäms under beaktande av turordningsreglerna.⁸² Det sagda tar sikte på förändringar som ligger utom ramen för anställningen.

⁸¹ Se ovan not 70.

⁸² För annan uppfattning se Johansson, JT 1994–95 s. 1137 ff.

12 Slutord. Har utfyllande regler en styrande funktion?

I avhandlingen har bl.a. undersökts vilken betydelse arbetsdomstolen tillmäter personliga avtal och andra individuella moment vid fastställande av anställningsförhållandets innehåll. En central fråga har varit vad som krävs i det enskilda fallet för att arbetsgivare och arbetstagare skall ha träffat avtal om att avvika från utfyllande regler. Inom den allmänna avtalsrätten har under senare år diskuterats om dispositiva regler har eller bör ha en *styrande funktion*. Skall utfyllande regler uppfattas som reservlösningar när individuella tolkningsdata saknas eller är de noga övervägda normallösningar, vilkas frångående kräver starka skäl? Hur skall det undersökta området bedömas med tanke på denna diskussion?

Utomlands har i vissa fall införts krav på att ett giltigt avtal om avvikelse från vissa utfyllande regler skall träffas skriftligen. Syftet med sådana formkrav är att motverka avvikelser från reglerna. Motsvarande regleringsteknik förekommer även i svensk konsumenträttslig lagstiftning. Däremot har lagstiftaren på arbetsrättens område avstått från att införa sådana formkrav (avsnitt 6.4). Utgångspunkten är istället att traditionella avtalsrättsliga avtalsbindningsmodeller är tillämpliga. Således tycks t.ex. en gemensam partsuppfattning ha företräde framför såväl det uttryckta avtalsinnehållet som dispositiva regler. Den gemensamma partsuppfattningens praktiska betydelsen varierar dock med vilken fråga tvisten rör (avsnitt 7.4.3). Något fall där AD klart kan sägas ha avgjort ett mål utifrån dolusregeln föreligger dock inte.

Utfyllande regler har såtillvida en styrande funktion att bevisbördan vilar på den part som påstår att ett avvikande avtal föreligger. Att bevisbördan har denna placering har särskild betydelse för avtalstyper där den individuella regleringen normalt inte är avsedd att fullständigt reglera parternas mellanhavanden.

Svaret på frågan om utfyllande regler därutöver har styrande funktion är mer splittrad. Av framställningen har framgått att AD till viss del

använder olika modeller för prövning av om det föreligger ett avtal som avviker från utfyllande rätt. Vissa av dessa modeller kan, vid en jämförelse med den traditionella anbud-accept-modellen, närmast sägas motverka avvikelser från utfyllande regler medan andra underlättar avvikelser. Valet mellan modellerna är delvis beroende av vilken utfyllande regel som avtalet är avsedd att reglera. Låt mig ge några exempel.

En modell som motverkar avvikelser från utfyllande rätt finner vi i det krav på *frånvaro av rättsvillfarelse* som AD upprätthåller vid eftergifter av rättigheter som tillkommer arbetstagaren enligt tvingande rättsregler (avsnitt 3.5). Ett annat exempel rör förutsättningarna för att ett giltigt vikariat skall föreligga. Här har AD uppställt ett krav på att anknytningen mellan vikarien och den lediga arbetstagaren skall framgå av anställningsavtalet. Som framgick i avsnitt 6.3 har detta krav i viss mån urholkats i senare praxis.

I andra fall motverkas avvikelser från utfyllande regler av reglernas egen utformning. Detta sammanhänger med att reglerna utformning påverkar vilket avtalstema som erfordras, dvs. vilket innehåll ett avtal skall ha för att avvika från utfyllande rätt. Särskilt tydligt märks detta i frågor där den utfyllande regleringen ger ena parten ensidig bestämmanderätt. Avtalet måste för att anställningsförhållandets innehåll skall avvika från en sådan utfyllande regel gå ut på att den ensidiga bestämmanderätten begränsas. För att ett personligt avtal om starkare anställningsskydd skall föreligga, är det inte tillräckligt att parterna t.ex. hyser en gemensam uppfattning om att några personalneddragningar inte skall göras under de närmaste två åren. Avtalet måste innehålla något mera, nämligen att arbetsgivaren *inte har rätt* att säga upp p.g.a. arbetsbrist (avsnitt 6.9). På motsvarande vis förhåller det sig om arbetstagaren påstår att avtal träffats om begränsningar i arbetsskyldigheten (avsnitt 8.6) eller att han tillförsäkrats förmåner som arbetsgivaren enligt s.k. arbetsgivarventiler ensidigt äger förfoga över (avsnitt 9.3.5).

En likartad effekt har regeln om kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagare (avsnitt 5.3.6). I avsnitt 10.3.3.4 berördes att avtal om förlängning av uppsägningstid inte kom till stånd med mindre det stått klart för arbetstagaren vid vilken tidpunkt eller framtida händelse som anställningen skulle upphöra.

Vissa modeller som AD tillämpar kan alltså sägas motverka avvikelser från utfyllande regler. Å andra sidan använder domstolen även modeller vilka *underlättar avvikelser*.

Domstolen har i en del situationer anknutit avtalsverkan till vissa faktiska beteenden, utan att dessa beteenden kan sägas signalera en dispositionsvilja. I avsnitt 8.2 framgick att om en arbetstagare utan protest utför vissa arbetsuppgifter så anses han ha godtagit att även i framtiden

utföra arbetsuppgifterna. Vidare har framhållits att redan regelbundet utgivande av löneliknande förmåner medför att arbetsgivaren inte ensidigt äger upphöra med att utge förmånen (avsnitt 9.3.3). På motsvarande sätt anses en arbetsgivare, som för tvisteförhandlingar med arbetstagsidan efter att preskriptionsfristen enligt LAS har löpt ut, ha medgivit förlängning av tiden för att väcka talan (avsnitt 10.3.3.2). Om arbetsgivaren regelbundet tar ut högre arbetstidsmåt av en deltidstid anställd och den uttagna arbetstiden väsentligt överstiger den avtalade arbetstiden samt uttaget pågått under längre tid, så anses den avtalade arbetstiden ha förändrats (avsnitt 10.3.3.3). I dessa fall har domstolen prima facie anknutit avtalsverkan till vissa faktiska omständigheter. Man kan här tala om direkt *avtalsgrundande rättsfakta*. Genom att anknyta avtalsverkningar till vissa avtalsgrundande rättsfakta har avvikelser från utfyllande rätt underlättats, i jämförelse med om traditionella tanke-mönster följts.

Även i andra fall har domstolen gynnat lösningar vilka underlättar avvikelser från utfyllande regler. Såväl Arbetsdomstolen som Högsta domstolen tycks i några fall utan stöd i lag ha godtagit att kvalificerad branschpraxis får företräde framför vissa lagregler. Således tycks AD acceptera att huvudregeln om att anställningsavtal gäller tills vidare får vika för kvalificerad branschpraxis (avsnitt 6.6). Och HD har ansett att en skiljeklausul som återfanns i ett kollektivavtal var bindande för en utanförstående arbetstagare helt utan stöd i individuella tolkningsdata. Räckvidden av det senare avgörandet är dock oklart (avsnitt 7.6).

Det kan vidare antecknas att AD i fråga om anställningsform – i högre grad än som antas gälla för andra avtalstyper – tycks acceptera att ensidiga rättshandlingar efter avtalsslut tilläggs avtalsverkan (avsnitt 6.7). AD har även låtit uppsägningsbesked, där arbetsgivaren angivit att talan skall väckas vid domstol, medföra att arbetsgivaren eftergivit ett ursprungligt skiljeavtal. Detta har åstadkommits genom att domstolen ställt påtagligt låga aktsamhetskrav på arbetstagare ifråga om vad han borde ha insett av arbetsgivarens misstag (avsnitt 10.3.3.1).

Personliga avtal är inte det enda sätt varpå individuella moment som härrör från enskilda arbetsgivare och arbetstagare kan inverka på anställningsförhållandes innehåll. Vissa utfyllande regler har en allmän eller elastisk utformning. Sådana regler måste i rättstillämpningen preciseras för att kunna tillämpas i enskilda fall. Vid den tankeoperation som krävs för att en sådan regel skall kunna översättas till ett enskilt fall kan hänsyn tas till olika typer av omständigheter. Inom den allmänna för-mögenhetsrätten läggs ofta betydande vikt vid omständigheter som härrör från de enskilda avtalsparterna. Ett tydligt exempel är fråga om fel föreligger inom köprätten.

I avhandlingen har huvudsakligen två utfyllande regler med sådant allmänt eller elastiskt innehåll behandlats, dels regeln om kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagare, dels reglerna om arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet. För båda dessa fall sker precisering huvudsakligen utan beaktande av individuella tolkningsdata, vilka anknyter till arbetstagaren och arbetsgivaren. Som exempel kan nämnas att i fråga om arbetsskyldighetens geografiska omfattning så sker preciseringen huvudsakligen med beaktande av sådana omständigheter som de lokala kollektivavtalsparternas uppfattningar, bruket på arbetsplatsen och branschpraxis (avsnitt 8.4). Och det avgörande för vilka av kollektivavtalets normer som skall få verkan för utanförstående är arbetsgivarens skyldigheter gentemot kollektivavtalslutande fackförening (avsnitt 5.3.4). Reglernas utformning är härigenom ägnade att underlätta anpassning på bransch- och arbetsplatsnivå. Däremot motverkar de anpassning på individnivå.

Av det hittills sagda framgår dels att individuella moment har olika starkt genomslag beträffande skilda materiella frågor, dels att variationerna i genomslag primärt följer av att olika tankemodeller kommer till användning. Domstolarna tycks ha ett inte obetydligt utrymme att välja mellan modeller som motverkar avvikelser och modeller som underlättar. Man kan mot bakgrund härav fråga vilken förklaringen är till att en viss tankemodell används när det gäller en viss utfyllande regel, men inte vid en annan. Mitt intryck är att detta val till inte ringa del kan förklaras av en strävan att främja vissa materiella lösningar. På det område som här undersökts har valet av modell i vissa fall gynnat ekonomiska värden och i andra fall sociala värden.

Valet av tankemodell skulle alltså kunna förklaras av en strävan att gynna vissa materiella lösningar. Det skulle därmed kunna tyckas som att AD:s praxis utgör ett stöd för ett s.k. materiellt avtalsparadigm har vunnit terräng (jfr avsnitt 2.3.8). Så är dock bara delvis fallet. Materiella överväganden har sällan upphöjts till rekvisit i regler. De rekvisit AD arbetar med är alltså huvudsakligen formella (se särskilt avsnitt 3.6, jfr dock avsnitt 9.3). Den tendens som här kunnat skönjas är att de materiella argumenten har betydelse som ändamålsskäl vid domstolens regelbildning (jfr avsnitt 1.4.5).

De fall där valet av modell har gynnat sociala värden har rört situationer vilka antingen aktualiserat behovet av skydd för krav som avser redan utfört arbete eller som haft samband med anställningsskyddet. Det är fråga om att skydda vissa accepterade och redan etablerade positioner. Vi erinrar oss att AD uppställt ett krav på frånvaro av rättsvillfarelse för eftergifter av rättigheter som tillkommer arbetstagaren enligt tvingande

regler. Regeln tar sikte på krav som har sin bakgrund i redan inträffade händelser. I avsnitt 4.4.1 framhölls att kollektivavtalsparternas möjligheter att förfoga över s.k. intjänade rättigheter, t.ex. lön för redan utfört arbete, är mer begränsade än som är fallet för anspråk för framtiden. Det har vidare framgått att kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagare inte omfattar preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal. Denna insnävring av vilka normer som erhåller utfyllande verkan tycks ha införts för att motverka att anspråk som grundas på arbete som redan utförts går förlorat (avsnitt 5.3.5). Samma argument gör sig gällande när arbetsgivaren felaktigt anger att arbetstagaren skall väcka talan vid domstol istället för att påkalla skiljeförfarande och när parterna för tvisteförhandlingar när preskriptionstiden för att väcka talan enligt LAS löper ut. Även för dessa situationer har domstolen funnit lösningar vilka motverkar rättsförluster (avsnitt 10.3.3.1–2).

I fråga om sådana etablerade positioner som här beskrivits har domstolen en stark benägenhet att finna lösningar vilka motverkar att redan uppnådda och rättsligt accepterade lägen går förlorade. Det kan noteras att domstolen använder olika modeller för att uppnå detta resultat. I vissa fall används modeller som försvårar avvikelser (se t.ex. avsnitt 3.4), i andra fall används modeller som underlättar avvikelser (se t.ex. avsnitt 10.3.3.3). Andra gånger modifierar domstolen innehållet i redan existerande utfyllande regler (avsnitt 5.3.5).

Motsvarande benägenhet till sociala hänsynstaganden har inte gjorts sig gällande i frågor där avtalsregleringen *avser framtiden*. Och detta inte ens om det är fråga om avtalsvillkor som medför påtagliga nackdelar för arbetstagaren. I avhandlingen har AD:s praxis rörande avtal om tidsbegränsad anställning och införlivade av skiljeavtal undersökts. Beträffande båda dessa typer av avtalsvillkor har domstolen i vissa frågor använt modeller som motverkar avvikelser från utfyllande rätt. För skiljeklausuler har domstolen t.ex. anknutit till de principer för särbehandling av överraskande eller tyngande klausuler som utvecklats för standardavtal. Å andra sidan har domstolen använt modeller vilka underlättat avvikelse från utfyllande rätt. Sålunda tycks AD anse att huvudregeln att anställningsavtal gäller tillsvidare får vika för kvalificerad branschpraxis. Slutomdömet blir att rättspraxis inte ger stöd för att de utfyllande reglerna i dessa fall har en mer styrande funktion än som tillkommer dispositiva regler i allmänhet (avsnitt 6.8 och 7.8). Därmed tycks det som att AD inte använder avtalsrättsliga tankemönster för att främja rättvis fördelning. Detta värde gynnas istället genom tvingande materiella regler och kollektivavtalets tvingande verkan (kapitel 3–4).

De fall där arbetsdomstolen valt lösningar vilka kan sägas ha *gynnat värdet av ekonomisk effektivitet* har samband med anställningsförhållan-

dets varaktiga karaktär. Det är fråga om vilka normer som skall *gälla i framtiden* och syftet tycks vara att bevara flexibilitet i anställningsförhållanden. Särskilt tydligt framgår detta i frågor som rör arbetsledningsrättens omfattning. AD har konsekvent gynnat lösningar vilka ger en vidsträckt arbetsskyldighet. Domstolen har varit beredd att tillmäta individuella tolkningsdata relevans ifråga om utvidgning av den primärt avtalade arbetsprestationen, t.ex. genom att låta det faktum att arbetstagaren utfört visst arbete medföra att han anses ha åtagit sig att i framtiden utföra samma arbete. Däremot har domstolen inte på samma sätt varit beredd att låta individuella tolkningsdata medföra begränsningar i arbetsgivarens omplaceringsbefogenhet. I princip saknar angivande av vissa arbetsuppgifter betydelse för omplaceringsbefogenhetens omfattning. Inte heller tillmäts arbetsgivarens underlåtenhet att utnyttja sin option relevans i detta avseende (avsnitt 8.2. och 8.6). Samma värden kan antas ligga bakom domstolens avvisande hållning till att låta lönesättningspraxis, såsom bruk på arbetsplatsen eller motsvarande, konstituera åtagande att ge alla anställda i en grupp samma löneutveckling (avsnitt 5.3.6). Tanken tycks vara att utrymmet för att för framtiden förändra lönestrukturen på företaget skulle försvåras. På motsvarande sätt förhåller det sig med gruppriktade förmåner som utges av arbetsgivaren (avsnitt 9.5). I dessa situationer kan rättsreglerna sägas ge företräde åt värdet av ekonomisk effektivitet. *Detta sker då inte genom att tillgodose intresset av partsautonomi, utan genom att minska transaktionskostnaderna för arbetsgivaren.*

Likartade överväganden kan även förklara att förekomsten av kollektivavtal och fackliga förhandlingar får till följd att arbetsgivaren i viss utsträckning blir immun mot krav som stöds av tolkningsdata från det individuella planet. Vad som förevarit vid fackliga förhandlingar kan t.ex. neutralisera information som lämnats direkt till de anställda (avsnitt 9.3.5).

Tidigare framhölls att rättsordningen på olika sätt gynnar starka fackliga organisationer och att detta sker i syfte att organisationerna skall medverka till att åstadkomma en rättvis fördelning mellan arbetsgivare och arbetstagare. I avsnitt 1.6.3 uttrycktes detta så att starka fackföreningar är ett primärmål i förhållande till ultimärmålet rättvis fördelning. Denna funktion av fackliga förhandlingar och kollektivavtal hindrar inte att fackliga förhandlingar på *det individuella planet* kan bidra till förverkligandet av målet ekonomisk effektivitet. Som jag ser det är det sistnämnda en förbisedd funktion av att regleringen av anställningsförhållandets innehåll i hög grad är föremål för kollektiva förhandlingar. Om vi i Sverige – som ibland förespråkas från arbetsgivarhåll – i större utsträckning överger metoden att reglera anställningsförhållandets

innehåll genom fackliga förhandlingar och kollektivavtal finns all anledning att räkna med att AD kommer att tillmäta individuella tolkningsdata större relevans. Därigenom kommer anställningsförhållandets innehåll i högre grad att bestå av individuellt avtalade anställningsvillkor. Från dessa kan arbetsgivaren inte frigöra sig utan överenskommelse med arbetstagaren eller uppsägning enligt LAS. Den eftersträlvade flexibiliseringen kan på detta sätt mycket väl komma att bytas ut mot en större stelhet i regleringen av anställningsförhållandena.

Summary

1 Introduction

The legal relationship between employer and employee (hereafter, the employment relationship) is affected by a large number of different sources of law: statute, collective agreement, rules of law generated from case law, different forms of custom as well as individual employment contracts between the parties. In this thesis, the author examines the extent to which the Swedish Labour Court accords significance to individual employment contracts, and other factors personal to the employer and employee, in determining the content of the employment relationship (i.e. the rights and duties of the parties).

The first task is to establish the limits of the parties' freedom of contract. Rules provided for by statute, collective agreement and case law may be either mandatory or default rules. A default rule governs the parties' relationships unless they, explicitly or implicitly, contract out of it. The question here is how to determine whether a particular rule is mandatory or a default rule.

Even mandatory rules, however, can leave a certain amount of space for individual contracts. Normally, a mandatory rule is only aimed at contractual clauses which involve disadvantages for one party. In addition, the mandatory character of the rule usually ceases at a certain point of time, e.g. when the right which the rule grants one of the parties has come into being.

When the default character of a rule has been confirmed, the next question is under which circumstances the parties to an individual employment contract can be assumed to have exercised their right to diverge from that which is set out in the rule.

Individual employment contracts are not the only means by which personal factors can affect the contents of the employment relationship. Certain rules of a supplementary character have a general or elastic

construction. Such rules must, in each particular case, be concretised in order to be applied. In doing so, regard can be had to different considerations. In the analysis this thesis makes of different supplementary rules, special weight is placed on the significance personal factors have been accorded in concretising a rule in a particular case.

These are the central legal questions in the thesis. The main place to look for answers to these questions is in the case law of the Labour Court. This collected case law is examined with three different purposes in mind. The primary purpose is to analyse the content of the law as it is today (the *lex lata*). A second purpose is to compare the solutions reached in the case law of the Labour Court in this area to those reached in other areas of the law of contracts. Finally, an attempt is made to shed light on the underlying goals of the case law of the Labour Court, in other words, the values which this case law seeks to protect.

Chapter 1 and 2 introduce the subject and deals with the methodology and some central concepts.

2 Mandatory rules

Chapter 3 of the thesis deals with mandatory rules. In the area of the employment relationship, mandatory rules have primarily been introduced in order to protect employees from disadvantageous contractual clauses. The rules are usually mandatory only for the employer, i.e. it is only contracts which are unfavourable to the employee which breach the rule. The determination of whether a contractual condition is unfavourable is objective in the sense that no significance is attached to what the particular employee considers is good or bad. Normally, the content of the specific contractual provision is compared to the content of the equivalent statutory rule. No overall evaluation is carried out of the employee's advantages under the contract as a whole as compared to his or her advantages under the statute.

Despite the fact that the purpose with mandatory rules is normally to protect the weaker party from unfavourable conditions, the weaker party can, once a dispute has crystallised, waive his rights. For example, an employee can waive his right to judicial review of a dismissal after the employer has raised the question of ending the employment. The reason for allowing this is partly a desire to facilitate settlements of disputes without the need for litigation and partly by the fact that the need for protection of the weaker party by that time is not so strong. In order to prevent the situation where the rights guaranteed the weaker party are lost by mistake, omission or something similar, the Labour Court has

stated that the absence of a mistake of law on the part of the employee (alternatively, where the employer had reasonable grounds for assuming that the employee was not acting under mistake of law) is a condition for waiving the mandatory rule.

It can be noted that the Court has not chosen a solution whereby the weaker party can waive the protection he has under a mandatory rule, as long as, materially speaking, he receives reasonable compensation. Instead, it has focused on the formal circumstances existing between the parties at the time of the contract.

3 The mandatory force of collective agreements

Chapter 4 deals with the mandatory force of collective agreements. Employers and employees who are bound by a collective agreement cannot reach individual agreements which conflict with the collective agreement.

The fact that a clause in an individual agreement conflicts with a collective agreement does not mean that the employment situation governed by the former totally ceases to apply. The result is, instead, that the applicable conditions of the collective agreement apply instead of the divergent provisions of the individual agreement (i.e. the latter are regarded as separable from the agreement as a whole). It is not necessary to institute court proceedings to bring this result about. As regards future contractual relationships, the parties are always free to invoke the terms of the collective agreement rather than those of the individual agreement. As regards claims based on work already carried out, the point of departure is that both parties are free to invoke the terms of the collective agreement. For example, an employee who, as a consequence of an individual agreement, has received a lower salary than that to which he is entitled under a collective agreement is entitled to the difference. Nonetheless, there are some restrictions as regards such claims. The most important of these concerns the rules on time limits for negotiation and for instituting court proceedings for damages and/or performance of a collective agreement in sections 64-68 of the Act on Joint Regulation of Working Life (*Medbestämmandelagen*, hereafter, MBL). These rules provide that trade unions on the one hand, and employers' organisations on the other (or individual employers bound by collective agreements) shall initiate negotiations and bring claims within a relatively short period of time.

In section 27 MBL it is stated that contractual clauses which *conflict with* collective agreements do not apply. This rule need not prevent agreements on, e.g., higher salaries than those specified in the collective agreement. A clause in a collective agreement can also be framed so as to permit variations, in which case a divergent individual agreement would not conflict with it. The choice as to whether a clause in a collective agreement is mandatory or of a default character is made by the parties to the agreement at the time of the agreement. Thus, in doubtful cases, the question of whether or not a clause in an individual contract is in conflict with a collective agreement has to be solved in each particular case, in accordance with the applicable rules on interpretation of contracts. Nonetheless, the case law of the Labour Court gives some guidelines as to what approach to take where it is unclear whether the clause is mandatory or of a default character. Thus, in *dubio*, paying a lower salary than that provided for by a clause is not allowed. Furthermore, in *dubio*, it is not permitted to use other methods for working out salary levels than those provided for by a clause, even where these do not result in a salary being set at a lower level. The reason for this strict approach is the risk that the organisations party to a collective agreement would experience more difficulty in monitoring compliance with the agreement. By contrast, no rule has developed in case law providing that, in *dubio*, paying higher salaries is permissible, or not permissible.

Rules in statutes and collective agreements are both made mandatory due to a desire to distribute equally the benefits of an employment relationship between the parties. However, the approaches taken by the two sets of norms diverge as regards how this goal is to be achieved. The purpose behind the mandatory nature of a collective agreement appears primarily to be to protect the parties *to the collective agreement* against this being undermined by individual agreements between employers and employees. The organisations' supervisory power over the collective agreement is seen as a means to ensure that the advantages of the agreement accrue to their members. This underlying purpose can be contrasted with consumer legislation and, to a certain extent, the mandatory legislation applicable in the area of employment law not covered by collective agreements. In these areas, the legislator has set out, in concrete terms, the rights and duties which the parties to an agreement shall have, and the rights accrue to consumers and employees without the need to pass through an organisation as an intermediary. As a consequence of this, in comparison to employment legislation, collective agreements often involve greater restrictions in employers' and employees' freedom of contract.

4 The supplementary effect of collective agreements

Under section 26 of MBL, collective agreements only bind employers and employees who are members in organisations which are parties to the agreement. But section 26 does not mean that collective agreements lack any significance for “external” employers or employees (chapter 5). Employees are regarded as “external” if they are not members of a trade union which is party to a collective agreement, irrespective of whether they are members of any other union or not. Employers are regarded as “external” if they are not members in an organisation bound by a collective agreement or have not concluded a collective agreement of their own. As a result of case law, the provisions in applicable collective agreements can fill out even external employment relationships. But here, the provisions of the agreement only have a default character in relation to the employment relationship and divergences from the agreement are not “breaches” of it.

For an external employee working for an employer which is bound by a collective agreement the decisive factor in determining a dispute as to whether a collective agreement shall have a supplementary role or not is whether the agreement as such, or some part or it, has been applied in the workplace. It is immaterial whether or not it is the particular provisions of the agreement that are the subject of the dispute which have earlier been applied. This means that it is possible for new provisions in a collective agreement governing matters previously unregulated to apply to an existing individual contract. The external employment situation is supplemented by provisions in collective agreements as and when these are updated.

However, not every provision of a collective agreement is regarded as being capable of supplementing an individual contract of an external employee, but only these provisions which are intended to be applied generally to all employees. There are some difficult borderline questions. For example, the common situation where a collective agreement lays down a minimum wage for a group but also provides for a further “pot” to be distributed locally on the basis of local negotiations. According to case law, in such situations, an external employee cannot claim other benefits than those which follow from the rules which are applicable to the group as a whole. Nor can an external employee claim benefits which, under the collective agreement, are only due to members of organisations expressly covered by the agreement. Thus, the organisations party to a collective agreement can on occasion exercise a strong

influence on the provisions applying to external employment relationships.

The rules on the supplementary effect of collective agreements for external employment relationships are constructed in a relatively complicated way. This can be explained by the fact that these rules are of a composite character. They are partly characterised by a desire to ensure that external employees enjoy a minimum level of protection in their employment relationships. On the other hand, when determining the scope of this minimum protection, the Labour Court has taken into consideration the need to leave this area largely open to the trade unions and employers' organisations to regulate as they see fit. Finally, the rules are also intended to provide methods for regulating external employees' working conditions which will reduce transaction costs, i.e. the costs of planning, adapting and monitoring the production of goods and services.

5 Contracts of temporary employment and arbitral clauses

In the thesis the author examines two situations where contracts providing for divergences from supplementary rules normally involve a tangible disadvantage for employees. The question is whether this fact has led the Labour Court to make it more difficult to obtain divergences from the supplementary rules. There is no unambiguous answer to this question.

Under section 4 of the Employment Protection Act, a contract of employment is permanent (of unlimited duration) unless it provides otherwise (chapter 6). Temporary employment may only be agreed in certain specified situations. The system of employment protection in the Employment Protection Act is based upon permanent employment and the protection enjoyed by a temporary employee is generally speaking inferior to this.

As far as case law on this issue is concerned, certain judgments can be seen as motivated by a desire to encourage permanent employment contracts. In these cases, the Court, when interpreting the contract, took the default rule in the statute that contracts are permanent as the point of departure rather than the express wording of the contract. Such an approach can be seen as designed to ensure that the rule is more widely applicable but another reason for it can be found in the vagueness of the individual contracts at issue in the cases in question. In these cases in

which the Court has used this approach, no written documentation existed concerning the contract, and it was uncertain what was intended by the parties at the time of its conclusion.

The value of employment protection has not been granted any decisive influence in other cases. For example, the Labour Court appears to take the view that well established business practice for the profession in question should have precedence over section 4(1), although there is no support for this in the wording of the law. On the whole, the case law does not support the approach that section 4(1) has a greater influence on interpretation than do other default rules.

Swedish law offers two different forms of legally binding dispute settlement procedure: trial before the courts and arbitration (chapter 7). The default rule is that disputes are to be settled in the courts, but employers and employees can choose arbitration. Arbitration is a rather expensive form of procedure, because, in addition to paying their legal representatives and the usual ancillary costs of litigation, the parties must also pay the arbitrators. These costs can be so high that in practice a party can feel obliged to abstain from litigating. Thus, arbitral clauses are generally considered to be disadvantageous to employees and this is also the attitude of the Labour Court. The Court considers that, if an arbitral clause is to be included in a contract, this must be made very clear. The main rule applicable here is that the employer has a duty of explanation; the arbitral clause must be presented in a clear and distinct way for the employee. In this way, it can be made a little more difficult to establish a divergence from the default rule providing that the courts have jurisdiction over disputes.

Nonetheless, the courts can hardly be said to have promoted the applicability of this particular default rule. Despite the fact that divergence from the rule is considered to be disadvantageous to the employee, a shared understanding is all that is necessary for divergence to be confirmed. In addition, the Supreme Court, in certain cases has let arbitral clauses in collective agreements “fill out” individual employment contracts for external employees. Finally, it can be noted that the Labour Court has not taken the approach that the scope of an arbitral clause should be interpreted restrictively.

6 Individual contracts and the extent of the employee's working duties

The central question in discussions on the extent of the employee's working duties is to determine the limit of the employer's unilateral right to decide on changes in the employment relationship (chapter 8). Changes which the employer can unilaterally decide upon are said to lie *within the framework of employment*. The general rule as regards transfers of employees to other working duties within the framework of employment is that these do not need to be justified by reasonable grounds. Nor is it necessary to give a period of notice before taking such action. If the employee refuses to carry out working duties which lie within the framework of employment, this can constitute reasonable grounds for dismissal. By contrast, should the employer require the employee to carry out, not simply for a short period of time, work which lies outside the framework of employment, this is regarded legally as a dismissal in combination with an offer of new employment. The employer must accordingly follow the rules on notice and dismissal in the Employment Protection Act.

There is no general statutory provision regulating work which an employee is obliged to carry out. To determine what is permissible and what is not, it is necessary to have resort to case law. The starting point is that an employee is obliged to carry out the duties he has accepted through the individual contract. Work shall therefore be carried out in the place(s) and time(s) he has accepted. This applies so long as the obligations accepted are not contrary to mandatory rules originating in a statute or a collective agreement.

These obligations are, however, far from being the only ones the employee is required to fulfil. According to supplementary rules laid down by the Labour Court, the employer has a power to transfer employees. Employees are obliged to perform other work duties, at other times, or in other places, if required to do so by the employer.

According to the so-called 29/29 principle (from judgment no. 29 of the Labour Court in 1929) a blue collar worker is obliged to carry out all work which is naturally connected to the employer's business activities and which falls within his general qualifications. Public employees are, in addition, obliged to take on different working duties as long as these do not involve a fundamental change in the employment category in question.

The geographical extent of the employee's duties are not usually regulated in collective agreements. No similar supplementary principle to that of the 29/29 principle exists. In the absence of regulation in

collective agreement or individual contract, the question is resolved by the Labour Court on a case to case basis by means of supplementing the individual employment contract in question. The decisive factors in this are partly the conscious assumptions on which the collective agreement rests and partly the custom and practice of the individual employer and the relevant branch of industry as a whole. In the absence of guidance from these sources, the conclusion can be drawn that the employee is obliged to accept transfers to another workplace in the same, or a nearby, area.

As far as the temporal extent of the employee's duties is concerned, the point of departure is that the employer may unilaterally determine this, within the limits permitted by the Act of Working Hours. The scope of the employer's discretion can be specified in more detail, and/or extended or contracted by collective agreement. Provisions on working hours are common features of collective agreements. In the absence of such rules, the employer has the right to specify when the working day begins and when rests shall be taken. On the other hand, without support in the collective agreement, the employer normally does not have the power to change an employee's working hours so that he is obliged to move from ordinary office hours and begin working evening or night shifts. In general one can say that, in the absence of special circumstances, the employer does not have the power to change fundamentally the employee's working times.

The supplementary rules which the Labour Court has developed give the employer the possibility, within broad limits, to decide the working duties the employer shall carry out, as well as when and where these duties shall be performed. Technically, the rules can be described as an option for the employer to change the work which the employer carries out without any need to give notice or reasons for the measure. The rules are constructed in such a way as to promote economic efficiency by means of reducing transaction costs for the production of goods and services. This goal is favoured at the expense of the employee's interests in maintaining the status quo. These rules can be displaced both by rules in collective agreements and individual contracts of employment. Having said this, the Labour Court has, on both the individual and the collective levels, tended to favour solutions whereby the employee has more, rather than less, extensive working duties.

The rules on the extent of the employer's power to change the working conditions are elastic and formed in a general way. Their precise requirements are determined in the individual case, although in doing so, and in contrast to the usual approach of the courts in general contract law, the courts do not usually take account of factors peculiar to the

particular employer and employee. The rules are therefore constructed so as to allow their adaption to the differing conditions pertaining in different professions and in different places or work, but not so as to allow adaption on the basis of the characteristics of the individual employee.

7 Unilaterally bestowed and contractually regulated working benefits

It is not unusual that employees are granted benefits by their employer without this being required by collective agreement, individual contract, statute or other legal rules. These can be cash bonuses paid once a year, shares in profits, subsidised lunches, subsidised rent etc. If a benefit has been granted over a long period of time, this creates an expectation in the employee that it will continue. If the employer wishes to draw in such benefits, or to change them, the question arises of the legal status of the benefit. Can the employer unilaterally and without notice reduce or totally draw in a benefit, i.e. is the benefit unilaterally bestowed or contractually regulated (chapter 9)?

When discussing this question, different interests obviously arise. The employer is interested in being able to adjust his costs to changes in economic conditions. If the benefit is contractually regulated, the rules in the Employment Protection Act must be observed. In such circumstances, the costs of withdrawal/alteration are likely to be so great that changes will not be made. If the decision instead is put wholly in the hands of the employer, then this has the advantage that he is in a position to adjust the costs of the business to its present economic conditions. On the other hand, this solution could lead to the employer exploiting his position to benefit himself in an unjustified way. How have these opposing interests been balanced by the Labour Court?

The point of departure is that the parties are free to agree on this question. The problem of deciding whether the employer can unilaterally withdraw or alter a benefit only arises if the parties have not clarified the legal status of the benefit. If the parties have failed to do this, the court begins by looking at the character of the benefit in question. If the benefit shares some of the characteristics of a salary – if it is paid in the form of money, if it is calculated on the basis of relatively clear and general criteria and if it is payable in short, regular periods – then, as a rule it is regarded as contractually regulated. Thus, the employer may

not unilaterally alter or withdraw the benefit. The situation is generally the reverse for benefits which do not fulfil the above criteria.

The reason for making a distinction between these types of benefit lies in the significance such benefits typically have for the employee. The more significant a benefit is for the employee, the greater the disadvantages in letting the employer unilaterally decide over the benefit. The decisive factor in distinguishing between the two categories of benefit appears to be whether the benefit is typically calculated to act as an incentive to starting working for an employer, or continuing to work for him, or whether it influences the conditions of employment in some other important way. However, no individual assessment is made of whether the benefit in question actually had such an impact.

8 Changing of terms of employment and employment protection

The legal system provides a number of different methods for bringing about changes in the employment relationship during the period of employment (chapter 10). The most important method for changing the content of this relationship is by means of collective agreement. When a new collective agreement is concluded, the contents of an employment relationship are automatically changed. This is one of the strengths of the collective agreement. The employer can, through negotiations with one party, or a small number of parties, conclude an agreement which changes the conditions for his entire workforce.

Changes in the content of the employment relationship can also come about by means of individual contracts between the employer and employee.

If it is not possible to reach an agreement either with the individual employee or his union (in the form of a collective agreement) the point of departure is that the employment relationship continues as it was. If one of the parties is not happy with this, the only solution is to terminate the employment contract. The rules in the Employment Protection Act become applicable where the employer resorts to dismissals (chapter 11).

The Employment Protection Act differentiates between dismissals motivated by an employee's behaviour (personal reasons) and those motivated by shortages of work. Different rules apply to these two situations, first, as regards the procedure to be followed, second, as regards determining whether reasonable grounds exist for the measure

and third, as regards the legal consequences of the measure. It follows from the way in which the law is constructed that all dismissals must fall under one or other of these two heads: there is no third possibility.

The dividing line between the two categories is drawn on the basis of the real motives the employer had for taking the measure. The reasons the employer publicly gives for the measure and how he himself categorises it are not in any way decisive for this issue which is one of proof. If the reasons the employer gives for the measure are rational, or at least, reasonable from the perspective of the position he is in, then there is no reason to question whether or not he is telling the truth. In order to persuade the court not to take the employer's reasons as the basis for its judgment, the employee must lead evidence which reduces the employer's credibility. When, on the other hand, the actual motives for a dismissal have become clear, it is a question of law whether these are to be categorised as falling within "personal reasons" or "shortage of work".

The decisive factor in answering this question appears to be whether the problems which the employer claims exist can only be resolved by dismissing the employee in question, or whether they could be resolved by other measures, directed towards someone or something else. In the case of the former, the dismissal is to be judged according to the rules applicable to dismissal for personal reasons.

The approach taken in practice by the Labour Court appears to be calculated to advance the overall purpose of the law: to protect against arbitrary dismissals at the same time as not overly limiting the employer's freedom of action. Where the employer's problems can be solved by dismissing any employee or taking some other measure of rationalisation, the rules in the Employment Protection Act on dismissal in accordance with the principle "last in first out" shall be applied. In this situation these give sufficient protection against arbitrary dismissals. By contrast, these do not give sufficient protection where the resolution of the employer's problems involves action against a particular person. In this case, the reasonableness of the measure should be tested on the basis of the rules applicable in dismissal for personal reasons.

Källor

Offentligt tryck

- AK 1910:270. Motion av Herr Åkerman i anledning af Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om kollektivaftal ...
- LU 1989/90:37. Lagutskottets betänkande: skydd för företagshemligheter.
- Ds 1993:39. Ny försäkringsavtalslag.
- Ds 1994:29. Oskäligen avtalsvillkor m.m.
- Ds A 1981:6. Anställningsskydd.
- Ds C 1984:12. Ram eller lag?
- NJA II 1901 nr 1. Nya lagberedningens förslag till "Lag om köp och byte" m.m.
- NJA II 1906 nr 1. Ny lag om köp och byte.
- NJA II 1915 nr 5. Lagstiftning om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
- NJA II 1915 nr 6. Lagstiftning om avbetalningsköp.
- NJA II 1929 nr 1. Ny lagstiftning om skiljemän.
- NJA II 1936 nr 1. Lagstiftning om skuldebrev.
- Prop. 1910:96 med förslag till lag om kollektivaftal mellan arbetsgivare och arbetare...
- Prop. 1911:43 med förslag till lag om kollektivaftal mellan arbetsgivare och arbetare...
- Prop. 1928:39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol.
- Prop. 1938:286 med förslag till lag om semester m.m.
- Prop. 1939:166 med förslag till lag angående ändring i vissa delar av lagen (1907:36) om nyttjanderätt till fast egendom.
- Prop. 1949:101 med förslag till lag om rätten till arbetstagares uppfinningar.
- Prop. 1965:60 med förslag angående reform av de offentliga tjänstemännens förhandlingsrätt m.m.
- Prop. 1967:141 med förslag till lag angående ändring i vissa delar av lagen (1907:36) om nyttjanderätt till fast egendom.
- Prop. 1968:130 med förslag till införsellag m.m.
- Prop. 1969:78 med förslag till lag om vissa sanktioner mot Rhodesia m.m.
- Prop. 1970:142 med förslag till förmånsrättslag m.m.
- Prop. 1970:150 med förslag till lag om arbetstid m.m. i husligt arbete.

Prop. 1970:94 Kvittningslagen.
 Prop. 1971:107 med förslag till lag om anställningsskydd för vissa arbetstagare m.m.
 Prop. 1973:40 med förslag till sjömanslag m.m.
 Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd.
 Prop. 1973:138 med förslag till konsumentköplag m.m.
 Prop. 1974:29 med förslag till lag om ändring i lagen (1914:45) om kommission, handelsagentur och handelsresande m.m.
 Prop. 1974:77 med förslag till lag om rättegången i arbetstvister.
 Prop. 1974:148 med förslag till lag om arbetstagares rätt till ledighet för utbildning.
 Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
 Prop. 1975:103 med förslag till ny aktiebolagslag.
 Prop. 1975/76:105 Bil. 1 med förslag till arbetsrättsreform m.m. Lag om medbestämmande i arbetslivet.
 Prop. 1975/76:105 Bil. 2 med förslag till arbetsrättsreform m.m. Lag om offentlig anställning.
 Prop. 1976/77:90 Semesterlag m.m.
 Prop. 1976/77:123 med förslag till konsumentkreditlag m.m.
 Prop. 1976/77:149 Arbetsmiljölag m.m.
 Prop. 1977/78:104 med förslag till utvidgad rätt till ledighet för vård av barn m.m.
 Prop. 1978/79:159 med förslag till lag om rätt till ledighet för vissa föreningsuppdag inom skolan m.m.
 Prop. 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m.
 Prop. 1979/80:129 med förslag till ändring i lagen om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m.
 Prop. 1979/80:9 Konsumentförsäkringslag m.m.
 Prop. 1980/81:10 Ändring i kreditupplysningslagen m.m.
 Prop. 1980/81:8 med förslag till ny utsökningsbalk.
 Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag.
 Prop. 1981/82:40 Hemförsäljningslag.
 Prop. 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag m.m.
 Prop. 1983/84:16 om fastighetsmäklare.
 Prop. 1983/84:162 Vissa trygghetsfrågor för äldre arbetstagare.
 Prop. 1984/85:110 med förslag till konsumenttjänstlag.
 Prop. 1988/89:76 Ny köplag.
 Prop. 1989/90:89 Ny konsumentköplag.
 Prop. 1990/91:113 Jämställdhetspolitiken, ny jämställdhetslag m.m.
 Prop. 1990/91:181 Sjuklön m.m.
 Prop. 1991/92:83 Ny konsumentkreditlag.
 Prop. 1992/93:95 Lag om paketresor.
 Prop. 1993/94:101 Åtgärder mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering i arbetslivet.
 Prop. 1993/94:65 En ändrad lagstiftning för statsanställda m. fl.

Prop. 1993/94:67 Ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet.
 Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.
 Prop. 1994/95:14 Ny fastighetsmäklarlag.
 Prop. 1994/95:17 Oskäligen avtalsvillkor, m.m.
 Prop. 1994/95:49 Reformerad löneexekution och målhantering hos kronofogdemyndigheten.
 Prop. 1995/95:162 EG:s arbetstidsdirektiv.
 Prop. 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt.
 SOU 1935:18. Betänkande med förslag till lag om arbetsavtal.
 SOU 1962:44. Ny semesterlag.
 SOU 1964:57. Utsökningsrätt III.
 SOU 1969:5. med förslag till ny förmånsrättsordning.
 SOU 1972:22. Skiljedomstol.
 SOU 1973:7. Trygghet i anställningen.
 SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.
 SOU 1975:1. Demokrati på arbetsplatsen.
 SOU 1975:88. Fem veckors semester.
 SOU 1978:38. Jämställdhet i arbetslivet.
 SOU 1980:42. Arbetstagares uppfinningar.
 SOU 1983:52. Företagshemligheter.
 SOU 1984:18. Arbetsmarknadsstriden 1.
 SOU 1986:56. Personförsäkringslag.
 SOU 1989:88. Skadeförsäkringslag.
 SOU 1992:60. Enklare regler för statsanställda.
 SOU 1993:32. Ny anställningsskyddslag.
 SOU 1994:141. Arbetsrättsliga utredningar.
 SOU 1994:81. Ny lag om skiljeförfarande.
 SOU 1994:83. Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.
 SOU 1995:65. Näringslivets tvistlösning.
 SOU 1995:92. EG:s arbetstidsdirektiv och dess konsekvenser för det svenska regelsystemet.
 SOU 1996:145. Arbetstid.
 SU 2 1910:6 Utlåtandet , i anledning af dels de i Kungl. Maj:ts proposition nr 96 innefattade förslagen till lag om kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetare...

Litteratur

- Aarnio, A., & Uusitalo, J., Paradigm i rättsvetenskapen. Tidskrift för rättssociologi 1983/84 s. 263 ff.
- Adlercreutz, A., Arbetstagarbegreppet. Norstedts 1964.
- Avtalsrätt I, 10 uppl. Juristförlaget i Lund 1995.
- Avtalsrätt II, 4 uppl. Juristförlaget i Lund 1996.
- Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis. I: Högsta domsmakten i Sverige 200 år, del 2. Rättshistoriska studier band 17 (1990).
- Kollektivavtalet. Gleerup 1954.
- Om avtalstolkning. SvJT 1990 s. 578 ff.
- Om nullitet och kompetensogiltighet. I: Festskrift till Agell. Iustus 1994.
- Svensk arbetsrätt. 9 uppl. Norstedts 1994.
- Agell, A., anmälan av Lehrberg Avtalstolkning. SvJT 1995 s. 746 ff.
- Familjerätt, skadeståndsrätt och annan förmögenhetsrätt. Valda skrifter. De lege årgång 3. Iustus 1993.
- Felbegreppet, funktionsgarantier och försäkring. SvJT 1991 s. 404 ff.
- Rätten till spelinsatser som lämnats till arrangör av pokerspel. JT 1989–90 s. 627 ff.
- Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap. I. Festskrift till Strömholm. Iustus 1997.
- Samboende utan äktenskap. Liber 1985.
- Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen. SvJT 1972 s. 721 ff.
- Ahlander, B., Om rätt och rättstillämpning. Almqvist & Wiksell 1952.
- Ahlberg, K., & Bruun, N., Kollektivavtal i EU. Juristförlaget 1996.
- Alexy, R., A Theory of Legal Argumentation. Clarendon 1989.
- Almén, T., Om köp och byte av lös egendom. 4 uppl. (reviderad av R. Eklund) Norstedts 1960.
- Almén, T., & Eklund, R., Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (cit. Avtalslagen). 9 uppl. Norstedts 1968.
- Andersen, Kr., Fra arbejdslivets rett. Tanum 1967.
- Andersson, A., Bejstam, L., Edström, Ö., och Zanderin, L., Kommunal arbetsrätt. Studentlitteratur 1994.
- Andersson, A., & Edström, Ö., Arbetsrätten. I: Kunskapsföretaget i rättsligt perspektiv (red. C. Sandgren). Norstedts 1995.
- Andersson, H., Skyddsändamål och adekvans. Iustus 1993.
- Topisk retorik inom juridiken. I: Retorik och rätt (red. M. Persson & M. Mellquist). Iustus 1994.
- Andersson, J., Om vinstutdelning från aktiebolag. Iustus 1995.
- Arnholm, C. J., Lærebok i avtalerett. Tanum 1969.
- Omkring rettshandelsteorin. TfR 1948 s. 368 ff.
- Privatrekt I. Almindelig privatrekt. Tanum 1964.
- Privatrekt II. Avtaler. Tanum 1964.

- Atiyah, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*. 4 uppl. Clarendon Press 1989.
- *Law and Modern Society*. Oxford University Press 1995.
 - *Promises, Morals and Law*. Clarendon Press 1981.
 - *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Clarendon Press 1979.
- Aubert, W., *Rättssociologi*. Aldus/Bonnier 1972.
- Ayres, I., & Gertner, R., *Filling Gaps in Incomplete Contrats: An Economic Theory of Default Rules*. *Yale Law Journal*, vol. 99 (1989) s. 87 ff.
- *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*. *Yale Law Journal*, vol. 101 (1992) s. 735.
- Behrens, P., *Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für das Arbeitsrecht*. *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1989 s. 209 ff.
- Bengtsson, B., & Victorin, A., *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom*. 4 uppl. Norstedts 1991.
- Bengtsson, B., *Civilrättens splittring. I: Festskrift till Grönfors*. Norstedts 1991.
- *Komplikation eller förenkling - ett civilrättsligt dilemma*. Festskrift till Ramberg. Juristförlaget 1997.
 - *Om gåvobegreppet i civilrätten*. *SvJT* 1962 s. 689 ff.
 - *Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor*. *Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 16* (1960).
 - *Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv*. Norstedts 1962.
 - *Särskilda avtalstyper I*. 2 uppl. Norstedts 1976.
- Berg, P., *Arbetsrett*. Norli 1930.
- Bergqvist, O., *I: Rättegången i arbetstvister* (red. T. Sigeman). Liber 1979.
- Bergqvist, O., & Lunning, L., *Medbestämmandelagen*. Liber 1986.
- Bergström, S., *Arbetsrättsliga spörsmål I*. Sveriges Juristförbund 1950.
- *I vilka fall kan löften återkallas?* *JFT* 1973 s. 105 ff.
 - *Kollektivavtalslagen*. Uppsala 1948.
- Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*. 6 uppl. Juristförlaget 1993.
- *Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I. Standardavtalen i rättstillämpningen*. *SvJT* 1972 s. 426 ff.
 - *Utvecklingen mot en standardavtalsrätt II. Avtalsvillkorslagen*. *SvJT* 1974 s. 81 ff.
- Björling, C. G., *För vilka avtal är anbudet bindande?* *SvJT* 1916 s. 313 ff.
- Bogdan, M., *Grundlagsskyddet för äganderätten*. *FL* 1988 s. 73 ff.
- *Komparativ rättskunskap*. Norstedts 1993.
- Bolding, P. O., *Skiljedom*. Norstedts 1962.
- *Skiljeförfarande och rättegång*. Norstedts 1956.
- Bramsjö, S., *Om avtals återgång*. Gleerup 1950.
- Bruun, N., *”Arbetsretlige funktioner” – en ny jurisprudence*. *Retfærd* 15 s. 94 ff.
- *Kollektivavtal och rättsideologi*. *Juridica* 1979.
 - *Rättsvetenskap, postinstrumentell rättsuppfattning och reglering av företagsverksamhet*. *Nya Argus*, 1986 s. 146 ff.
 - *Uppfinnarrätt i anställningsförhållande*. Finlands Juristförbunds förlag 1982.
- Bruun, N., Flodgren, B., Halvorsen, M., Hydén, H., & Nielsen, R., *Den nordiska modellen*. Liber 1990.

- Bruun, N., & Wilhelmsson, T., Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1983 s. 701 ff.
- Buchanan, J., Political Equality and Private Property: The Distributional Paradox. I: Market and Morals (red. G. Dworkin m.fl.). Hemisphere Publishing Corp.
- Bylund, L., Bevisbörda och bevistema. Norstedts 1970.
- Bevisbörderregeln som överlevde sig själv. I: Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Schmidt. Norstedts 1977.
- Carlsen, H. G., Dansk Funktionær Ret. 5 uppl. GAD 1994.
- Christensen, A., Anställningsskyddet och besittningsskyddet. I: Festskrift till Agell. Iustus 1994.
- Den etablerade fackföreningen och minoritetsorganisationen. I: Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Adlercreutz. Juridiska föreningen Lund 1983.
- Hemrätt i hyreshuset. Juristförlaget 1994.
- Ideologikritik contra dogmatik. I: Rätten som instrument för social förändring (red. H. Hydén). Liber Förlag 1982.
- Regler om misstag rörande faktiska förhållanden. TfR 1973 s. 482 ff.
- Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. TfR 1996 s. 519 ff.
- Coase, R., The Nature of the Firm. *Economica* vol. 4 (1937), s. 386 ff.
- Conradi, E., anmälan av Bergström Arbetsrättsliga spørsmål I. SvJT 1951 s. 356 ff.
- Cooter, R., & Ulen, T., Law and Economics. Scott, Foresman and Company 1988.
- Dalton, C., An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrin. *Yale Law Journal*, vol. 94 (1985) s. 997 ff.
- Dillén, N., Bidrag till läran om skiljeavtalet. Larsson bokhandels förlag 1933.
- Om skiljeklausul vid ogiltigt huvudavtal. SvJT 1937 s. 674 ff.
- Doublet, D., Hermeneutikken og rettsvitenskapen. TfR 1989 s. 589 ff.
- Dworkin, R., A Matter of Principle. Clarendon Press 1986.
- Eckhoff, T., & Sundby, N.-K., Rettssystemer. 2 uppl. Tano 1991.
- Eckhoff, T., Rettskildelære. 3 uppl. Tano 1993.
- Ross om rettskilder og rett. TfR 1987 s. 197 ff.
- Edberg, Å., Finetto, O., & Söderlind, B., Fringe benefits. 4 uppl. Liber 1988.
- Edlund, S., anmälan av Sandström Privatjustis mot anställda. SvJT 1980 s. 290 ff.
- Perspektiv på arbetsdomstolen. I: Tvärsnitt Sju forskningsrapporter till LO:s 75-årsjubileum. Prisma 1973.
- Edström, Ö., MBL och utvecklingsavtalet. Norstedts 1994.
- Eide, E., Rettsøkonomi – en introduksjon. Jussens venner 1992 s. 193 ff.
- Ekelöf, P. O., Processuella grundbegrepp. Norstedts 1956.
- Rättegång V. 6 uppl. Norstedts 1987.
- Valda skrifter 1942–1990. De lege årgång 1. Iustus 1991.
- Ekelöf, P. O., & Boman, R., Rättegång I. 7 uppl. Norstedts 1990.
- Rättegång II. 8 uppl. Norstedts 1996.
- Rättegång IV. 6 uppl. Norstedts 1992.
- Ekelöf, P. O., Boman, R. & Bylund, T., Rättegång III. 6 uppl. Norstedts 1994.
- Eklund, P., Rätten i klasskampen, Norstedts 1974.
- Eklund, R., Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser. Norstedts 1983.

- Att ingå avtal om anställning - ett blad ur arbetsdomstolens praxis. Festskrift till Ramberg. Juristförlaget 1997.
- Bolagisering - mode eller måste? Juristförlaget 1992.
- i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt*.
- Har kollektivavtalet fått en själ - en fråga om målanalys och lagstiftnings-teknik. JT 1992-93 s. 256 ff.
- Hur man omreglerar anställningsvillkor - en praktiskt viktig fråga. JT 1993-94 s 196 ff.
- i Löntagarrätt, *se Schmidt*.
- Turordning i koncerner - en fråga om begreppsbildning och avtalsfrihet. I: Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman. Iustus 1993.
- Eklund, R., & Sigeman, T., kommentar till AD 1992 nr 27. International Labour Law Reports, vol. 12, s. 123 ff.
- Ekström, A., Lagen om offentlig anställning. Ny Juridik 1:94.
- Ellickson, R. C., The Case of Coase against "Coaseanism". Yale Law Journal, vol. 99 (1989) s. 611 ff.
- Eng, S., Hva er en viljeserklæring? SvJT 1993 s. 1 ff.
- Ericson, B., & Eriksson, K., Semesterlagen. Tidens förlag 1996.
- Eriksson, L., Till teorin om den reflexiva rätten. I: Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift till Eckhoff. Tano 1986.
- Evju, S., Norge. I: Arbetsrätten i Norden. NORD 1990:42.
- Fahlbeck, R., Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet. Norstedts 1992.
- Kollektivavtalets verkningar för utanförstående. I: Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Schmidt. Norstedts 1977.
- Om arbetsprocessrätt. Nordstedts 1974.
- Om diskriminering av utanförstående arbetstagare. I: Perspektiv på arbets-rätten. Vänbok till Axel Adlercreutz. Juridiska föreningen i Lund 1983.
- Praktisk arbetsrätt. 3:2 uppl. Liber 1991.
- Fanebust, A., Arbeidsrettslige problemer i forbindelse med midlertidige arbejdsavtaler, NJM 1996.
- Fitger, P., Kommentar till rättegångsbalken. Norstedts laghandböcker.
- Flodgren, B., Fackföreningen och rätten. Norstedts 1978.
- Fohlin, P., Avtalstolkning. Iustus 1989.
- Fransson, S., Lönediskriminering - fenomen och strategi. I: 13 kvinno-perspektiv på rätten (red. G. Nordborg). Iustus 1995.
- Friberg, O., Arbeidsmiljøloven. 6 uppl. Tano 1995.
- Frändberg, Å., Rättsregel och rättsval. Norstedts 1984.
- Till frågan om de juridiska begreppens systematik. TfR 1985 s. 79 ff.
- Geijer, L & Schmidt, F., Arbetsgivare och fackföringsledare i domarsäte. Lund 1958.
- Gomard, B., Almindelig kontraktret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1988.
- Grauers, F., Fastigetsköp. 13 uppl. Juristförlaget i Lund 1994.
- Grönfors, K., Avtal och omförhandling. Nerenius & Santérus 1995.

- Avtalsgrundande rättsfakta. Nerenius & Santérus 1993.
- Avtalsinnehållet vid talan direkt mot undertransportör. JFT 1979 s. 270 ff.
- Avtalslagen. 3 uppl. Norstedts 1995.
- Högsta domstolen och institutet ställningsfullmakt. I: Högsta domsmakten i Sverige 200 år, del 2. Rättshistoriska studier band 17 (1990).
- I: Eek, H. m.fl., Juridikens källmaterial. 9 uppl. Akademilitteratur 1982.
- Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten. I: Festskrift till Nial. Norstedts 1966.
- Tolkning av fraktavtal. Esselte studium 1989.
- Ussings fullmaktslära. TfR 1987 s. 290 ff.
- Göransson, H., i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt*.
- Godtycklighet eller ”godtagbara skäl” vid arbetsledningsbeslut. I: Lex ferenda (red. J. Rosén). Juristförlaget 1996.
- Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. Juristförlaget 1988.
- i Löntagarrätt, *se Schmidt*.
- Hasselbalch, O., Ansættelsesretten. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1985.
- Arbejdsret. 5 uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1995.
- Arbejdsretlige funktioner. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1979.
- Arbejdsrettens almindelige del. 5 uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1984.
- Hassler, Å & Cars, T., Skiljeförfarande. 2 uppl. Norstedts 1989.
- Hayek, F., The Constitution of Liberty. Routledge & Kegan Paul 1960.
- Hedenius, I., Analysen av äganderättsbegreppet. I: Filosofi och rättsvetenskap (red. B. Belfrage och L. Stille). Doxa 1975.
- Hellner, J., anmälan av Grönfors Tolkning av fraktavtal. JT 1989–90 s. 148 f.
- Försäkringsrätt. 2 uppl. Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 15 (1965).
- Kommersiell avtalsrätt. 4 uppl. Juristförlaget. 1993.
- Köp och avtal. Juristförlaget 1992.
- Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Juristförlaget 1990.
- Rättsteori. 2 uppl. Juristförlaget 1994.
- Speciell avtalsrätt I, Köprätt. 1 uppl. Juristförlaget 1982.
- Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet. Norstedts 1996.
- Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2 häftet. Norstedts 1996.
- Standardavtal vid avtalsslutande. JFT 1979 s. 280 ff.
- Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. I: Festskrift till Ross. Juristforbundets forlag 1969.
- Tolkning av standardavtal. Jussens venner 1994 s. 266 ff.
- Värderingar i skadeståndsrätten. I: Festskrift till Ekelöf. Norstedts 1972.
- Hemström, C., i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt*.
- Organisationernas rättsliga ställning. 5 uppl. Norstedts 1996.
- Henning, A., Tidsbegränsad anställning. Juridiska föreningen i Lund 1984.
- Hessler, H., Om stiftelser. Nordiska bokhandeln 1952.
- Heuman, L., Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet. I: Festskrift till Bolding. Juristförlaget 1992.

- Hjerner, L., Främmande valutalag och internationell privaträtt. Stockholm 1956.
 — Om rättsfallstolkning. 2 uppl. Juristförlaget 1973.
 Holmbäck, U., Studier i förutsättningslärans terminologi. Uppsala 1970.
 Hov, J., Avtalerett. 3 uppl. Papinian 1993.
 Hueck, A., & Nipperdey, H. C., Grundriß des Arbeitsrechts. 5 uppl. Verlag Franz Vahlen 1970.
 Huser, K., Avtaletolkning. Universitetsforlaget 1983.
 Hydén, H., Arbetslivets reglering. Liber 1985.
 — Ram eller lag? Ds C 1984:12.
 — Vad kommer efter lönearbetsrätten? Arbetsmarknad & Arbetsliv 1996 s. 157 ff.
 Håstad, T., Besiktnings rättsverkan. SvJT 1991 s. 577 ff.
 — Den nya köprätten. 3 uppl. Iustus 1993.
 — Om underlåtenhet av Yngve Skarin ... I: Festskrift till Bengtsson. Nerenius & Santérus 1993.
 — Reform av de nordiska avtalslagarna? NJM 1990 s. 247 ff.
 — Sakrätt, avseende lös egendom. 6 uppl. Norstedts 1996.
 Hägerström, A., Rätten och viljan. Två uppsatser av Axel Hägerström ånyo utgivna av Karl Olivecrona. Gleerup 1961.
 af Hällström, E., Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931.
 Häyhä, J., Scandinavian Techniques for Controlling Fairness in Contracts. I: Welfarism in Contract Law (red. T. Wilhelmsson). Dartmouth 1994.
 Illum, K., Den kollektive arbejdsret. 3 uppl. Nyt Nordisk Forlag 1964.
 Iversen, T., Støtteerklæringer. GADs Forlag 1994.
 Jacobsen, P., Kollektiv arbejdsret. 5 uppl. Jurist og Økonomforbundets forlag 1993.
 Jakhelln, H., Oversikt over arbeidsretten. NKS 1993.
 Jareborg, N., Regler och riktlinjer. TfR 1979 s. 385 ff.
 — Straffrättsideologiska fragment. Iustus 1992.
 — Straffrättens ansvarslära. Iustus 1994.
 Johansson, T., Ändring av anställningsvillkor och prövning i domstol. JT 1994–95 s. 1128 ff.
 Jørgensen, S., Aftalen som form. TfR 1965 s. 400 ff.
 — Grotius' kontraktslære. TfR 1967 s. 457 ff.
 — Kontraktsret I. Juristforbundets forlag 1971.
 — Ret og Samfund. Berlingske Forlag 1970.
 — Retfærdighed og ret. Jurist og Økonomforbundets forlag 1990.
 — Træk af de retlige idéers historie i komparativ belysning. UfR 1967 B 153 ff.
 — Træk af privatrettens udvikling og systematik. TfR 1966 s. 584 ff.
 Karlgren, Hj., anmälan av Vahlén Avtal och tolkning. SvJT 1961 s. 212 ff.
 — Avtalsrättsliga spørsmål. 2 uppl. Norstedts 1954.
 — Dubbeltydiga rättsfakta. I: Nordisk genklang, Festskrift till Arnholm. Tanum 1969.
 — Ett gammalt tvisteämne: Nullitet och angriplighet. I: Festskrift till Ussing. Nyt Nordisk forlag Arnold Busck 1950.

- Kutym och rättsregel. Norstedts 1960.
- Några reflexioner om den privaträttsliga viljeförklaringen i dess egenskap av rättsfaktum. SvJT 1969 s. 199 ff.
- Några stiftelserättsliga anteckningar i anslutning till en avhandling. SvJT 1953 s. 339 ff.
- Några synpunkter på den köprättsliga formulärrätten. JFT 1967 s. 415 ff.
- Passivitet. Norstedts 1965.
- Studier i allmän avtalsrätt. Lund 1935.
- Till frågan om den rättsliga viljeförklaringens natur. I: Festskrift till Nial. Norstedts 1966.
- Tolkning och omtolkning. SvJT 1966 s. 161 ff.
- Utfästelse och "enuntiation". SvJT 1970 s. 126 ff.
- Klami, H. T., Anti-legalism. Turun Yliopisto 1980.
- Föreläsningar över juridikens metodlära. 2 uppl. Iustus 1989.
- Kleinman, J., Avtalsbundehet som avtalstolkningsproblem? JT 1992–93 s. 523 ff.
- Kronman, A., Contract Law and Distributive Justice. Yale Law Journal vol., 89 (1980) s. 472 ff.
- Krüger, K., Norsk kontraktsrett. Alma Mater 1989.
- Källström, K., Alkoholpolitik och arbetsrätt. Iustus 1993.
- i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt*.
- Lokala kollektivavtal. Liber 1979.
- i Löntagarrätt, *se Schmidt*.
- Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning. I: Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman. Iustus 1993.
- Källström, K., & Sigeman, T., Komparativ nordisk arbetsrätt i huvuddrag. NORD 1990:93.
- Lando, O., Om voldgiftsmandens (skiljemannens) retsanvendelse. I: Festskrift till Grönfors. Norstedts 1991.
- Larentz, K., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 7 uppl. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6 uppl. Springer 1991.
- Laurén, R., & Lavén, H., Nya jämställdhetslagen. Publica 1992.
- Lavin, R., Om förvaltningsrättslig forskning – en replik. FT 1990 s. 71 ff.
- Lehrberg, anmälan av Grönfors Avtalsgrundande rättsfakta. SvJT 1996 s. 461 ff.
- Avtalstolkning, Norstedts 1995.
- (red.), Borgen, Norstedts 1995.
- Förutsättningsläran, Iustus 1989.
- Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp. SvJT 1990 s. 543 ff.
- Praktisk juridisk metod. 3 uppl. Iustus 1997.
- Rättsvetenskap i praktikens tjänst? Tankar rörande civilrättsforskningens arbetsuppgifter. SvJT 1991 s. 753 ff.
- Lennander i Borgen (red. B. Lehrberg). Norstedts 1995.
- Lind, J., Anmärkningar till en dom. SvJT 1968 s. 398 ff.
- Lindblom, P. H., Allmän domstol som alternativt tvistelösningsorgan. I: Festskrift till Bolding. Juristförlaget 1992.

- anmälan av M. Cappelletti *The Judicial Process in Comparative Perspective*. SvJT 1990 s. 566 ff.
- Lindell, B., *Partsautonomins gränser*. Iustus 1988.
- *Sakfrågor och rättsfrågor*. Iustus 1987.
- Lindell-Frantz, E., & Roos, C. M., *Generös avtalstillämpning*. Juridiska föreningen i Lund 1985.
- Lindhagen, A., *Kollektivavtal såsom förutsättning för arbetsdomstolens behörighet*. SvJT 1942 s. 454 ff.
- Lindskog, S., *Om tolkning av balansräkningsgaranti ... I: Festskrift till Grönfors*. Norstedts 1991.
- *Preskription*. Norstedts 1990.
- Lundmark, T., *Friskrivningsklausuler*. Iustus 1996.
- Lundstedt, W., *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Strikt ansvar. Band I*. Uppsala 1944.
- *Obligationsbegreppet III*. Norblad 1930.
- Lunning, L., *Anställningsskydd*. 7 uppl. Publica 1989.
- Lyng Andersen, L., Madsen, B. P. & Nørgaard, J., *Aftaler og Mellemænd*. 2 uppl. GAD 1991.
- MacCormick, N., *Legal Right and Social Democracy*. Clarendon Press 1982.
- *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*. *Oxford Journal of Legal Studies* 1990 s. 539 ff.
- Macneil, I., *Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relation Contract Law*. *North Western University Law Review*, vol. 72 (1978) s. 854 ff.
- Madsen, P. B., *Aftalefunktioner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1986.
- i *Aftaler og Mellemænd*, *se Lyng Andersen*.
- *anmälan av Lehrberg Avtalstolkning*. TfR 1996 s. 190 ff.
- *Privat retsstiftelse – om kontrakt og delikt*. TfR 1986 s. 597 ff.
- Magnusson, P., & Sandberg, M., *Rättssäkerheten i fackföreningar*. Juristförlaget 1985.
- Mathiesen, T., *Rätten i samhället*. Korpen 1985.
- Mellquist, M., & Persson, I., *Fordran och skuld*. 4 uppl. Iustus 1996.
- Millqvist, G., *Rättslig kontroll av borgensåtagande genom avtalstolkning*. SvJT 1990 s. 252 ff.
- Nerep, E., *Till frågan om skiljeavtalets särställning i svensk avtalsrätt. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987*. Norstedts 1987.
- Nial H., *Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel. I: Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm*. Norstedts 1957.
- *Företagskoncentrationen och rättsordningen*. *Nordisk tidskrift* 1931 s. 102 ff.
- *Om förvärv i strid med legala förbud*. TfR 1936 s. 1 ff.
- Nicander, H., *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*. JT 1995–96 s. 31 ff.
- Nielsen, R., *Arbejdsgiverens ledelseret i EF-retlig belysning*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1992.

- Cinderella direktivet. I: Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman. Iustus 1993.
- EF-arbejdsret. 2 uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1992.
- Lærebog i Arbejdsret, 6 uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996.
- Nilsson, E., I: Rättegången i arbetstvister (red. T. Sigeman). Publica 1979.
- Nozick, R., Anarchy, State and Utopia. Blackwell 1974.
- Numhauser-Henning, A., Arbetslivets flexibilisering. I: Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman. Iustus 1993.
- Den neoliberala arbetsrätten. Juristförlaget i Lund 1996.
- Nørgaard, J., i Aftaler og Mellemænd, *se Lynge Andersen*.
- Olausson, E., Förtroendemannalagen. 4 uppl. Tiden 1991.
- Olivecrona, K., Rätt och dom. Norstedts 1966.
- i Rätten och viljan, *se Hägerström*.
- Rättsordningen. Gleerup 1966.
- Olsson, C., Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. NJM 1957 bilaga 6.
- Peczenik, A., & Schött, R., Juridisk konservatism. SvJT 1993 s. 709 ff.
- Peczenik, A., Vad är rätt? Fritzes 1995.
- Petersen, H., Informel ret på kvindearbejdspladser. Akademisk forlag 1991.
- Petersen, K., Funktionærsloven. 12 uppl. GAD 1990.
- Petrén, S., Arbetsrätten och vetenskapen. SvJT 1949 s. 507 ff.
- Arbetsrätten inför vetenskapens forum. SvJT 1949 s. 241 ff.
- Peyron, C., Några försenade tankar kring ett rättsfall. Advokaten 1988 s. 22 f.
- Posner, R., Economic Analysis of Law. 3 uppl. Littel, Brown and Company 1986.
- Prawitz, D., Några filosofiska synpunkter på rationell argumentation inom juridiken. I: Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen (J. Hellner m.fl.). Juristförlaget 1985.
- Pålsson, L., Bryssel- och Luganokonventionerna. Norstedts 1995.
- Pöyhönen, J., anmälan av Grönfors Avtalsgrundande rättsfakta. JFT 1994 s. 659 ff.
- Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu (The system of Contract Law and the Adjustment of Contracts). Suomalainen lakimiesyhdistys 1988.
- Ramberg, J., Allmän avtalsrätt. 4 uppl. Juristförlaget 1996.
- Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. I: Festskrift till Agell. Iustus 1994.
- Avtalsskrivaren och 36 § avtalslagen. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Norstedts 1987.
- Köplagen. Norstedts 1995.
- Köprättsliga reklameringsregler och konkurrerande rättsgrunder. JT 1993–94 s. 522 ff.
- Spedition och fraktavtal. Norstedts 1983.
- Rawls, J., A Theory of Justice. Oxford University Press 1973.
- The Basic Structure as Subject. I: Values and Morals (red. A. Goldman & K. Jaegwon). Reidel Publishing Company 1978.
- Rodhe, K., Allmän avtalsrätt - avtalsrätt - obligationsrätt. SvJT 1971 s. 175 ff.
- Obligationsrätt. Norstedts 1956.
- Roos, C. M., Tvetydigheter i avtal. SvJT 1972 s. 625 ff.

- Varför rättsekonomi? TfR 1993 s. 227 ff.
- Ross, A., Om ret og retfærdighed. 3 uppl. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1971.
- Tù - Tù. I: Festskrift till Ussing. Nyt Nordisk forlag Arnold Busck 1950.
- Røsæg, E., Garantier eller fattigmans tröst ? Universitetsforlaget 1992.
- SAF, Vinstdeling och ägarspridning. En handledning. 1985.
- Sandgren, C., En social civilrätt? del I och II. JT 92–93 s. 456 ff. och 643 ff.
- Sandström, T., Privatjustis mot anställda. Juridiska föreningen i Lund 1979.
- Sarkko, K., Arbetsrätt. Finlands Juristförbunds förlag 1981.
- Schmidt, F., anmälan av Bruun Kollektivavtal och rättsideologi. TfR 1980 s. 700 ff.
- anmälan av Hasselbalch Arbejdsretlige funktioner. TfR 1980 s. 258 ff.
- Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen. TfR 1980 s. 549 ff.
- Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen. I: Festskrift till Ekelöf. Norstedts 1972.
- Bör de nordiska avtalslagarna revideras? NJM 1966 bilaga 7.
- Domaren forskar efter avtalsinnehållet. I: Festskrift till Nial. Norstedts 1966
- Domaren som lagtolkare. I: Festskrift till Herlitz. Stockholm 1955.
- En culpapregel vid avtalstolkning. SvJT 1960 s. 420 ff.
- Facklig arbetsrätt. Reviderad upplaga obesörjd av A. Victorin under medverkan av R. Eklund, H. Göransson, C. Hemström, K. Källström och T. Sigeman. Juristförlaget 1989.
- Faran och försäkringsfallet. Gleerup 1943.
- Frågetecken till en dom. SvJT 1968 s. 392 ff.
- Kollektiv arbetsrätt. 4 uppl. 1962.
- Kring tjänsteavtalets rättskällor. I: Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm. Norstedts 1957.
- Löntagarrätt. 2 uppl. Norstedts 1980.
- Löntagarrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av T. Sigeman under medverkan av R. Eklund, H. Göransson och K. Källström. Juristförlaget 1988.
- Löntagarrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av T. Sigeman under medverkan av R. Eklund, H. Göransson och K. Källström. Juristförlaget 1994.
- Svensk rättspraxis Kollektiv arbetsrätt 1949–1957. SvJT 1958 s. 209 ff.
- Tjänsteavtalet. Norstedts 1959.
- Tjänsteavtalet. 2 uppl. Norstedts 1968.
- Typfall, partsavsikt och culpa. SvJT 1959 s. 497 ff.
- Uppsägning för omreglering. Lag & Avtal 1978 nr 3 s. 28 f.
- Schrüfer, K., Ökonomische Analyse individueller Arbeitsverhältnisse. Campus Verlag 1988.
- Schäfer H.-B. & Ott C., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Springer-Verlag 1986.
- Sen, A., Marknadens moraliska status. I: Idéer om rättvisa (red. S. O. Hansson & J. Hermansson). Tiden 1993.
- Sevon, L., anmälan av Festskrift till Grönfors. TfR 1993 s. 413 ff.
- Sigeman, T., 36 § avtalslagen och arbetsrätten. I: Festskrift till Hellner. Norstedts 1984.

- anmälan av Bergqvist & Lunning Medbestämmandelagen. SvJT 1987 s. 609 ff.
- anmälan av Victorin Lönenormering genom kollektivavtal. SvJT 1974 s. 790 ff.
- Arbetsrätten. Norstedts 1995.
- Från legostadgan till medbestämmandelagen. SvJT 1984 s. 875 ff.
- i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt*.
- Informationsplikt rörande anställningsvillkor. I: Festskrift till Agell. Iustus 1994.
- Lönefordran. Norstedts 1967.
- i Löntagarrätt, *se Schmidt*.
- Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen. I: Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Schmidt. Norstedts 1977.
- Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp. I: Festskrift till Ekelöf. Norstedts 1972.
- Semesterrätt. 5 uppl. Iustus 1991.
- Sverige. I: Arbetsrätten i Norden. NORD 1990:42.
- Tjänstetillsättning vid universiteten. Rättsfrågor i Överklagandenämndens praxis. I: Festskrift till Strömholm. Iustus 1997.
- Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? JT 1989–90 s. 193 ff.
- Överlåtelseförbud och kollektivavtal. I: Festskrift till Hessler. Norstedts 1985.
- Simitis, S., The rediscovery of the Individual in Labour Law. I: Reflexive Labour Law (red. R. Rogowski & T. Wilthagen). Kluwer Law and Taxation publishing 1994.
- Stang, F., Innledning til formueretten. 3 uppl. Aschehoug & co. 1935.
- Strömholm, S., Avtalsfrihetens komponenter – ett analys försök. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Norstedts 1987.
- Ideer och tillämpningar. Norstedts 1979.
- Rätt, rättskällor och rättstillämpning. 5 uppl. Norstedts 1996.
- En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984 s. 923 ff.
- Summers, C. W., Comparisons in Labor Law: Sweden and The United States. SvJT 1983 s. 589 ff.
- Summers, R. S., Instrumentalism and American Legal Theory. Cornell University Press 1982.
- Sundberg, J., Avtalstyper och typavtal. SvJT 1961 s. 11 ff.
- Om ansvaret för fel i lejt gods. Norstedts 1966.
- Suviranta, A., Finland. I: Arbetsrätten i Norden. NORD 1990:42.
- Invisible Clauses in Collective Agreements. Scandinavian Studies in Law 1965 s. 179 ff.
- Svensson, O., Om viljeförklaringen och dess innehåll. Nerenius & Santérus 1996.
- Svensäter, L., Anställning och upphovsrätt. Norstedts 1991.
- Taxell, L. E., Avtal och rättsskydd. Åbo Akademi 1972.
- Avtalsrätt – lagstiftning och doktrin. I: Festskrift till Ylöstalo. Suomalainen lakimiesyhdistys 1987.
- Avtalsrättens normer. Åbo Akademi 1987.

- Rätt och demokrati. Åbo Akademi 1976.
- Teubner, G., Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Vol. 17* (1983) s. 239 ff.
- Tiitinen, K.-M., Arbetsrätt. I: Inledning till Finlands rättsordning del 1 Privaträtt (red. P. Timonen). Juritsförbundets Förlag 1996.
- Torén, H., i Rättegången i arbetstvister (red. T. Sigeman). Publica 1979.
- Töllborg, D., Personalkontroll. Symposium 1986.
- Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet. *Retfærd* nr 74 s. 34 ff.
- Undén, Ö., Anförande vid nordiska juristmötet 1919 angående ämnet ”Kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare”.
- Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt. Berlingska förlaget 1912.
- Unger, R. M., The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review* vol. 96 (1983) s. 561 ff.
- Ussing, H., Aftaler. 3 uppl. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1950.
- Vad säger kollektivavtalet? Arbetsrättsliga uppsatser 5 i Lag & Avtals skriftserie.
- Vahlén, L., Avtal och tolkning. Norstedts 1960.
- Bidrag till avtalstolkningens systematik. *JFT* 1964 s. 380 ff.
- Fastighetsköp. 2 uppl. Norstedts 1970.
- Walin, G., Lagen om skuldebrev m.m. Norstedts 1977.
- Walin, G., Rydin, B. & Kihlgren, T., Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön. 4 uppl. Norstedts 1995.
- Weber, M., Ekonomi och samhälle 2. Argos 1985.
- Wedderburn, Collectivism, Labour Law and the European Community. I: Den svenska arbetsrätten i ett nytt Euoropa. Vänbok till Edlund (red., B. Nyström). Carlssons 1993.
- Welamson, L., anmälan av Bolding Skiljedom. *SvJT* 1964 s. 276.
- Rättegång VI. 2 uppl. Norstedts 1978.
- Svensk rättspraxis Civil och straffprocess 1980–1987. *SvJT* 1989 s. 497 ff.
- Svensk rättspraxis, Civil- och straffprocessrätt 1948–1952. *SvJT* 1953 s. 681 ff.
- Wennergren, B., I statens tjänst. 5 uppl. Allmänna förlaget 1990.
- Wennström, B., The Lawyer and Language. Iustus 1990.
- Werin, L., Ekonomi och rättssystem. Liber 1993.
- Victorin, A., anmälan av Källström Lokala kollektivavtal. *SvJT* 1980 s. 544 ff.
- En lagstiftning för en var? Om hyreslagstiftningen som rättspedagogiskt forum. *JT* 1992–93 s. 369 ff.
- i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt*.
- Kollektivavtal och grupplivskydd – om arbetsrättsliga inslag i försäkringsrätten. I: Festskrift till Hellner. Norstedts 1984.
- Lönenormering genom kollektivavtal. Allmänna förlaget 1973.
- Om omplacering och omreglering i anställningsförhållanden. *SvJT* 1979 s. 675 ff.
- Wikrén, G., & Eriksson, L. G., Semesterlagen. 4 uppl. Publica 1995.

- Wilhelmsen, T.-L., Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet. TfR 1995 s. 1 ff.
- Wilhelmsson, T., Den nordiska rättskällegemenskapen och rättskälleläran. TfR 1985 s. 181 ff.
- En social civilrätt? – Några kommentarer. JT 93–94 s. 499 ff.
- Legal Analysis and the Relative Autonomy of the Law. Rechtstheori., Beiheft 9, Berlin 1986 s. 110 ff.
- Perspectives of Critical Contract Law. Dartmouth 1993.
- Social Civilrätt. Finska Juristförbundets förlag 1987.
- Standardavtal. 2 uppl. Finska Juristförbundets förlag 1995.
- Materiell bedömning av standardvilkors giltighet. I: Festskrift till Grönfors. Norstedts 1991.
- Williamson, O. E., Contract Analysis: the Transaction cost approach. I: The Economic Approach to Law (red P. Burrows & C. G. Veljanovski). Butterworths 1981.
- The Economic Institutions of Capitalism. New York Free Press 1987.
- Williamson, O. E., Wachter, M., & Harris, J., Understanding the employment relation: the analysis of idiosyncratic exchange. The Bell Journal of Economics 1975 s. 250 ff.
- Windscheid, B., Lehrbuch des Pandektenrechts. Rütten & Loening 1906.
- Vourio, J., Om kollektivavtalets reglerande verkan i nordisk rätt. TfR 1957 s. 38 ff.
- Woxholth, G., Avtaleinngåelse i og utenfor avtaleloven. Juridisk forlag 1995.
- Vranken, M., Demise of the Australasian Model of Labour Law in the 1990s. Comparative Labor Law Journal vol. 16 (1994) s. 1 ff.
- Zethræus, S. Å., Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkor. Lag & Avtals skriftserie Arbetsrättsliga uppsatser 1984.
- Zweigert, K., & Kötz, H., An Introduction to Comparative Law. 2 uppl. Clarendon 1992.

Rättsfall

Arbetsdomstolens domar (AD)

1929 nr 26	148	1934 nr 55	280, 286
1929 nr 29	259 f, 263	1934 nr 6	24
1930 nr 64	123, 128	1935 nr 50	151
1930 nr 71	284, 286	1935 nr 144	148
1931 nr 11	121	1935 nr 153	128
1931 nr 13	313	1935 nr 34	86, 126, 128
1931 nr 32	126	1935 nr 37	151
1931 nr 93	148 f, 151	1936 nr 121	135
1932 nr 10	135, 180, 244, 251	1936 nr 29	133
1932 nr 105	302	1936 nr 62	305
1932 nr 106	295, 299, 307	1936 nr 69	119, 127
1932 nr 170	300, 309	1937 nr 57	347
1932 nr 176	124	1938 nr 16	123, 128
1932 nr 19	127	1938 nr 17	271
1932 nr 66	15, 308	1938 nr 58	148
1932 nr 68	119, 137	1938 nr 66	124
1932 nr 95	148	1939 nr 107	52
1933 nr 122	120, 136, 138, 141	1939 nr 119	279
1933 nr 137	293 f, 299, 315	1939 nr 47	127
1933 nr 139	302	1939 nr 54	104, 121 f, 137
1933 nr 140	302	1939 nr 90	312
1933 nr 159	135	1940 nr 101	128
1933 nr 185	128, 339	1940 nr 79	128
1933 nr 41	276	1940 nr 88	280
1934 nr 124	293, 302, 305	1941 nr 135	124, 268
1934 nr 177	127	1941 nr 140	183
1934 nr 179	244	1941 nr 3	90
1934 nr 19	127	1941 nr 7	105 f, 141
1934 nr 24	280	1941 nr 8	312
1934 nr 47	299	1942 nr 72	162
1934 nr 51	134	1943 nr 45	135

1944 nr 10	16	1961 nr 22	284
1944 nr 37	147, 149, 270	1961 nr 33	97
1944 nr 4	124	1962 nr 1	255
1944 nr 54	16, 131	1962 nr 2	276
1944 nr 75	276	1963 nr 12	266
1944 nr 80	302	1963 nr 17	276 f
1944 nr 82	119, 127, 134	1964 nr 24	133
1945 nr 39	16	1964 nr 5	136, 299, 301, 312
1945 nr 47	280	1965 nr 12	126
1946 nr 33	127	1965 nr 13	133
1946 nr 67	278	1965 nr 16	127
1946 nr 81	289	1965 nr 21	283, 286, 288
1947 nr 13	139	1965 nr 25	265
1947 nr 36	270	1965 nr 3	270
1947 nr 40	271	1966 nr 13	227, 331
1947 nr 73	89, 104, 122, 137	1967 nr 26	252
1948 nr 63	311, 313	1967 nr 17	135, 180
1949 nr 21	97	1967 nr 19	282
1949 nr 57	265	1967 nr 22	252
1949 nr 65	137	1967 nr 26	251
1950 nr 42	280	1968 nr 33	261
1950 nr 44	329	1968 nr 9	278 f
1950 nr 57	268	1969 nr 18	279
1953 nr 1	16	1969 nr 2	168
1953 nr 4	279	1969 nr 8	301 f
1953 nr 49	90	1970 nr 24	139
1954 nr 21	103, 222	1971 nr 10	126
1955 nr 36	124	1971 nr 34	162
1955 nr 44	248, 265	1971 nr 5	270
1956 nr 27	120 f, 131	1972 nr 25	279, 281, 289
1956 nr 30	124	1972 nr 29	205, 210
1956 nr 9	119, 127 f	1972 nr 30	234
1957 nr 29	128	1973 nr 14	195, 202, 329
1957 nr 31	128	1973 nr 23	121
1957 nr 29	124	1973 nr 42	203, 206, 209
1957 nr 3	128	1973 nr 47	141
1957 nr 7	137	1974 nr 13	294, 305, 338
1958 nr 23	139	1974 nr 14	299
1958 nr 3	98, 128	1974 nr 24	286
1960 nr 1	302	1974 nr 46	148
1960 nr 20	278 f, 280	1975 nr 24	271
1960 nr 36	248, 268	1975 nr 26	177

1975 nr 38	347	1977 nr 186	184, 188, 192, 196 f, 203
1975 nr 51	207, 209	1977 nr 192	194, 203
1975 nr 58	123	1977 nr 193	247, 271 f, 282 f
1975 nr 73	168	1977 nr 215	350, 365
1975 nr 75	193	1977 nr 222	150, 161 f, 172
1975 nr 84	211 f	1977 nr 24	99, 184, 215 f, 218
1976 nr 22	203	1977 nr 35	223
1976 nr 100	195, 203	1977 nr 39	201, 328
1976 nr 102	215	1977 nr 49	133, 148, 150
1976 nr 122	194, 198 f, 209, 211, 328	1977 nr 56	96
1976 nr 14	328	1977 nr 60	166, 168 f, 171
1976 nr 23	184, 186 f, 193, 197	1977 nr 62	151, 155, 157
1976 nr 26	348 f	1977 nr 64	356, 364
1976 nr 30	194, 206, 209 f	1977 nr 74	231, 331
1976 nr 33	124, 155, 210	1977 nr 80	350
1976 nr 37	231	1977 nr 92	184
1976 nr 4	193, 199	1978 nr 111	150
1976 nr 49	357	1978 nr 14	327
1976 nr 5	139	1978 nr 151	293, 305, 307, 338
1976 nr 50	327	1978 nr 161	248, 255, 268, 351 f, 358
1976 nr 52	268, 276, 326, 340	1978 nr 163	118, 149, 154 f, 157, 196, 208, 209, 210, 236, 306
1976 nr 54	230, 239	1978 nr 167	196, 206, 209 f, 213
1976 nr 65	178, 180, 293	1978 nr 17	188
1976 nr 74	196, 199, 203	1978 nr 40	110, 114, 213
1976 nr 8	191, 271, 328	1978 nr 57	216 f
1976 nr 81	184, 186, 198 f, 204	1978 nr 58	198
1976 nr 88	185, 194 ff	1978 nr 6	247
1976 nr 91	149	1978 nr 62	103, 219, 222
1976 nr 97	93	1978 nr 68	324 f, 338, 341, 352, 361
1976 nr 99	283	1978 nr 72	92
1977 nr 100	168	1978 nr 74	258, 267
1977 nr 110	330	1978 nr 83	243
1977 nr 113	227, 230, 240	1978 nr 89	180, 246, 248, 250, 252 f, 282
1977 nr 116	138	1979 nr 152	183, 340
1977 nr 126	104, 108, 109 f, 114, 139	1979 nr 155	323
1977 nr 15	89	1979 nr 164	93, 134
1977 nr 151	356 f		
1977 nr 159	359		
1977 nr 169	299, 305, 307, 309 f, 338		

1979 nr 165	134	1982 nr 69	150, 161 f
1979 nr 66	257, 265, 272, 276, 278 ff	1982 nr 83	191
1980 nr 105	317	1983 nr 105	248, 264, 269
1980 nr 133	345, 347	1983 nr 107	251
1980 nr 149	247, 256, 257, 277	1983 nr 110	358 f, 367
1980 nr 165	326, 327	1983 nr 113	189
1980 nr 168	356	1983 nr 115	280
1980 nr 25	281	1983 nr 123	311
1980 nr 42	350	1983 nr 127	357
1980 nr 51	249, 261, 265 f, 268 f, 270, 290	1983 nr 130	178
1980 nr 67	318	1983 nr 14	278, 280
1980 nr 78	304, 311, 313	1983 nr 141	159
1981 nr 1	267, 351, 359	1983 nr 156	266, 276
1981 nr 100	258, 268	1983 nr 161	195
1981 nr 134	282, 288 f	1983 nr 163	123
1981 nr 14	286, 287, 305, 311	1983 nr 174	150, 247 f, 251, 267, 269, 282
1981 nr 155	256 f, 265, 275	1983 nr 177	250, 256, 267, 288, 293
1981 nr 16	299	1983 nr 184	160 f, 164, 172
1981 nr 174	275, 278, 280 ff	1983 nr 3	251
1981 nr 52	318	1983 nr 33	258
1981 nr 58	323	1983 nr 42	356
1981 nr 6	250, 253	1983 nr 44	286
1981 nr 85	193, 195, 215	1983 nr 46	251, 253
1981 nr 92	227, 331	1983 nr 74	104, 110 f, 114
1982 nr 107	218	1983 nr 8	307, 313
1982 nr 112	248, 250 f, 264, 269, 276	1983 nr 88	238
1982 nr 113	193, 200	1983 nr 94	348
1982 nr 142	178	1984 nr 108	278
1982 nr 152	256 f, 265 f, 269 f, 287, 330	1984 nr 114	251
1982 nr 155	331	1984 nr 119	247 f, 250, 254, 265 f
1982 nr 18	256	1984 nr 120	191 ff, 197, 231, 330
1982 nr 21	318	1984 nr 128	139
1982 nr 29	250 f, 267	1984 nr 141	255
1982 nr 30	359	1984 nr 28	327, 329 f
1982 nr 41	274	1984 nr 30	283, 285 f, 289
1982 nr 52	247, 272, 282 f	1984 nr 45	185, 186, 198 f, 204, 211
1982 nr 55	247	1984 nr 58	133 f
1982 nr 60	358	1984 nr 64	188, 275 f

1984 nr 76	127, 193, 278, 334	1987 nr 156	119, 283
1984 nr 79	118, 150, 154, 159 f, 163, 172	1987 nr 165	222, 226, 243
1984 nr 80	251, 258, 276	1987 nr 18	246, 251
1984 nr 81	215	1987 nr 23	253
1984 nr 82	367	1987 nr 34	350, 364
1985 nr 108	172	1987 nr 53	152, 169 f, 175
1985 nr 112	251, 253	1987 nr 58	134
1985 nr 129	264	1987 nr 73	253
1985 nr 130	188 f	1987 nr 77	246, 279, 284, 289
1985 nr 130	188	1987 nr 78	166
1985 nr 134	84	1987 nr 91	358
1985 nr 136	253	1987 nr 93	195, 212
1985 nr 29	319	1987 nr 97	318
1985 nr 40	185, 194, 198 f	1988 nr 123	127
1985 nr 45	333	1988 nr 143	184, 185, 192, 194 f, 197, 201
1985 nr 53	188, 256, 259, 262	1988 nr 177	123
1985 nr 6	249, 258, 264, 267, 269, 283, 288 f	1988 nr 181	226, 238, 243
1985 nr 65	251, 252, 253	1988 nr 20	327
1985 nr 72	216, 324, 325, 338	1988 nr 32	348, 349
1985 nr 73	257, 316, 326, 359	1988 nr 38	212
1985 nr 79	348, 364	1988 nr 48	243
1986 nr 11	247, 254, 259	1988 nr 58	347
1986 nr 12	88, 213	1988 nr 66	104, 108, 110
1986 nr 126	166	1988 nr 80	106
1986 nr 144	90	1988 nr 82	358
1986 nr 146	185, 203 f	1988 nr 95	226, 232, 243
1986 nr 158	348	1988 nr 96	226, 239, 243
1986 nr 159	281	1989 nr 102	359
1986 nr 24	194	1989 nr 108	120, 130
1986 nr 30	311, 316	1989 nr 112	119, 121, 130 f, 138
1986 nr 37	301, 305, 310, 314, 316	1989 nr 113	237, 322
1986 nr 50	90	1989 nr 126	360
1986 nr 55	348	1989 nr 27	330 f
1986 nr 59	104, 113, 327, 332	1989 nr 47	364
1986 nr 61	317	1989 nr 51	227, 235, 237, 239
1986 nr 63	276, 290	1989 nr 55	123
1986 nr 78	178	1989 nr 67	54, 152, 250, 251
1987 nr 105	194 f	1989 nr 68	98
1987 nr 145	124	1989 nr 83	333
		1990 nr 100	318
		1990 nr 33	155, 157, 173, 174

1990 nr 59	259, 261, 265	1993 nr 172	347
1990 nr 78	138	1993 nr 173	293, 294, 299 f, 305, 307, 312, 315
1990 nr 84	89, 96	1993 nr 19	251, 292
1990 nr 92	185, 192, 212	1993 nr 215	359
1991 nr 100	159 ff, 173, 317	1993 nr 228	359
1991 nr 106	250 f, 253	1993 nr 30	251, 252
1991 nr 114	248, 257, 265, 267, 269, 292	1993 nr 34	250
1991 nr 136	351	1993 nr 39	251, 253, 258, 319, 335
1991 nr 21	318	1993 nr 47	319
1991 nr 26	178	1993 nr 52	303
1991 nr 3	219, 223, 226, 232, 243	1993 nr 61	346, 352, 360, 364 ff
1991 nr 38	329, 338	1993 nr 71	296
1991 nr 45	360	1993 nr 73	359
1991 nr 48	226, 229, 231, 238, 331	1993 nr 80	358, 367
1991 nr 49	148, 150	1993 nr 89	358
1991 nr 65	251, 252	1993 nr 9	106, 111 f, 141, 232
1991 nr 72	251	1994 nr 111	226
1991 nr 78	156 f	1994 nr 1	350, 357
1991 nr 81	177 f, 180, 184, 340	1994 nr 111	221, 243
1991 nr 90	98, 99, 106, 111, 232	1994 nr 120	243
1991 nr 91	178, 179, 180	1994 nr 122	324, 325, 351 ff, 360 ff
1992 nr 141	129 f, 136, 157, 303 f, 306, 314, 338	1994 nr 123	247
1992 nr 111	251	1994 nr 134	360
1992 nr 112	194	1994 nr 137	254, 257 f, 267
1992 nr 143	122, 141 f	1994 nr 140	345, 349, 364
1992 nr 17	274	1994 nr 147	185, 203 f
1992 nr 27	299 f, 304, 308, 310, 316	1994 nr 15	367
1992 nr 4	155, 157 f	1994 nr 17	195, 197
1992 nr 67	250	1994 nr 22	189
1992 nr 88	318	1994 nr 24	271, 273, 282, 287, 289 f, 292
1993 nr 101	356	1994 nr 28	103, 152, 221 f, 226 f, 235, 243
1993 nr 104	346, 366	1994 nr 36	230, 239, 330
1993 nr 141	226, 230	1994 nr 5	331, 333
1993 nr 150	283, 284	1994 nr 56	246, 251
1993 nr 151	257, 258, 271 ff, 275, 282	1994 nr 64	319
1993 nr 160	255	1994 nr 73	366, 367
		1994 nr 77	256, 258, 265, 292

Sakregister

- 29/29-principen 259 ff
- allmänna läror 63 ff
- anställningsförhållande 52
- anställningsvillkor 293
- arbetsbrist 346 ff
- arbetsgivarventil 311
- arbetsledningsbeslut 250 ff
- arbetsmiljölagen, avtal i
 strid med 91 ff
- arbetstagares skyddsbehov 84 f
- arbetstidslagen
 - allmänt 277
 - avtal i strid med 91 ff
- arbetstidsmätt, ändring av 334 f
- auktoritetsskäl 26 ff
- avtalsgrundande rättsfakta 70 f,
- avtalstema 171
- bastubadarprincipen 134, 250
- branschpraxis 204 ff
- bruket på arbetsplatsen 154, 157
 275, 306
- dolda klausuler 53, 131 ff
- dolusregeln 81
- ”dispositive utsagn” 69 f
- efterföljande fakta 194 ff, 211 ff,
 287, 329 f
- ekonomisk effektivitet 42 ff
- ensidiga utfästelse 327 f
- enskild rätt 138 f
- enskilda anställningsavtalet 54
- etablerad position 47 ff
- exklusivavtal 161
- fingerad arbetsbrist 346
- formell rationalitet 46
- formkrav 190 f
- fringe benefits 296
- förklaringsteorin/-principen 62
- gemensam partsuppfattning 78 ff,
 191 ff, 329
- god sed 90, 251 ff
- gratifikation 294
- gåvoavsikt 299
- informationsplikt (6 a § LAS) 152,
 174 f, 287, 255
- intjänad rätt 138 f
- kollektivavtal
 - eftergift 136 ff
 - lörens beräkning 127 f
 - normerande verkan 118
 - otillåten avvikelse 125 ff
 - sedvänja 177 ff
 - skiljeavtal 234 ff
 - tvingande verkan kap. 4
 - underbetalning 126 f
 - utanförstående 144
 - utfyllande verkan kap. 5
 och s. 118, 208 ff
 - verkan av avtal i strid med
 120 ff
 - överbetalning 128 ff
 - kollektivavtalsförutsättningar
 53
- komplext rättsfaktum 186
- konkludent handlande 257 f, 328
- kringående av lag 89 ff
- kulans 287 f
- legala förbud 92
- lojalitetsplikt, arbetsgivarens 355 f
- lunchkuponger 300
- löneförmån 293

- lönesänkningsspärr 301 f
- materiell rationalitet 46
- minimilöneavtal 129 f
- normallöneavtal 129 f
- omplaceringsbefogenhet 249 och
avsnitt 8.3
- omplaceringsskyldighet 255, 355
- omplaceringsutredning 358
- partiell uppsägning 337 f
- personliga avtal 54
- personliga skäl 346 ff
- preskription i arbetsrätten
 - allmänt 165 f.
 - förlängning 331 ff
 - kollektivavtal 168 ff
- primär arbetsskyldighet 249,
255 ff
- primärmål 38 ff
- ramen för anställningen 247
- reflexiv rationalitet 46
- rättsvillfarelse 111 ff
- rättvis fördelning 45 ff
- sakskäl 26 ff
- sammanvägningsmetod 28 f
- semester, uttag av obetald 89
- semesterlön
 - beräkning 97 f
 - frigörelsetid 98
- sjuklön 318
- skiljeavtal
 - införlivande av kap. 7
 - eftergift 330 f
 - i diskrimineringstvister 103
- straffsanktionerad lag 92
- teleologisk metod 29 f
- tillitsteorin/-principen 62
- tjänst 262
- tolkning 55 ff, 79 f
- tolkningsföreträdare
 - arbetsskyldighet 254
 - enligt 35 § MBL 317 f
- transaktionskostnader 245 f
- tvingande materiella regler 83
- tvingande regler
 - eftergift 100 ff
 - ensidigt tvingande 95 ff
 - tillämpningsområde 87 f
 - överlåtelse av lön 94
- tyngande avtalsvillkor 224 ff
- ultimär mål 38 ff
- uppsägning av villkorsskäl 324
- uppsägning för omreglering 324
- uppsägning, partiell 337 f
- uppsägningsskäl 346
- uppsägningstid, förlängning
 - av 335 f
- utfyllning 55 ff, 79 f
- utfästelse 216 f
- vikariat, anknytningskrav 187
- viljeteorin/-principen 61 f
- villkorsändring
 - bostadshyra 342 f
 - försäkringsavtal 343 f
- ändringsavtal 327 ff
- överraskande avtalsvillkor 224 ff