

114

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

MIKAEL HANSSON

Kollektivavtalsrätten

En rättsvetenskaplig berättelse

IUSTUS FÖRLAG



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>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

114

Redaktör: Mattias Dahlberg

Kollektivavtalsrätten

– en rättsvetenskaplig berättelse

Mikael Hansson

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

M. Hansson. Kollektivavtalsrätten – en rättsvetenskaplig berättelse. The Collective Agreement. A Legal Narrative. Iustus Förlag AB, 463 pp. Uppsala 2010. ISSN 0282-2040, ISBN 978-91-7678-751-9.

The collective agreement is considered to be the single most important method of regulating the labour market in Sweden. Its importance is emphasised by the fact that there is no legislation concerning wages, and that labour-market legislation often can be derogated from by collective agreements (*quasi-mandatory* statutes). It is often argued that the position of the collective agreement is threatened, due to the fact that the society within which the collective agreement was developed to regulate is fundamentally changing. This change, described in terms of certain tendencies, (internationalisation, individualisation *etcetera*) and their driving forces appear, as it seems, in society (i.e. outside the law), which makes them somewhat difficult for the legal discourse – and jurisprudence in particular – to handle.

In the thesis the author combines a discussion of classical topics concerning the collective agreement (such as closing of collective agreements, the binding force of the collective agreement, interpretation of the collective agreement and principles regarding competing collective agreements) with concepts from the *law and literature-genre*. The law of the collective agreement is thereby described as a legal field of its own, and since the legal field to a large extent is constructed and withheld by legal doctrine, the author argues that jurisprudence itself have an important role in how the changes in society affects the collective agreement. However, modern legal science has certain problems to acknowledge and, moreover, to reflect upon its influence in this process. It is suggested that the changes, insofar as they are relevant to the collective agreement, is situated within the legal discourse itself, in its own narrative. With this perspective in mind, jurisprudence can, and ought to, reflect upon its own role in the narrative of the collective agreement.

Mikael Hansson, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 520, S-751 20 Uppsala, Sweden

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2010

ISSN 0282-2040

ISBN 978-91-7678-751-9

Omslag: John Persson

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

Tryck: Edita, Västerås 2010

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

När de allra sista orden skall skrivas står det mer klart för mig än någonsin att det som verkligen är viktigt att säga samtidigt är det som är svårast att formulera. Orden verkar plötsligt torftiga, oförmögna att uttrycka de känslor av tacksamhet som de är avsedda att förmedla. Detta förord är ett tafatt, men ärligt menat, försök.

Tack professor Jonas Malmberg för handledning under hela avhandlingstiden. Jonas har visat att närvaro inte behöver ha att göra med om den dagliga gärningen bedrivs i en annan stad eller tvärsöver korridoren. Utan Jonas hade det inte blivit den avhandling det blev.

Tack docent Johan Schelin, som ryckte in och sjösatte avhandlingsprojektet när det visade sig att Jonas från början inte (på grund av vissa formaliteter, jag har nästan glömt vilka) kunde vara ensam handledare. Utan Johan hade det inte blivit någon avhandling alls.

Tack docent Joel Samuelsson för vänskap, för inspirerande och (för mig) lärorika vetenskapliga samtal, och för kommentarer på avhandlingen under alla dess stadier, från projektbeskrivning till baksidestext.

Tack professor Kent Källström och professor em. Tore Sigeman som läst och kommenterat avhandlingsmanuset, som det förelåg i juni 2009, i sin helhet.

Tack jur. dr. Anna-Sara Lind, doktoranderna Katia Cejje, Sandra Friberg, Cyril Holm och Erik Sjödin, arbetsrättsjuristerna, tillika doktoranderna Claes-Mikael Jonsson och Pernilla Lundblad, universitetsadjunkt Magdalena Giertz samt vice generalsekreterare Magnus Lundberg för kommentarer på olika delar av avhandlingen, i olika stadier av dess färdigställande.

Tack pol.stud. Ninni Holmlund, som såg till att de mest iögonfallande språkliga bristerna i Abstract och Summary kunde rättas till.

Tack alla nuvarande och före detta doktorandkollegor för det ständigt pågående vetenskapliga samtalet. Den betydelse doktorandkursen under professor Håkan Andersson har för att skapa och underhålla det samtalet kan knappast överskattas. Det är något visst med att vara doktorand vid Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet, och det är till väldigt stor del er förtjänst.

Tack till Juridiska fakulteten i Uppsala, Tore Alméns minnesfond, Institutet för rättsvetenskaplig forskning och Emil Heijnes stiftelse, vilka på olika sätt bidragit till att finansiera avhandlingen.

Tack, slutligen, Magdalena (igen – ändå kan jag inte tacka dig tillräckligt), Josephine och Juliette för att ni stått ut med mig, trots att jag ofta varit mer än lovligt frånvarande också när jag varit närvarande. För att beskriva er betydelse räcker orden inte till alls.

Uppsala i mars 2010

Mikael Hansson

Innehåll

Förord 5

Förkortningar 15

Prolog 17

1 Inledning – om forskningsuppgiften 19

- 1.1 Om forskningsuppgiften 19
- 1.2 Om metoden 20
 - 1.2.1 Inledning 20
 - 1.2.2 Rättsdogmatiken 21
 - 1.2.3 Narratologin 22
- 1.3 Om rätten och rättsvetenskapen 25
 - 1.3.1 Rätten och viskleken 25
 - 1.3.2 Rättsvetenskapens ambivalenta självbild 27
 - 1.3.3 Avhandlingens självreflekterande strävan 29
- 1.4 Principer för avgränsningar 30
- 1.5 Studiens uppläggning 31

2 Om rättsområdet arbetsrätten 32

- 2.1 Avstamp i en metafor 32
- 2.2 Den historiska dimensionen 35
 - 2.2.1 Arbetsrättens tillblivelse 35
 - 2.2.2 Mellan civilrätt och offentlig rätt 40
 - 2.2.3 Rättsvetenskapen i det formativa skedet 45
 - 2.2.4 Det ideologiska skiftet 50
 - 2.2.5 Arbetets varublivande 54

- 2.3 Den rättssystematiska dimensionen 59
 - 2.3.1 Mellan avtal och lag 59
 - 2.3.2 Om arbetsrättens källor 62
 - 2.3.3 Rättsområdets avgränsningar 63
 - 2.3.3.1 Definitionsmekanismen 63
 - 2.3.3.2 Arbetstagarbegreppet – arbetsrättens gränsvakt 64
 - 2.3.3.3 Andra gränsvakter 69
 - 2.3.4 I arbetsrättens gränstrakter 71

3 Om samhällsförändringen i arbetsrätten 74

- 3.1 Inledning 74
 - 3.1.1 Rätten och samhället 74
 - 3.1.2 Tendenserna 77
 - 3.1.3 Tendensernas dualitet 79
- 3.2 Internationaliseringen 80
 - 3.2.1 Terminologiska anmärkningar 80
 - 3.2.2 Internationaliseringens konturer 81
 - 3.2.3 Internationaliseringens dualitet 83
 - 3.2.4 Internationaliseringens akuta närvaro 86
- 3.3 Flexibiliseringen 90
 - 3.3.1 Tendensen 90
 - 3.3.2 Flexibiliseringens dualitet 93
 - 3.3.3 Ett försök till medelväg – Flexicurity 94
- 3.4 Individualiseringen 99
 - 3.4.1 Tendensen 99
 - 3.4.2 Individualiseringens dualitet 103
- 3.5 Decentraliseringen 105
 - 3.5.1 Tendensen 105
 - 3.5.1.1 Decentralisering av organisationsväsendet 105
 - 3.5.1.2 Decentralisering i kollektivavtalsfloran 107
 - 3.5.2 Decentraliseringens dualitet 111
- 3.6 Den tekniska utvecklingen 113

4	Om förändringsdiskursens funktioner	116
4.1	Inledning	116
4.2	Kronologi och temporalitet	117
4.3	Kausalitet och mening	122
4.4	Abstraktionsmekanismen	130
4.5	Rättsvetenskapens förhållande till andra vetenskaper	134
4.6	Pendeln slår tillbaka	142
5	Om kollektivavtalets obligatoriska verkan	145
5.1	Inledning	145
5.2	Avtalsavsikt, anbud och accept – Kollektivavtalsrättens anslutning till den allmänna avtalsrätten	146
5.2.1	Kravet på avtalsavsikt	146
5.2.2	Om anbud och accept	148
5.2.3	Kollektivavtalets förhållande till anbud och accept	149
5.3	Formkravet	154
5.3.1	Ett rättstekniskt perspektiv	154
5.3.2	Ett tekniskt perspektiv	155
5.3.3	Ett ändamålsperspektiv	156
5.4	Partsställningen	161
5.4.1	Partsställning på arbetstagarsidan	161
5.4.1.1	Regelns orientering	161
5.4.1.2	Gränsen mot associationsrätten	162
5.4.2	Partsställningen på arbetsgivarsidan	167
5.5	Krav på avtalsämne	169
5.5.1	Kollektivavtalsrättens gränser	169
5.5.1.1	Gränsen med hänvisning till MBL	169
5.5.1.2	Gränsen mot den individuella arbetsrätten	170
5.5.1.3	Gränsen mot demokratins krav	172
5.5.2	Den självgrundande cirkeln	175
5.6	Avsaknad av en tillämplig ogiltighetsgrund	176
5.7	Inträde i en avtalsrelation utan avtalsingående	179
5.7.1	Inledning	179
5.7.2	Bundenhet genom övergång av verksamhet	180
5.7.3	Konkursboets bundenhet av kollektivavtal	183

6 Om kollektivavtalets normativa verkan 187

- 6.1 Inledning – återigen om kollektivavtalsrättens särdrag 187
- 6.2 Teorier om kollektivavtalets bindande verkan 189
 - 6.2.1 Organisationsteorin 189
 - 6.2.2 Fullmaktsteorin 193
 - 6.2.3 Den dubbla konstruktionen 197
 - 6.2.4 Den trippla konstruktionen? 206
- 6.3 Kollektivavtalets tillgänglighet – en berättelse om fragmentisering 210

7 Om fastställande av kollektivavtalets innehåll 218

- 7.1 Inledning 218
- 7.2 Kollektivavtalsolkningen och dess särdrag 219
- 7.3 Förhållandet mellan ingående av avtal och avtalets innehåll 226
 - 7.3.1 I kollektivavtalsrättens historia 226
 - 7.3.2 I den rättsvetenskapliga debatten 227
 - 7.3.2.1 Ett kommunikationssammanbrott 227
 - 7.3.2.2 Ett kollektivavtalsrättsligt särdrag 231
 - 7.3.2.3 En dold legitimitetsfråga och kommunikationens avslutande – till verket! 233
- 7.4 Tolkningsverksamhetens syfte 235
- 7.5 Den processuella ramen för tolkningsverksamheten 241
- 7.6 Kollektivavtalsolkning 245
 - 7.6.1 Något om procederet 245
 - 7.6.2 Strategier för att återföra tolkningen på en (kritisk) tidpunkt 246
 - 7.6.2.1 Gemensam partsavsikt 246
 - 7.6.2.2 Avtalets ordalydelse 251
 - 7.6.2.3 Om tolkningens rimlighet som argument 259
 - 7.6.2.4 Den obligationsrättsliga utgångspunkten; Dolusregeln 262
 - 7.6.2.5 Det kollektivavtalsrättsliga culpa-regeln 263
 - 7.6.2.6 Den kollektivavtalsrättsliga oklarhets-regeln 269

7.6.3	Strategier i tolkningen att hantera tidsligheten	278
7.6.3.1	Inledning	278
7.6.3.2	Avtalsbestämmelsers historia	279
7.6.3.3	Partsbruk och avtalets tillämpning	282
7.6.4	Strategier för att återföra tolkningen på en standardlösning	287
7.6.4.1	Schablontolkning	287
7.6.4.2	Prejudicerande avtalstolkning	288
7.6.4.3	Etablerade frågor	294
7.7	Tolkningens gränser – regler ämnade att korrigera	295
7.7.1	Inledning	295
7.7.2	36 § Avtalslagen	296
7.7.3	God sed på arbetsmarknaden	302
7.7.3.1	Inledning	302
7.7.3.2	Typfallet – avtalsturlistor	305
7.7.3.3	I kollektivavtalsrättens gränstrakter	308
7.8	Klausuler som inte passar in (men som ändå finns)	311
7.8.1	Inledning	311
7.8.2	Policydeklarationer	311
7.8.2.1	Inledning	311
7.8.2.2	Policydeklarationernas plats i tolkningen	313
7.8.2.3	Policydeklarationernas förhållande till distinktionen mellan normativa och obligatoriska kollektivavtalsbestämmelser	314
7.8.3	Dolda klausuler	317
7.8.3.1	Inledning	317
7.8.3.2	Kollektivavtalsrättens särdrag	319
7.8.3.3	Dolda klausuler som korrigrande strategi	322
7.9	Kollektivavtalets gränser mot den individuella arbetsrätten	324
7.9.1	Inledning	324
7.9.2	Arbetstagarens enskilda rätt	324
7.9.3	Den personliga integriteten	327
7.9.3.1	Den tekniska utvecklingens närvaro	327
7.9.3.2	De materiella avtrycken	329
7.10	Avslutning i kollektivavtalstolkningens gränsland	331

8 Om förhållandet mellan normer i kollektivavtalsrätten 334

- 8.1 Inledning 334
- 8.2 Förhållandet mellan lag och kollektivavtal 335
 - 8.2.1 Om konkurrerande normer 335
 - 8.2.2 Om överlappande normer 337
- 8.3 Förhållandet mellan olika kollektivavtal 338
 - 8.3.1 Inledning 338
 - 8.3.2 Förhållandet mellan kollektivavtal på olika nivå 339
 - 8.3.3 Konkurrens mellan kollektivavtal till följd av ändrade kollektivavtalsrelationer 342
 - 8.3.3.1 Om regeln 342
 - 8.3.3.2 Sinsemellan oförenliga villkor 342
 - 8.3.3.3 Prima facie samtidigt tillämpliga, men motstående regler 343
 - 8.3.3.4 En fråga om senioritetsordning 345
 - 8.3.3.5 Om konflikten 350
 - 8.3.3.6 En fråga om regelns ovillkorlighet 353
 - 8.3.3.7 Om regelns legitimering 354
 - 8.3.3.8 Påföljden 360
 - 8.3.3.9 Undantaget – 31 a § MBL 361
 - 8.3.4 Konkurrens mellan kollektivavtal till följd av att föremålet för regleringen förändrats 362
 - 8.3.4.1 Om konkurrensregeln 362
 - 8.3.4.2 Om konkurrensen på arbetstagar- sidan 367
- 8.4 Förhållandet mellan kollektivavtal och anställningsavtal 370
 - 8.4.1 Inledning 370
 - 8.4.2 Kollektivavtalets företrädare 371
 - 8.4.2.1 Den okomplicerade svenska rätten 371
 - 8.4.2.2 Kontrasten – En nordisk exkurs 372
 - 8.4.2.3 Tillbaka till den svenska kollektivavtals- rätten – en komplicerad fråga om regelns följd 377
 - 8.4.3 Kollektivavtalets efterverkan 386
 - 8.4.3.1 Om figuren 386
 - 8.4.3.2 Efterverkans huvudfall – Normativa bestämmelser 390

- 8.4.3.3 Något om obligatoriska bestämmelser 392
- 8.4.4 Kollektivavtalets fjärrverkan 394
 - 8.4.4.1 Om regeln och dess utveckling 394
 - 8.4.4.2 Om metaforen och legitimiteten 400
 - 8.4.4.3 Om fjärrverkan och kollektivavtalsrättens utveckling 401

9 Avslutning – om kollektivavtalsrättslig självreflektion 408

- 9.1 Inledning 408
- 9.2 Slutsatser om kollektivavtalets framtid 408
- 9.3 Gränsen mot den individuella arbetsrätten 409
- 9.4 Kollektivavtalsrättens yttersta grund – de självgrundande cirkelarna 411
- 9.5 Om rättsvetenskapens nytta 413
- 9.6 Kollektivavtalets funktioner och den sociologiska dragningen 417
- 9.7 Slutord 420
- Epilog 422

Summary 423

Källförteckning 431

Sakregister 462

Förkortningar

a.a.	Anfört arbete
a. st.	Anfört ställe
AD	Arbetsdomstolens domar
Anm.	Anmälan
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
DiskL	Diskrimineringslag (2008:567)
Ds	Departementsserien
Ed.	editor
EKMR	Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska Unionen
f.	och följande sida
ff.	och följande sidor
HB	Handelsbalk (1736:0123 2)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
ILO	International Labour Organisation
jfr	jämför
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift
KAL	Kollektivavtalslagen 1928
kap.	kapitel
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
LOA	Lag (1994:260) om offentlig anställning
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
m.fl.	med flera
n.	not
NJA	Nytt juridiskt arkiv avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv avdelning II
Nr	Nummer

Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
red.	Redaktör(-er)
RF	Regeringsform (1974:152)
s.	sida
SAC	Sveriges Arbetares Centralorganisation
SACO	Sveriges Akademikers Centralorganisation
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen
SOU	Statens offentliga utredningar
st.	stycke
SvJT	Svensk Juristtidning
TCO	Tjänstemännens Centralorganisation
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
Uppl.	upplaga
vol.	Volume
Årg.	Årgång

Prolog

Utanför den slutna rättsvetenskapliga sfären, ute i det som ibland kallas verkligheten, höjs oroliga röster; det sägs att kollektivavtalet är hotat. Det är uppenbart att det är orostider för kollektivavtalet. Då rycker, precis som man kan förvänta, arbetstagsidan ut till försvar för kollektivavtalen. Men man strider inte ensam. Lagstiftaren sluter upp på ena flanken, och snart dyker arbetsgivaren upp på den andra flanken. ”Till försvar för kollektivavtalen!” lyder det samfälliga stridsropet. Plötsligt inser jag varför de ropande rösterna tycks komma från alla håll, varför larmet är så nära, varför följets rörelse känns så påtagligt obeveklig. Jag beskådar inte, som jag först trodde, spektaklet på avstånd. Jag står i själva verket mitt i det. Rättsvetenskapen, den samling i vilken jag försöker vinna inträde, befinner sig mitt i hären. Den verkar inte som de andra ha någon tydlig plats, men den är uppenbarligen på väg åt samma håll, mot samma fiende.

Slagen av denna insikt måste jag försöka stanna upp. Vad är det egentligen man, vi, rycker ut för att försvara? Och vem är fienden mot vilken det skall försvaras? För att besvara frågorna hjälper det inte att spana mot horisonten. Omvärlden är alltför bländande och samtidigt alltför höljd i dimmor för att någon fiende skall kunna urskiljas. Någon härförare som stolt går i täten för hela den stora armén och pekar ut riktningen står inte att finna. I stället får jag, i syfte att vinna någon klarhet, vända blicken inåt, mot den här jag funnit mig ingå i. I hären finns svaren på vad det är man så enträget vill försvara, och vilken fiende man givit sig av att bekämpa. Men om man lyssnar på den bullrande hopen upptäcker man snart att flankerna inte verkar helt överens, inte i alla frågor. Till och med inom de täta leden i respektive flank käbbblas det en hel del sinsemellan. Men det mesta drunknar i de taktfasta stridsropen.

1 Inledning – om forskningsuppgiften

1.1 Om forskningsuppgiften

Avhandlingen handlar om kollektivavtalet. Kollektivavtalet är, alltså, industrisamhällets genombrott för drygt hundra år sedan, det viktigaste sättet att reglera arbetsmarknaden. Arbetsmarknadens parter har med kollektivavtalet givits en dominerande ställning som normgivare på arbetsmarknaden. Den svenska regleringen utmärker sig därtill genom att helt sakna lagreglering om minimilön samtidigt som annan lagstiftning om arbetsvillkor kan frångås genom kollektivavtal. Som om inte det vore nog figurerar kollektivavtalet som rättsfaktum i en hel del lagregler, typiskt sett sådana som har att göra med arbetstagarinflytande. Genom sin roll för lönebildningen är kollektivavtalet av central betydelse för samhällsekonomin, och det är överhuvudtaget centralt för hur relationerna på arbetsmarknaden regleras, och kanske därmed för hur de fungerar.

Det låter kanske ändå inte så spännande. Att kollektivavtalet uppenbarligen är av stor praktisk betydelse motiverar inte, i vart fall inte sett för sig, att det skulle vara ett passande objekt för en rättsvetenskaplig studie. Inte heller förslår ett särskilt intresse för säregna avtalstyper. Att det var länge sedan kollektivavtalet fick någon mer övergripande rättsvetenskaplig behandling kanske har goda skäl; det kanske helt enkelt inte finns något intressant att säga?

Historien om kollektivavtalet är dock också en berättelse om *förändring* och om *hot*. Så mycket mer akut blir frågan som förändringen verkar vara omvälvande, och nära förestående – kanske är den redan här. Det talas om att industrisamhällets era går mot sitt slut och att ett kunskaps-samhälle avlöser. Spörsmålet har inte bara att göra med kollektivavtalet som avtalstyp betraktat. När industrisamhället vacklar, vacklar hela det moderna samhället som vi känner det.

Förändringarna reser frågor för rättsvetenskapen, frågor som kan formuleras på olika sätt men som går ut på ungefär samma sak: Vad kommer att hända? Kollektivavtalet har varit det dominerande sättet att reglera

arbetsmarknaden i industrisamhället, men hur skall arbetsmarknaden i kunskapssamhället regleras? Frågorna riktas mot framtiden, mot förändringarna. Bakom den frågan skymtar andra frågor, som dock inte ställs uttryckligt. *Vad* är det närmare bestämt som hotas? Att förändringen och därmed samhället angår arbetsrätten tas för givet, men *hur* påverkan närmare bestämt går till visar sig vara svårt att svara på. Eftersom svaren tycks undfly arbetsrätten kan det vara mödan värt att vända på perspektiven och rikta blicken mot frågan, och mot frågeställaren. Var kommer frågorna ifrån, och hur är det rättsområde beskaffat som ställer sig dem?

1.2 Om metoden

1.2.1 Inledning

Den metod som används i avhandlingen skulle, om den skall ges ett namn, kunna kallas "narratologisk rättsdogmatik". I det följande skall den introduceras helt kort. Det föreliggande avsnittet handlar visserligen om metoden, men metoden går samtidigt inte att skilja från behandlingen. Metoden kommer alltså att synas i undersökningen, även om den inte avslöjar sig uttryckligt annat än i resonemangen och i en hel del hänvisningar i noterna. I den mån texten behöver läggas ut om metoden kommer det att göras där frågan reses, det vill säga i texten.¹ Förhoppningsvis minskas därmed risken för att "metodkapitlet" upplevs som frikopplat från den materiella behandlingen av ämnet.²

¹ Eller, där det passar bättre, i anslutning till texten, i noterna. Det finns alltså grovt räknat två sorters noter i texten, dels sedvanliga källhänvisningar, dels noter som lägger ut texten om texten. Tekniken är betingad av en strävan att inte tynga texten med diskussioner som knyter an till huvudtexten på ett icke-linjärt sätt. Därmed inte sagt att noterna inte är en del av texten, tvärtom. Det finns inte heller, såvitt jag kan se, någon anledning att inte nyttja den möjlighet att ge texten en ytterligare dimension som noterna erbjuder.

² Se till exempel Sandström, Den late, den tyste och den onde – en forskningsprofil för 2000-talet? s. 234 f. Tillvägagångssättet medför att noterna kan bli ganska långa. Det går nog i princip att läsa texten utan att läsa noterna, men principen för vad som finns i noterna och i huvudtexten är inte betingad av att det ena är *viktigare* än den andra (jfr därvid de välmenande råden i Jensen, Rylander och Lindblom, Att skriva juridik s. 83). Texten blir också, tror jag, bra mycket blodfattigare utan noterna.

1.2.2 Rättsdogmatiken

Det brukar sägas att metoden är avhängig frågan.³ I avhandlingen har frågan, och därmed metoden, att göra med kollektivavtalsrätten, med samhällsförändringar och med rättsvetenskapens inställning till dessa båda fenomen. Avhandlingen är i grund och botten rättsdogmatisk, och med det skulle metodbeskrivningen kunna vara färdig. Det verkar nämligen inte finnas mycket att säga om den rättsdogmatiska metoden.⁴ Därmed inte sagt att en deklaration om att man använder rättsdogmatisk metod är meningslös. Tvärtom, att hänföra sin studie till rättsdogmatiken, särskilt om det görs utan att närmare problematisera hur man förstår rättsdogmatiken, har en speciell funktion. Det är ett sätt att få tillträde till det rättsliga utan att behöva, till exempel, bemöta krav på att annat material än det som kan hänföras till den ”traditionella rättskällevärdslära” skall användas. Genom att man deklarerar att den rättsdogmatiska metoden innebär att man ”använder de traditionella rättskällorna” eller liknande låter man dock rätt mycket rymmas i ”använder”.

Det finns också en annan orsak till att metodbeskrivningar kan vara kortfattade, som har att göra med hur ordet *metod* uppfattas. Om man tänker sig att ”metod” betyder ungefär ”tillvägagångssätt”, gör jag antagligen ungefär som alla andra som använder ”rättsdogmatisk metod”. Källorna är desamma (med undantag för ett fåtal artiklar ur dagstidningar), och de finns på samma ställen. I just det avseendet handlar ”metoden” framförallt om vilket material som granskas. På så sätt fungerar metoddeklarationen som en avgränsning mot mer utpräglat empiriska studier, eller studier i vilka annat icke-traditionellt material läggs till grund för slutsatserna.

Rättsvetenskapen är en intellektuell verksamhet, en verksamhet som går ut på att *tänka* (och att formulera tankarna, särskilt i skrift). Om ”metod”, istället för att handla om vilket material som bearbetas handlar om hur bearbetningen går till, blir metoden svårare att beskriva. Eller rättare, problemet är inte att beskriva metoden, utan att göra det utan att samtidigt skriva boken. Den vanligaste lösningen är nog också att inte beskriva metoden för sig – det är också, om saken ställs på sin spets, den enda möjliga. Skall frågan vara möjlig att besvara förslår inte en rättsdog-

³ Se till exempel Steinberg, Skyddsombud i allas intresse s. 50 f. (med hänvisningar till arbetsrättsliga verk av Ann Henning, Dennis Töllborg, Håkan Göransson och Birgitta Nyström). Se också Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen s. 248, Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 17, Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s. 24, Göransson Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 28.

⁴ Se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 28 med hänvisningar.

matisk analys, inte i dess puritanska mening.⁵ Inte heller det gör denna undersökning unik, utan det gäller varje vetenskaplig undersökning (att bedriva vetenskap är, som sagt, att tänka, varför vetenskap knappast kan vara annat än unik). Varje undersökning måste alltså i någon mån uppfinna sin egen metod.⁶ Den uppfinns dock i allmänhet inte ur ett ingenting, inte heller denna gång.

1.2.3 Narratologin

Att beskriva sin egen metod (och sin egen position) innebär att man hävdar sin särart. Den föreliggande studiens eventuella särdrag är att söka i den genre som i avhandlingen får befrukta den rättsdogmatiska metoden, en genre som kan benämnas *narratologi*.⁷ Syftet med beskrivningen här är blott att belysa några utgångspunkter. Man kan börja med att peka på det triviala faktumet att den rättsvetenskapliga litteraturen är bemängd med mer eller mindre underförstådda hänvisningar till *berättelser*.⁸ Rättsvetenskapen är en berättelse för sig, om än en speciell sådan. Den är å ena sidan inte *fiktio*n, men å andra sidan blir fakta berättelser när de förtäljs – gränsen mellan fakta och fiktion finns följdaktligen kanske inte alltid där den traditionella (rätts)vetenskapen förväntar sig att finna den.⁹ Vissa litterära tekniker står dock till buds också för rättsvetenskapen. En sådan teknik, som utan att uttryckligen hänvisa till berättelser är att använda

⁵ Genom att beskriva min position som en antites till "det hävdvunna" (som jag då påstår att det är) hemfaller jag åt ett fult knep, men, paradoxalt nog, betar jag mig i det precis som man, av hävd, brukar göra. Se Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s. 30.

⁶ "Metod" är i den nu diskuterade meningen en verksamhet som inte är mekanisk, se White, *Law and Literature: "No Manifesto"* s. 751.

⁷ Också rättsdogmatiken är en *genre*, se om denna infallsvinkel Graver, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*. "En sjanger kan definieras som et sett av kommunikasjonshendelser som har samme formål, som godkjennes av kyndige medlemmer av kommunikasjonsselleskapet og som dermed utgør sjangerens rasjonale." s. 153 f. (med hänvisning till John M. Swales).

⁸ Ett uttryckligt exempel ges i inledningscitater till Jonas Malmbergs avhandling: "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." Malmberg, *Anställningsavtalet* s. 13, ur Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1113.

⁹ Se Andersson, *24 preludier utan fuga* s. 38. Ett kommunikationssammanbrott mellan den som försöker upprätthålla gränsen mellan fiktion och (rätts-)vetenskap och den som försöker använda skönlitteratur (det vill säga fiktiva berättelser) i vetenskapligt syfte skildras av Douzinas and Warrington with McVeigh, *Postmodern Jurisprudence* s. 199 ff.

metaforer.¹⁰ Att beskriva vilka metaforer och liknelser som används är alltså ett sätt att beskriva ett rättsområde, och beskrivningen kan då kallas narratologisk.

Narratologin som vetenskapligt fält har rötter i litteraturvetenskapen. Ursprunget är dock oklart. Något auktoritativt försök att grunda en sammanhållen disciplin står inte heller att finna. Roland Barthes, med vars namn den narratologiska genren skulle kunna förknippas,¹¹ konstaterar 1973 att det inte finns någon narrationsvetenskap och att man därför knappast kan tala om en disciplin.¹² Ungefär samtidigt börjar dock en rörelse i USA, en rörelse som skall bli känd som "law and literature". Gary Minda pekar ut rörelsens födelse till just 1973 och James Boyd Whites *The legal Imagination*.¹³ Före denna tidpunkt har law and literature-fältet enligt Minda bestått i att man studerat hur rätten framställts och använts i litteraturen. Med Whites bok grundlades emellertid ett forskningsfält som nyttjar det förhållande att studiet av litteratur liknar den tolkande verksamheten i juridiken.¹⁴

Law and literature-rörelsen har sedan, om den någonsin varit enhetlig, splittrats upp i olika riktningar. Sociologen och genusforskaren Anna Johansson talar långt senare om att vi sedan mitten av åttioalet kunnat se framväxten av ett tvärdisciplinärt forskningsfält som benämns *narrativa studier* eller *berättelseforskning*. Det innebär enligt Johansson att "det inte längre enbart är litteraturvetare, lingvister och möjligtvis historiker, som ägnar sig åt berättelser och berättande utan även inom andra humanistiska vetenskaper samt inom samhällsvetenskapen, har intresset för narrativitet växt."¹⁵ Med ett växande intresse följer dock inte att narratologin blivit en väldefinierad disciplin, och det behövs inte heller.¹⁶ Metoden är, som sagt, i texten.

¹⁰ Just metaforer är vanliga, och antagligen så invanda i vårt språk att det skulle vara svårt att säga något alls om vi (av någon svärbegriplig anledning) inte fick använda metaforer. Det andra inledningscitatet i en arbetsrättslig avhandling jag funnit ger ett belysande exempel: "Rättsordningen är i det hela intet annat än ett socialt maskineri, i vilket kuggarna utgörs av människor." Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s. 20, ur Hägerström, En straffrättslig principundersökning SvJT 1939 s. 214 (också i Socialfilosofiska uppsatser s. 185.) En annan sak är att vi kanske inte alltid använder metaforerna så medvetet, jfr Andersson, Barthesianska meditationer s. 91 f.

¹¹ Se Andersson, Barthesianska meditationer s. 72 f., Johansson, Narrativ teori och metod s. 156 ff.

¹² Barthes, *The Semiotic Challenge* s. 221.

¹³ Se Minda, *Postmodern Legal Movements* s. 149.

¹⁴ Minda a. st.

¹⁵ Johansson, *Narrativ teori och metod* s. 17.

¹⁶ "Någon enhetlig narratologisk teoribyggnad och gemensam terminologi kan – självfallet – inte uppvisas." Andersson, *Rättens narratologiska dimensioner* s. 17. Se också

Det narratologiska anslaget gör det möjligt att låta kollektivavtalsrätten konfronteras med sig själv, och vissa materiella spörsmål kan lyftas och dryftas på andra sätt än de invanda. Däremot är det inte säkert att det ens är möjligt att komma fram till andra eller ”bättre” svar än vad som varit möjligt med en ”sedvanlig juridisk metod”, ”klassisk ändamåls-tolkning” eller liknande. Det rättsområde som skall belysas begränsar sig självt genom att vara som det är, det vill säga ett modernt, realistiskt grundat rättsområde. Därmed sätter det sina egna gränser för vad som är giltiga svar – vilket är de som ges av ”sedvanlig juridisk metod”. Avhandlingen metod är dock avgörande för att jag skall ha sett frågorna såsom de presenteras,¹⁷ och därmed för svaren. Syftet här, och inte heller vidare i avhandlingen, är inte annat och anspråken är inte större än att jag vill vara tydlig med varifrån tankarna kommer (det är, kan man säga, en fråga om vetenskaplig hederlighet).

Narratologin kan användas för att öppna perspektiven. Man kan till exempel öppet betrakta kollektivavtalsrätten som ett spel, eller för att anknyta till narratologins litteraturvetenskapliga bakgrund, som en teaterpjäs. Att tala om arbetsmarknadens parter som *aktörer* är ju inte heller något främmande.¹⁸ Rentav kan deras aktiva roll belysas ännu bättre, eftersom den svenska termen *aktör* har andra, kanske mer passiva, konnotationer än den engelska termen *actor* (som är den narratologiska litteraturens benämning). Också vetenskaparen, den vars position det nu handlar om, kan göras mer aktiv genom att benämnas just så (*vetenskaparen*), istället för det mer naturvetenskapligt klingande ”vetenskapsman” (en term som ju också uppenbarligen har andra inneboende problem).¹⁹

White, *Law and Literature: "No Manifesto"* s. 751. Jfr Johansson, *Narrativ teori och metod* s. 157 ff., som refererar fem grundläggande drag, som påstås förena olika narrativa metoder. De grundläggande dragen, såsom de framställs där, ger dock en bild av en metod som är mer teknisk än den som används i den föreliggande avhandlingens narratologiskt orienterade rättsdogmatik.

¹⁷ ”Att kritiskt söka teoretisera kring det rättsområde man undersöker”, vilket är en träffande formulering för avhandlingens syfte, kan vara ”en verksamhet där frågandet ställs i fokus.” Andersson, *Kritisk pluralism* s. 33.

¹⁸ Se för ett nedslag Nyström, *Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad* s. 304: ”Aktörerna på arbetsmarknaden är staten, arbetsmarknadens organisationer på arbetsgivar- och arbetstagsidan (de kollektiva arbetsmarknadsparterna) och enskilda arbetsgivare och arbetstigare.”

¹⁹ Termen ”vetenskapare” är, jämfört med ”vetenskapsman”, könsneutral, men den kan också markera en inställning till den rättsvetenskapliga verksamheten (jfr ”rättsvetenskapsperson”). Termen är inte ny, men dess ursprung är mig obekant. Det äldsta spåret jag snubblat över är Ekeberg, Elsa Eschelsson, vår första kvinnliga rättsvetenskapare. Termen används också som verb (”rättsvetenskap”) a.a. s. 669.

Den narratologiska orienteringen och fokuseringen på de rättsliga berättelserna innebär inte att syftet med avhandlingen måste vara något annat än att beskriva gällande rätt, det innebär inte heller att avhandlingen inte kan vara kritisk. Det innebär dock att syftet inte är att kollektivavtalsrätten mot någon annan rationalitet än den som rätten själva uttrycker för. Tvärtom, syftet är att ta rättens egen rationalitet på allvar och beskriva (kollektivavtals)rätten på dess egna villkor. Jag påstod strax ovan att rättsvetenskapen är en intellektuell verksamhet. Juridik är också en narrativ verksamhet – det vill säga rätten *berättas*.²⁰ Juridiken är, vilket kanske är särskilt tydligt i fråga om rättsvetenskapen, en litterär verksamhet.²¹ Juridiken är därmed en språklig verksamhet, den bedrivs genom att olika utsagor och argument, muntliga och skriftliga, bryts mot varandra.²² Juridik i allmänhet och rättsvetenskap i synnerhet är då en fråga om att läsa en viss uppsättning texter, vars mening skapas av hur de läses.²³

1.3 Om rätten och rättsvetenskapen

1.3.1 Rätten och viskleken

Studiens ämne och metod har presenterats, och därmed borde det vara klart för avfärd. *Varför* just den metoden skall användas har dock inte artikulats. Ingenting har heller sagts om *vem* som skall undersöka. Svaret på den frågan är naturligtvis jag, men vem ”jag” är och *varifrån*, från vilken position undersökningen sker är ännu outtalat. Svaret är på sätt och vis

²⁰ Rätten kan också, på samma tema, sägas vara en diskursiv verksamhet. ”Diskursiv” konnoterar *teori*, att jämföra med *praktik*. All juridisk verksamhet går dock ut på att kommunicera – det vill säga att berätta, varför det tvärtom är en rakt igenom *praktisk* uppgift att studera hur rättens berättelser skapas. Se Andersson, Barthesianska meditationer s. 92.

²¹ ”Law then is a literature and literature a law.” Douzinas and Warrington with McVeigh, Postmodern Jurisprudence s. 242. Douzinas, Warrington och McVeigh läser Herman Melvilles *Billy Budd, Sailor*, något av ett standardverk i *law and literature*-genren. Ett annat är Franz Kafkas *Processen*. Marie Sandström använder Arthur Conan Doyles figur Sherlock Holmes för att beskriva forskaren, Sandström, Den late, den tyste och den onde – en forskningsprofil för 2000-talet?, och passar på att ge litteraturen en roll i hur vi betraktar världen: ”[s]tor litteratur [...] kan förändra det sätt på vilket vi betraktar vår omgivning och oss själva.” Sandström, a.a. s. 223.

²² ”Literature lives through language, and so must we: the question is by what art is this possible, and it is at this point that literature speaks most directly to the lawyer, who herself is an artist of this kind.” White, Law and Literature: ”No Manifesto” s. 746.

²³ ”The meaning of a text is nothing more or less than the ways in which we recount our stories of its reading.” Douzinas and Warrington with McVeigh, Postmodern Jurisprudence s. 230.

enkelt, jag är rättsvetenskapare (näja, studien är en doktorsavhandling) och bedriver således studien från rättsvetenskapen. Det har redan antyttts att rättsvetenskaparen intar en aktiv position, och det rimmar också väl med den morderne rättsvetenskaparens självbild. Den moderna forskaren ser sig nog också som en *deltagare*, gärna med uppgift att på ett eller annat sätt påverka rättsutvecklingen.²⁴

För att skapa en utgångspunkt för det problem vi kan göra oss kan rätten liknas vid en lek,²⁵ den så kallade viskleken:

Viskleken, vars pedagogiska poäng är att illustrera hur ett meddelande kan förvirras genom ofullständig kommunikation, går ut på att den första personen i en kedja viskar något till nästa person ("tolvskillingsoperan", "kollektivavtalet är till för den enskilde arbetstagarens skydd" eller vad som helst). Meddelandet viskas sedan vidare tills dess det nått den sista personen i kedjan, varpå denna högt säger vad den hört. Då uppstår ofta en komisk effekt, när det visar sig att meddelandet förvanskats till oigenkännlighet (det kan ha blivit, "torrball i stan", "kolla att arbetsregleringen är schysst" eller vad som helst). Man kan sedan gemensamt försöka utreda var förskjutningarna uppstått, och man kan upptäcka att meddelandet under sin resa bytt lydelse och innebörd flera gånger, på var för sig rätt oförklarliga sätt (det kan ha transformerats till den slutliga formuleringen via "torsksopran", "korrektivansvaret är arbetsmarknadens kött" eller något annat mer eller mindre obegripligt).

Ingenting i liknelsen utesluter att rättsvetenskaparen kan se sig själv som en deltagare i leken, en länk i kedjan. Rättsvetenskaparen får ett meddelande viskat till sig, som hon sedan efter bästa förmåga vidarebefordrar. Liknelsen sätter då också fingret på att rättsvetenskaparen mycket väl kan vara medveten om att det finns en risk för att man hör fel eller förvanskar meddelandet till följd av sina egna förväntningar om vad man skall höra. Den morderne rättsvetenskaparen är medveten om att man därvid ger uttryck för värderingar.²⁶ Juridiken består ju på det hela taget inte av annat än just värderingar ("naturrätt" och annan vidskepelse har vi sedan länge lagt bakom oss). I vart fall är det så vi gärna vill se på oss själva.

²⁴ Se till exempel Björne, Banbrytare, tekniker, iakttagare s. 241. Björne talar, liksom jag, naturligtvis om *idealbilder* som inte säger något om den enskilde rättsvetenskaparen. Idealbilderna gör dock anspråk på att vara rättvisande för det samtida svenska kollektivavtalsrättsvetenskapliga samhället.

²⁵ Annars har rätten ofta liknats vid ett spel (av bland andra Östen Undén), se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 288 (f.).

²⁶ Se till exempel Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen s. 245.

1.3.2 Rättsvetenskapens ambivalenta självbild

Problemet, som jag nu vill göra mig, uppkommer när den diskuterade självbilden konfronteras med den självbild som följer med att rättsvetenskapen är en *vetenskap*.²⁷ Vetenskapen intar också en viss position, som inte är helt kompatibel med den rättsvetenskapliga bilden på att vara en deltagare på samma villkor som alla andra. Den mest utpräglad idealtypiska positionen för vetenskapen skulle vara den helt utomstående betraktarens, den som objektivt och neutralt kan övervaka meddelandets färd och dess förskjutningar. Visklekens deltagare är då, om det är kollektivavtalsrätten som studeras, lagstiftaren och arbetsmarknadens parter. Viskleken fungerar här som illustration av rätten och dess utveckling, men till skillnad från rätten bedrivs den normalt i en slags laboratoriemiljö (oftast ett klassrum). I detta avseende skiljer sig rätten uppenbarligen från viskleken. Rätten befinner sig inte i ett laboratorium, utan den finns och utvecklas i realtid. Den har inte en sista länk i kedjan som skall säga högt vad den hört (eller också är alla ständigt sista länken). Problemet är att den objektiva, neutrala, position som vetenskapen, idealtypiskt, tänker sig inta är en konstruerad position, en position som inte finns.

Problemet kunde lösas genom att hävda rättsvetenskapens särart. Rättsvetenskapen kunde förneka de bilder av naturvetenskap som tanken på den utomstående betraktaren frammanar, och hävda att den rättsvetenskapliga vetenskapen bedrivs inifrån, och att vi är medvetna om det. Det kunde vi göra – om det inte vore för att vi inte riktigt själva tycks ta det på allvar. Vi ser vidare saker ur synvinklar, i perspektiv, vi anlägger synsätt och så vidare. Samtliga dessa uttryck – vilka alla används obehindrat – anspelar på metaforen *bild*. Såväl målaren som betraktaren kan ha olika sätt att förstå bilden, men den målas och beskrivs ändå utifrån, från en position *utanför* bilden. Det vi säger om oss själva tycks tvinga oss att inta den utomstående betraktarens position.

Eftersom idealet, självbilden,²⁸ är en *deltagande* rättsvetenskapare formuleras dock inte den positionen uttryckligt, utan den framgår implicit. Det enda som domstolar och lagstiftare behöver, eller ens skall, ta hän-

²⁷ Låt vara att den rättsvetenskapliga vetenskapen ibland är ambivalent i förhållande till sin egen vetenskaplighet, se nedan 9.5.

²⁸ Det är ett *ideal*. Lars Björne betecknar ”rättsvetenskapsmannens roll som aktiv deltagare i samhällsutvecklingen under 1900-talet som en tid av nedgång och fall.” Björne tänker sig rent av 1900-talet rättsvetenskapliga ideal som ”iakttagarens”, i synnerhet i mitten av seklet (Björne låter Knut Rodhes *Obligationsrätt* 1956 och *Sakrätt* 1985 tjäna som exempel). Idealet kan ha ändrats i riktning mot ”banbrytarens”, men i vart fall i den del av den rättsvetenskapliga (civilrättsliga) produktionen som utgörs av läroböcker är den knappast genomförd. Björne hänför rättsvetenskapens ”verkliga” roll under 1900-talet till ”teknikern”, Björne, Banbrytare, tekniker, iakttagare s. 241 f.

syn till är de givna synpunkternas sakliga tyngd; vem som framför dem är underordnat.²⁹ Det betonas att värderingar, när rättsvetenskapen ger uttryck för sådana, skall redovisas öppet: ”Det är naturligtvis samtidigt viktigt [...] att värderingar skall redovisas som sådana.”³⁰ Värderingarna skall redovisas *som sådana*. Det förutsätter att värderingarna kan skiljas från det som inte är värderingar – det vill säga det faktiska. Därifrån är inte steget långt till att tänka på det faktiska som det *verkliga*. Värderingarna kan förstås också var verkliga, men bara *som sådana*. Uppdelningen följer dessutom, för att ge den extra retorisk tyngd, på det naturliga (*naturligtvis*). Den retoriska tyngden ligger i att det *naturliga* är det *verkliga* – något som är naturligt är inte förhandlingsbart (en annan sak är att man kan ha olika uppfattningar om vad som är ”naturligt”). Också bilder förhåller sig till *verkligheten*,³¹ och verkligheten kommer att få en speciell betydelse i berättelsen om kollektivavtalsrätten.³²

²⁹ Se om auktoritets- respektive saksäl och skillnaden däremellan Malmberg, Anställningsavtalet s. 26 ff. Notera särskilt frånvaron av rättsvetenskapliga utsagor bland grunden för auktoritetsskäl. De kan ligga i definitionen av rättskällor (auktoritetsskäl har definitionsmässigt stöd i just rättskällorna), men de räknas inte upp. Folke Schmidt talar om *bundna* respektive *öppna* argument, där de förstnämnda är argument som har förankring i rättskällevärdet, Schmidt, *Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen* s. 570 f. Schmidt ställer sig uttryckligen frågan till vilken kategori ett argument vilande på att samstämmiga uttalanden av fyra sakkunniga författare skall hänföras. Svaret är att det *inte* är ett bundet argument, eftersom ”här bör gälla grundsatsen, att betydelse endast tillmätas tyngden av de skäl som åberopas till stöd för en viss mening.” De fyra författarnas mening kan inte betyda annat än att de var för sig kommit fram till att de bundna argumenten gav ett visst svar, Schmidt, a.a. s. 572 f. Jfr till Schmidts terminologi Bergström, *Arbetsrättsliga spörsmål I* s. 15, som talar om ”bundna” argument respektive ”friare ändamålssynpunkter”. Det är, menar Bergström vidare, ”väsentligt, att man, så långt det är möjligt, redovisar de ändamålssynpunkter, med vilka man faktiskt opererar, istället för att dölja dem under täckmanteln av en konstruktion eller fiktion; använder man det sist nämnda tillvägagångssättet ger man lätt sken av större ’objektivitet’ än vad denna i verkligheten äger.” Bergström a.a. s. 16.

³⁰ Agell, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen* s. 254.

³¹ Diskussionerna om ”verkligheten” i avhandlingen handlar bara om vilken ställning ”verkligheten” har som argument i den kollektivavtalsrättsliga diskursen. Meningen är inte att förneka (vilket vore märkligt) eller bekräfta (vilket vore ännu märkligare) verklighetens existens.

³² Bilder och berättelser är nära besläktade. ”De ’*rättsliga berättelserna*’ måste innefatta, förmedla och legitimera en bild av en ’verklighet’ – något som hänt, något som föreligger – samt en bild av ett regel- eller värderingsplan med utslagsgivande normativa rekvisit som rättfärdigar att vissa rättsverkningar skall inträda.” Andersson, *Likhetsargumentation – analogi och metamorfos* s. 33. Se också Andersson, *Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum?* s. 902 om hur de bilder (innefattande ”begrepp, beteckningar och retoriska figurer”) språket tecknar frammanför verkligheten, och hur de ”rättsliga berättelserna” måste innefatta, förmedla och legitimera en bild av en ’verklighet’ – något som hänt,

I just kravet på medvetenhet och att värderingar skall redovisas öppet ligger implicit en tanke på en objektivt konstaterbar verklighet. Oavsett om studieobjektet, vare sig det är samhället eller rätten, betraktas som en realitet eller en konstruktion, följer det implicit att den *observerande* rättsvetenskaparen inte är en del av det *observerade*.³³ Rättsvetenskapen hamnar alltså, för att åter anknyta till viskleken, i den ambivalenta positionen att den måste befinna sig både i leken och utanför densamma samtidigt.

1.3.3 Avhandlingens självreflekterande strävan

Anslaget hittills har varit teoretiskt. Positionen kommer dock att ha betydelse för hur man betraktar undersökningsobjektet (här: kollektivavtalsrätten) – den har alltså praktiska implikationer. Därför bör metoden tillåta att man samtidigt undersöker sin egen position. Avhandlingens syfte kan sägas vara att teckna kollektivavtalsrättens *självbild*.³⁴

Avhandlingen förutsätter att rättsvetenskapen är intresserad av självreflektion. Det förutsätter också att vetenskapen är öppen för en strävan efter självmedvetenhet. Det kan knappast bli annat än en strävan – att helt framt deklarerat att man *är* medveten kan vara väl anspråksfullt, som att på fullt allvar hävda att man, utan att ha ögon därstädes placerade, kan se sin egen nacke. Det kan man ju dock inte, inte utan hjälpmedel, till exempel speglar. Problemet med speglar är att de kan förvränga bilden eller luras på andra sätt (tänk bara på hur svårt det är att intuitivt veta vad som är höger och respektive vänster i en spegelbild).³⁵ Trots svårigheterna innebär denna strävan efter medvetenhet just att man försöker se sin egen nacke.

något som föreligger – samt en bild av ett regel- eller värderingsplan med utslagsgivande normativa rekvisit som rättfärdigar att en viss rättsföljd skall inträda.”

³³ Kritiken mot den ”objektiva” utgångspunkten kan riktas från olika ”utanförperspektiv” på rätten. Se till exempel Langton, *Feminism in epistemology* s. 135 ff. Langton diskuterar, med hänvisning till ett antal andra författare (främst Catherine MacKinnon, men också Sally Haslanger, Elizabeth Anscombe och Marilyn Frye) hur den förment objektiva utgångspunkten kan komma att möjliggöra förtryck av en viss grupp (för Langtons del närmare bestämt kvinnor).

³⁴ ”Rättsvetenskapens kultur och självbild är ganska vaga” säger Claes Sandgren, *Om teoribildning och rättsvetenskap* s. 332. Avhandlingens syfte är, skulle man kunna säga, att göra den kollektivavtalsrättsliga självbilden lite tydligare.

³⁵ Metaforerna är mindre långsökta än vad som kan tyckas vid ett första påseende. *Bild* och *spegelbild* tillhör den moderna vetenskapens standardmetaforer medan *höger* och *vänster* har en fundamental betydelse i den kollektivavtalsrättsliga historien, se nedan 2.2.4.

En rättsvetenskap som bedrivs med den strävan kan kanske uppfattas som introvert,³⁶ ständigt snoende kring sin egen axel (ungefär som en hund jagandes sin egen svans), eller ge intrycket av att den istället för att gå framåt ständigt tar ett steg bakåt. Jag tror dock att det är en nyttig övning. Kanske kan till exempel en ledtråd till varför det intuitivt verkar vettigare att gå framåt än bakåt finnas inskriven därbak i nacken.

1.4 Principer för avgränsningar

Avhandlingen handlar om kollektivavtalet, och den rättsvetenskap som beskriver och analyserar kollektivavtalet. Kollektivavtalet är en nationellt avgränsad rättsfigur och kollektivavtalsrätten därmed ett nationellt avgränsat rättsområde. Mina anspråk med avhandlingen sträcker sig inte utanför kollektivavtalsrätten.

En konsekvens av avhandlingens syfte är att studien bedrivs inifrån kollektivavtalsrätten, och att den inte kan bedrivas någon annanstans ifrån. Det är den enda utsiktspunkt som inte är konstgjord. Det innebär i sin tur att varje påstående om andra områden, såväl andra rättsområden som andra vetenskapliga discipliner är ett påstående om hur området ter sig när det betraktas inifrån kollektivavtalsrätten. När jag talar om *kollektivavtalsrätten* och om *arbetsrätten* talar jag, om inget annat framgår, om rättsområdet såsom det definieras av rättsvetenskapen.

I avhandlingen berörs ett antal materiella frågor, mer eller mindre ingående. Principerna för vilka frågor som diskuteras är hur väl ägnat ett spörsmål är för att beskriva kollektivavtalsrätten, snarare än dess praktiska intresse sett för sig. Frågor som på ett eller annat vis markerar kollektivavtalsrättens gränser får till exempel särskild uppmärksamhet. Om det i sin tur innebär att de är mindre praktiskt intressanta eller mer, eller om det praktiska intresset i sig inte spelar någon roll är en annan fråga (därmed kan man också bortse från frågan hur man egentligen skall känna igen ett praktiskt intresse när man ser det).

³⁶ Se Andersson, Barthesianska meditationer s. 76 f., som säger att "[d]et språkfilosofiska perspektivet kan måhända till en början upplevas som världsfrånvänt och inkrökt. "Men", fortsätter Andersson, "den inställningen gäller bara så länge man vägrar släppa den behagliga tanken, att världen och dess materiella respektive immateriella aspekter är ordnade i ett färdigt system som vi bara så gott det går ska söka avbilda – göra en spegelbild av – i språket."

1.5 Studiens uppläggning

Avhandlingen disponeras enligt följande. Det föreliggande kapitlet är ett inledningskapitel. Kollektivavtalsrätten sorterar under arbetsrätten, vilken behandlas i kap. 2. Kapitlet handlar om arbetsrättens, och därmed kollektivavtalsrättens historiska förankring, och dess systematiska plats i den svenska rättsordningen. Det handlar alltså om varifrån kollektivavtalet kommer.

I kap. 3 och 4 riktas uppmärksamheten mot de samhällsförändringar som utmanar kollektivavtalet. Samhällsutvecklingen delas upp i ett antal *tendenser*, vilka beskrivs i kap. 3. Kap. 4 handlar om hur samhällsförändringarna får mening i den rättsliga berättelsen. Perspektivet är på sätt och vis utpräglat teoretiskt, i det att det försöker artikulera den tidslighet och de diskursiva mekanismer som förändringsdiskursen bygger på och underförstår. Kapitlet handlar dock inte bara om förändringsdiskursen som sådan. Tidsligheten är inbyggd i den rättsliga diskursen, ofta dold, men den kommer till ytan i vissa frågor som har att göra med kollektivavtalets utsträckning i tiden.

Kapitlen 5–7 behandlar kollektivavtalet förstätt som en särskild kontraktstyp. Fokus kommer att ligga på kollektivavtalets särdrag; behandlingen bygger alltså mer eller mindre uttryckligt på en jämförelse med den allmänna avtalsrätten och ett typiskt avtal (i princip köpeavtalet). I kap. 5 behandlas kollektivavtalets ingående och dess verkan mellan avtalsparterna. Kap. 6 behandlar ett utmärkande särdrag för kollektivavtalet, nämligen dess sätt att binda också medlemmar i avtalslutande organisationer (kollektivavtalets *normativa verkan*). Kap. 7 handlar om hur kollektivavtalets innehåll fastställs, det vill säga tolkning av kollektivavtal och därtill hörande frågor. Det sista uttryckligt materiella kapitlet, kap. 8, behandlar kollektivavtalsrätten som rättsområde, med fokus på frågor om gränsdragning mellan normer. Kapitlet handlar om hur normkollisionerna formuleras och löses av kollektivavtalsrätten. Avhandlingens rättsdogmatiska utfall är att söka i kap. 5–8. Kap. 9, slutligen, drar ut avhandlingens tema i vissa teoretiska spörsmål. Det är uttryckligt riktat till rättsvetenskapen, och kan sägas utgöra avhandlingens forskningsresultat. Kapitlet syftar dock inte till att knyta ihop säcken, utan snarare till att öppna den.

2 Om rättsområdet arbetsrätten

2.1 Avstamp i en metafor

Arbetsrätten är den mylla i vilken kollektivavtalet växer, och den skall därför beskrivas, om än helt kort. För beskrivningen används en geografisk rotmetafor, den metafor som dyker upp i rättsområden.³⁷ Mot bakgrund av den metaforen kan den traditionella systematiken med sin indelning i rättsområden liknas vid en *karta*, ”en karta som jurister använder som hjälpmedel då de i myllret av regler orienterar sig fram mot lösningen av ett praktiskt rättsligt problem.”³⁸ Den geografiska metaforen gör bilden lockande konkret. James Boyd White liknar tanken vid ett flygfoto över ett jordbrukslandskap i vilket de olika falten syns tydligt avgränsade mot varandra och mellan vilka kopplingar, kanske i form av telefonledning, rör och diken, kan löpa.³⁹ Kartmetaforen befinner sig dock på en ganska hög abstraktionsnivå, genom indelningen löses inga juridiska problem, utan indelningen erbjuder ett sätt att orientera sig i rättssystemet.⁴⁰

Samtidigt markerar kartmetaforen det paradigmen den verkar i, ett paradigmen som i grund och botten är *realistiskt*.⁴¹ Realism skall i detta

³⁷ Termen *rotmetafor* används för att beteckna ”metaforer som ligger under hela diskurser”, Alvesson och Sköldberg, *Tolkning och reflektion* s. 253. Att använda metaforer för beskrivningar är inget nytt, inte heller att uppmärksamma metaforers betydelse för det rättsliga tänkandet. ”Rättsvetenskapligt tänkande liksom annat vetenskapligt tänkande sker ofta med hjälp av bilder eller metaforer.” Schmidt, *En culpapregel vid avtalstolkning* s. 420.

³⁸ Sigeman, *Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten*, s. 516.

³⁹ White, *Justice as translation* s. 13 vid noten.

⁴⁰ Också hos Strömholm är den geografiska metaforen särskilt uttrycklig, se Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 207 ff. och Strömholm, *Har den komparativa rätten en metod?* s. 465. Se också till exempel Viljanen, *De grundläggande friheterna och rättigheternas betydelse inom olika rättsområden* s. 175. Se vidare, och djuplodande, de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law* s. 282 ff. Se också för en tillämpning där metaforen nästan tycks börja leva sitt eget liv, Ryberg-Welander, *Arbetsstidsregleringens utveckling* s. 323 ff. Jfr till den risken Andersson, *Kritisk pluralism* s. 44.

⁴¹ Talar man om paradigmen talar man, i vart fall typiskt sett, om Thomas Kuhn och

sammanhang förstås i en vid mening, med innebörden att verkligheten existerar oberoende av om den kan erfaras eller blir erfaren.⁴² Den arbetsrättsliga realismen är förstås inte någon vid en viss tidpunkt medvetet vald ideologi, och det ligger inte heller något klander i påståendet. Att arbetsrätten är realistisk har dock betydelse, inte minst för hur vetenskapen bedrivs. Den realistiska utgångspunkten träder ibland fram explicit. Folke Schmidt, som kan betraktas som den svenska arbetsrättens fader, är särskilt uttrycklig: ”Den rättsvetenskapliga forskningens uppgifter kan sägas vara att ge en orientering i verkligheten.”⁴³ Den uppfattningen hos Schmidt betonas senare: ”Verklighetsanknytningen var en viktig sida som i hög grad gav inriktning och karaktär även åt hans arbetsrättsliga författarskap”, skriver Axel Adlercreutz i Minnesord över Folke Schmidt. Han fortsätter: ”Uppröjningen med förlegade orealistiska föreställningar och uppfattningar var en anda som starkt präglade redan hans doktorsavhandling. Den är ännu idag läsvärd på sitt område.”⁴⁴ De realistiska grundantagandena görs dock ofta underförstått, den realistiska grunden kommer till uttryck i undersökningarna och, inte minst, i de metaforer arbetsrätten håller sig med.

Kartmetaforen är en sådan metafor. Metaforen går ut på att vi målar upp och beskriver en karta, det vill säga en bild av verkligheten (det antyds redan i citatet från Folke Schmidt strax ovan). I konsekvens med den utgångspunkten blir den rättsvetenskapliga uppgiften att teckna bilden så rättvisande och så välliknande som möjligt. När bilden är skapad är det sedan denna bild vi kommer att tala om, bedöma och kritisera. Därmed har diskursen förflyttats till något hanterbart, den har blivit juridik. Samtidigt kan vi naturligtvis inte på allvar erkänna att verkligheten inte är föremålet för vår diskurs, mer än kunskapsideologiskt. Att diskursen handskas obehindrat med metaforer innebär inte att den inte (självfallet kan tyckas – det är svårt att se varför en sådan motsättning skulle råda) är realistiskt grundad, med en representationalistisk världsbild: ”Varje metafor eller tankemodell är endast en approximation av vad den åsyftar att beskriva. Det är också viktigt att ha klart för sig, att en metafor eller en tankemodell endast är ett alternativ bland flera tänkbara sätt att beskriva

”The Structure of Scientific Revolutions.” (Se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 72 n. 138). Se för nedslag på temat paradigmskifte, Kuhn, a.a. s. 111 f. Se för övrigt om själva tanken bakom Kuhns användning av paradigmbegreppet dennes egen Postscript till The Structure of Scientific Revolutions, Kuhn, a.a. s. 174 ff. Jfr till begreppet Folke Schmidt, som kallar ”de olika mönster eller paradigmer som rättsvetenskapen använder” för *tankevägar*. Schmidt, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen s. 555.

⁴² Filosoflexikonet s. 458 f. uppslagsord *realism*.

⁴³ Schmidt, Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen s. 569.

⁴⁴ Adlercreutz, Minnesord över Folke Schmidt s. 96.

samma fenomen.⁴⁵ Den arbetsrättsliga vetenskapen utgår dock från att fenomenet finns att beskriva, och att det kan skiljas från beskrivningen.

Den realistiska utgångspunkten medför vissa spänningar, som blir en del av arbetsrätten. Striden står om en bild, men i konsekvens med den realistiska utgångspunkten handlar den, ideologiskt, om något annat, *verkligheten* som bilden skall gestalta. Att tala om bilder är en eftergift. Eftersom vi inte riktigt kommer åt verkligheten i sin renaste form får vi nöja oss med att tala om bilder av verkligheten.⁴⁶ Det hjälper inte heller med empiriska undersökningar.⁴⁷ Resultatet av dessa är ju i sin tur en bild, en bild som skall efterlikna den verklighet den avser att undersöka. Den representationalistiska världsbilden (och därmed arbetsrätten) innehåller en spänning mellan det beskrivande och det beskrivna, mellan verklighet och bild. Samtidigt som de är åtskilda, låter de sig inte riktigt

⁴⁵ Schmidt, En culpapregel vid avtalsstolkning s. 420. Se också Schmidt, Tysk abstrakt metod s. 303. Den representationalistiska världsbilden är inte bara hänförlig till Folke Schmidt och arbetsrätten och inte bara till 1960-talet (varifrån citatet är hämtat). Särskilt uttrycklig är Claes Sandgren, som identifierar ett antal ”grunddrag” i den vetenskapsteoretiska litteraturen, däribland att ”teorierna antas avspegla den företeelse som studeras, nämligen ’verkligheten’”, Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s. 301. Någon kritik rymns knappast i Sandgrens iakttagelse, tvärtom befästs vetenskapens förhållande till verkligheten utifrån en grundmurad representationalistisk världsbild: ”Verkligheten [...] är det nav kring vilket all vetenskap rör sig och typiskt sett vetenskapens studieobjekt, låt vara med större eller mindre tydlighet beroende på hur man uppfattar ’verkligheten’. För rättsvetenskapens del [...] är inte verkligheten det omedelbara studie föremålet. Det är i stället ”rättsliga källor” [...]. Men eftersom rätten är förankrad i verkligheten är denna senare en ständig följeslagare till det rättsvetenskapliga objektet.” Sandgren, a.a. s. 310. Man kan samla uttryck för den representationalistiska världsbilden i olika studier med annars skilda utgångspunkter. Se till exempel Ryberg-Welander, Arbetstidsregleringens utveckling s. 323. ”Rättens uppgift är att vara normativ och den kan sägas existera och fungera på en nivå där den delvis fungerar som en avspegling av verkliga företeelser och situationer.”

Se till den begreppsliga frågan om förhållandet mellan *realism* och *representationalism* i Filosofillexikonet s. 459, uppslagsord *realism*. Den representationalistiska realismen går ut på att våra sinneserfarenheter härrör från den fysiskt existerande verkligheten, men att det enda vi direkt erfar är *representationer* av denna.

⁴⁶ Bilder som kan ”börja leva sitt eget liv”, och därmed ”bli verkligare än verkligheten”, Andersson, Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum? s. 903.

⁴⁷ Jämför dock de förväntningar på empiriska studier som ligger till grund för en ökad användning av dylika i rättsvetenskapen: ”Empiriska studier kan belysa hur en lag efterlevs och vilka konsekvenser den fått.” Sandgren, Rättvetenskap och samhällsnytta s. 13. Vad det påståendet grundar sig på framgår dock inte. Förväntningarna kan faktiskt bli ännu mer abstrakta: ”Empiriska undersökningar, inklusive rättspolitiska studier som grundas på empiriskt material, bör vara en central uppgift för rättsvetenskapen; om det empiriska materialet integreras väl i det normativa kan resultatet bli operativt (och därmed samhällsnyttigt).” Sandgren a.a. s. 17.

hållas isär. "Kanske smälter metaforerna samman med den verklighet den skulle beskriva", som Folke Schmidt uttryckt saken.⁴⁸

Eftersom "kartan" i sig är en metafor är beskrivningen inte bunden till två dimensioner i och för sig. Den beskrivs ändå i det följande utifrån just två dimensioner vilka här kallas *den historiska dimensionen* (2.2) och *den rättsystematiska dimensionen* (2.3).

2.2 Den historiska dimensionen

2.2.1 Arbetsrättens tillblivelse

Kollektivavtalets historia sträcker sig över drygt etthundra år. Ungefär lika gammal kan arbetsrätten som rättsområde sägas vara. Kollektivavtalets historia är från början sammanflätad med andra samhälleliga företeelsers historia, särskilt fackföreningsrörelsens.⁴⁹ Det är så historien berättas, och genom det knyts kollektivavtalet till samhällsutvecklingen.⁵⁰ Hur den påstådda sammanflätningen ser ut, hur den skall gå till eller liknande är dock typiskt sett inte en fråga för arbetsrätten.

Utgångspunkten gör det naturligt att börja historieskrivningen i 1800-talets andra hälft eftersom den gör all historia före industrisamhällets genombrott till *för*historia.⁵¹ Det är alltså å ena sidan befogat att påstå att det inte före arbetsrättens födelse funnits några arbetstagarare, och

⁴⁸ Schmidt, En culpapregel vid avtalstolkning s. 421. Spänningen visar sig i många av diskursens grundläggande dikotomier, teori – praktik, empiri – teori, och så vidare. Se vidare särskilt avsnitt 9.5.

⁴⁹ Axel Adlercreutz betraktar kollektivavtalets historia som axiomatiskt sammanhängande med fackföreningsrörelsens historia, Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 2. Se också Edström, MBL och utvecklingsavtalet s. 90, som inledning på en historik över kollektivavtalet. Samma inledande anmärkning anför Ole Hasselbalch beträffande hela den nordiska arbetsrätten, Hasselbalch, Profiler af den nordiske arbejdsrets historie, s. 1.

⁵⁰ Kopplingen mellan arbetsrätten och samhällsförändringen görs, liksom i den specifika frågan om fackföreningsrörelsens och kollektivavtalets gemensamma historia (strax ovan n. 49) gärna just i inledningar, och det tycks finnas ett visst mönster att ju mer översiktliga beskrivningar, desto mer uttryckligt, kondenserat och generellt uttrycks utgångspunkten. Se för nedslag Hydén och Flodgren, Arbetsrättens grunder (s. 11 under 1.1.1): "Förändringen av de arbetsrättsliga reglerna speglar utvecklingen i samhället i stort" och Georg Frick "Arbetsrätt – handbok för chefer (s. 12 första meningen i kap. 1): "Arbetsrättens tillkomst är en spännande utveckling som på många punkter är en historisk spegling av samhällsutvecklingen från bondesamhället, via industrisamhället fram till dagens informationssamhälle".

⁵¹ Det gäller inte bara Sverige. Arbetsrättens formativa skede är den industriella revolutionen i Europa, Hepple & Veneziani (red.), The Transformation of Labour Law in Europe s. 5.

inte heller någon egentlig arbetsrättslig lagstiftning.⁵² Det skulle sålunda vara irrelevant att diskutera äldre förhållanden, förhållanden från innan historien börjat. Men det har å andra sidan funnits motsvarande förhållanden, vilka har omfattats av en tämligen omfattande reglering. Detta brukar närmast antydvas, eller endast kort nämnas i den arbetsrättsliga litteraturens beskrivningar av den historiska bakgrunden till arbetsrätten.⁵³ Någon koppling till den moderna arbetsrätten görs dock typiskt sett inte. Istället betraktas de äldre regleringarna närmast som historisk kuriosas, som en beskrivning av vad som gällde *före* arbetsrätten.⁵⁴ Det förmoderna samhället är i sig en modern konstruktion, konceptualiserat genom moderna ögon som *något annat*.⁵⁵

Genom att börja historieskrivningen tidigare kan bilden förändras något. Historieskrivningens retoriska aspekter kan belysas genom att historien och dess utgångspunkter osäkergörs en smula.⁵⁶ Arbetsrättens historia kan börja i beskrivningen av ett skråsamhälle där den enskildes kunskap och färdighet var mer betydelsefulla för produktionen än verktygen och maskinerna. Detta samhälle reglerades med statlig reglering, influerad av merkantilismens idéer om att staten skall uppnå gynnsam handelsbalans genom hög produktion till låg kostnad. Strukturellt var regelverket ordnat med legohjonsstadgan i grunden, vilken gällde för

⁵² Se, för en liknande poäng Geijer, Arbetsrättens språk. Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz s. 141. Se också Ds 2002:56 s. 82 som konstaterar att det "[i] äldre tider saknades någon enhetlig reglering för vad vi idag kallar arbetstagare." Regler om arbetsavtal hänfördes till 14 kap. HB (om legohjon, det vill säga arbetare i jordbruk och hushåll), medan andra yrkesgrupper reglerades särskilt, se a.a. s. 82 f. Regleringen i 14 kap. HB tycks ha varit historia redan vid näringsfrihetens och industrisamhällets genombrott, och den har sedan länge fallit i glömska: "14 kap. handelsbalken synes ha ansetts upphävt i huvuddelar genom ingressen till 1805 års stadga [legostadgan, som kompletterade 14 kap. med mer detaljerade regler] och i återstående delar (ang. legostämman och flytningstid) genom kungörelse 2/4 1819." Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen s. 875 n. 2.

⁵³ Se exempelvis Edlund och Nyström, Arbetsrätt i förändring s. 17, Sigeman, Arbetsrätten s. 16, Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 22, Glavå, Arbetsrätt s. 25.

⁵⁴ Jfr Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 20, som genom att fokusera på "anställningens samhälleliga funktioner" (istället för att fokusera på regleringen) kan låta anställningen "som socialt fenomen" betraktad löpa genom historien, se Källström och Malmberg, a.a. s. 19 f.

⁵⁵ Douzinas and Warrington with McVeigh, Postmodern Jurisprudence s. 22 f.

⁵⁶ Paul Feyerabend angriper den vetenskapliga utbildningen: "Den [vetenskapliga utbildningen] förenklar 'vetenskapen' genom att förenkla för utövarna, varvid först ett forskningsområde avgränsas. Området avskiljs från den övriga historien (fysik är till exempel skilt från metafysik och teologi) och får en egen 'logik'. En grundlig utbildning i en sådan 'logik' betingar dem som arbetar inom området: den gör *deras handlingar* likformigare och fryser även stora delar av den *historiska processen*. Säkra 'fakta' uppstår och lever vidare trots historiens växlingar."

jordbrukets arbetare och tjänare i hushåll, men även i den mån annat inte var särskilt stadgat. Särskilda regleringar fanns för en rad områden i form av skrårordningen, hallordningen etcetera. Sammantaget brukar förhållandet mellan den som utförde arbetet (dagens arbetstagare) och den som tillgodogjorde sig nyttan därav (dagens arbetsgivare) betecknas som ett statusförhållande, att jämföra med dagens kontraktsförhållande.⁵⁷

Under den moderna arbetsrättens tidiga historia, alltså under 1800-talets andra hälft, kunde arbetstagarna, genom att sammansluta sig i fackföreningar, bli starka nog att uppnå en viss balans i maktförhållandena gentemot arbetsgivarna.⁵⁸ Därmed kunde arbetstagarna så småningom framtinga den så kallade *Decemberkompromissen* 1906. Genom det avtal som slöts mellan SAF, numera Föreningen Svenskt Näringsliv, och LO erkände arbetsgivarna arbetstagarnas föreningsrätt. Som motprestation erkände arbetstagarna arbetsgivarnas rätt att leda och fördela arbetet och att fritt anställa och avskeda arbetstagare, oavsett om dessa var organiserade eller inte (de så kallade § 32-rättigheterna, efter dess placering i SAF:s stadgar). Decemberkompromissen är en nyckelhändelse i arbetsrättens historia i det att den är den första övergripande samförståndslösningen mellan arbetsmarknadens parter.⁵⁹ Samförståndsandan manifesteras senare och än tydligare i Saltsjöbadsavtalet av 1938. Samförståndsandan till trots förekom dock allvarliga konflikter mellan Decemberkompromissen och Saltsjöbadsavtalet. De mest bemärkta torde vara storstrejken 1909 och den konflikt som ledde fram till händelserna i Ådalen 1931, den sistnämnda antagligen mest på grund av dess följd (fem människor sköts ihjäl av militär).⁶⁰ Samförståndet strävar på sitt sätt

⁵⁷ Se till exempel Adlercreutz, Arbetstagarbegreppet s. 8, Adlercreutz, Kollektivavtalet som avtalsform och avtalstyp, s. 12, Dege, Arbejdsrett. Rettigheder og plikter i arbejdsforhold s. 28 ff., Hasselbalch, The Roots – The History of Nordic Labour Law s. 14 f. och Ryberg-Welander, Arbetstidsregleringens utveckling s. 53 ff. Historieskrivningen är etablerad sedan länge, se till exempel Nial, Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel s. 190.

⁵⁸ Se härom Adlercreutz, Arbetstagarbegreppet s. 18 f. Adlercreutz konstaterar i inledningen till studien av arbetstagarbegreppet att arbetsrättens mäktigaste drivkraft varit arbetarrörelsen, och dess strävan efter inflytande. Se också Flodgren, Fackföreningen och rätten s. 59 ff. och s. 238 f.

⁵⁹ Tore Sigeman räknar Decemberkompromissen som startpunkt på vad han kallar den kollektiva arbetsrättens skede i Sverige, Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 23, också Sigeman Arbetsrätten s. 16. Den danska motsvarigheten, Septemberforliget, tillkom några år tidigare (1899), också det efter en storkonflikt, se Hasselbalch, Arbejdsret s. 22 och Kristiansen, Den kollektive arbejdsret s. 9 ff.) och kan nog räknas som en förlaga (Hasselbalch, The Roots – The history of Nordic Labour Law s. 19).

⁶⁰ Se om dessa händelser till exempel Möller, Svensk politisk historia s. 111 ff., Nycander, Makten över arbetsmarknaden s. 51 ff.

till att konservera de rådande förhållandena, medan utvecklingen drivs av konflikter. Arbetsrätten bygger på en motsättning mellan arbetsgivar- sidan och arbetstagar sidan, med en kollektivitet på arbetstagar sidan som agerande enhet, en motsättning som kan sägas ha "stadsfästs" genom decemberkompromissen.⁶¹ Storstrejken kom att driva på rättsutvecklingen också på ett mer indirekt sätt. På händelser under storstrejken följde rättsprocesser som kom Högsta domstolen att erkänna att kollektivavtalet var rättsligt bindande, i vart fall mellan avtalets parter.⁶²

Genom att ta den "naturliga" utgångspunkten i den genomgripande samhällsförändringen som industrisamhällets genombrott medförde har vi anknutit till den nedärva arbetsrättsliga historieskrivningen, som gör just så. Genom den operationen sätts fokus på en inledande *förändring* medan förändringens motpol, *kontinuiteten* hamnar i skuggan och blir nästan osynlig.⁶³ Genom att betona kontinuiteten skulle fackförbunden kunna betraktas som en fortsättning på skråväsendet.⁶⁴ Skråna var

⁶¹ Se Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen, s. 877. Det finns, kan man säga, inte något utrymme i arbetsrätten för någon annan analys än en som utgår från att förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar bygger på en grundläggande konflikt. Se särskilt uttryckligt Wedderburn, Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology? s. 2: "Collective rights of the workers at the workplace inevitably develop in a crucible of controversy; any other analysis fudges the issues." Också kollektiviteten är en egenskap som är omöjlig att bortse ifrån. "Collective agreements are by their very idea collectivist", som Reinhold Fahlbeck uttrycker saken, Fahlbeck, A Crossroad Between Public Law and Private Law s. 271.

⁶² NJA 1915 s. 233, jfr NJA 1910 s. 428. I det sistnämnda fallet prövades inte frågan om kollektivavtalet kunde vara bindande mellan parterna i och för sig. I det förstnämnda målet (som berörde samma händelser som 1910 års fall) fastslogs uttryckligen att kollektivavtalet var bindande mellan dess parter, och att brott mot avtalet skulle sanktioneras med skadestånd. I NJA 1915 s. 233, som alltså rörde händelser som tilldragit sig under storstrejken 1909, befanns dock inget avtalsbrott ha skett eftersom avtalet inte förbjöd de strejker som förekommit.

⁶³ Historien berättas från ett visst håll. Narratologin talar om "*focalization*" (som är en omdiskuterad term, ibland används istället "*point of view*" se till exempel Chatman, Story and Discourse s. 151 ff., jfr Abbott, Narrative s. 66), av Abbott förklarar som "the lens through which we see characters and events in the narrative." Abbott s. 66. Konceptet är utvecklat för fiktion, särskilt konkret blir det antagligen i analyser av film; kameran måste helt enkelt stå någonstans, men också i romaner finns ett fokus (även om det inte är bundet till samma fysikaliska regler som bilder), se Genette, Narrative Discourse Revisited s. 73 f. *Focalization* handlar om utval och därmed om begränsning av informationen. Det kan tillämpas också på historieskrivningen, där berättaren, i motsats till i fiktiva berättelser, inte är allvetande (se Genette, a.a. s. 74) åtminstone så att en viss försiktighet iakttas.
⁶⁴ Jfr Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 7. Se också Marx i dennes kritik av den Franska postrevolutionära regimens förbud mot arbetarorganisationer i Kapitalet, sjunde avdelningen 24:e kapitlet, (till exempel) Liedman och Linell, Karl Marx. Texter i urval s. 369 f.

uppbyggda på ett annat sätt med mästaren som motsvarande "arbetsgivaren" i samma gemenskap som "arbetstagarna", men om man betonar kopplingen till vad som produceras inom gemenskapen istället för på de inbördes relationerna blir skillnaden inte lika stor. Skiftet kan fortfarande markera övergången från status till kontrakt, men skillnaden blir mindre dramatisk. Så berättas dock inte historien – kanske har historien därför svårt att se att det inneslutande (det som gör ett kollektiv till ett kollektiv, till exempel en viss yrkesgrupp) samtidigt innebär ett uteslutande (av de övriga).

Skiftet är en del av den kollektivavtalsrättsliga skapelseberättelsen, och därmed ett slags intern yttersta referens. Märk att historien inte behöver göra anspråk på att vara "sann". Ta till exempel rättsfigurer som vi hänför tillbaka på den romerska rätten – vi vet antagligen inte mycket om hur de romerska juristerna *verkligen* såg på *pacta sunt servanda, condictio indebiti* och så vidare, och vi behöver inte heller veta. Hänvisningen syftar till att legitimera den moderna rätten, den handlar inte om den romerska rätten i och för sig. Tekniken är en del av områdets skapelseberättelse, vilken har till funktion att definiera just själva området.⁶⁵

Det kan inte avfärdas som pratiskt betydelselöst, eftersom att vara ett kollektiv är en förutsättning för arbetstagersidan att ha en röst i den kollektiva arbetsrätten.⁶⁶ Kollektivavtalet, medbestämmanderegleringen och stridsåtgärdsregleringen förutsätter en kollektivitet på arbetstagersidan, vilken alltså "stadsfästes" med Decemberkompromissen 1906. Att det är särskilt tydligt i arbetsrättens kollektiva del innebär inte att inte samma förhållande går igen i också i den individuella arbetsrätten, som vilar på samma historia. Den enskilde arbetstagen är ett skyddsobjekt för en mängd lagstiftning, men hon kan ofta inte disponera över skyddet själv (annat än genom att inte åberopa skyddet). För att disponera över rättigheterna i annat än positiv riktning för arbetstagen krävs, i de bestämmelser vi känner som *semidispositiva* ofta att en kollektivitet är inblandad.

⁶⁵ Peter Fitzpatrick exemplifierar: "Origins provide a foundation and ultimate reference: 'In the beginning was the Word, and the Word was with God, and the Word was God.' (John 1:1). Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law* s. 18.

⁶⁶ Den svenska arbetsmarknaden blir därmed på vissa sätt "okomplicerad" i ett internationellt perspektiv, eftersom den intresseavvägning som regleringen är ett uttryck för i princip bara görs mellan tre aktörer; arbetsgiversidan, arbetstagersidan och staten. Se Fahlbeck, *Ett revolutionerat arbetsliv* s. 1025. Som en jämförelse räknar Fahlbeck för den amerikanska arbetsmarknadens del med inte mindre än tolv aktörer.

2.2.2 Mellan civilrätt och offentlig rätt

Avhandlingen handlar om kollektivavtalet nu, enligt gällande rätt. En bärande tanke bakom den metod som används i avhandlingen är att kollektivavtalet bäst kan förstås om det betraktas i sin narrativa kontext. Dess egenskaper och rättsliga ställning bestäms av de rättsliga aktörernas dispositioner. Dessa är i sin tur beroende av strategiska överväganden, traditioner och så vidare. Inte minst gäller det rättsvetenskapen, och för att lyfta fram den aspekten kan man tala om att avhandlingen handlar om att teckna kollektivavtalets självbild.⁶⁷

En beskrivning av självbilden tar lämpligen inte utgångspunkt i kollektivavtalet, utan i arbetsrätten. Arbetsrätten är i sin tur en del av civilrätten, och man skulle därför kunna tänka sig att en beskrivning borde börja med denna. Arbetsrättens självbild är dock inte så enhetligt civilrättslig.⁶⁸ Kollektivavtalet är en arbetsrättslig figur, som gärna beskrivs som en hybrid – det är ett avtal med egenskaper som får det att likna lag.⁶⁹ Bilden

⁶⁷ Till metaforen rättslig självbild se vidare Gustafsson, *Cyklopens öga* s. 22. Apropå rättsliga självbilder se också Westerlund, *Världsbilder, rättsvetenskap, juridik och hållbar utveckling* s. 312.

⁶⁸ Här behandlas det svenska kollektivavtalet och den svenska arbetsrätten, men frågan är knappast nationell, eller ens europeisk. "One of the defining features of traditional labor and employment law has been the distinction between 'public' and 'private' regimes of law." Casebeer and Minda, *Work law in the American Society* s. 4.

⁶⁹ Se Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång* s. 79 n. 168 med omfattande hänvisningar, vidare uttryckligen i Glavå, *Arbetsrätt* s. 147, Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt* s. 231, Sebart, *Redundancy and the Swedish Model* s. 76 och s. 80, Sigeman, *Arbetsrätten* s. 81. Mer underförstått framgår liknelsen genom hänvisande till kollektivavtalet som innehavare av offentligrättsliga egenskaper, se Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten* s. 45, också s. 60 och s. 269 (liknelsen gör det möjligt att betrakta kollektivavtalsregleringen som en del av normgivningen på arbetsrättens område). Tanken är djupt rotad i den moderna arbetsrättsliga traditionen, se till exempel Olin, *Kollektivavtalet i den utländska lagstiftningen* s. 12, Hagerup, *Nyere nordisk litteratur om de kollektive arbeidsaftaler* s. 244 och Adlercreutz, *Kollektivavtalet* s. 16 f. (Adlercreutz nämns också av Mulder).

Liknelsen är inte begränsad till den svenska arbetsrättsliga diskursen, se till exempel Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* s. 47: "Overenskomsten har således karakter af både privat aftale og almen retsforakrift", Nielsen och Roseberry, *Dansk Arbejdsret* s. 44 (och Nielsen, *Laerebog i arbejdsret* s. 36): "På det arbejdsrettige område udgør kollektive overenskomster en særegen aftaletype, der dels fungerer som alternativ til lovgivning, dels som en mellemform mellem lovgivning og individuel aftale", Fougner, *Kollektiv arbejdsrett* s. 24 "Avtalene trekker opp normerne for arbeidsforholdene på en slik måte at det minner om privat lovgivning" eller till den nordiska diskursen, se Deakin and Morris, *Labour Law* s. 76 vid n. 4 med en jämförelse med fransk rätt samt Casebeer och Minda, *Work Law in American Society* s. 4: "whereas collective bargaining agreements reached between unions and employers is sometimes understood to be essentially 'private' and at other times 'public'. Liknelsen är inte ens begränsad till arbetsrättslig doktrin, se Nielsen

komplieras dock av att inte bara kollektivavtalsrätten förändras, inte ens distinktionen mellan civilrätt och offentlig rätt är opåverkad av utvecklingen – gränsen tycks nämligen med tiden ha blivit mindre klar.⁷⁰

Konstaterandet att gränserna (till exempel mellan civilrätt och offentlig rätt) inte är skarpa har en viktig funktion. Genom att gränsen förklaras oklar behöver systemet inte utmanas, vilket kan betraktas som ett utslag av områdets *självbevarelsedrift*.⁷¹ Diskursen strävar vidare efter att hänföra oklarheten till ett nutillstånd, ställt mot den mer välordnade dåtiden – historiens distans ökar precisionen.⁷² Att vi har att göra med en egenskap i diskursen snarare än en egenskap i en utanför denna liggande verklighet visas av de nedslag i doktrinen som under hela 1900-talet, och in på 2000-talet problematiserar gränsen mellan civilrätt och offentlig rätt, en gräns som ständigt är mer oklar än någonsin.

og D. Tvarnø, Retskilder & Retsteorier s. 93: "På det arbejdsretlige område udgør kollektive overenskomster en særegen aftaletype, der på en række punkter fungerer som alternativ till lovgivning" och Eckhoff, Rettskildelære s. 255: "Av disse grunner [ufravelighetsprincippet och skyldigheten för en kollektivavtalsbunden arbetsgivare att tillämpa kollektivavtalet också på oorganiserade arbetstagare] får tariffavtalen lignende virkninger som preceptoriske lover".

Man skulle kunna tänka sig att det förhållandet att Norge och Finland, till skillnad från Sverige och Danmark, har möjlighet till utsträckning av kollektivavtal skulle leda till att liknelsen inte är lika närliggande i de båda förstnämnda länderna (jfr dock Bruun, The Autonomy of Collective Agreement s. 7, som i sin helhet hänför de nordiska kollektivavtalen till privaträtten). Att göra en liknelse som innebär att också icke-utsträckta kollektivavtal (jämfört med utsträckta, som då gjorts till lag) liknar lag skulle kunna vara förvirrande, oaktat att dessa har samma egenskaper vad gäller fjärrverkan och efterverkan som svenska och danska kollektivavtal. Jan Fougner gör den dock, vilket i och för sig skulle kunna tänkas vara en anomali. Några slutsatser bör nog dock inte dras, även om finsk doktrin, och norsk i övrigt, inte tycks göra liknelsen (se vidare kap. 2.3.2).

⁷⁰ Se, för nedslag, Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 46 "Utvecklingen kan sägas gå mot ett närmande mellan civilrätt och offentlig rätt, som delvis suddar ut den traditionellt distinkta gränsdragningen. Se också Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 230 "... även sådana hävdvunna indelningar som den i "privaträtt" och "offentlig rätt" i stigande omfattning kommit att illa rimma med verkligheten", också Wilhelmsson, Avtal och jämlikhet (som hänför närmandet mellan det offentliga och det privata till "det postvälfärdsstatliga samhället), s. 513 f., se också Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s. 7. Jfr dock Malmström, Privaträtt och samhällsutveckling, särskilt s. 226 f. och s. 232. Se också Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 140 ff.

⁷¹ Självbevarelsedriften kan betraktas som en del av själva definitionen av ett område, också på en mer generell nivå, se Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s. 94. Självbevarelsedriften synes också vara drivkraften för den moderna arbetsrättens framtidsstudier. Se till exempel Supiot, Beyond Employment s. 22 f.

⁷² Se 4.2. Se också citatet från Stig Strömholm i n. 70. I citatet ryms såväl tanken på att juridiken skall återspegla en verklighet som att nutiden är mer komplicerad och mindre välordnad än dåtiden.

Redan under det förra århundradets första år polemiserar C. A. Reuterskiöld med äldre doktrin, mot indelningen av rättssystemet i privaträtt och offentlig rätt: ”Motsätter man hvarandra, såsom städse brukar ske, privaträtt och offentlig rätt, eller med andra ord, indelar man rätten i offentlig rätt och privaträtt och bestämmer man dessa båda rättsgrenar t.ex. på det sätt som hos Nordling skett [Nordling, Allmänna delen, 1891 s. 47][...]. Indelningen i offentlig rätt och privaträtt kan jag dock för min del icke fasthålla.”⁷³ Enligt Reuterskiöld torde den gängse uppdelningen mellan offentlig rätt och privaträtt vara att hänföra till en förvanskning av den romerskrätliga distinktionen mellan *ius publicum* och *ius privatum*, vilka lämpligast kunde översättas med *politisk rätt* och *borgerlig rätt*.⁷⁴ Ganska långt senare härleder också Åke Malmström den moderna uppdelningen av rättsordningen i civilrätt och offentlig rätt till den romerskrätliga begreppsbildningen, med konstaterandet att begreppet *civilrätt* stammar från det romerska *ius civile* (vars innebörd historiskt dock varit en delvis annan).⁷⁵ Han konstaterar vidare att termerna bara kan definieras i förhållande till varandra så att offentlig rätt i princip kommer att vara allt som inte är civilrätt, men ”[a]tt på detta sätt ställa upp ett generellt motsatspar privaträtt–offentlig rätt kan dock verka vilseledande. Ingen skarp gräns består mellan dessa båda stora områden. Inte minst i våra dagar, då statsverksamheten väsentligt utökats i förhållande till vad som förekom något längre tillbaka, är gränserna flytande.”⁷⁶ Problemet kvarstår i senare upplagor av ”Civilrätt”, med delvis nya författare: ”Nu för tiden ifrågasätts inte sällan om det är meningsfullt eller ens möjligt att upprätthålla en klar gräns mellan civilrätt och offentlig rätt.”⁷⁷

Mer än hundra år har gått sedan Reuterskiöld förkunnade att han inte kunde upprätthålla gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt (därmed inte sagt att han var först), men ifrågasättandet och den oklara gränsen hänförs ännu, till och med ännu mer explicit (”nu för tiden”), till den egna tiden. Den mest iögonfallande skillnaden är snarare att saken inte längre behöver härledas till närmare källställen – att man brukar ifrågasätta gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt, och att den är värd att ifrågasätta, har blivit en sanning, lika mycket som distinktionen i sig.⁷⁸

⁷³ Reuterskiöld, Om det systematiska värdet av balkindelningen i 1734 års lag, s. 3.

⁷⁴ Reuterskiöld a. st.

⁷⁵ Malmström, Civilrätt s. 5 f.

⁷⁶ Malmström, Civilrätt s. 7 f.

⁷⁷ Agell och Malmström, Civilrätt s. 55.

⁷⁸ ”It has almost become a ritual these days to de-construct the private/public distinction. The problem is, nobody knows how to dis-place it, not to speak of how to re-place it.”, Teubner, After Privatisation? – The many Autonomies of Private Law, s. 52 f.

Om det inte råder enighet beträffande exakt var gränsen skall dras, verkar det däremot råda enighet om att indelningen privaträtt och offentlig rätt främst är betingad av pedagogiska skäl.⁷⁹ Att tillskriva något ett *pedagogiskt värde* har en viktig retorisk funktion i den rättsvetenskapliga diskursen. Särskilt tydlig blir funktionen om epitetet förstärks med ett "blott" eller liknande ("distinktionen mellan civilrätt och offentlig rätt har blott ett pedagogiskt värde"). Motsvarande kan tillskrivandet göras mer försiktigt genom att det förses med ett "främst" eller liknande ("distinktionen mellan civilrätt och offentlig rätt har främst ett pedagogiskt värde"). Den retoriska funktionen bygger på att "pedagogisk" är något annat än "saklig", och att de använda på detta sätt blir varandras motpoler. Därtill, vilket också är viktigt, är de inte neutrala förhållande till varandra. "Sakligt" är (i detta sammanhang, märk väl) bättre och mer eftersträvänsvärt än "pedagogiskt" (jfr "nord" och "syd" som i de flesta geografiska sammanhang är värda lika mycket – den ena förutsätter den andra och mellan dem råder, geografiskt, jämvikt och därmed harmoni).

Samtidigt som man tillskriver distinktionen mellan civilrätt och offentlig rätt pedagogiskt värde avskriver man något annat, i detta fall det teoretiska problemet med distinktionen ifråga. Med en pedagogiskt betingad uppdelning är det för rättssystemet ganska problemfritt att konstatera att gränserna är oklara, till och med vad gäller grundläggande distinktioner som den mellan civilrätt och offentlig rätt. Att en pedagogiskt betingad gräns är oklar utmanar inte systemet. Med en teoretisk oklarhet vore inte systemet ohotat, och systemet behövs i det funktionalistiska paradigmet som arbetsrätten tillhör. Det hindrar inte heller att vi tänker oss en abstrakt gräns som är klar, det kan till och med vara en forskningsuppgift att fastställa, eller att, med en annan metafor, *avtäcka* den gränsen, teoretiskt och abstrakt. I det konkreta fallet är gränsen däremot alltid skarp. Antingen är man arbetstagarare eller inte, avtal har ingåtts eller inte, avtalet har ett visst innehåll eller inte, och så vidare. Praktiken vet ingen annan lösning. Rättsvetenskapen kan, å ena sidan, med allt fog hävda sin position och säga att praktiken överhuvudtaget inte vet någon annan lösning än den som teorin ger. Å andra sidan kan såväl lagstiftaren som parterna invända att teorin inte kan veta någon annan lösning än den som praktiken ger. De båda polerna i dikotomin teori – praktik kommer att definiera varandra, och därmed bilda en cirkel (se 9.4).

Genom förklara att distinktionen mellan civilrätt och offentlig rätt främst är av pedagogisk betydelse, och på så sätt avskriva de teoretiska

⁷⁹ Se till exempel Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 207 f., Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 45 f., Samuelsson och Melander, Tolkning och tillämpning s. 75 ff. Jfr Andersson, Kritisk pluralism s. 26.

anspråken på den, kan den användas obehindrat. Det leder i nästa steg till att det är svårt att göra plats för arbetsrätten i de systematiska framställningar som nyss berörs.⁸⁰ Den geografiska metafor som ligger till grund för bilden av rättssystemet gör ändå att det måste vara möjligt. Ett område kan utforskas och kartan över det kan ritas. De metaforer vi använder hjälper oss visserligen att se, men de bestämmer också vad vi kan se, och kanske spelar de oss ett spratt, ett spratt som har med språket att göra. På svenska är ett "område" en geografisk sak, men om man tar en lek med översättningar till hjälp ser problemet annorlunda ut.⁸¹ Om metaforen är *field* och den inte förstås "fält" som "område" utan istället som "kraftfält" blir hela metaforen annorlunda. James Boyd White konstaterar att metaforen förstådd på det viset fångar en del av den aka-

⁸⁰ Reuterskiöld, Om det systematiska värdet av balkindelningen i 1734 års lag, NJA II 1900 nr 7 s. 13. Reuterskiöld hänför vad vi skulle kalla arbetsrätt (närmare bestämt individuell arbetsrätt) till sociallagstiftningen: "Till allmän civillag torde emellertid [Reuterskiölds fråga är om sociallagstiftningen faller inom den politiska eller den borgerliga rättens område, se vid n.74] denna lagstiftning, så vidt den hittills erhållit uttryck i arbetarskyddslagstiftningen, kunna och böra räknas, endast om och när den afser att för framtiden fast grunda och reglera förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare ur synpunkten af deras inbördes förmögenhetsrättsliga befogenheter och förbindelser på grund af arbetsaftalet eller arbetets rättsfaktum, men däremot icke, om och när den hufvudsakligast riktar sig på ett skyddande af samhällets eller det allmännas egna intressen och af dess effektiva kontroll genom egna organ öfver arbetets utförande blott såsom arbete eller öfver enskildes verksamhet såsom social verksamhet."

Reuterskiölds undersökning är begreppsutredande, på ett sätt som för senare rättsvetenskap kan framstå som en historisk artefakt, utan egentligt värde för oss (inte minst som han talar om den svenska rättsvetenskapens förhållande till lagsamlingens systematik, s. 14). Reuterskiölds fråga är vad som kan inordnas under balksystemet i 1734 års lag, en begreppslig fråga hänförlig till distinktionen mellan politisk och borgerlig rätt (1734 års lag syftade, enligt Reuterskiöld, endast till att fullständigt reglera den borgerliga rätten, det vill säga civilrätten, se a.a. s. 3 f.). Reuterskiölds studie är inte desto mindre betingad av samhällsförändringen. "Det moderna borgerliga lagmaterialet" innebär en utmaning för det gamla balksystemet, och en särskild utmaning innebär till synes sociallagstiftningen (a.a. s. 12 ff.).

⁸¹ Att rättsvetenskaplig forskning kan bedrivas genom en lek, eller överhuvudtaget juridiken skulle vara att se som en lek riskerar antagligen att irritera den realistiskt skolade rättsvetenskaparen. Axel Adlercreutz markerar till exempel mot en äldre juridik grundad i "abstrakta system som den romerska rätten (såsom den småningom utvecklats) eller naturrätten. [...] Juridiken kunde ibland verka som en intellektuell lek, med större vikt lagd vid den logiska konsistensen i regelsystemet än vid reglernas funktion och effekter i samhällslivet", Adlercreutz, Några reflexioner om rättsstillämpningen och samhällslivet s. 373. Adlercreutz anklagar i samma andetag den förmoderna juridiken för att "verka [...] som hinder för en utveckling av juridiken [som läran om rättsreglerna] som svarade mot samhällsutvecklingen." Vad Adlercreutz konkret menar med det framgår dock inte. Det behövs för den delen inte heller, inte heller behövs några nyanser. Adlercreutz syfte är inte att beskriva det förgångna utan att framhäva det egna.

demiska aggressiviteten, men också att det är svårt att se att relationerna kraftfälten emellan skulle präglas av annat än dominans och betvingande eller likgiltighet.⁸² De fälten avgränsas av att de repellerar och kämpar emot varandra snarare än att, som fälten, områdena, på en karta ligga passivt sida vid sida.

2.2.3 Rättsvetenskapen i det formativa skedet

Att definiera rättsområden är överhuvudtaget främst en akademisk angelägenhet, följaktligen har rättsvetenskapen en nyckelroll i tillblivelsen.⁸³ Rättsvetenskapen själv blir alltså ett viktigt studieobjekt, eftersom den kommer att vara en del av sin egen berättelse. Det innebär dock också att själva etablerandet av ett rättsområde på en konkret nivå är personberoende.⁸⁴ Med utgångspunkten att rättsområden i huvudsak är doktrinära konstruktioner kan det vara intressant att börja en undersökning av historieberättandet på en tämligen konkret nivå, genom att översiktligt redovisa vilka det är som berättar historien. Historieskrivningen är en uppgift för akademien, varför historiens upphovsmän kan sökas där. Den akademiska arbetsrättens egen historia är egentligen ganska kort. Syftet är här att belysa rättsområdet i ett avseende som inte brukar framhållas särskilt. Tvärtom brukar, även om det inte sker medvetet, en sådan del av ett rättsområdes identitet snarare undertryckas. Rättsvetenskapen, och därmed dess utövare, är idealtypiskt utomstående observerande – själv är rättsvetenskaparen inte med i berättelsen.⁸⁵ Det har att göra med att det är

⁸² White, *Justice as translation* s. 13, noten. Kraftfältsmetaforen används också av Mia Rönnmar i hennes beskrivning av Anna Christensens teori om normativa grundmönster. Se Rönnmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet* s. 32 f.

⁸³ Se till exempel Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 138: "However, the main burden in the maintenance of internal rationality falls on the shoulders of judges and legal scholars." Det är inte harmlöst, jfr ovan n. 56.

⁸⁴ Denna studie handlar om arbetsrätten, men framställandet av, och strävan att odla, nya rättsområden kan iaktas lite varstans i den juridiska vegetationen. Se för arbetsrätten närliggande nedslag Westerhäll, *Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten* (jfr vidare Sigeman, *Arbetsrätten* s. 29 – socialförsäkringsrätten behandlas, men som en jämförelse, som någonting annat). Ett exempel där den strategin gjorts uttrycklig kan beskådas i Dahl, (red.) *Kvinnet I och II* Oslo 1985. De däri ingående artiklarna formuleras genomgående som egna rättsområden (Fødselret, pengeret, husmorret. Undantaget utgörs av en artikel om reguleringen av lønearbejdet, vilket alltså inte får benämningen av ett eget rättsområde). Se vidare Zahle, *Kvinderet og forfatningsret*.

⁸⁵ Se för en liknande poäng till exempel Baron och Epstein, *Is Law Narrative?* s. 151: "The kind of writing that we have come to recognize as an article relies no less than any 'story' on formal and rhetorical devices; it tells a 'story' about the law under discussion; and it also tells a 'story' about its author-if only, in many articles, a story of invisibility."

sakliga, rationella skäl som skall vara avgörande för argumentens tyngd, inte personskäl.

Östen Undén torde allmänt betraktas som den som först anträdde scenen i svensk arbetsrätt,⁸⁶ en scen som lånar kulisser från den dåtida tyska arbetsrätten (se strax nedan). De förhållanden som skall regleras av kollektivavtalet är svenska, men Undén behandlar de tyska källorna som i princip likställda med nationella källor (i den mån det alls finns sådana).⁸⁷ Att behandla Undén som den svenska arbetsrättens förste företrädare kan dock resa invändningar. Alfred Ossian Winroths framställning "Om tjänstehjnsförhållandet enligt svensk rätt" har till exempel av Folke Schmidt utpekats som genombrottet för den moderna kontraktstanken som ligger till grund för svensk nutida arbetsrätt.⁸⁸ I nutida svenska arbetsrättsliga framställningar är dock med ganska få undantag alla synliga spår av Winroth borta.⁸⁹ Detsamma gäller för övrigt övriga författare som före Undén behandlat de frågor som idag skulle betraktas som arbetsrättsliga.⁹⁰ Man kan nog, skall tilläggas, i och för sig med det urvalskriteriet endast med tvekan hänföra Undén till arbetsrätten – men lika entydigt frånvarande i den sentida litteraturen är han inte.⁹¹ Att såväl

⁸⁶ Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt 1912.

⁸⁷ Se om förhållandet mellan Undén och dåtidens tyska doktrin särskilt utförligt Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914 s. 279 ff. Se därvid särskilt uttryckliga nedslag på s. 281, s. 284 f., s. 289, s. 292. Se också Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 416.

⁸⁸ Se Kumlien, Continuity and Contract särskilt s. 22, s. 61 ff. och s. 107. Hänvisningen i Kumlien till Schmidt, Tjänsteavtalet s. 13, gäller denna boks första upplaga 1959. I Schmidt, Tjänsteavtalet, andra nyskrivna upplagan 1968 är diskussionen och hänvisningen till Winroth borta.

⁸⁹ Jfr dock Sigeman, Från reception till ideologikritik s. 517. Sigeman konstaterar att Winroths verk ("numera") kategoriseras som arbetsrättsligt. Se också Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 15 som börjar en beskrivning av den svenska arbetsrätten med Winroths *Om tjänstehjnsförhållandet enligt svensk rätt* och Undéns *Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt*, men också konstaterar att böckerna "blev enkasta foreteelser."

⁹⁰ Om dessa och därmed om arbetsrättens (för-)historia se Kumlien, Continuity and Contract s. 61 ff. och s. 234 ff. Kumlien visar att det inte finns något stöd för att betrakta just Winroth som genombrottsman för kontraktstanken, utan att tanken istället genomströmat litteraturen även före Winroth, se Kumlien s. 117 och s. 119 ff. Tore Sigeman antyder det anakronistiska i att betrakta Winroths (och Undéns) verk som arbetsrättsligt, se Sigeman, Från reception till ideologikritik. 517. I sin genomgång av den tyska påverkan på ett antal svenska civilrättsliga verk runt förra sekelskiftet benämner Jan-Olof Sundell dock Winroths *Om tjänstehjnsförhållandet enligt svensk rätt* utan reservation som arbetsrättsligt, Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914 s. 169, s. 175 och s. 179.

⁹¹ En översiktlig inventering av de senaste decenniernas arbetsrättsliga produktion ger några träffar på Undéns avhandling. Mats Glavå nämner den i Arbetsrätt s. 137 n. 85,

Undén som (i ännu högre grad) Winroth inte egentligen intar en plats i dagens doktrin kan förstås förklaras med att deras respektive framställningar i materiellt hänseende är obsoleta.⁹² Frågorna i Undéns studie avgjordes positivt genom kollektivavtalslagen 1928, Winroths framställning blev (rätts-)historia senast med att legostadgan av 1833 upphävdes 1926. En del av den samtida arbetsrättens identitet ges samtidigt av dess inställning i fråga om de gällande bestämmelsernas ursprung.

Att Östen Undén, såsom historieskrivningen bestämt, kan betraktas som den förste företrädaren för arbetsrätten som akademisk disciplin i Sverige ändras inte av att han inte själv, såvitt kan utläsas, hade några ambitioner att grunda ett rättsområde. Undéns ambitioner kan jämföras med framförallt Hugo Sinzheimers, som kan betraktas som den främste företrädaren för idén att arbetsrättens skall vara ett eget rättsområde.⁹³ En teknik för att etablera rättsområdet är att uttryckligen och medvetet konstruktivt proklamera det: "Das Arbeitsrecht ist ein eigenes, selbständiges Recht geworden."⁹⁴ En liknande teknik är att definiera arbetsrätten som ett enhetligt rättsområde: "[Arbetsrätten är] das einheitliche Recht, das die Beziehungen der Arbeitnehmer regelt".⁹⁵ Den sistnämnda tekniken skiljer sig från den förstnämnda genom att den inte säger att arbetsrätten blivit ("geworden") någonting utan att den *är*. Det ger en känsla av evighet, av naturligt tillstånd, vilket kan vara väl så effektivt som påstå-

detsamma gör Jonas Malmbergs avhandling Anställningsavtalet, s. 117 n. 2. Det är betydande att båda hänvisningarna avser Undéns verk i sin helhet. Jfr Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 185 f. (Göransson gör också bruk av Winroth, se a.a. s. 35, 36, 90 och 97) och Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång n. 170 med hänvisning till ställen i Undén.

⁹² Att Winroth i högre grad än Undén hamnar i arbetsrättens "förhistoria" kan också ha att göra med att de båda hamnar på olika sidor om ett epokskifte: "Mellan [Winroths *Om tjänstehjnsförhållandet enligt svensk rätt*] och Undéns arbete låg i stort sett hela Sveriges omvandling till ett industrisamhälle." Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914 s. 279. Se vidare 4.4.

⁹³ Sigeman, Från reception till ideologikritik s. 518. Birk, Labour Law Scholarship in France, Germany, and Italy: s. 681, 688 och 698 f. Philip Lotmar var visserligen i vissa avseenden före Sinzheimer (främst ifråga om teoribildningen kring kollektivavtalet, se Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 436 ff), men den sistnämnde betraktas som den som torgförde arbetsrätten som en egen disciplin. Se också Hasselbalch, Nyere utvecklingstendenser i dansk arbejdsret s. 72 och Hepple & Veneziani (red.), The Transformation of Labour Law in Europe s. 5.

⁹⁴ Se Sigeman, Från reception till ideologikritik, s. 519 och Sigeman, Hur en rättslig specialdisciplin etableras. s. 513 och 519.

⁹⁵ Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts s. 3: (ungefär: Arbetsrätten är det enhetliga rättsområde [översättningen av tyskans "Recht" med "rättsområde" kan nog kritiseras, "rättsordning" kunde vara ett annat förslag"] som reglerar arbetstagares (rättsliga) ställning).

endet att arbetsrätten har *blivit*. Eftersom arbetsrätten inte kan grundas i "urminnes tider" eller i den romerska rätten är tidsdimensionen inte till hjälp i Sinzheimers ambitioner. Istället får definitionen verka enbart i den rättssystematiska dimensionen medan tidsdimensionen hålls utanför. Har ett område tillkämpat sig en status kan det förlora denna, till exempel genom att den tidigare ordningen återställs, men om det är något som det till synes alltid varit finns det inget att gå tillbaka till. Arbetsrätten hör med den icke-tidliga definitionen helt enkelt till den gällande rätten, medan historien är ovidkommande.

Mellan Östen Undéns och Svante Bergströms avhandling Kollektivavtalslagen finns praktiskt taget ingen vetenskaplig arbetsrättslig produktion i Sverige.⁹⁶ Däremot utkommer samlade arbetsrättsliga verk i Norge och Danmark under 1930-talet.⁹⁷ Den akademiska kartan börjar alltså för den svenska arbetsrättens del inte ritas förrän på 1940-talet. Då går emellertid utvecklingen jämförelsevis snabbt. Svante Bergström, *Kollektivavtalslagen, Studier över dess huvudprinciper* och Åke Larsson, *Om kommunaltjänstemän. Med särskild hänsyn till kollektivavtalets utbredning* kom år 1948,⁹⁸ därefter följde Adlercreutz, *Kollektivavtalet. Studier över dess*

⁹⁶ Åke Holmbäcks Föreläsningar i arbetsrätt från 1943 kan i och för sig möjligen räknas dit, men de har snarare karaktären av en översiktlig lärobok. Folke Schmidts Föreläsningar i arbetsrätt I, Kollektiv arbetsrätt får snarast betraktas som en förelöpare till Kollektiv arbetsrätt 1950, vilken sedermera utvecklats till Facklig arbetsrätt (med senaste upplaga 1997). Tore Sigeman betraktar Schmidts Föreläsningar som inledningen till en vetenskaplig behandling av arbetsrätten, medan Holmbäcks översiktliga framställning inte får det epitetet. Sigeman, Från reception till ideologikritik s. 520 (och s. 525). För anmärkningar om Folke Schmidts roll som den svenska arbetsrättens fader, se också Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 22 och Bruun, The Autonomy of Collective Agreement s. 34.

Ett annat nedslag är Arthur Lindhagens behandling av muntlighetsprincipen vid Arbetsdomstolen, se Lindhagen, Muntlighet och omedelbarhet vid arbetsdomstolen, men någon sammanhållen rättsvetenskaplig produktion är det knappast fråga om. Lode Wistrands kommentar till kollektivavtalslagen "Kollektivavtalslagen och arbetsdomstolen", skriven i dialogform, 1936 (med nya upplagor 1939 (oförändrad) och 1948 (reviderad) låter sig inte utan vidare kategoriseras, men till de utpräglade vetenskapliga arbetena hör den näppeligen. Därmed inte sagt att den saknar värde, vilket uppenbarligen inte heller läroböcker gör. Lode Wistrands bok skall också ha använts som kurslitteratur i arbetsrätt, Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 18.

⁹⁷ I Norge Paal Bergs Arbeidsrett 1930 och i Danmark Knud Illums Den kollektive arbejdsret 1939. Se till den danska doktrinhistorien Hasselbalch, Nyere udviklingstendenser i dansk arbejdsret s. 72. Se också Hasselbalch, The Roots – The History of Nordic Labour Law s. 13 och Sigeman, Från reception till ideologikritik s. 520 f.

⁹⁸ Åke Larssons studie av hur kommunalanställdas anställningsvillkor regleras kan utgöra ett exempel på en studie som är svår att kategorisera. Axel Adlercreutz omnämner den i

tillkomsthistoria och Geijer, i den av honom och Schmidt utgivna *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte* 1959. Genom att bara räkna doktorsavhandlingar håller man sig strikt på den akademiska arenan. Att beskrivningen får en viss slagsida mot just det akademiska är konsekvent med att rättsområden främst är akademiska angelägenheter, därmed inte sagt att inte andra verksamheter kan ha betydelse för rättsområdets utveckling, till exempel Arthur Lindhagens verksamhet som Arbetsdomstolens ordförande.⁹⁹

Senast med att Folke Schmidt tillträdde riksprofessuren i civilrätt, särskilt arbetsrätt 1966 är arbetsrätten erkänd akademiskt.¹⁰⁰ Man bygger i huvudsak på det arbete som påbörjats. Marken för arbetsrätten är bruten, därifrån kan fältet fördjupas och breddas.¹⁰¹ Kontinuiteten i frågorna och de gemensamma utgångspunkterna befäster rättsområdet samtidigt som det utvecklas. Enhetligheten främjas naturligtvis också av att flera av de främsta företrädarna för ämnet varit aktiva under en stor del av ämnets

ett arbetsrättsligt sammanhang (Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 24 f., men mest som en kuriositet i fråga om Svante Bergströms disputation). Själv tycks Larsson snarare (om han alls gjorde sig problemet) ha betraktat sin studie som offentligrättslig. Handledaren (Halvar Sundberg) tillhörde den offentliga rätten, och arbetsrättslig litteratur är så gott som helt frånvarande i källförteckningen. Studien kan också tjäna som exempel på att gränsen mellan den offentliga rätten och civilrätten har flyttats (jfr 2.2.2).

⁹⁹ Just Arthur Lindhagens inflytande på Arbetsdomstolens verksamhet (konkret i fråga om metoden för tolkning kollektivavtal) markeras av Folke Schmidt, Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet. s. 491 och av Gunnar Dahlman (ordförande i Arbetsdomstolen 1949–1963), Dahlman, Något om Arbetsdomstolens betydelse för arbetsrättens utveckling, s. 2. Se också Adlercreutz, Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet s. 376, Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 210 och Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 18.

¹⁰⁰ Se Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 23. Enligt Adlercreutz var anledningen till att professuren benämndes just ”civilrätt, särskilt arbetsrätt” att Folke Schmidt inte ville känna sig bunden till att enbart syssla med arbetsrätt. Se också Adlercreutz, Minnesord över Folke Schmidt s. 97.

¹⁰¹ Två exempel som rör sig på gränsen till processrätten är Sten Edlunds avhandling *Twisteförhandlingar på arbetsmarknaden* och Reinhold Fahlbecks dito *Om arbetsprocessrätt*. Se Fahlbeck, a.a. s. 5 som områdesmässigt kopplar ihop sin studie med Sten Edlunds genom en hänvisning till Edlund. Edlund betraktar sin studie som kombinerat civil- och processrättslig (Edlund a.a. s. 34), Fahlbeck sin som kombinerat process- och civilrättslig. Jfr Tore Sigemans avhandling *Lönefordran*, som syftar till att utreda den arbetsrättsliga frågan om skyddande eller säkerställande av lönefordran, varför avstamp tas i att frågan avviker från allmänna regler om fordringar, Sigeman, *Lönefordran* s. XV ff. Också Sigemans avhandling breddar dock arbetsrätten genom att använda en delvis ny vetenskaplig metod med ett bredare material, se Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 29.

existens.¹⁰² Arbetsrätten har uppnått ett normalvetenskapligt stadium, ett stadium som yttrar sig i att forskningsproblemen väljs inomvetenskapligt, varpå rättsläget klarläggs med vedertagna metoder.¹⁰³ Det innebär också att arbetsrätt inte längre behöver definieras på något särskilt sätt – vi känner igen den när vi ser den, och vilka ”vi” är står ganska klart.

2.2.4 Det ideologiska skiftet

Industrisamhällets genombrott är ett tekniskt skifte, men det är också ett ideologiskt skifte.¹⁰⁴ Bilden måste i detta sammanhang bli komprimerad och schematisk. Den utgår från två politiska ideologier, som polariseras här; *liberalism* kontra *socialism*.¹⁰⁵ De båda ideologiernas genombrott är

¹⁰² Tore Sigeman disputerade 1967 och är alltjämt en av de ledande företrädarna för arbetsrätten i Sverige, till och med *den* ledande enligt en ranking i Lag & Avtal nr 4 2008, s. 20–23.

¹⁰³ Se Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* s. 23 ff. Nils Elvander konstaterar, i en diskussion om *Industrial Relations*, att det i Sverige ”sedan länge [har] bedrivits en kvalificerad ehuru ej kvantitativt omfattande arbetsrättslig forskning”, men beklagar samtidigt att ”denna forskning i alltför hög grad [har] levt sitt eget liv utan särskilt mycket samverkan med den samhällsvetenskapliga forskningen kring anställningsrelationen.” Elvander, *Industrial Relations: Internationellt, svenskt*, allmänt s. 146 f.

¹⁰⁴ Det kan nog vara känsligt att tala om *ideologi* och ideologiska dimensioner i arbetsrättsliga studier (se till exempel Folke Schmidts försiktiga anslag i *Från socialism till löntagarmakt* s. 513 ff.). Vad det beror på är egentligen en fråga för ett annat arbete, men det kan mycket väl tänkas att det har med den rådande vetenskapssynen att göra. Vetenskapen skall vara *objektiv*, och för att vara objektiv måste man vara *neutral*. Det är svårt att förena med att vetenskaparen själv har en egen politisk uppfattning – bilden av vetenskapsmannen som en objektiv, utomstående betraktare, vars argument endast bedöms efter tyngden i de sakskäl som åberopas, riskerar att krackelera. Istället för att ta itu med den självbilden låter den moderna rättsvetenskapen frågan vara (jfr Jan-Olof Sundells rätthistoriska studie, som utförligt behandlar Undéns politiska bakgrund, Sundell, *Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914* s. 271 ff. Han konstaterar också att Undéns främsta rättsvetenskapliga influenser, Philip Lotmar och Hugo Sinzheimer, båda varit aktiva socialdemokrater, Sundell, a.a. s. 281). Jan Hellner markerar skillnaden mellan (den materiellrättsligt orienterade) rättsvetenskapen och rättsteorin och hänför skillnaden delvis till att många rättsteoretiker är särskilt intresserade av förhållandet mellan rätt och moral, se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen* s. 18.

¹⁰⁵ En terminologisk anmärkning: Här talas om *ideologi* i meningen politisk idériktning. I andra sammanhang kan termen ideologi användas som beteckning på andra idériktningar eller värdegemenskaper än politiska, då ofta med ett prefix för att bestämma vilken fråga som är för ögonen (kunskapsideologisk, till exempel). Själva termen ”ideologi” förklaras inte så ofta i arbetsrättslig litteratur, och när den gör det kan den ha vitt skilda innebörder. Lennart Geijer använder synonymen ”idélära”, Geijer, *Arbetsrättens språk* s. 163, jfr Anna Christensens användning av termen i ett arbete som är avsett att vara ”ideologikritiskt”: ”Ideologi betyder här en vilseledande föreställning om verkligheten”, Christensen, *Avstängning från arbetslöshetsersättning* s. 18. Niklas Bruun diskuterar

en del av den samhällsordning som för arbetsrättens vidkommande markerar industrisamhällets födelse,¹⁰⁶ och som då, i den arbetsrättsliga diskursen har blivit en abstrakt tidpunkt.¹⁰⁷ Varför skiftet ägde rum, dess drivkrafter, ideologiernas egen historia och så vidare är frågor för andra discipliner.¹⁰⁸ Ändå är det ideologiskt, i princip, kampen mellan liberalismen och socialismen som bildar den ideologiska grundkonflikten.¹⁰⁹

utförligt användningen av ideologibegreppet, se Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 30 ff.

Också benämningarna på de politiska ideologierna används på en hög abstraktionsnivå, och de är därför grovyxade, kanske förenklade på gränsen till det tillåtna. Folke Schmidt finner för gott att deklarerar att han "äsyftar socialismen i dess mest äkta mening, socialism som sammanhållning mellan individer och grupper i syfte att nå jämlikhet", Schmidt, Från socialism till löntagarmakt s. 514. Om det är den mest "äkta" meningen kanske kan diskuteras, men definitionen kan nog godtas också i föreliggande arbete. Ville man istället för den politiska sidan fokusera på den filosofiska sidan av samma term kunde man istället till exempel tala om "kapitalism" kontra "marxism". Termerna, såsom de används här, är dock i sig menade att vara neutralt beskrivande.

¹⁰⁶ Se till exempel uttryckligt Månson, Marxism s. 142 f.

¹⁰⁷ Se nedan 4.4.

¹⁰⁸ Se 4.5 särskilt vid n. 422. Rättsvetenskapen kan överhuvudtaget vilja behålla en viss distans till de andra vetenskaper och discipliner vars kunskaper den inhämtar: "Förhållandena är långt mera komplicerade än vad Marx föreställde sig." Schmidt, Från socialism till löntagarmakt s. 515. Man kan tycka att uttalandet är ganska anmärkningsvärt men i det visar sig nog att gränsen till andra områden markeras just av att beskrivningarna blir svepande och att samma precision inte behöver vidlåda uttalandena (se 2.3.3.1).

¹⁰⁹ En uttrycklig beskrivning ges av Numhauser-Henning, Den neoliberala arbetsrätten s. 16. Den föreliggande studien begränsar sig till kollektivavtalsrätten, men liberalismen och marxismen, också i alla de variationer och kombinationer de uppträder i pekats av Günther Teubner ut som de grundläggande ideologierna bakom den moderna rätten, Teubner, After Privatization? s. 56. Också Folke Schmidt konstaterar att "[i]ngen politisk tänkare torde ha utövat ett sådant inflytande på samhällsutvecklingen i vårt land som Karl Marx." Schmidt, Från socialism till löntagarmakt, SvJT 1976 s. 513. Se också Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914 s. 280 f. som antyder kollektivavtalets (och framförallt Östen Undéns) position mellan det liberala samhället och de socialdemokratiska idéerna. Särskilt uttrycklig i fråga om uppdelningen mellan den liberala och den socialistiska ideologin är Jacob W. F. Sundberg, som i sin beskrivning svenska rätten och dess rättskällevärdens utveckling skiljer "den liberala rättskällevärdens" och "den socialistiska rättskällevärdens" åt. Se Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf s. 37 f., och s. 177 ff. respektive s. 189.

Se också Hepple & Veneziani (red.), The Transformation of Labour Law in Europe s. 26 f. som i inledningen till en studie av 15 europeiska länder förlägger konflikten mellan anhängare till "liberal capitalist democracy" och anhängare till "one or another form of democratic socialism or social democracy" främst till tiden efter 1945. Tidigare skall det däremot ha varit svårare att peka ut två varandra motstående poler. Sverige skiljer dock ut sig här, i det att det politiska landskapet internationell jämförelse varit osedvanligt stabilt alltsedan socialdemokratins etablerande i början på 1900-talet, se till exempel Oscarsson, Det svenska parti- och valsystemet s. 65 ff. och Möller, Svensk politisk historia

I den konflikten ryms den i arbetsrätten grundläggande motsättningen mellan arbetsgivare och arbetstagare, som dock också formar kollektivavtalsrätten genom samarbete och samförstånd.¹¹⁰ Särskilt markerad är i den arbetsrättsliga historieskrivningen är samförståndet i perioden mellan Saltsjöbadsavtalet 1938 och lagstiftningen på 1970-talet (se ovan 2.2.1),¹¹¹ men även i tider av motsättningar finns ett samförstånd i konflikten – om inte annat är de båda sidorna överens om vem motståndaren är.

Det innebär också att den enhet liberalismen och socialismen bildar som industrisamhällets ideologi(er) avgränsas mot något annat. Den lättaste, mest uppenbara, jämförelsen är historisk. Då kan jämförelsen ske med de politiska idéer som låg till grund för ett annat samhälle (merkantilism, despotism, ståndssamhälle och så vidare).¹¹² Det är inom dessa ramar, mellan dessa intressen som arbetsmarknadsparterna, Arbetsdomstolen och övriga som formar rättsområdet har att agera. Dessa förutsättningar formar kollektivavtalet och rättsutvecklingen.

Med historiens distans till hjälp är det tydligt att det förindustriella samhället är ett *annat* än det samhälle det ersatt av. Avtalet ersätter den gamla statusregleringen, också som legitimerande faktor för den rådande ordningen. Marknadsekonomi har ersatt merkantilismen. Frivillighet har ersatt tvång. Förhandlingar har ersatt arbetsgivarens godtycke. En grundlagsfäst rätt för arbetstagare att sluta sig samman i fackföreningar och en i grundlagen behandlad rätt till kollektiva stridsåtgärder har ersatt kriminalisering av detsamma. Fackföreningar har ersatt skräväsande. En representativ demokrati har ersatt ständsriksdagen. Genom den reformen får, så småningom, den med den nya tiden framväxande arbetarklassen en plats i politiken.

Diskursen betonar skiftet på bekostnad av kontinuiteten, men ändå att industrisamhällets genombrott är ett skifte från något till något lever det

s. 298 ff. Se också, med fokus på den finska utvecklingen Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 63 ff. och s. 82 ff.

¹¹⁰ Statsvetaren Tommy Möller betonar samförståndet i den grundläggande konflikten mellan liberaler och socialdemokrater i svensk politisk 1900-talshistoria, Möller, Svensk politisk historia s. 119 f. och 297 ff. Se också Nycander, Socialdemokratin och historiens list, särskilt s. 332 f. och s. 336 ff.

¹¹¹ Perioden 1938–1970 har betecknats som ”en period av ett rättssystem i harmoni”, Schmidt, Från socialism till löntagarmakt s. 517 och Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen s. 884 n. 28.

¹¹² Enligt statsvetaren Henrik Oscarsson kan de rumsliga metaforerna *vänster* och *höger* för att beskriva den politiska orienteringen (och som vi har för vana att tänka i) spåras tillbaka till den franska revolutionen 1789 – det vill säga ett av de mer våldsamma men samtidigt tydliga uttrycken för det nya moderna samhällets genombrott, se Oscarsson, Det svenska parti- och valsystemet s. 67.

gamla kvar i det nya. Det gamla ståndssamhället kan inte längre bestå.¹¹³ Det klassamhälle som växer fram påminner möjligen om ståndssamhället på så sätt att det är ett skiktat, hierarkiskt ordnat, samhälle. Indelningsprinciperna är dock andra. Kanske är det rentav en förutsättning för arbetarklassens sammanslutning att den inte har någon plats i det gamla ståndssamhället. "Arbetaren", i vart fall med förledet "industri-" kan inte kategoriseras enligt det gamla ståndssamhällets principer. Det finns således ingen gemenskap som konkurrerar. Det låter sig vidare tänkas att industriarbetarna genom att utgöra en ny kategori utan motsvarighet i den tidigare samhällsstrukturen gavs utrymme att definieras som grupp. Inga konkurrerande grupptillhörigheter, i vart fall inga starka nog för att verka splittrande på enigheten kring den nyvunna arbetaridentiteten, störde processen. Man kan dock, som tidigare påpekats, i det nya se traditionen från det gamla skråsamhället i de yrkeskategorier som de fackliga sammanslutningarna omedelbart indelas i.

Den arbetsrättsliga historien börjar med ett ideologiskt skifte, men arbetsrätten kommer också genom hela sin historia manövrera mellan de båda grundläggande politiska ideologierna. Särskilt uppenbar blir kanske den ideologiska dimensionen när lagstiftaren agerar.¹¹⁴ Lagstiftaren har en särskild roll i den kollektivavtalsrättsliga historien. Dennes roll har varit att hålla sig opartisk visavi arbetsmarknadens parter. Att politiska organ och partier alltid haft politiska intressen gemensamma med såväl arbetsgivarsidan som arbetstagarorganisationer är i detta sammanhang en annan sak. Ideologiskt är staten, som institution betraktad, opartisk. Om partsställningen med arbetsgivaren mot arbetstagar-kollektivet stadfästes genom Decemberkompromissen stadfästes lagstiftarens roll genom

¹¹³ Betydelsen av ståndssamhällets upphörande uppmärksammas av Eklund, Rätten i klasskampen s. 213.

¹¹⁴ Att lagstiftaren agerar utifrån en ideologisk utgångspunkt är naturligt i och för sig, och att agerandet är drivet av en vilja att förändra är följdenligt. Rolf Nygren klär lagstiftarens attityd i metaforer: "[D]en sociala ingenjörskonsten drevs till ytterlighet. [...] Man rev ju för att få luft och ljus! Lika liter som de kommunala välfärdsbyggarna hade något till övers för sina gamla förfallna och osunda stadskärnor, då de byggde betongkuber åt Domus och Tempo mitt i rödmålad 1700-talsbebyggelse, hade de nya lagstiftarna något till övers för traditionella rättsvärden, som ju bara var uttryck för det klassamhälle man just satt sig före att avskaffa i hela dess vidd." Nygren, Rättshistoria och samhällsförändring s. 76. Citatet kan samtidigt tjäna som en illustration på att man för att förstå kritiken måste dela vissa referensramar med dess upphovsman (jfr n. 411). Se också, för referenser till ingenjörsliknelsen, Lena Gonäs som i en diskussion om *Industrial Relations* konstaterar att "Den sociala ingenjörskonsten har satt sina spår även i den svenska forskningstraditionen." Gonäs, *Industrial Relations* på svenska s. 162 och Sandgren, *Rättsvetenskap och samhällsnytta* s. 2. Sandgren hänvisar till "en nordiskt tänkande 'social ingenjör', och placerar denne i antingen ett liberalt eller marxistiskt inriktat tänkande (jfr vidare strax nedan 2.2.5).

arbetsfredslagstiftningen 1928, genom vilken Arbetsdomstolen inrättades och kollektivavtalet fick sin rättsliga status.¹¹⁵ Den lagstiftningsideologiska utgångspunkten är sedan under en lång följd av år att arbetsmarknadens parter själva skall reglera sina mellanhavanden. Genom den genomgripande lagstiftningen på 1970-talet (främst lag om anställningsskydd 1974 och medbestämmandelag 1976) bröts lagstiftarens relativa passivitet genom att lagstiftningen ingrep i den ena partens privilegier, nämligen arbetsgivarens rätt att fritt avskeda arbetstagare, (genom införandet av lag om anställningsskydd, LAS) och i rätten att fritt leda och fördela arbetet (genom införandet av MBL).¹¹⁶

2.2.5 Arbetets varublivande

Den arbetsrättsliga historieskrivningen utgår från rotmetaforen *arbetsmarknaden*. Arbetsmarknaden är den marknad på vilken arbete köps och säljs.¹¹⁷ Fackföreningarna kontrollerar tillgången på arbetskraft och därmed priset på denna. Kollektivavtalet är medlet genom vilket det framförhandlade priset får status av regel på arbetsmarknaden.¹¹⁸ Just här utmanar en annan, likaledes arbetsrättslig, argumentations slinga, och det

¹¹⁵ Vad som skulle kunna betraktas som en förlaga till arbetsfredslagstiftningen, en lag om medling i arbetstvister stiftas samma år som Decemberkompromissen, 1906, men den är föga uppmärksammas (vilket också gäller dess efterföljare 1920). Se Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 17.

¹¹⁶ Man kan fortfarande diskutera till vems fördel lagstiftningen egentligen var, se till exempel, i anslutning till de strandade förhandlingarna om ett nytt huvudavtal 2009, Nycander, Las var en förgiftad gåva till löntagarna, Lag & Avtal nr 4 2009 s. 34 f. och repliken från Hamskär och Gustafsson, Anställningsskyddet var inte bättre förr, Lag & Avtal nr 5 2009 s. 34. Nycanders utgångspunkt är ideologisk (vilket också självfallet gäller hans motståndare i debatten), se till exempel uttryckligt Nycander, Rättvisbegreppet i juridisk och politisk debatt s. 272: ”Arbetsrätten är inte neutral. Den bygger på antagandet att både den enskilde löntagaren och den fackliga organisationen normalt är den svagare parten och därför berättigade till lagens stöd. Men detta är inte den enda motiveringen. Till lagen står på fackets sida har sin grund i en politisk ideologi som i förväg tar parti för de arbetande mot kapitalet. Arbetsrätten är mycket mer än en social skyddslagstiftning.”

¹¹⁷ Richard Hyman pekar på bruket att benämna arbetstagarorganisationer och arbetsstagarorganisationer ”*labour market parties*” som en särskilt nordisk vana, ägnad att belysa synen på arbetsmarknadsparterna som just sådana – det vill säga aktörer på en ekonomisk marknad vars främsta syfte är att genom kollektivavtal förhandla fram arbetsvillkor, Hyman, Understanding European Trade Unionism s. 1. Jfr Fahlbeck, Arbete kontra kapital. En omvänd tankeövning s. 88 och Fahlbeck, Work versus capital – An exercise in inverted thinking s. 199 och s. 204.

¹¹⁸ Genom att vara det medel genom vilket löner och anställningsvillkor regleras får kollektivavtalet en funktion av *industrial code*, Schmidt och Neal, International Encyclopedia of Comparative Law s. 9.

är marknadsmetaforen som stör.¹¹⁹ Den medför nämligen att arbetskraften kan betraktas som något som kan säljas och köpas, det vill säga en handelsvara.¹²⁰ Och den bilden kan man inte utan vidare förlika sig med. Den räddas visserligen till dels av att den rättsakt genom vilken prestationen överläts är ett *frivilligt* avtal.¹²¹ Överhuvudtaget är ett *avtal* i denna mening per definition (rättsligt, *de jure*) frivilligt.¹²² En helt annan sak är förstås att just den person som ingår anställningsavtalet och därmed blir arbetstagare i en annan mening på grund av sociala realiteter är tvungen att arbeta för att, i princip, kunna överleva och att de faktiska möjligheterna att välja ett annat anställningsavtal kan vara begränsade till nära nog noll. Rättsligt sett är jämförelseobjektet dock den rättsordning som föregick liberalismens genombrott, med legostadgor och tjänstetvång för den egendomslösa befolkningen.¹²³

Det som stör har att göra med vad vi kan tänka oss att låta vara möjligt att köpa och sälja. Att tala om att köpa och sälja arbete ger, kanske man kan säga, en dålig smak i munnen även om det är den egna arbetskraften

¹¹⁹ Man kan bråka om terminologin. *Arbetstagare* och *arbetsgivare* kan till exempel bytas ut mot *arbets säljare* och *arbetsköpare*, vilket markerar marknadsmetaforen. Se till exempel Christensen, Avstängning från arbetslöshetsersättning s. 24; Geijer, Arbetsrättens språk s. 143 f.; Fahlbeck, Arbete kontra kapital. En omvänd tankeövning, s. 81; Fahlbeck, Ett revolutionerat arbetsliv s. 1016 f.

¹²⁰ Arbetets varublivande kan betraktas som en avgörande följd av industrialismens genombrott, se Kaufman, The global evolution of industrial relations s. 16.

¹²¹ Genombrottet för det frivilliga avtalet och den autonoma människan markerar ett skifte i Europeiskt rättstänkande, se till exempel Kumlien, Continuity and Contract, se särskilt, för nedslag, s. 75, s. 88, s. 110, s. 331 och s. 333. Se också Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen, särskilt s. 876 där han betecknar decennierna efter 1850-talet som ”en *liberal epok* inom arbetsrätten.”

¹²² Det hänger samman med vad som är civilrättsliga domäner, vad som passar ihop med civilrättsligt tänkande. För att det skall vara fråga om arbetsrätt förutsätts att frivillighet i den mening som avses när civilrätten talar om frivillighet föreligger, det vill säga frivillighet i meningen avsaknad av rättsligt tvång (ställt mot det ”tvång” som kommer av att man ”måste” ha pengar för att överleva). Inte minst därför är ett förslag som det finska förslaget i RP 153/2007 rd ägnat att väcka uppståndelse. Förslaget, som ledde till att en tidsbegränsad lag antogs, innebar att personer med en viss utbildning skulle kunna förordnas att, mot sin vilja, utföra arbetsuppgifter (mot ekonomisk ersättning) under en viss tid. Förslaget var betingat av en facklig aktion i form av hot om massuppsägningar bland sjuksköterskor. Om massuppsägningarna skulle komma att verkställas befarade man från statens sida att vårdtagare skulle komma till skada, till och med att människor skulle komma att dö. Det tvångsarbete som det blir fråga om hör, skulle man kunna säga, inte till den moderna arbetsrättsliga berättelsen. Tvångsarbete är något som hör till en tidigare samhälls era. Alldeles oavsett om man finner den finska regeringens förslag försvarbart eller inte så retas de receptorer som larmar om inte arbetet baseras på ett frivilligt kontrakt.

¹²³ Se Kumlien, Continuity and Contract s. 44 ff.; Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen s. 875 f. Ronnie Eklund kallar i förbigående avtalsfriheten för ”ett barn av liberalismen”, Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse s. 19.

som säljs. "Arbetskraft" skiljer sig i det avseendet från andra prestationer knutna till den egna arbetsinsatsen, det vill säga tjänster. Själva arbetskraftsbegreppet uppstår genom att en viss insats av personligt arbete särskiljs från en annan insats av personligt arbete. Gränsen mellan arbetskraft och tjänster är just densamma som gränsen mellan arbetsrätt och kontraktsrätt. Den arbetsrättsliga diskursen kan låta sig influeras av en rättighetsdiskurs som inte utan vidare låter sig förenas med den strikt kontraktsrättsliga. "Labour is not a Commodity" vill man kanske, lite slagordsmässigt, uttrycka saken.

Det har man ju också gjort genom hela arbetsrättens historia (det *är* en del av arbetsrättens historia). Sentensen, "Labour is not a Commodity", har sin främsta fäste som det första stagandet i den så kallade Philadelphiadeklarationen.¹²⁴ Dit har sentensen hämtats från Versaillesfördraget av 1919.¹²⁵ Dessa stadgandens tillblivelse kan beröras från andra perspektiv än det här intagna, närmast till hands kanske folkrätten ligger.¹²⁶ Man kan notera att det finns en glidning i texten mellan de båda stadgandena. Det som i det äldre Versaillesfördraget uttrycks så att "arbete *inte skall betraktas som en handelsvara*" har i Philadelphiadeklarationen blivit "arbete *är inte en handelsvara*".¹²⁷

Det antyds på sina ställen att *Labour is not a Commodity* varit en grundtanke i tidiga försök till internationella samarbeten i syfte att förbättra arbetsmarknaden och dess reglering.¹²⁸ Sentensen kan spåras till

¹²⁴ Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation I a. Deklarationen ("Philadelphiadeklarationen") antogs den 10 maj 1944 som ett annex till ILO:s konstitution.

The Conference reaffirms the fundamental principles on which the Organization is based and, in particular, that-

(a) labour is not a commodity;

¹²⁵ Versaillesfördraget av 28 Juni 1919, se Part XIII section II Art. 427: Among these methods and principles, the following seem to the High Contracting Parties to be of special and urgent importance:

First. The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce.

¹²⁶ Se Dahlén, *The Negotiable Child* s. 241 f. och Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet* s. 124 ff., Tikriti, *Tripartism and the International Labour Organisation* s. 119.

¹²⁷ Också ordet *merely* [bara, endast] skiljer de båda texterna. Den skillnaden kan tillskrivas det diplomatiska spelet i formulerandet av traktatstext, se O'Higgins, 'Labour is not a Commodity' – an Irish Contribution to International Labour Law s. 229 n. 23. Även enstaka ord kan ha betydelse. Det är uppenbarligen en stor skillnad på en ideologiskt utgångspunkt som fastslår att arbete *inte* är en handelsvara och en som fastslår att arbete *inte bara* är en handelsvara (och som därför också antyder att det *är* en handelsvara).

¹²⁸ Se till exempel Kaufman, *The global evolution of industrial relations* s. 207. Se också a.a. s. 203. Se också paragraf 6 i den amerikanska Clayton Antitrust Act 1914 "the labor

åtminstone 1880 då den enligt O'Higgins skall ha formulerats av en ekonom, John Kells Ingram, under ett föredrag för The British Trades Union Congress meeting i Dublin.¹²⁹ Bakom sentensen skymtar Marx, men inte i sig själv utan på så sätt att den kan uppfattas som ett politiskt ställningstagande i relation till Marx analys av arbetet och kapitalet (låt vara att det blir en spekulatio n i upphovsmannens tankar).¹³⁰ Även om detaljerna tycks gå förlorade i historiens dunkel kan man nog konkludera att de grundläggande principer som antogs i ILO:s stadgar också var de grundläggande principerna i det ideologiska program som fördes fram av det aktuella fältets pionjärer,¹³¹ oavsett om just Ingram eller någon annan är upphovsman till just den nu diskuterade sentensen.¹³²

Tankens ursprung gör den praktiskt taget samtida och genom historien parallell med den liberalism som man tänker sig var det industriella genombrottets politiska ideologi. Det vill säga den som, förenklat, går ut på att marknadskrafterna styr och att priset på arbetskraft lika väl som på varor bestäms av tillgång och efterfrågan. I detta tankespar blir

of a human being is not a commodity or an article of commerce” och Fahlbeck, Arbeta kontra kapital – En omvärd tankeövning s. 88; Fahlbeck, Work versus capital – An exercise in inverted thinking s. 204.

¹²⁹ Se O'Higgins 'Labour is not a Commodity' – an Irish Contribution to International Labour Law s. 225. Se också Hepple & Veneziani (red.), The Transformation of Labour Law in Europe s. 5.

¹³⁰ Marx arbeten skall inte analyseras här, men utan anspråk på fullständighet kan ändå nedslag göras i *Kapitalets* första avdelning första kapitel om förhållandet mellan varan och arbetet och i *De ekonomisk-filosofiska manuskripten*, Första manuskriptet om arbetarens alienerande från arbetet, se (till exempel) Liedman och Linell, Karl Marx, *Texter i urval* s. 271 ff. (Kapitalet) och s. 56 ff. (De ekonomisk-filosofiska manuskripten). Se vidare O'Higgins, 'Labour is not a Commodity' – an Irish Contribution to International Labour Law s. 227 och Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 94 ff.

Anthony Giddens gör uttryckligt poängen att "[a]rbetskraftens varublivande var en särskilt viktig länk mellan kapitalism och industrialism eftersom "abstrakt arbete" omedelbart kan programmeras in i den teknologiska utformningen av produktionen", Giddens, *Modernitetens följder* s. 64. Med andra ord, men samma tanke, i förutsättningarna för den moderna arbetsrättens berättelse finns ett arbetskraftskoncept som utgår från en arbetskraft frikopplad från utföraren – det vill säga arbetskraft som handelsvara. "Labour is not a Commodity" blir, i den mån det accepteras som annat än politik, ett uttryck för arbetsrättens progressiva sida. Se också Sigeman som i anslutning till arbetstagarrens "främlingskap inför arbetet" talar om semesterlagens *rehumaniserande funktion*, Sigeman, *Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp* s. 628.

¹³¹ Vilket det fältet är kan kanske diskuteras. Kanske bör man lämpligen tala om *Industrial Relationsfältet* (se nedan 4.5), eftersom det kan upplevas som mindre anakronistiskt än att tala om det *arbetsrättsliga* fältet (jfr 2.2.1 och 2.2.3).

¹³² Jfr Kaufman, The global evolution of industrial relations s. 207, som inte hänvisar till Ingram eller någon annan namngiven pionjär, och inte heller till det av O'Higgins omnämnda föredraget för The British Trades Union Congress meeting i Dublin.

fackföreningen att betrakta som en utbudskartell i fråga om arbetskraften.¹³³ Kollektivavtalet får i förlängningen av denna tanke en funktion att kontrollera utbudet.¹³⁴ Vidare, mot bakgrund av en sådan ideologi blir varje regel, varje ingrepp på sitt sätt en anomali.¹³⁵ Kanske måste vi leva med vissa sådana ingrepp, men det är ändå något oönskat. Tanken gör det också lättare att acceptera reglering genom kollektivavtal än genom lagstiftning, eftersom självregleringen kan ses som ett utflöde av de fria marknadskrafterna, medan statlig inblandning måste ses som en (i grunden oönskad) intervention.¹³⁶

Frågan som anhängiggjorts i det föreliggande avsnittet gäller inte om vilken politisk ideologi som *verkligen* har varit den rådande, ännu mindre vilken som *skall* råda. Här gäller frågan arbetsrättens verklighetsuppfattning. Det låter sig nämligen, såvitt jag kan se utan vidare, sägas att sentensen, eller bestämmelsen, "Labour is not a Commodity" är en politisk ståndpunkt.¹³⁷ Det är en beskrivning av vad man vill skall vara, inte nödvändigtvis av vad som *är*. För det internationella samarbetet som genomförs i ILO:s regi har de fördragsslutande parterna kommit överens om att det är så man skall se på verkligheten. Den andra utgångspunkten däremot, liberalismen, har en annan karaktär. Den antas, tvärtemot socialismen, underförstått beskriva sakernas tillstånd så som de verkligen är. Marknaden bestämmer priset genom tillgång och efterfrågan, genom en närmast naturlig lagbundenhet.¹³⁸ Kollektivavtalet är ett *avtal* och

¹³³ Se till exempel Källström, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten s. 1153: "Fackliga organisationer är i realiteten en kartell där arbetstagarna kommit överens om att inte erbjuda sig att arbeta på lägre villkor än de som anges i kollektivavtalen." Se också Glavå, Arbetsrätt s. 138.

¹³⁴ Schmidt och Neal, International Encyclopedia of Comparative Law s. 9 och s. 11.

¹³⁵ På den "neo-liberala" arbetsmarknaden kan man göra den observationen att ambivalensen mellan att arbetskraften skall anses vara en handelsvara eller inte sätts på sin spets genom att såväl "status"-elementen som "kontrakt"-elementen betonas. Se Hyman, National Industrial Relations Systems and Transnational Challenges: An Essay in Review s. 107 (med hänvisningar).

¹³⁶ Utgångspunkten framgår ofta underförstått. Se till exempel Sigeman som i sin diskussion av arbetstagarbegreppet med utgångspunkt i semesterlagen finner förgott att legitimera semesterlagens existens med särskilda skyddshänsyn, Sigeman, Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp s. 628 f.

¹³⁷ Se till exempel Kaufman, The global evolution of industrial relations s. 128: "I express each of these [certain core ethical and ideological premises, [bakom födelsen av *Industrial Relations* i Nordamerika] däribland 'labour should not be treated like a commodity'] in the form of a "should" reflecting the normative position being taken." Se också a.a. s. 374, s. 590 f. och s. 630.

¹³⁸ Frågan hänger ihop med internationaliseringstendensen (se 3.2) i form av vad som kan kallas den "kapitalistiska världsekonomin". Den har, kan man hävda, alltid inneburit att arbetskraften varit en vara. Se Giddens, Modernitetens följder s. 72. Giddens analys

som vi förstår avtalet härleder det sin identitet (och sin legitimitet) från liberalismen.¹³⁹ I det paradigmet kommer partsautonomin legitimeras av att arbetsmarknadsparternas fria vilja förverkligas.¹⁴⁰

Arbetsrätten uppstår och verkar i ett spänningsfält mellan två ideologier, liberalismen och socialismen. Ideologierna står emot varandra, varför arbetsrätten bygger på och har att hantera en kompromiss, en mellanväg.¹⁴¹ Man talar ju gärna om gyllene medelvägar, men att utgöra en medelväg är också besvärligt, eftersom arbetsrätten inte kommer att tillhöra endera av det den manövrerar mellan (och består av). För att lösa den motsättning som uppstår måste arbetsrätten skapa sig en egen diskurs. Den diskursen är historiskt betingad av den ideologiska strid som format den. Det är inte blott ett historiskt konstaterande, lagstiftning och regelverk formas ständigt i kamp mellan motstående ideologier. Här blir också rotmetaforen – *arbetsmarknaden* – viktig. I en kamp mellan de båda ideologiska utgångspunkterna ger den onekligen liberalismen en viss medvind.

2.3 Den rättssystematiska dimensionen

2.3.1 Mellan avtal och lag

Ovan (2.2.2) behandlades den grundläggande distinktionen mellan civilrätt och offentlig rätt. Behandlingen tog sin utgångspunkt i att kollektivavtalet ofta liknas vid lag (se n. 69). Liknelsen tar fasta på att kollektivavtalet ger generellt tillämpliga normer genom vilka arbetsmarknaden

ansluter till en klassmotsättning och arbetarnas uteslutning från kontroll över produktionsmedlen. Jfr också 2.2.4.

¹³⁹ Inte heller den ideologiska utgångspunkten är oföränderlig, och kollektivavtalsrätten är inte ensam om att vara utsatt för ett förändringstryck. Bland annat av att "[a]vtalsfriheten, förut den obestridda utgångspunkten för hela avtalsläran, har fått en nedtonad betydelse" (Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 28) drar Kurt Grönfors slutsatsen att avtalsläran måste förändras (se särskilt Grönfors a.a. s. 124 ff.). Vidare "[var för ett hundra år sedan] viljeförklaringen det självklara instrumentet för den avtalsfrihet, som utgjorde grunden för hela kontraktsrätten. Ett harmoniskt viloläge rådde i hela systemet", Grönfors, a.a. s. 123.

¹⁴⁰ Se till exempel Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* s. 68 f. Se också till exempel Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 113 (under en beskrivning av Jürgen Habermas rationalitetskoncept). Jfr Viljanen, *De grundläggande friheternas och rättigheternas betydelse inom olika rättsområden* s. 171 f. med en kort beskrivning av Juha Karhus (Pöyhönen) förslag till en "ny förmögenhetsrätt", med delvis andra sätt att legitimera förmögenhetsrättsliga lösningar.

¹⁴¹ Se till exempel Kaufman, *The global evolution of industrial relations, verket i sin helhet*, men särskilt s. 585.

regleras och den fångar upp ett visst särdrag hos kollektivavtalet. Medan typavtalet är utpräglat individualiserat till två parter och en avtalsituation är situationen för kollektivavtalet radikalt annorlunda.¹⁴² För rättsvetenskapens del öppnar den också mot perspektiv som inte varit tillgängliga från en rent civilrättslig utgångspunkt, till exempel konstitutionella perspektiv.¹⁴³ Utvecklingen har överhuvudtaget gått därhän att herrarna över kollektivavtalen, det vill säga arbetsmarknadens parter, nått en sådan ställning att de, när det gäller regleringen av arbetsmarknaden, kan anses ersätta de formella statsmakterna.¹⁴⁴ Mot den bakgrunden kan kollektivavtalet analyseras utifrån ett tänkt val mellan (privaträttslig) självreglering och (offentligrättslig) lagstiftning.¹⁴⁵

Det är belysande att liknelsen i den arbetsrättsliga litteraturen antingen tas till utgångspunkt för en analys, eller att den i mer beskrivande framställningar återfinns som en inledande kommentar. När den är gjord återkommer man till att kollektivavtalet är just ett avtal.¹⁴⁶ Arbetsrätten tillhör alltså det civilrättsliga området. Men liknelsen har gjort en viss verkan. Den har rubbat de annars skarpa distinktionerna och gjort bilden en smula osäker. Den har öppnat för tillägget att arbetsrätten i *huvudsak* tillhör det civilrättsliga området. Inom arbetsrättens domäner kan då också rymmas offentligrättslig reglering eller reglering med starka offentligrättsliga inslag, såsom diskrimineringslagstiftningen och arbetsmiljölagerlagstiftningen. Dessutom måste arbetsrätten handskas med en mängd

¹⁴² "Typavtalet" används som en jämförelse. Det behöver inte vara närmare definierat till ett visst avtal för att fungera som jämförelse, snarare tvärtom. För en komparativ (det vill säga jämförande) studie "behövs ett abstrakt men entydigt begrepp, en idealkonstruktion snarare än en konkret företeelse eller ett konkret dokument", Ryberg-Welander, Arbetsrättsregleringens utveckling s. 52. Det avtal som är mest närliggande att tänka sig, om man ändå skulle vilja det, är det enklast tänkbara köpeavtalet (momentant och prestationerna utväxlas *zug um zug*), se Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II 2 häftet s. 49. Se också de introducerande redogörelserna för olika avtalstyper i Agell och Malmström, Civilrätt s. 125, Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 49. Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 36 (och s. 37 f.). Folke Schmidt tillskriver avtalslagens författare "en socialmodell, nämligen köp där köpare och säljare är köpmän och befinner sig på olika orter." Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s. 5.

¹⁴³ Se för ett exempel Maier, EU, Arbetsrätten och normgivningsmakten, särskilt s. 43 ff., jfr Strömberg, Normgivningsmakten s. 36 f. Jfr också Sebart, Redundancy and the Swedish Model, särskilt s. 29 f.

¹⁴⁴ Se Edlund, Bör den arbetsrättsliga lagstiftningen samordnas mera? s. 40.

¹⁴⁵ Se exempelvis Numhauser-Henning, Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten?, Fahlbeck, A Crossroad Between Public Law and Private Law, särskilt s. 287 ff.

¹⁴⁶ Den retoriska utgångspunkten som jämförelsen utgör är en jämförelsevis sentida teknik. I förarbetena till 1928 års lagstiftning motiveras uppdelningen mellan en lag om kollektivavtal och en lag om Arbetsdomstolen med att ämnet består av två delar; en civilrättslig och en processrättslig, prop. 1928 nr 39 s. 51.

europarättsliga frågor vars tillhörighet kan vara oklar. Genom att inte vara enkom civilrätt kan arbetsrätten i någon mån vara immun mot att främmande rättsfigurer ställer till systematiska problem.

Arbetsrätten har löst en del problem med att omfatta frågor av såväl offentligrättslig som civilrättslig karaktär just genom att bli arbetsrätt, ett eget område. Det mest uppenbara kanske är att arbetsrätten håller sig med en specialdomstol för de centralt arbetsrättsliga frågorna. Advokatbyråer och liknande marknadsför sig med att praktisera "arbetsrätt", inte "individuell arbetsrätt", "kollektiv arbetsrätt" eller något annat. Arbetsrätten är den nivå på vilken en egen expertkultur finns.¹⁴⁷ Det yttrar sig i att en jurist inte är "civilrättare" utan att ha ett (eller flera) expertområde(n). Inte heller är man kollektivavtalsrättare, individualarbetsrättare eller något annat. Det finns förvisso inget som hindrar att man är expert på ett hur litet (eller stort) område som helst, men identiteten är ändå just arbetsrättarens. Det är också på den nivån rättsvetenskapliga arbeten börjar.¹⁴⁸ Arbetsrättsliga läroböcker är utformade efter samma mönster.¹⁴⁹ De omfattar arbetsrätten samtidigt som arbetsrätten inte omfattas av allmänt civilrättsliga läroböcker.¹⁵⁰ De arbetsrättsliga läroböcker som omfattar en del av arbetsrätten är delar av en helhet – arbetsrätten.¹⁵¹

¹⁴⁷ Se vidare Thomas Kuhn, som i en Postscript till *The structure of scientific revolutions* till förklarande av sin användning av "paradigm" introducerar figuren "*Scientific communities*". Dessa består, i Kuhns tappning, av utövare av en viss vetenskaplig specialitet, ett visst område. Sådana *Scientific communities* finns på olika nivåer, men det är alltid fråga om någon form av expertisstatus. Kuhn, *The structure of scientific revolution* s. 177 ff. och s. 182. Se också Tuori, *Critical legal positivism* s. 43 (under en beskrivning av Max Webers rationalitetskoncept, se därvid också Agell, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen* s. 252 f.): "The formation of a *juridical expert culture* can be considered both a condition and a consequence of the formal rationalisation of modern law". Se också Ställvik, *Domarrollen*, särskilt s. 40 ff. som utifrån främst Kaarlo Tuoris ovan åberopade verk och Pierre Bourdieus tankar diskuterar den juridiska expertkulturen.

¹⁴⁸ Se för exempel från sentida avhandlingar Maier, *EU arbetsrätten och normgivningsmakten* särskilt s. 41 (ff.), Inghammar, *Funktionshindrad – med rätt till arbete* särskilt s. 26, Rönmar, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet* särskilt s. 44 (f).

¹⁴⁹ Adlercreutz och Mulder, *Svensk arbetsrätt*. Glavå, *Arbetsrätt*, Sigeman, *Arbetsrätten*.

¹⁵⁰ Särskilt belysande är kanske att en arbetsrättare (Tore Sigeman) ombesörjer det arbetsrättsliga avsnittet i Anders Agells och Åke Malmströms sammanhållande lärobok *Civilrätt*. Civilrätt har sedan länge givits ut under medverkan av Tore Sigeman. I förordet till 20 uppl. omnämns ytterligare några experter.

¹⁵¹ Schmidt m.fl. *Facklig arbetsrätt*, Schmidt m.fl. *Löntagar rätt*, Källström och Malmberg, *Anställningsförhållandet*.

2.3.2 Om arbetsrättens källor

Ur olika kollektivavtal hämtas normer för att reglera löner, arbetstider och snart sagt varje annan aspekt av en överväldigande majoritet av de anställningsförhållanden som finns i Sverige. Därtill regleras de rättsliga förhållandena mellan arbetsmarknadens parter av kollektivavtal. Sätillvida kan kollektivavtalet betraktas som en av, eller rentav den viktigaste, rättskällan på arbetsmarknaden. Betraktat som ett empiriskt grundat påstående är det nog korrekt, men det riskerar att möta invändningar på teoretisk grund. Det kan till att börja med synas fordra en begreppslig klarhet i fråga om vad som skall förstås med ”rättskälla”, en diskussion som i stora drag kan bortses från i detta sammanhang.¹⁵²

Att begreppet rättskälla är oklart hindrar inte att rättskällorna, med större eller mindre anspråk på precision, brukar ordnas i hierarkiska system.¹⁵³ De hierarkiska systemen brukar i sin tur talas om som en *rättskällelära*, som närmast i konsekvens med rättskällebegreppets oklara natur inte heller är klar.¹⁵⁴ Till frågan om avtalet i allmänhet och kollektivavtalet i synnerhet har en plats i en rättskällelära kan göras några nedslag vilka, om än på sinsemellan lite olika sätt, ger avtalet en sådan plats. Bert Lehrberg framhåller standardavtalet som en viktig rättskälla, under rubriken supplerande rättskällor.¹⁵⁵ Enligt Aleksander Peczenik skall avtalet beaktas som en rättskälla eftersom rättskällennormen i 1 § AvtL pekar ut avtalet. Kollektivavtalet lyfts också fram genom 1 § LRA.¹⁵⁶ Stig Strömholm placerar, dock med tvekan, avtal på listan över rättskällor (och då

¹⁵² Stig Strömholm ifrågasätter nödvändigheten av en definition och anmärker också att en definition måste bli oprecis, se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättsstillämpning s. 320. Jan Hellner menar att det överhuvudtaget är möjligt att undvara begreppet ”rättskälla”, Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s. 25. Se för en redogörelse för debatten Strömholm, a.a. s. 311 ff. med hänvisningar. Se också Rimsten, Arbetsdomstolen och lagstiftaren s. 27 ff. som utförligt diskuterar rättskällebegreppet. Han kan också konstatera att ”[i]nnebörden av termen ’rättskälla’ är som framgått inte given på förhand. Ingen allmänt vedertagen definition finns att tillgå.” (Rimsten, a.a. s. 29).

¹⁵³ ”Den gängse uppfattningen är att det finns några få rättskällor och att dessa kan rangordnas: efter lagen kommer förarbetena, därefter rättspraxis och sist doktrinen (i den mån denna senare alls tillerkänns ställning som rättskälla).” Sandgren, Vad gör juristen? Och hur? – del II s. 868.

¹⁵⁴ ”Rättskälleläran skulle måhända bäst kunna beskrivas såsom en flerdimensionell egenkapsrymd”, Sigeman, Den bastubadande sulfitoroperatören s. 262. En av de dimensionerna är ”den som redovisar rättskällorna och anger dessas inbördes vikt.” Sigeman, a st.

¹⁵⁵ Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 137. Jfr Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s. 26: ”För en diskussion *de lege ferenda*, eller med syftning på standardavtal och liknande material, är begreppet rättskälla närmast besvärande.”

¹⁵⁶ Se Peczenik m.fl., Juridisk argumentation s. 145.

sist).¹⁵⁷ Utanför den svenska litteraturen talar Ruth Nielsen och Christina D. Tvarnø om avtalet som en rättskälla hierarkiskt underställd grundlag, lag, kungörelser och andra administrativa föreskrifter.¹⁵⁸

Att frågan om kollektivavtalets ställning som rättskälla diskuteras här kan möjligen ge intryck av att dess besvarande med ”ja” eller ”nej” har betydelse för undersökningen. Till att börja med kan då å ena sidan påpekas att det faktum att kollektivavtalet reglerar ett rättsförhållande inte i och för sig gör det till ”rättskälla”. Å andra sidan, i synnerhet om man betraktar rättskällebegreppet som deskriptivt snarare än normativt,¹⁵⁹ domineras den kollektiva arbetsrätten av regler och principer hämtade från kollektivavtalet, på ungefär samma sätt som om det haft status av lag.¹⁶⁰ I rättsordningar med allmängiltigförklaring av kollektivavtal genom lag är gränsen möjligen klarare, eftersom det avtal som allmängiltigförklaras (eller snarare dess materiella innehåll) är lag. I Sverige, som inte har institutet allmängiltigförklaring av kollektivavtal, får det en rättslig mellanställning som är mer oklar. Svaret är dock, liksom därmed frågan, ointressant för avhandlingens forskningsuppgift. Vi kan alltså avskriva den abstrakt begreppsliga frågan om kollektivavtalet är en *rättskälla*. I den mening som avses i den allmänna rättsläran saknar den mening i arbetsrätten. Arbetsrätten bestämmer själv, utifrån sin egen rationalitet, vad respektive källa har för värde. Uttrycket måste dock tas i att frågan inte ställs, arbetsrätten kan inte utan vidare hävda sin egen rättskällelära. Om frågan skulle ställas skulle arbetsrätten möta samma problem som den allmänna rättsläran. Nu löses den istället genom att man ger kollektivavtalet plats efter vilken *funktion* det har, därav beskrivningen av kollektivavtalet som ett avtal som liknar offentligrättsliga föreskrifter.

2.3.3 Rättsområdets avgränsningar

2.3.3.1 Definitionsmekanismen

Föregående avsnitt berörde arbetsrättens eget sätt att definiera sig. Vanligen uttrycks definitionerna positivt, i synnerhet när rättsområdet skall etableras. När rättsområdet väl etablerats kan gränsen också lättare defi-

¹⁵⁷ Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 321. Se också Eckhoff, Rettskilleläre, s. 255.

¹⁵⁸ Nielsen, og D. Tvarnø, Rettskilder & Retsteorier s. 85. Se i sammanhanget också Eckhoff, a.a. s. 245 ff. om betydelsen av avtalsfrihetens utveckling för rättsbildningen.

¹⁵⁹ Med ett deskriptivt rättskällebegrepp avses det informationsmaterial som domaren *faktiskt använder* medan ett normativt rättskällebegrepp uttalar sig om vad domaren *bör* använda. Se härom Strömholm, a.a. s. 319.

¹⁶⁰ Se vidare strax ovan 2.3.1.

nieras utifrån, genom att andra rättsområden betraktar frågor som arbetsrättsliga. För att teckna ett rättsområde är gränstorna lika intressanta som kärnområdena, även om positiva beskrivningar gärna börjar i de senare. När man närmar sig gränssområdena för arbetsrätten upptäcker man att den diskurs som bildar rättsområdet har en viss mekanism inbyggd. När man närmar sig rättsområdets utkanter blir resonemangen mer svepande. Arbetsrätten överlämnar åt de närliggande rättsområdena att hantera vissa frågor. Ta till exempel frågor om behörighet för olika organ inom en association, eller frågor om tillämplig lag på ett visst område, det vill säga internationell privat- och processrätt (IP). För arbetsrättens, i snävt akademisk, definitionsmässig mening, vidkommande är frågan löst genom att den överlämnas till det närliggande rättsområdet.

Utifrån den geografiska metaforen som ligger till grund för kapitlet (och rättsområdestanken) kommer arbetsrätten att avgränsas från fyra håll. Gränserna kommer att dras av arbetsrätten själv, det vill säga inifrån (arbetsrätten är utgångspunkten). De kan formuleras positivt (arbetsrätten *är* något) eller negativt (något *är inte* arbetsrätt). Gränserna kommer emellertid också att dras från det andra hållet, utifrån, från angränsande områden. Vad som är angränsande ges i princip av att ett område har intresse av att uttala sig om ett annat. Gränsen kan också utifrån formuleras positivt eller negativt (vad som *är utifrån* är förstås en fråga om perspektiv. Eftersom bilden målas upp från arbetsrätten ses också utifrånperspektivet *inifrån*. Det som beskrivs är alltså arbetsrättens gränser såsom de tar sig ut från arbetsrätten).

2.3.3.2 Arbetstagarbegreppet – arbetsrättens gränsvakt

Arbetstagarbegreppet är ingången till arbetsrätten. Genom att rättsligt klassificeras som arbetstagarare faller man inom tillämpningsområdet för en rad arbetsrättsliga lagar (se 1 § LAS, 2 §, 1 § arbetstidslagen (1982:672), 1 § semesterlagen (1977:480) med flera lagar). Också den kollektiva arbetsrätten handlar om arbetstagarare, eftersom det förutsätts arbetstagarare för att bilda en arbetstagarorganisation, 6 § MBL (se vidare strax nedan). En definition av arbetsrätten sammanfaller alltså i princip med definitionen av arbetstagarbegreppet.¹⁶¹

Definitionen av arbetstagararens motpart, arbetsgivaren, utgör däremot inte en gräns på samma sätt eftersom definitionen utgår från arbetstagarbegreppet, som därmed är väldefinierat i meningen arbetstagararens mot-

¹⁶¹ Frågor om vem som i det enskilda fallet skall anses vara arbetstagarare, och enligt vilka kriterier saken skall bedömas, faller utanför avhandlingen. Se främst Adlercreutz, Arbetstagarbegreppet och Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 24 ff.

part i anställningsförhållandet.¹⁶² Att frågor om vem som i det enskilda fallet skall anses vara arbetsgivare är en annan sak, finns en arbetstagarare är man i arbetsrätten, och det gäller då bara att bestämma vem arbetsgivaren är.¹⁶³ Utanför begreppsdefinitionen faller också frågor om vem som skall ha rätt att företräda den utpekade arbetsgivaren (som ju inte sällan är en juridisk person).

Det vore systematiskt mest korrekt att säga att arbetstagarbegreppet är en fråga *på gränsen* till arbetsrätten, men något utrymme mellan rättsområden finns inte. Frågan om arbetstagarbegreppets innehåll är arbetsrättslig, och arbetsrätten kommer alltså att definiera sin egen tillämpning och därmed sig själv. Arbetstagarbegreppet är dock bara en *arbetsrättslig* fråga för arbetsrättens vidkommande. När arbetstagarbegreppet dyker upp i annan lagstiftning har arbetsrätten inget inflytande, med mindre det området tar den arbetsrättsliga bedömningen för given. Vi vill nog gärna att begrepp skall vara enhetliga. Det är också arbetsrättens inställning. Förarbeten utgår från "det civilrättsliga arbetstagarbegreppet".¹⁶⁴ Tore Sigeman kan, efter vissa reservationer, konkludera att "det civilrättsliga arbetstagarbegreppet i det stora hela otvivelaktigt [har] samma omfång oavsett vilken regel som är aktuell."¹⁶⁵ Också i icke arbetsrättslig litteratur eftersträvas enhetlighet. I central skadeståndsrättslig litteratur talas om "det civilrättsliga arbetstagarbegreppet".¹⁶⁶ Dock markeras i samma andetag mot arbetsrättens sätt att definiera begreppet med utgångspunkt i vissa lagar (Jan Hellner nämner förmånsrättslagen och semesterlagen). Lagarnas olika rättspolitiska utgångspunkter medför nämligen, menar man, att det vore olämpligt att ta utgångspunkt i en viss lag på ett annat område än det som är för ögonen.¹⁶⁷

¹⁶² Sigeman, Arbetsrätten s. 26, Glavå, Arbetsrätt s. 82, Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 32. Jfr Lennart Geijer som betraktar arbetsgivaren som "portalfiguren i arbetsrätten." Geijer, Arbetsrättens språk s. 141.

¹⁶³ Se dock AD 1993 nr 194 för det fall att arbetsgivaren gått i konkurs, och konkursboet inte inträder som arbetsgivare. Kollektivavtal kan ändå gälla arbetstagarare (som då i systematiskt hänseende möjligen tycks stå utan arbetsgivare, vilket väl får förklaras av den speciella situationen och den fråga som faktiskt ställdes i den aktuella tvisten).

¹⁶⁴ Se till exempel SOU 1975:1 s. 691 ff., prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 167 och prop. 1976/77:90 s. 20, s. 22 och s. 150 f. Jfr Sigeman, Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp s. 625 med hänvisning till äldre förarbeten och doktrin. I äldre doktrin söker Åke Larsson efter "kommunalarbetarebegreppet", och kommer därvid in på också vad vi nu skulle kalla det civilrättsliga arbetstagarbegreppet, se Larsson, Om kommunaltjänstemän och kommunalarbetare s. 51 ff.

¹⁶⁵ Sigeman, Arbetsrätten s. 31.

¹⁶⁶ Hellner och Radetzki, Skadeståndsrätt s. 155 ff.

¹⁶⁷ Hellner och Radetzki, Skadeståndsrätt s. 155 ff. Se också Källström i Löntagarrätt s. 63 f., Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 27 ff. och Sigeman, Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp s. 626.

Samma teknik används från arbetsrättens sida. Att ”utvecklingen torde [...] gå mot ett alltmer enhetligt arbetstagarbegrepp” ”hindrar dock inte att man också, när det finns skäl till det, kan beakta de särskilda syften som har eftersträvats med lagstiftningen på skilda områden.”¹⁶⁸ Utgångspunkten är alltså att det civilrättsliga arbetstagarbegreppet är gemensamt, man är medveten om att det kan skilja sig i gränfallen, men i stort är begreppet, kan vi slutligen fastslå, enhetligt. Eventuella skillnader i begreppet kan vi leva med, väl medvetna om att när saken verkligen skall bedömas är det ändå en fråga om en bedömning i det enskilda fallet.¹⁶⁹ Frågan kommer alltså aldrig att ställas på sin spets, utan varje område kan lugnt markera sin särart, alltmedan begreppen kan få vara enhetliga.

Det sålunda enhetliga arbetstagarbegreppet bildar utgångspunkt för det vidgade arbetstagarbegrepp som ges av 1 § 2 st. MBL. Redan i portalparagrafen till den mest centrala lagen i den kollektiva arbetsrätten modifieras tillämpningsområdet utifrån arbetstagarbegreppet.¹⁷⁰ Enligt legaldefinitionen i 2 st. (av en så kallad jämställd eller beroende uppdragstagare) omfattas i MBL även den som, utan att vara anställd, utför arbete åt någon och har en ställning av väsentligen samma slag som om en anställd.¹⁷¹

Definitionen, innebärande en möjlig utvidgning av tillämpningsområdet för arbetstagarbegreppet såsom man uppfattat det, synes främst moti-

¹⁶⁸ Prop. 1976/77:90 s. 160. Se också SOU 1975:1 s. 725 och Adlercreutz och Mulder Svensk arbetsrätt s. 42.

¹⁶⁹ Se också Glavå, Arbetsrätt s. 75 ff.

¹⁷⁰ Tekniken är inte begränsad till arbetsrätten. Också i skadeståndslagen utvidgas betydelsen av ”arbetstagare” i lagens mening. ”Arbetstagare” i skadeståndslagens mening är också den som fullgör i lag föreskriven tjänstgöring, den som under utbildning eller vid vård på anstalt utför arbete som liknar arbete som vanligen utförs av arbetstagare och den som utför arbete under förhållande som liknar anställningsförhållande, 6 kap. 5 § SkL. En ”omvänd” teknik demonstreras i konkurrenslagen (2008:579) där uttrycket *arbetstagare* (1 kap. 2 §) används för att definiera ett undantag. Undantaget skall dock, utan att det framgår av lagtexten också omfatta *beroende uppdragstagare* enligt 1 § 2 st. MBL. Det framgår av förarbetena, som i en lång kedja hänvisar till tidigare rättsläge, prop. 2007/08:135 s. 247, prop. 1992/93:56 s. 66 och prop. 1981/82:165 s. 194. Den sistnämnda propositionen hänvisar till den äldre motsvarigheten till konkurrenslagen (av 1953) och den tillämpning som kommit *arbetstagare* att betyda *beroende uppdragstagare* i överensstämmelse med 1 § 2 st. Begreppsbestämningen anknäper alltså till den arbetsrättsliga terminologin, men i lagtexten sker det underförstått utan en egen legaldefinition. Att ”arbetstagare” i konkurrenslagen också betyder ”beroende uppdragstagare” synes accepterat såväl i praxis (Konkurrensverket 1257/93) som i doktrin, se t.ex. Malmberg i Bruun & Hellsten (eds.) *Collective Agreement and Competition in the EU* s. 196.

¹⁷¹ Frågor om vem som skall anses vara beroende uppdragstagare och hur saken skall bedömas, faller, liksom närmare arbetstagarbegreppet, i princip utanför avhandlingen. Se om beroende (eller jämställda) uppdragstagare till exempel Engblom, *Self-employment and the personal Scope of Labour law* s. 160 ff.

verat av en farhåga att arbetsgivare skulle försöka kringgå sin förhandlings-skyldighet (enligt 10–14 §§ MBL) och därmed fackens kontroll genom att använda sig av icke anställd arbetskraft.¹⁷² Farhågan tycks dock inte ha besannats, i vart fall inte på så vis att Arbetsdomstolen uttryckligen skulle ha tillämpat 1 § 2 st. för att stävja försök att kringgå den arbetsrättsliga lagstiftningen.¹⁷³ Den kan förstås ha fungerat på så sätt att åtgärder som skulle ha betraktats som kringgåendeförsök befunnits lönlösa och därför inte vidtagits, men en sådan effekt går naturligtvis inte att mäta.

I kategorin beroende uppdragstagarna kan också en i kollektivavtals-rätten inneboende *självbevarelsesdrift* iakttas (se ovan n. 71). Om saken (låt säga regleringen av ett visst arbete) i och för sig angår arbetsrätten men den ändå inte kan passas in i en befintlig kategori har diskursen sätt att lösa det. Resonemangen kan tvingas in i de givna kategorierna genom att närliggande kategorier skapas. Man är till exempel "self-employed" eller "beroende *uppdragstagare*".¹⁷⁴ Med kategoriseringen i de befintliga kategorierna har man öppnat vägen tillbaka till de bekanta argumentationsstrukturerna.¹⁷⁵

¹⁷² Prop. 1975/76 bilaga 1 s. 307 ff.

¹⁷³ Jfr Tore Sigemans kritik av AD 1985 nr 57, i vilken det uttalades att det kunde ifrågasättas om det mot bakgrund av utvecklingen på arbetsmarknaden längre fanns något utrymme för att tillämpa bestämmelsen i 1 § 2 st. MBL. Sigemans kritik går ut på att utvecklingen av begreppet "beroende uppdragstagare" borde följa utvecklingen av begreppet arbetstagare, se Sigeman, Anm. av Bergqvist och Lunning, Medbestämmandelagen s. 613 f.

¹⁷⁴ Uttrycket *man* är i sammanhanget kanske, trots dess anspråk, inte bara ett neutralt ord. Kvinnors arbetsmarknad har i stor omfattning, under industrisamhällets era, varit undanskymd, i princip utanför den arbetsrättsliga diskursen. Se Calleman, Ett riktigt arbete? s. 40 f. och s. 111 ff.

¹⁷⁵ Medan den moderna juridiken gärna härleder sig till den romerska rätten (se 2.2.2) härleder sig andra delar av den västerländska nutida vetenskapen till det antika Grekland ("redan de gamla grekerna..."). *Historieskrivningen* (som gärna betraktas som något för-givettaget evigt) kan härledas till Herodotos, som skall ha verkat på 400-talet före Kristus, se Johansson, Narrativ teori och metod s. 59 f. En viss särställning intar Aristoteles (som också kan få bli utgångspunkt för kontraktet och därmed för den moderna juridiken före den romerska rätten, se till exempel Votinius, Varandra som vänner och fiender, s. 19 och s. 55 ff.); jfr Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 123 f. Aristoteles dyker upp också i narratologin, bland annat med en liknande poäng som den nu diskuterade. Enligt Aristoteles teori om karaktärer (såsom den tillskrivs honom av Seymor Chatman, se Chatman, Story and Discourse s. 108 ff.) är en aktör i en tragedi alltid antingen *ädel* eller *simpel*. Därutöver kan, men behöver inte, karaktären ha fler egenskaper (till exempel god eller ond). Den arbetsrättsliga berättelsen fungerar på samma sätt, i det att någon som utför arbete ("karaktären") antingen är arbetstagare eller uppdragstagare (jfr vidare ovan 2.3.4). Arbetstagaren har också egenskapen att vara socialt och ekonomiskt svagare än arbets-givaren (det är en egenskap arbetstagaren har i berättelsen, alldeles oavsett hur arbets-tagare X har det ställt i förhållande till sin arbetsgivare Y). Och så vidare.

Arbetsagarbegreppet är också kollektivavtalens gränsvakt. I Arbetsdomstolens praxis har utvecklats en schablonolkning (eller in dubio-tolkning) som innebär att kollektivavtal, om inte annat uttryckligt stadgas, anses omfatta arbetsagare enligt det civilrättsliga arbetsagarbegreppet, däremot inte beroende uppdragstagare enligt 1 § 2 st. MBL.¹⁷⁶ Arbetsdomstolen utgår i AD 1994 nr 130 från det civilrättsliga arbetsagarbegreppet, och konstaterar att det inte gjorts gällande att avtalet ifråga skulle ha utvidgats till att omfatta också beroende uppdragstagare.¹⁷⁷ Från en rationalitet som går ut på att arbetsagarbegreppet skall vara enhetligt är resonemanget oklanderligt. Då arbetsagarbegreppet förväntas vara enhetligt behöver utgångspunkten inte heller motiveras särskilt ("[d]en utredning som föreligger i målet ger inte grund för något annat antagande än att vart och ett av de tre nämnda kollektivavtalen vilar på det civilrättsliga arbetsagarbegreppet"). Om man tänker bort den rationaliteten blir resultatet dock ett annat. I 23 § MBL definieras kollektivavtalsbegreppet utifrån att det rör förhållanden för *arbetsagare*. Vidare är en ena parten är en arbetsagarorganisation. En sådan definieras i sin tur i 6 § MBL som en sammanslutning av *arbetsagare*.

I 1 § 2 st. MBL ges att med *arbetsagare* avses i MBL också beroende uppdragstagare. Utifrån en analys av lagtexten sedd isolerad torde man alltså finna att kollektivavtalet definieras utifrån en betydelse av "arbetsagare" som omfattar beroende uppdragstagare, varför det är närliggande att tänka sig att ett kollektivavtal in dubio omfattar alla personer som omfattar av dess rättstekniska definition. Det måste alltså finnas något som gör att den arbetsrättsliga utgångspunkten är så självklar. Om man skall göra ett försök att artikulera vad kan man föreslå branschuppfattningen.¹⁷⁸ Om branschuppfattningen får vara bestämmande blir den

¹⁷⁶ Se AD 1994 nr 130 och, kanske, AD 1982 nr 105. Frågan i det sistnämnda fallet var om ett kollektivavtal skulle tillämpas på föräldrar som deltog i verksamheten vid ett daghem. Frågan om beroende uppdragstagares ställning i det aktuella kollektivavtalet diskuterades dock inte särskilt. Arbetsdomstolen konstaterade bara att kollektivavtalet var tillämpligt om de omtvistade personerna var att se som arbetsagare, annars inte. Jfr Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 168. Se också Sigeman, Arbetsrätten s. 30 f.

¹⁷⁷ Det innebär också att kollektivavtalsparterna i princip bestämmer över arbetsagarbegreppet i kollektivavtalet, och därmed avtalets tillämpningsområde, se också till exempel AD 2004 nr 18.

¹⁷⁸ Se Källström i Schmidt m.fl., Löntagarrätt s. 70 med hänvisning till AD 1987 nr 21. Det kan särskilt noteras att Arbetsdomstolen där konstaterar att den arbetsrättsliga lagstiftningen är tvingande i den meningen att det inte genom avtal går att förfoga över det civilrättsliga arbetsagarbegreppet. Det oaktat kunde ett kollektivavtal (som inte annars var tillämpligt i målet) betraktas som uttryck för branschpraxis, vilken alltså kunde ge ledning för tillämpningen. Legitimiteten hämtas alltså inte från kollektivavtalets egenskap av

alltså normerande. Den branschuppfattning som det nu talas om härleds uppenbarligen till arbetsmarknadens parter, det vill säga de normgivande aktörerna på arbetsmarknaden. Därtill fastställs den ju ytterst av Arbetsdomstolen. Den styrande rationaliteten, och legitimiteten, blir på så sätt en intern angelägenhet för arbetsrätten.

Ungefär här går också gränsen för vad kollektivavtalsrätten kan se. Man kan ana hur den typiska arbetstagaren ser ut – en svensk, heterosexuell, utan särskilda kroppsliga defekter, normalbegåvad. Om personen i bilden är en *man* eller inte är nog mer oklart, men neutral är bilden inte – den typiske arbetstagaren är inte en kvinna. Den bilden har inte, åtminstone inte bara, att göra med empiriska data, utan med de traditioner som följer med den kollektivavtalsrättsliga berättelsen.¹⁷⁹ Vi vet hur en arbetstagare (eller en arbetare respektive tjänsteman) ser ut – liksom som vi *vet* att huvudpersonen i Kafkas *Processen*, Josef K (han omtalas också nedan s. 159 f.), är vit, trots att det inte framgår av någon uttrycklig uppgift i romanen. Det behöver inte sägas uttryckligen för att vi skall förstå det, utan det ges av berättelsens interna logik, var den utspelar sig, i vilken tid och så vidare. Berättelsen vädjar till läsarens förmåga att skapa meningsfulla sammanhang – vilket läsaren inte kan låta bli att göra (se vidare 4.3).

2.3.3.3 Andra gränsvakter

Att arbetsrätten, genom de arbeten som har ambitionen att vara just arbetsrättsliga, definierar sig själv är en sak. Arbetsrätten definieras också, eller kanske framförallt, genom att ”allmänt civilrättsliga” framställningar avgränsar bort just arbetsrätten, eller låter förstå att arbetsrätten, på vissa sätt, avviker (även om den *i princip* omfattas av den framställning som har ambitionen att vara allmänt kontraktsträttslig).¹⁸⁰ Arbetsrätten har blivit arbetsrätt för att kunna skapa sin egen rationalitet mellan civilrätt och offentlig rätt, men andra områden, också den allmänna civilrätten, hjälper till från sitt håll. På så vis kan civilrätten själv lättare hålla sig intakt och koherent, utan att behöva förklara (till exempel) de kollektivavtalsrättsliga egenheterna. I sammanhanget kan också anmärkas att

avtal, utan från den uppfattning det antas ge uttryck för, en uppfattning som alltså blir normerande.

¹⁷⁹ Moralfilosofen Rae Langton beskriver hur kvinnor blir osynliga med exempel ur olika discipliner, Langton, *Feminism in epistemology* s. 130.

¹⁸⁰ Tekniken identifieras av Niklas Bruun, se Bruun, *Kollektivavtal och rättsideologi* s. 174. Se också, om skillnadernas betydelse för meningsskapande, Andersson, *Barthesianska meditationer* s. 83 ff. och Andersson, *Likhetsargumentation – analogi och metamorfos* s. 14 och s. 35 ff.

rättssystemet accepterar arbetsrättens anspråk, arbetsrätten kommer därmed också att definieras positivt genom systematiken i allmänna lagtextsamlingar och liknande, där arbetsrätten gärna får en egen rubrik. Den civilrättsliga diskursen kan på så vis hantera en *fragmentiseringstendens* som följer av och består i att specialområden såsom arbetsrätten regleras separat (inte minst genom EU-rätten – internationaliseringstendensen kommer alltså att driva en fragmentisering av den nationella rätten) hävdar sin egen rationalitet.¹⁸¹

Några nedslag kan göras för att illustrera. I sin lärobok i allmän avtalsrätt ger Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, en redogörelse för kollektivavtalet. Den är dock uttryckligen summarisk, eftersom "[d]en närmare behandlingen hör hemma inom respektive ämnesområde".¹⁸² Också hos Jan Ramberg och Christina Ramberg är redogörelsen summarisk. Kollektivavtalet behandlas i ett stycke, vars essens är att ange relevanta lagrum (23 och 26 §§ MBL, samt 41–45 §§ MBL) samt peka på några betydelsefulla undantag från vanliga, icke kollektiva avtalsformer. För en närmare beskrivning hänvisar Ramberg och Ramberg till två arbetsrättsliga verk (Håkan Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktinstrument och Jonas Malmberg, Anställningsavtalet).¹⁸³ Tekniken är ungefär lika gammal som kollektivavtalsrätten, om dess ålder bestäms efter hur länge den varit föremål för egna framställningar (såtillvida är tekniken av de företeelser som definierar kollektivavtalsrätten från början). I *Juridikens källmaterial*, 1959, använder Kurt Grönfors en liknande teknik som Ramberg och Ramberg. För "närmare upplysningar" om kollektivavtalet, som uppges ha "en särprägel i förhållande till de kommersiellt betonade standardavtalen", hänvisas till Folke Schmidts *Kollektiv arbetsrätt*.¹⁸⁴ Exempel på motsatsen finns dock också. Ett annorlunda anslag har till exempel Bert Lehrberg som i sin lärobok *Avtalstolkning* inte markerar att kollektivavtalstolkning principiellt skulle skilja sig från annan avtalstolkning.¹⁸⁵

De sakliga skillnaderna mellan kollektivavtalet och det vanliga avtalet, kan ofta hänföras till de ändamål som kollektivavtalet skall tillgodose. En särskiljande egenskap hos kollektivavtalet är att frågan om ett avtal ingåtts reser andra frågor än frågan om dess innehåll. För det vanliga

¹⁸¹ Tendenserna återkommer som ett tema för kap. 3. Fragmentiseringen behandlas dock inte särskilt där, se istället särskilt 6.3.

¹⁸² Adlercreutz, *Avtalsrätt I* s. 146 f.

¹⁸³ Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt* s. 109.

¹⁸⁴ Grönfors, (Eek m.fl.), *Juridikens källmaterial* s. 131. Se också Adlercreutz, *Kollektivavtalet som avtalsform och avtalstyp* s. 18 med hänvisning till Björlings lärobok i civilrätt.

¹⁸⁵ Lehrberg, *Avtalstolkning*. Se vidare 7.2.

avtalets vidkommande sammanfaller i princip frågan om avtalets förhandenvaro och dess innehåll.¹⁸⁶ Eftersom kollektivavtalet för med sig rättsverkningar som anknyter till förefintligheten av ett avtal snarare än till avtalets innehåll är frågorna för kollektivavtalets del däremot funktionellt åtskiljda.¹⁸⁷ I MBL märks att förefintligheten av ett kollektivavtal mellan två parter är ett rekvisit för tillämpligheten av 41 § MBL och i reglerna om förhandlingsskyldighet enligt 11 och 12 §§ MBL (förhandlingsskyldigheten enligt 13 § (1 st. och 2 st.) är avhängig icke-förefintlighet av en viss kollektivavtalsrelation), samma gäller för informationsskyldigheten enligt 19 § och 19 a §. I MBL markeras också vikten av att kollektivavtalets bestämmelser hålls i helgd genom att intresset av att kollektivavtalets bestämmelser skall upprätthållas skall beaktas vid bestämmande av skadestånd, även utöver ekonomisk skada (55 § MBL). Det finns vidare bestämmelser som förutsätter att ett kollektivavtal som omfattar visst arbete finns, men vars tillämpning i övrigt inte är avhängigt kollektivavtalets innehåll (38 och 39 §§ MBL).

2.3.4 I arbetsrättens gränstrakter

De historiska och de systematiska definitionerna är symbiotiskt sammankopplade (metaforen är vald för att betona det organiska i utvecklingen.¹⁸⁸ En mer mekaniskt betingad metafor kunde vara "växelverkan"¹⁸⁹). Definitionerna har utvecklats genom historien och historien har utvecklats med definitionerna. Ett närmast övertydligt exempel, som uppenbart faller utanför ramen för arbetsrätten, är att *barn* länge varit en del av vad som idag skulle benämnas arbetskraften, i en omfattning och på sätt som knappast skulle tolereras idag. "Barnarbete" som benämning på en oacceptabel företeelse är emellertid ett modernt påfund, och barnarbete är således inte en del av (den nationella) arbetsrätten.¹⁹⁰ Företeelsen barnarbete (det vill säga regler för att bekämpa barnarbete) tillhör istället det

¹⁸⁶ Just denna punkt är avgörande för kollektivavtalsrättens avskiljande från den allmänna avtalsrätten, se vidare kap. 7.3.

¹⁸⁷ Se också Glavå, Arbetsrätt s. 142.

¹⁸⁸ Den används också av Niklas Bruun för att beskriva förhållandet mellan EU-arbetsrätten och den nationella kollektivavtalsrätten, se Bruun, *The Autonomy of Collective Agreement* s. 32.

¹⁸⁹ Se vidare n. 592.

¹⁹⁰ Modern i betydelsen nutida (i motsats till dåtida) är också vår förståelse av vad det innebär att vara "barn". Det innebär inte bara en beteckning på ett visst släktskap, utan också en social och rättslig status. Om den förra betydelsen är förhållandevis (men kanske inte helt) oförändrad är den senare desto mer föränderlig över tid. Se om barns rättsliga status till exempel Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 54 ff., särskilt s. 59.

folkrättsliga området.¹⁹¹ Allt arbete utfört av barn är dock inte "barnarbete". Frågor om i vilken utsträckning barn kan ingå avtal om arbete regleras i 5 kap. arbetsmiljölagen (1977:1160), enligt vilken en person under sexton år enligt huvudregeln inte får anlitas till att utföra arbete (5 kap. 2 § 1 st.). Den som har fyllt tretton år får dock anlitas till att utföra lätt arbete som inte är av sådant slag att det kan inverka skadligt på den minderåriges hälsa, utveckling eller skolgång (5 kap. 2 § 2 st.). I vilken mån den minderåriga ("barnet" enligt föräldrabalkens terminologi) får råda över genom arbetet förvärvade inkomster tillhör det familjerättsliga området (6 kap. 12 § och 9 kap. 6,7 §§ Föräldrabalken). Längre tillbaka i historien (i Sverige, men det kan knappast påstås att fenomenet globalt sett blott tillhör historien) utgörs en del av arbetskraften av personer i trældom, slaveri eller livegenskap, företeelser som (liksom barnarbete) är helt främmande att hänföra till arbetsrättens område.¹⁹² Fenomenet sorterar endera under folkrätten,¹⁹³ eller, i den mån det skulle bedrivas i Sverige, straffrätt (4 kap. 4 § BrB) eller skadeståndsrätt.¹⁹⁴ Också att anlita personer i strid med arbetsmiljölagens regler kan för övrigt få straffrättsliga konsekvenser (böter, 8 kap. 2 § 1 st. 1. arbetsmiljöl.),

Denna korta utveckling mejslar ut klara gränser mot familjerätten och straffrätten, de områden till vilka den förmoderna "arbetsrätten" tillhörde.¹⁹⁵ Vill man spåra den historiska uppdelningen i den nutida arbetsrätten kan man se att uppdelningen motsvarar uppdelningen i individuell arbetsrätt respektive kollektiv arbetsrätt. Förhållandet mellan husbonden och tjänstehjonet hörde till familjerätten, medan sammanslutningar av

¹⁹¹ Se till exempel ILO-konventionen nr 138 Minimum Age Convention 1973 respektive nr 182 Worst Forms of Child Labour Convention 1999.

¹⁹² Det kanske rent av markerar ett tidigare skifte i den svenska förarbetsrättsliga rätten om arbetsprestationer. Efter att under rubrikordet *trældom* kort ha redogjort för trälars rättsliga ställning konstaterar Alfred Ossian Winroth att "[d]en tid, från vilken våra äldsta underrättelser om de nordiska rättsförhållandena härröra, låg temligen nära tiden för träldomens fullständiga avskaffande. Rättsatsarna röja också, att de höra till en brytningsperiod. [...] Man ser, att institutet är stadt under afveckling. I Norge och på Island är likväl tal om trälare och trældom ännu i det tolfte århundradet samt i Danmark och Sverige till och med i det fjortonde." Winroth, Strödda Uppsatser I s. 85. Jfr Flodgren, Fackföreningen och rätten s. 58 f. som i den förindustriella status-baserade regleringen av tjänstehjonet dels ser regler liknande de som gällde för slaven i USA vid samma tid, dels ser ett från den svenska träldomens dagar obrutet syfte med regleringen, nämligen att tillgodose behovet av billig arbetskraft.

¹⁹³ Se till exempel FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheterna art. 4, Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR) art. 4 och ILO-konvention nr 29 Forced Labour Convention, 1930.

¹⁹⁴ Se om den skadeståndsrättsliga frågan Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt s. 387.

¹⁹⁵ Se Kumlien, Continuity and Contract s. 22.

arbetare och dessas aktioner var kriminaliserade. Det har vid detta stadium av beskrivningen blivit uppenbart, tror jag, att en hel del av historieskrivningen är intimt sammanflätad inte bara med en rättssystematisk utveckling utan också med en ideologisk utveckling.

3 Om samhällsförändringen i arbetsrätten

3.1 Inledning

3.1.1 Rätten och samhället

Ett utmärkande drag i den samtida arbetsrättsliga diskursen är dess sätt att omfamna tanken på förändring.¹⁹⁶ Att samhället förändras och att samhällsförändringarna angår rätten är i sig triviala påståenden. Ändå, eller egentligen just därför, kan arbetsrättens sätt att hantera förändringen vara belysande för dess självbild.¹⁹⁷ Förändringen ges en framträdande plats, antingen uttryckligt eller underförstått genom att analysen handlar om hur arbetsrätten skall hantera utvecklingen. Det saknas inte heller försök att fånga förändringen.¹⁹⁸ För kollektivavtalet tycks samhällsförändringarna kunna få dramatiska följder. Samhällsförändringarna förändrar kollektivavtalets omvärld, och därmed dess livsbetingelser.¹⁹⁹ Den dramatiska samhällsförändringen förutsätts nog ofta ske nu, men analyser av, eller

¹⁹⁶ En snabb, på intet sätt uttömmande, inventering av den samtida arbetsrättens titlar kan ge en bild. Se till exempel "Arbetsrätt i förändring" (Edlund och Nyström); "Ute och inne i svenskt arbetsliv" (von Otter (red.)) i serien "Arbetsliv i omvandling" med bland andra titlar som "Aktuella trender i arbetsrätten" (Bruun) och "Arbetsgivarorganisationer och fackföreningar i ett föränderligt arbetsliv" (Kjellberg); "The future of Nordic Labour Law" (Bruun) i *Scandinavian Studies in Law* Vol. 43 titulerad "Stability and Change in Nordic Labour Law; Ett revolutionerat arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling (Fahlbeck); "The Future of Labour Law. Liber Amicorum Bob Hepple QC. Globalization and the future of Labour Law (Craig and Lynk); *Beyond Employment* (Supiot).

¹⁹⁷ *Förändringen* har en stark retorisk kraft. Narratologen John Alexander konstaterar i en studie om hur företag förmedlar (eller misslyckas med att förmedla) en känsla av värde: "The most effective stories involve a change." Alexander, *Corporate Narrative* s. 13.

¹⁹⁸ Se för exempel på arbetsrättens område Edström, Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället s. 48 ff., Fahlbeck, Ett revolutionerat arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling särskilt s. 1017 ff. samt Fahlbeck, R, Flexibilisation of Working life särskilt s. 43 ff.

¹⁹⁹ Man kan vilja tala om *omvärldsförändringar* istället för om samhällsförändringar. Ofta kan nog termerna vara utbytbara, men den förstnämnda termen accentuerar tanken på

utgående ifrån, samhällsförändringar är inte enbart en senmodern företeelse.²⁰⁰

Liksom andra företeelser i det akademiskt definierade fältet arbetsrätten röner doktrinen ett särskilt intresse för samhällsförändringarna. Genom att vara retoriska verktyg kan de användas av arbetsmarknadsparterna, när de kämpar om herraväldet över verklighetsbeskrivningen. Att arbetsmarknadsparterna, liksom rättvetenskapen använder sig av retoriska figurer skall betyda naturligtvis inte att de inte samtidigt är ärliga försök att beskriva just verkligheten. Inte minst därför är det också intressant att se hur man positionerar sig inför en avtalsrörelse. Också i sådana beskrivningar märks samhällsförändringen, och de tendenser som skall diskuteras nedan.²⁰¹

Har man tagit utgångspunkten att samhällsförändringen är verklig, viktig och att den påverkar rätten är steget till att ställa frågan *hur* samhällsförändringarna påverkar rätten inte långt. Ändå ställs inte den frågan, vilket kan bero på vilken funktion samhällsförändringen har i den rättsliga diskursen. Funktionen bygger på en uppdelning mellan rätt och

att kollektivavtalet i "rätten" är något avskilt från samhället utanför rätten. Termen *samhällsförändringar* låter i större utsträckning det spörsmålet vara öppet.

²⁰⁰ Wolfgang Friedmann (vars analys huvudsakligen är inriktad på *common law*) pekar 1964 ut fyra samhälleliga orsaker till att kontraktet transformeras: Den första är "the widespread process of concentration in industry and business, corresponding to an increasing urbanization and standardization of life." Den andra är "the increasing substitution of collective for individual bargaining in industrial society." Den tredje är "the tremendous expansion of the welfare and social-service functions of the State" och den fjärde att "the economic security aspect of contract, the elaboration of remedies for breach, is increasingly affected by the spread of such political, economic, and social upheavals as war, revolution, or inflation", Friedmann, *Law in a Changing Society* s. 97 f. Ingen av faktorerna skulle framstå som särskilt malplacé i en mer nutida analys, men så var kanske Friedmann särdeles framsynt: "The whole of his work bears witness to the breadth of his vision and boldness of his thinking—no matter whether he directed his attention to the transformation of private law, to the changing function of international law, or to the evolution of international commercial organization. Few saw as clearly as he did the impact of social change on the law or did more to make a sociological approach to law familiar to scholars and to students." Professor Wolfgang Friedmann *In Memoriam* s. 1.

²⁰¹ Se Almegas VD Jonas Milton i en debattartikel, *Modernisera kollektivavtalen*, SvD 2009-09-10. Efter att ha redovisat siffror som antyder att industrisamhället ersatts av ett tjänstesamhälle, pläderas för en *decentraliserad* (se 3.5) och helst helt *individualiserad* (se 3.4) lönebildning. Till båda sidors (det vill säga arbetsgivare och arbetstagare. Den kollektivitet som annars utmärker arbetstagsidan är kanske nedtonad, men att facket är arbetsgivarens motpart i avtalsrörelsen är klart.) fromma krävs *flexibilitet* (se 3.3). Industrifacket inom LO, TCO och SACO betonar i ett gemensamt utspel "Reallönerna kan höjas nästa år trots krisen", DN 2009-09-10, *internationaliseringen* (se 3.2). Båda artiklarna betonar det gemensamma ansvaret, vilket, medvetet eller omedvetet, kan ha att göra med en strävan att slå vakt om partsautonomin.

samhälle, och tanken på påverkan från den ena till den andra eller en växelverkan mellan dessa. *Samhället* är verkligt och mätbart, och det kan betraktas objektivt från rättens sida.²⁰² Förändringar (då närmast av regler eller principer) kan, och får, också initieras inom rätten själv men då är man inne på rättspolitik, och det är viktigt för förändringsdiskursen att förändringarna, ideologiskt, drivs *utifrån*. Samhällsförändringarna, som fenomen utanför rätten, kan också användas för att motivera rättspolitiska förslag, genom att förslaget motiveras med att någon samhällsförändring motiverar en annan lösning än den rådande.

Kapitlet handlar alltså ändå om frågan hur de pågående samhällsförändringarna påverkar rätten. Därmed kommer det också, liksom hela avhandlingen, att handla om arbetsrättens verklighetsuppfattning, eller mer precist om hur arbetsrätten hanterar förändringarna. Det narratologiska angreppssättet erbjuder en möjlighet att förstå arbetsrätten och dess relation till samhällsförändringarna.²⁰³ Utgångspunkten för den förståelsen är att rätten liksom samhället bäst förstås som diskursiva fenomen (det är i just denna egenskap de är reella), vars mening ges av den berättelse i vilken de finns. Angreppssättet ger alltså en möjlighet att frigöra sig från den ontologi som utmärker den realistiska rättsvetenskapen, och som gör att denna har svårt att hantera förändringarna.²⁰⁴ Utgångspunkten innebär också att man måste vara beredd att inte omedelbart slå bort tanken att

²⁰² Det kan till exempel yttra sig i hur man ställer frågorna: "The question may be put whether the system as it appears in the law and in the collective agreements correspond to reality." Adlercreutz, *Centralistic and Decentralistic Tendencies in Swedish Industrial Relations and Labour Law* s. 174. Frågan har att göra med kunskapssyn. Juha Karhu artikulerar skillanden mellan Joel Samuelssons realismkritiska avhandling (*Tolkning och utfyllning*) och realisterna Kurt Grönfors och Thomas Wilhelmsson så att Samuelsson är "oense med sättet att ställa frågan och därmed också med sättet att ställa upp svarsalternativen." Karhu, *Amn. av Samuelsson, Tolkning och utfyllning* s. 805.

²⁰³ Också rättsdogmatiken är, visar det sig, påverkad av samhällsutvecklingen: "Utvecklingen har dessutom gått i retning av en svekelse av autoriteter i samfunnet, og økede krav til at også autoriteter begrunner sine standpunkter. I en rettslig sammenheng innebærer det større betydning for argumenter som bygger på forhold se er eksterne i forhold till jussen, som moraliske, samfunnsvitenskapelige og økonomiske argumenter." Graver, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger* s. 172.

²⁰⁴ Vi frågar alltså: "vad är förändringen"? Den moderna rättsvetenskapens ontologi ("läran om varandet så som det är") medför läsningar som en språkligt orienterad rättsvetenskap inte behöver drabbas av. "Idén om språkets, och vetenskapernas, avbildande (mimetiska) funktion är tämligen fast förankrad i gemene mans oreflekterade realism. Denna enkla verklighetsteori, som är besläktad med [en ... instrumentell] språksyn, har dock det senaste seklet mött ett antal utmaningar inom såväl filosofin som konsten och populärkulturen." Andersson, *Barthesianska meditationer* s. 77. Se också om rättens ontologi Andersson, *Topisk retorik inom juridiken* s. 116 ff.

förändringen, när den griper tag i rätten, inte är något *utifrån* kommande, utan att förändringen sker i rätten, *inifrån* densamma. Med det sagt kan vi gå vidare till att studera tendenserna lite närmare.

3.1.2 Tendenserna

Tanken att samhällseliga förändringar skulle påverka rätten bygger på en uppdelning mellan samhälle och rätt, och därmed på antagandet att de är meningsfullt åtskiljbara. Uppdelningen mellan rätt och samhälle har också en annan funktion i den kollektivavtalsrättsliga förändringsdiskursen i det att den gör förändringen (eller förändringarna) abstrakta. Förändringarna, så som de konkret tar sig uttryck i de politiska besluten, de finansiella överväganden, de ideologiska skiftningarna, de sociala realiteterna och så vidare försiggår på ett annat område. Uppgiften att undersöka och kartlägga dem i detalj tillhör andra vetenskaper, vilkas resultat rättsvetenskapen kan inlemma i rätten (vilka dessa vetenskaper närmare bestämt är egentligen inte lätt att se från arbetsrätten, men vi får lita på att de finns). Sålunda kan rätten tala om förändringen, abstrakt och utan andra krav på precision än de som rättsvetenskapen ställer – krav som definieras av rättsvetenskapen själv. Förändringsdiskursen kan främst iaktas i den juridiska doktrinen.²⁰⁵ Det vill säga, för avhandlingens del är det den juridiska litteraturen, i synnerhet den arbetsrättsliga som intresserar. I denna har förändringsdiskursen en yttre enhetlighet vilken gör att den kan betraktas som en enhet.

Förändringsdiskursen kan delas upp i ett antal *tendenser*. Det betyder att den i sig abstrakta "förändringen" delas upp i lika abstrakta underkategorier. Om man istället föredrar att tänka sig att de konkreta händelserna abstraheras i de fyra tendenser som jag identifierar går det dock lika bra. Tendenserna är särskilt framträdande i just den arbetsrättsliga diskursen, denna kommer att röra sig kring just dessa tendenser.²⁰⁶ De är: *internatio-*

²⁰⁵ Det kan förvisso synas spår av den också i Arbetsdomstolens praxis. Exempelvis ifrågasätter Arbetsdomstolen i AD 1989 nr 61 om det längre finns grund för en äldre tids uppdelning mellan tim- eller veckolöneanställda arbetares rätt till lön för faktiskt utfört arbete och månadsanställdas, bland dem tjänstemännens, rätt till lön för den tid de ståt till förfogande för arbete oavsett om arbetsgivaren kunnat erbjuda dem någon dylikt. Att lönesystem och liknande förändras kan få en helt naturlig plats i argumentationen, se AD 1991 nr 77 för ett nedslag.

²⁰⁶ Angreppssättet kan nog för övrigt påminna om sökandet efter "normativa grundmönster", se Christensen, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. Grundmönstren söks här dock inte i lagstiftningen utan i diskursen. De är dock lika normativa, om än i en annan relation än de normativa grundmönster Christensen utgår från i sin analys. De grundmönster som här tas upp till skärskådande normerar verklighetsbeskrivningen.

naliseringen (3.2), *flexibiliseringen* (3.3), *individualiseringen* (3.4), *decentraliseringen* (3.5) och *den tekniska utvecklingen* (3.6). Tendenserna har sinsemellan olika egenskaper, och de förhåller sig till varandra på ett sätt som gör att de kommer att vara illustrativa för diskursen i sin helhet. Uppräkningen är alltså egentligen inte exemplifierande.²⁰⁷ Den närmare beskrivningen av tendenserna företas under separata rubriker, men något skall ändå sägas om hur de förhåller sig till varandra (och sålunda täcker in hela diskursen).

Uppdelningen i just de valda tendenserna är, och måste vara, preliminär (därmed inte sagt att den inte är adekvat). Det ligger i förändringsdiskursens natur att den är föränderlig. I konsekvens med det kan terminologin inte vara annat än ögonblicklig. I själva verket är nog operationen att åsätta något beteckningen *preliminär* ett retoriskt grepp för att rädda berättelsen.²⁰⁸ Genom att ge något egenskapen av att vara tillfällig, något tillsvidare, kan berättelsen fortsätta utan att haka upp sig på det preliminära. Det preliminära är ju något som ändå skall ersättas senare. *Preliminären* blir alltså i sig ett sätt att hantera förändringen.

²⁰⁷ Man kan självfallet ändå uppleva att vissa tendenser saknas i uppräknigen. Och man kan förvisso observera snart sagt vilken tendens som helst. Boaventura de Sousa Santos observerar till exempel att rätten under andra halvan av 1900-talet genomgått en "kameliseringsprocess", de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Post-modern Conception of Law* s. 279 f. de Sousa Santos anknyter till en tanke av Friedrich Nietzsche ur *Sålunda talade Zarathustra*, enligt vilken anden genomgår tre stadier. Det första är kamelstadiet, i vilket den låter sig fyllas med vilka värderingar och trossatser mänskligheten vill fylla den med. Hos Nietzsche är det andens första stadium, men enligt de Sousa Santos är processen för rättens del omvänd. Särskilt efter andra världskriget har den "kameliserats", i det att den gav upp motståndet mot att ta in vilka värderingar eller trossatser olika sociala och politiska krafter försökte pådyvla den.

"Välfärdsstaten" pekats av de Sousa Santos (a. st.) ut som det mest iögonfallande uttrycket för kameliseringsprocessen. Analysen tycks träffa den moderna arbetsrätten ganska väl, vilket väl belyses av att välfärdsstaten är ett värde som arbetsrätten, utan att det problematiseras särskilt, vill bevara. Också arbetsrättens historia stödjer dock de Sousa Santos kameliseringsstanke. Det kamelstadiet föregående (eller hos Nietzsche efterföljande) stadiet är lejonstadiet i vilken anden revolterar, vilket kan motsvara 1900-talet tre första sekler. Det manifesteras inte minst genom tillkomsten av ILO och de värden som där slogs fast (se 2.2.5), värden som dock vilade på tidigare värden (lejonet kan inte i sig själv skapa något nytt). Lejonstadiet föregås (det vill säga hos Nietzsche avslöses det) av barnstadiet, ett stadium av oskyldighet då nya värden skapas och arbetsrätten (anden) kan skapa sin egen identitet och erövra sin egen värld.

²⁰⁸ Att "rädda" berättelser, teoretiska konstruktioner eller grundantaganden är något rättsvetenskapen kan ägna sig åt, se särskilt uttryckligt Schultz, *Kausalitet* s. 449 ff. Sådana försök, medvetna eller inte, hjälper till att ge rättsområden dess självbevarelsedrift, se vid n. 71. Man kan för övrigt tala om att "rädda" hela rättsvetenskapen, se Strömholm om Hans Kelsens strävande, Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättsstillämpning* s. 120.

3.1.3 Tendensernas dualitet

Juridiken är full av dikotomier, det vill säga begreppspar till vilka en företeelse kan hänföras enligt logiken att den, försåvitt den överhuvudtaget hör till dikotomin ifråga, är antingen det ena eller det andra. Den rättsliga diskursens dualistiska karaktär belyses också av att det fenomen som ifrågasätter dikotomin är undantaget, det annorlunda (till exempel ”beroende uppdragstagare” som ifrågasätter dikotomin arbetsgivare–arbetstagarer). Att tänka i dikotomier och dualismer är belysande för det juridiska sättet att tänka, och mönstret går igen också i de nu behandlade förändringstendenserna. Tendenserna består visserligen av en oformlig massa händelser, men när dessa abstraherats till en ”tendens” får de en dualistisk karaktär i den rättsliga diskursen. Den abstrakta tendensen har, alldeles oavsett de konkreta händelserna den är en beskrivning av, två sidor, ett explicit eller implicit jämförelseobjekt som i vissa beskrivningar hamnar i skuggan, men som ändå oundvikligen är närvarande. Anmärkningen gäller, kan synas, varje utpekad tendens i samhällsutvecklingen.²⁰⁹

Den rättsliga diskursen hanterar dualiteterna genom att favorisera ena polen av två. Att beskriva en internationalisering är alltså att favorisera ena polen av paret internationalisering–nationalisering. Hela fältet kan möjligen ges en benämning i stil med ”nationell enhet”. Internationaliseringen förutsätter, och skapar därmed, en nationalisering.²¹⁰ Man kan därför formulera saken så att de utpekade tendenserna döljer halva företeelsen, vilket belyser det förhållande att vi, samtidigt som vi har att göra med en beskrivning av verkligheten, har att göra med ett normativt fenomen. Det vill säga, *verklighetsbeskrivningen* är i sig själv, och som sådan, *normativ*. Det är samtidigt fråga om en försiktighetsåtgärd. Om inte grundvalarna för analysen problematiseras riskerar analysen att i det objektivas dräkt bekräfta – skapa – just de sanningar man förväntar sig finna. Då riskerar man också att glömma bort, eller underskatta, det inflytande det innebär att ha monopol på att formulera verklighetsbeskrivningen.

²⁰⁹ Se till exempel Bauman, *Globalisering*, särskilt inledningen s. 5 ff.

²¹⁰ Slutsatsen behöver dock inte vara att globaliseringen slutar i nationalism, Se Fitzpatrick, *Modernism and the grounds of Law* s. 183. Det finns dock i och för sig en sådan inneboende risk, Giddens, *Modernitetens följder* s. 66 f.

3.2 Internationaliseringen

3.2.1 Terminologiska anmärkningar

För arbetsrättens vidkommande är det kanske mest egentligt att tala om en *europaisering*. Det är uppenbart att den påverkan på den svenska rätten, också för kollektivavtalet, som kommer utifrån i första hand och dominerande kommer ifrån EU. I mer allmänna analyser av samhällsutvecklingen talas kanske hellre om en *globalisering* än om en europaisering.²¹¹ Också i arbetsrättsliga analyser och i analyser inom det fält som benämns *Industrial Relations* talas om globalisering.²¹² Mellan globalisering och europaisering finns också en skillnad som i ett annat sammanhang kan vara avgörande, och termerna inriktar sig nog också på olika företeelser. En begreppslik skillnad kan göras utifrån att *europaisering* handlar om de europeiska konventionsbaserade och/eller överstatliga samarbetenas styrande påverkan på de nationella rättsordningarna.²¹³ *Globalisering* handlar snarare om uppkomsten av en världsekonomi, vilken inte minst inbegriper ”nya” ledande industrinationer som Kina och Indien.²¹⁴ Med detta sagt finns

²¹¹ Se Baumann, *Globalisering*, Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 5: ”Globalisation, one of the processes colouring the contemporary epoch” och Tuori, *Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)* s. 345. Anthony Giddens uttrycker saken så att termen globalisering ”måste ges en framträdande plats i samhällsvetenskapernas ordbok”. Giddens, *Modernitetens följder* s. 54. Boel Flodgren problematiserar termen *globalisering*, men menar att den är användbar trots att den är ”luddig” och mångtydig. Dessutom har ordet, läggs till, en negativ klang för många. Flodgren, *Handelsrätten i globaliseringen – Harmonisering eller ”The Battle of Laws”?* s. 114 n. 16.

²¹² Se till exempel Birk, *Labor Law Scholarship in France, Germany, and Italy: Some remarks on a difficult question* s. 691: ”Globalization, as such, is an important phenomenon which challenges the traditional labor law scholarship insofar as it requires answers to new questions or renews old questions under new and different conditions.” Se också Numhauser-Henning, *Den neoliberal arbetsrätten*, s. 17 f. Jfr Richard Hyman som intar en mer skeptisk hållning, åtminstone till begreppet globalisering ”The concept of globalization has become something of a cliché”. Hyman, *National Industrial Relations Systems and Transnational Challenges: An Essay in Review* s. 91.

²¹³ ”EG-rätten och EKMR är givna ingredienser som genom direktiv, regler och principer syns direkt på det enklast iakttagbara ytplanet”, Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt* s. 380. Jonas Malmberg pekar på att europaeringen innebär att makten förskjuts på så vis att ”arbetsmarknadens parter, domstolar och lagstiftaren på nationell nivå inte längre ensamma kan kontrollera spelplanen hemmavid.” Malmberg, *Arbetsdomstolarna och arbetsrättens autonomi* s. 833.

²¹⁴ ”Globaliseringen” och det *hot* den utgör är inte bara en europeisk företeelse. ”From the vantage point of industrial workers in America, globalization presents a threat to jobs, economic security and the future of America’s industrial power” säger till exempel Casebeer och Minda, *Work Law in American Society* s. 1129. Egenskapen av ”hot”, i vart fall så länge det gäller just arbetstillfällena, ekonomisk säkerhet och den industriella maktens framtid är dock antagligen, som Casebeer och Minda antyder i det att de ser *hotet* utifrån

det dock knappast något skäl att i föreliggande avhandling göra någon terminologisk skillnad. Här väljs, som framgått, termen *internationalisering*, varunder globaliseringen och europeiseringen kan betraktas som uttryck för samma tendens.²¹⁵

3.2.2 Internationaliseringens konturer

Ett utmärkande drag i den nutida arbetsrättsliga historieskrivningen är observationen att arbetsmarknaden internationaliseras.²¹⁶ Observationerna bygger på att arbetsmarknaden förändras, vilket inte minst har att göra med att internationella aktörer dyker upp på den tidigare nationella arbetsmarknaden.²¹⁷ Den internationaliseringen har tidigare varit en företeelse som varit tämligen isolerad till transportmarknaden och sjöfarten.²¹⁸

Det är dock avgörande för arbetsrätten att analysen bakom påståendet inte är rättsvetenskapens uppgift. Det är inte heller rättsvetenskapens uppgift att driva på internationaliseringen, men rättsvetenskapen kan knappast undvika att påverka utvecklingen.²¹⁹ En annan sak är att har-

den amerikanske industriarbetarens fördelaktiga position, i hög grad ett västerländskt fenomen.

²¹⁵ Inte heller i andra studier förefaller gränsen upprätthållas med någon större precision. Om förhållandet mellan termerna internationalisering och globalisering uttalar Kaarlo Tuori ”internationaliseringen – eller, för att använda ett modeord, globaliseringen”, Tuori, Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat) s. 345.

²¹⁶ Litteraturen är enorm. Se för ett snävt urval av juridiska arbeten till exempel Bruun, The Future of Nordic Labour Law s. 376, Herzfeld Olsson, Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet s. 42 och (särskilt) s. 44, Rönömar, Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet s. 15 och s. 23, Edström, Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället s. 63 f., Sigeman, Arbetsrätten s. 19.

²¹⁷ Därmed inte sagt att det är någon nyhet, åtminstone inte för andra områden än arbetsrätten. Michael Bogdan betraktar 1979 de ökande gränsöverskridande arbetsförhållandena som ett angelägen IP-rättslig forskningsuppgift: ”I samband med näringslivets internationalisering, de multinationella företagens verksamhet arbetskraftens rörlighet över de nationella gränserna, u-landsbiståndet osv. uppkommer idag i större omfattning än tidigare arbetsrättsliga förhållanden vilka uppvisar anknytningar till mer än ett land.” Bogdan, Den svenska internationella arbetsrätts grunder s. 81.

²¹⁸ Internationaliseringen av sjöarbetsmarknaden tog fart efter andra världskriget medan transportmarknaden var internationell sedan tidigare, se Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden s. 21.

²¹⁹ ”Ingen behöver tvivla på att europeiseringen är ett av de största temana i dagens rättsvetenskapliga debatt. [...] [I] det långa loppet torde också alla rättsvetenskapliga konferenser och arbetsgrupper avseende komparation, harmonisering, utarbetande av förslag på europeiska principer etc. inom det ena och andra rättsområdet få minst lika stor betydelse för hur rätten kan diskuteras och gestaltas. Även om dessa arbetsgrupper och deras ’soft law’ inte direkt är bindande, så påverkar den gränsöverskridande rättsdiskussionen vad

moniseringsvänlig rättsvetenskap i sig innehåller ett moment av politisk strävan.²²⁰ Påståendet bildar utgångspunkt för analysen, men det är inte själv en del av den.²²¹ Objektet för den rättsvetenskapliga studien är alltid något annat, ett regelkomplex eller liknande.²²² Därför blir inte heller precisionen i fråga om internationaliseringen och dess natur egentligen viktig.²²³ Det räcker med ett antagande, ett antagande som man vet skulle visa sig välgrundat om saken undersöktes. Att det är en sam- och sentida företeelse är underförstått, eftersom förändringarna i arbetsmarknadens struktur upplevs ställa allvarliga frågor till arbetsrätten. Huruvida detta grundantagande verkligen har fog för sig är inte egentligen uppe till diskussion.²²⁴ För arbetsrätten är internationaliseringen, självbildens till trots, inte i första hand en empirisk fråga.²²⁵

som på sikt upplevs som centrala frågor och lämpliga hanteranden av dem.” Andersson, EKMR-skadeståndsrätt s. 380. (Se också, för citatets fullständighet, strax ovan n. 213).

²²⁰ Ytterligare en annan sak är att en sådan strävan inte är ny, även om dess föremål växlat. I början av 1970-talet diskuterades om rättsvetenskapen skulle kunna göras mer enhetligt nordisk. Åke Malmström var (med hänvisning till Tamm) i det sammanhanget inne på att försöka skapa en gemensam nomenklatur (”en skenbart blygsam tanke”, som Malmström anmärker), det vill säga att använda en medveten språklig likriktning för att skapa en gemensam nordisk rättsvetenskap. Malmström, De nordiska juristmötena 100 år s. 406. Harmonisering är tydligen inte så lätt, ens i ett nordiskt perspektiv. Malmströms tankar lades fram på de Nordiska Juristmötenas hundraårsjubileum, knappt ytterligare 40 år senare är terminologin antagligen, om det gick att mäta, lika nationell som för 140 år sedan.

²²¹ ”Ingen behöver tvivla på att europeiseringen är ett av de största temana i dagens rättsvetenskapliga debatt.” Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt s. 380.

²²² Lite vid sidan av kan man tänka sig att rättsvetenskapens objekt och villkor förändras på grund av internationaliseringen, se till exempel Sandgren, Hänvisningar i rättsvetenskapen s. 69: ”Mängden av juridisk litteratur har ökat kraftigt under senare decennier. Detsamma kan sägas om rättsfallsmaterialet som en följd av rättens europeisering (de svenska högsta instanserna är inte längre sistainstanser).”

²²³ Jfr dock Bruce E Kaufman som hänför den nuvarande globaliseringens startpunkt till 1970-talet. Eller rättare, det var efter 1970-talet ”[a]ccording to most observers” globaliseringen tog fart på ett dramatiskt sätt, även om den, som Kaufman anmärker, naturligtvis pågått sedan upptäcksresorna på 1300- och 1400-talen, Kaufman, The global evolution of industrial relations s. 553. Se också Seth, Svensk internationell arbetsrätt s. 9.

²²⁴ Jfr till exempel arbetstagarparterna (elektrikerförbundet) i AD 1977 nr 49: ”På senare år har emellertid frågan om installationsavtalets giltighetsområde fått aktualitet genom att utländska installationsföretag numera är verksamma på den svenska marknaden.”

²²⁵ Den empiriska frågan är en fråga för sociologin, som arbetsrätten i och för sig kommer att få en dragning åt, se 9.5. Till sociologin får man också vända sig för försök till definitioner av globaliseringen: ”Globaliseringen kan således definieras som en intensifiering av världsomspännande sociala relationer som förbinder åtskilliga lokaliteter med varandra på ett sådant sätt att lokala tilldragelser formas av händelser som uppträder många mil bort och vice versa.” Giddens, Modernitetens följder s. 66. Exempel på diskussioner om definitioner finns dock i juridisk litteratur, jfr Fitzpatrick, Modernism and the grounds of law s. 185: ”At the top of many lists are things seen in economic terms – the dominance

Internationaliseringsdiskursen har en annan retorisk form. Till att börja med är det något som sker, till synes obevekligt. Det är vidare något som händer nu, ett löpande förlopp. Det är dessutom utmärkande att vi inte är en del av förloppet utan snarare åskådare eller passagerare. Förändringen, internationaliseringen, är aktiv, vi är passiva. Internationaliseringen påverkar oss dock, och bestämmer vilka handlingsalternativ som är möjliga.²²⁶

Det passiviserande momentet kan tillskrivas en ekonomisk determinism.²²⁷ Med en deterministisk syn på förändringen (och internationaliseringen) som något som påverkar oss utan att vi kan påverka den blir det också närmare till hands att betrakta förändringen som ett *hot*. Den retoriska formen har vidare att göra med den ovan introducerade abstraheringsmekanismen. Man kan till den retoriska formen lägga till att förändringen blir ett "något" (dessutom ett något utan personlighet och utan egentliga konturer, som hämtat ur en skräckhistoria), vilket målar upp scenen. Känslan av hot förstärks av att internationaliseringen (liksom förändringen) inte går att fänga (den är, som sagt, utan konturer).

3.2.3 Internationaliseringens dualitet

Internationaliseringen suddar, enligt den strax ovan presenterade tanken, inte ut gränser, utan gör dem tvärtom mer markerade. Det kan ses som ett drag i en samhällsomdaning, där *nationalismen* är en reaktion på hot mot den egna autonoma identiteten.²²⁸ En ny, väsentligen postindustriell, samhällsstruktur kan målas upp,²²⁹ i vilka nationalstaterna är i kris genom hotet från globaliseringen och där "globaliseringens tidsålder också är en tidsålder av återuppväckt nationalism."²³⁰

of 'the market', the growth of transnational corporations, the mobility of capital and of labour, the increase of world trade. Considerable emphasis is usually placed on 'cultural' factors. These usually celebrate the supposedly tentacular efficacy of new technologies for disseminating culture or information. Then there is 'politics'. This is very much about governing and being governed and, in the literature of globalization, politics is increasingly being subsumed in the label of 'governance'."

²²⁶ Det gäller inte bara arbetsrätten, utan hela den akademiska verksamheten: "De närmaste åren kommer att präglas av en fortsatt internationalisering. Denna måste naturligtvis återspeglas i juristutbildningens innehåll och i forskningen." Håstad, Juridiska fakulteten 1989–1996 s. 235.

²²⁷ Se Hyman, National Industrial Relations Systems and Transnational Challenges: An Essay in Review s. 107.

²²⁸ Se Castells, Identitetens makt s. 66. Castells verk om informationsåldern omfattar tre band, och får nog sägas utgöra ett monumentalverk bland samtidsanalyser.

²²⁹ Se Castells, Nätverkssamhällets framväxt s. 49. Den nya samhällseran benämns av Castells *informationsåldern*.

²³⁰ Castells, Identitetens makt s. 41.

Det är antagligen inte märkligt i och för sig att analysen blir mer detaljerad och mer komplicerad i en studie som försöker analysera just samhällsförändringen. Exempelvis skiljer Manuel Castells på *stater* vilka består av institutioner och *nationaliteter* vilka består av identiteter – till exempel utgör svenskar enligt Castells en nation uppdelad på olika stater, Sverige och Finland.²³¹ Sådana nyanser är viktiga i en analys av samhället, det ger den dess konturer. I en juridisk analys, där de konkreta händelserna abstraherats till samhällsförändringen, är sådana nyanser inte längre nödvändiga. Samhällsförändringen kommer då att vara konturlös också i den rättsliga diskursen.

Påståendet att arbetsmarknaden internationaliseras antyder, explicit eller implicit, att arbetsmarknaden någon gång har varit nationell, eller åtminstone mer nationell.²³² I ”-iseringen” ligger tanken på en rörelse, i detta fall från nationell till internationell. Samtidigt är det otvivelaktigt så att kollektivavtalet redan från början är en internationell företeelse.²³³ Förslagan är internationella, och utvecklingen har knappast skett i ett nationellt vakuum. Ändå omhuldas ”den svenska modellen” som något nationellt enhetligt.²³⁴ I det skulle man kunna se en rörelse från internationell till nationell, det vill säga en *nationalisering*.

Även i helt andra sammanhang tycks ett nationellt drag visa sig i sättet att närma sig vissa frågor som har med arbetsmarknadsreglering att göra. Sverige fälldes i början av 2007 i Europadomstolen i ett mål om de så kallade granskningsarvodena.²³⁵ Från en svensk horisont var en fällande dom i och för sig knappast överraskande. Däremot var grunden kanske inte den förväntade. Europadomstolen fällde Sverige för brott mot art. 1

²³¹ Castells, *Identitetens makt* s. 65.

²³² ”As if they ever were!” utbrister Peter Fitzpatrick apropå det antagande som alltid följer tänkbara komponenter i en definition av globalisering, nämligen att komponenten inte *längre* kan hållas strikt nationell, Fitzpatrick, *Modernism and the grounds of law* s. 186. Se också Giddens, *Modernitetens följder* s. 68.

²³³ Adlercreutz, *Kollektivavtalet* s. 6.

²³⁴ *Vad den svenska modellen* är förutsätts tydligen vara känt. ”In other words, this [självregleringen vad avser arbetstagares trygghet vid neddragningar] is a powerful example of the negotiated solutions for which the Swedish model of labour relations is well-known.” Sebart, *Redundancy and the Swedish Model*, s. 29. Det gäller för övrigt också ”den nordiska modellen”, se Nielsen, *Europeanization of Nordic Labour Law* s. 39 (med hänvisningar, se a. st. n. 2).

²³⁵ *Evaldsson and Others v. Sweden*, no. 75252/01. Europadomstolen konstaterar att staten visserligen har en bred tolkningsmarginal i fråga om att organisera sin arbetsmarknadsreglering, men att det särskilt i ett system som innebär att normgivningskompetens delegeras till från staten fristående organisationer (arbetsmarknadens parter) finns en positiv skyldighet att se till att inte enskilda medborgares rättigheter kränks, i det fallet äganderätten (se domen, st. 63).

Tilläggsprotokoll I, det vill säga skyddet för äganderätten. Istället hade en dom på grund av brott mot den negativa föreningsfriheten varit att vänta. Det är kanske en tillfällighet, men det kan också vara belysande, att den svenska domaren i Europadomstolen (Elisabeth Fura-Sandström) hellre ville pröva frågan mot art. 11 EKMR och föreningsfriheten.

Internationaliseringen är också en fråga för rättsvetenskapen själv. Den komparativa rättens starka ställning i arbetsrätten kan i sig vara ett uttryck för internationaliseringen.²³⁶ Internationaliseringens dualitet är närvarande i den komparativa rätten (det vill säga såvitt nu är relevant den komparativt inriktade arbetsrätten), i (åtminstone) två avseenden. För det första genom att den uttryckliga strävan efter internationalisering accentuerar nationaliseringen. Det tydligaste uttrycket torde vara det syfte med den komparativa studien som anges vara att en sådan ökar förståelsen för den nationella rättsordningen.²³⁷ För det andra kan globaliseringen innebära att de ideologier som får internationell spridning ”förlänas något av universell hegemoni.”²³⁸

Även om den rättsvetenskapliga doktrinen är den främsta källan för den arbetsrättsliga förändringsdiskursen kan den spåras också till andra områden. Internationaliseringens dualism dyker upp också i lagstiftningen. Ett belysande exempel är att en ökad internationalisering och den därmed ökade betydelsen av nationell identitet angavs som ett bärande skäl för att nationaldagen skulle bli en allmän helgdag.²³⁹ Den identitetskris som nationalstatens reaktioner skulle vara utslag av behöver dock i och för sig inte leda till att nationalstaten upphör att existera, men väl att dess identitet måste konstrueras och rekonstrueras.²⁴⁰ Det är för övrigt

²³⁶ Se särskilt uttryckligt Birgitta Nyströms anmälan av Rimsten, ”Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande”: ”Det är nog näst intill omöjligt att inte anlägga ett komparativt perspektiv i en modern avhandling. Om en författare *möjligt skulle tillåtas underlåta detta* [min kursiv], så får det vara i en avhandling som behandlar något så nationellt präglad som domstolar och deras dömande verksamhet.” Nyström, Anm. av Rimsten, s. 1012. Jfr också Ronnie Eklunds anmälan av Calleman, Turordning vid uppsägning, s. 692–696, särskilt s. 695.

²³⁷ Se Inghammar, Funktionshindrad – med rätt till arbete? s. 34, Rönmar, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet s. 30, Sebart, Redundancy and the Swedish Model s. 540. Se också Zwigert och Kötz, Introduction to comparative law s. 18.

²³⁸ Andersson, Kritisk pluralism s. 38. Den komparativa rätten kan, beroende på utgångspunkt (se vidare nedan n. 1229), i sig själv antyda en sådan ambition. Se det inledande påståendet i Zweigert och Kötz, An Introduction to Comparative Law s. 15: ”It is beyond dispute today that the scholarly pursuit of comparative law has several significant functions. This emerges from a very simple consideration, that no study deserves the name of a science if it limits itself to phenomena arising within national boundaries”.

²³⁹ Prop. 2004/05:23 s. 8.

²⁴⁰ Se Castells, Identitetens makt s. 284 f. och s. 314.

inte bara nationalstaterna som kan drabbas av en identitetskris till följd av internationaliseringen, utan också etablerade internationella organisationer.²⁴¹

3.2.4 Internationaliseringens akuta närvaro

Internationaliseringen framstår ofta som det kanske största och mest akuta hotet mot ”den svenska modellen”.²⁴² Efter Arbetsdomstolens begäran om förhandsbesked i det så kallade Vaxholmsmålet, sedermera Laval-målet,²⁴³ har arbetsrättens aktörer varit sysselsatta med frågan om den svenska modellens framtid.²⁴⁴ Konflikten utmanar den svenska berättelsen inte bara genom att de regler som möter varandra är nya, utan också genom att den rör arbete på svensk mark, till skillnad från de mer vanligt förekommande tvisterna om kollektivavtal för fartyg.²⁴⁵ Sjöfarten är traditionellt särreglerad, på grund av sin speciella karaktär. Någon sådan ställning har dock de nu aktuella reglerna inte, inte i arbetsrätten.

²⁴¹ Se Davies, *Perspectives on Labour Law* s. 56, som (med hänvisning till Langille) talar om att globaliseringen skapat en ”identitetskris” för ILO.

²⁴² Det är inte bara den svenska modellen som hotas, utan överhuvudtaget de nationella arbetsrättsliga ordningarna: ”It is argued that these changes [som följer av Lissabonfördragets ikraftträdande, däribland EU:s (eventuellt) förestående anslutning till EKMR] may influence the internal market case law of the Court of Justice, which, as the Viking, Laval and Rüffert cases demonstrate, represents a significant threat to national labour laws and practices.” Syrpris, *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?* s. 219.

²⁴³ AD 2005 nr 49. Målet har avgjorts i C-341/05 och AD 2009 nr 89. Debatten är dock inte avslutad.

²⁴⁴ De mest övertygade domedagsprofetierna tycks komma från fackföreningshåll, vilka vill se saken från det hållet att stridsåtgärderna är betingade av solidaritet med de utländska arbetstagarna och en strävan att värna de svenska kollektivavtalen. Dessa röster har i sin tur blivit angripna från andra håll än i strikt mening vetenskapliga (Maciej Zarembas artiklar om ”Den polske rörmokaren” i *Dagens Nyheter* 2005 rönt stor uppmärksamhet – 2009 förlänades de dessutom en viss vetenskaplig status, då Maciej Zaremba utsågs till hedersdoktor vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, bland annat på grund av just de artiklarna), med påståenden om att stridsåtgärderna dikteras av protektionism och maktfullkomlighet. Inget av dessa radikalt motstående sätt att betrakta saken är fria från historiska paralleller. Jfr Adlercreutz, *Kollektivavtalet* s. 189: ”i samarbete med dessa [mästarna] borde man [hantverksfacken] försöka lösa yrkets problem, vilka tillskrevs främst den starka tillströmningen av arbetskraft från landsbygden och konkurrensen från utbildade arbetare. Yrkesprotektionism blev därför ett av ledmotiven under denna tids organisationsrörelse.” (Först något senare skall de solidaritetsidéer som idag förknippas med fackföreningsrörelsen ha slagit igenom, se Adlercreutz, a.a. s. 195 f.).

²⁴⁵ Se Göransson, *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument* s. 385 ff. som under en egen rubrik behandlar stridsåtgärder riktade mot bekvämlighetsflaggade fartyg, och Schelin, *Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden* s. 409 ff. En rad senare mål behandlar frågan, se AD 1989 nr 120, AD 1989 nr 130, AD 1990 nr 35, AD 1990 nr 113, AD 1991 nr 1, AD 1992 nr 10, AD 1993 nr 28, AD 2003 nr 26 och AD 2003 nr 46.

Efter det att EG-domstolen meddelade dom i målet blev aktiviteten inte mindre (men inte heller större – förändringstrycket är inte bara avhängigt vad man vet om rättsläget).²⁴⁶ Frågan, så som den ställs, är vilka förändringar som krävs.

I reaktionerna yttrar sig områdets självbevaringsdrift (se n. 71).²⁴⁷ Regeringen tillsatte en utredning som enligt direktiven skulle gripa in så lite som möjligt i den befintliga regleringen.²⁴⁸ Arbetsmarknadsparterna ryckte genom sina första reaktioner ut för att rädda partsautonomin.²⁴⁹ Svenskt näringsliv och LO ingick en överenskommelse enligt vilken gästande företag skulle erbjudas tillfälligt medlemskap i svenska arbetsgivarförbund, för att därigenom omfattas av svenska kollektivavtal. Möjligheten att genomdriva en sådan modell ställdes aldrig på sin spets, men en begränsning kunde skönjas i lagstiftarens frånvaro. Det enda sättet för arbetsmarknadsparterna att rättsligt påverka gästande företag är genom stridsåtgärder. Om stridsåtgärderna riskerar inskränka den fria rörligheten måste de vägas mot vikten av den fria rörligheten.²⁵⁰ Rättsläget återstår att utforma närmare, men en sådan avvägning är om inte främmande för, så i vart fall en nyhet i svensk rätt.²⁵¹ Införandet av en proportionali-

²⁴⁶ C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, och Svenska Elektrikerförbundet.

²⁴⁷ Självbevaringsdriften kan också yttra sig i att den internationella påverkan på den nationella ordningen tas för given, men att den kan gå i endera positiv (och generera ”god” lagstiftning) eller negativ riktning (arbetsrätten får vika för regler till främjande av fri rörlighet). Se Syrpris, *The Treaty of Lisbon: Much Ado...But About What?* s. 228.

²⁴⁸ Kommittédirektiv 2008:38, återgivet i SOU 2000:123 s. 357–368 (se särskilt s. 366).

²⁴⁹ Man kan förvisso ifrågasätta om och i vilken utsträckning det är rimligt att tala om en reell partsautonomi, men idealet, kollektivavtalsrättens självbild, bygger på partsautonomi. Jfr Teknikföretagens rapport *No size fits all* s. 10, som hävdar att det i och med *internationaliseringen* (närmare bestämt EU-medlemskapet) ”numera är än mer felaktigt att tala om arbetsmarknadens parter som autonoma att reglera arbetsmarknaden.” Därmed torde också kollektivavtalet vara hotat, ty ”[a]vtalet är ett instrument i partsautonomins tjänst”, som Bert Lehrberg uttrycker saken. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* s. 67. Se också Schmidt, *Tysk abstrakt metod* s. 298.

²⁵⁰ Mål C-438/05, *Finnish Seamen’s Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*.

²⁵¹ Den harmonisering som EG-rätten eftersträvar kan leda till nya splittringar och avvägningen kan för svenskt vidkommande vara en ”legal irritant”, se Teubner, *Legal irritants*. Teubner visar, i en kritik av metaforen ”legal transplant” att rättsliga koncept (i den aktuella artikeln ”good faith”) inte kan överföras till ett främmande rättssystem (i den aktuella artikeln det engelska) och därvid behålla sin identitet. Teubners kritik riktar sig mot Otto Kahn-Freunds diskussion om ”legal transplants” som går ut på att endera en förgasar- eller en transplantationsmetafor är bäst ägnad att beskriva överföringen av rättsliga begrepp och koncept mellan rättsordningar, Kahn-Freund, *On Uses and Misuses on Comparative Law*, särskilt s. 298 f. (se också Carlson, *Searching for Equality* s. 30 och Heppe & Veneziani (red.), *The Transformation of Labour Law in Europe* s. 9 ff., jfr a.a.

tetsprincip innebär för det svenska systemets del att makt förflyttas från parterna till domstolen.²⁵² Det är denna som får avgöra stridsåtgärders lovlighet. *Internationaliseringen* innebär alltså i detta sammanhang en *juridifiering* av arbetsrätten.²⁵³

I kollektivavtalen ser man inte många spår av internationaliseringen i och för sig. Man kan dock, även om det ännu är fråga om spekulationer, tänka sig att Laval-målet kan komma att sätta spår som kan härledas till just det – ett utslag av internationaliseringen. Paradoxalt nog kan det spåret upplevas som ett steg tillbaka till en tidigare ordning. Ett genomgående problem (från EU-rättens perspektiv) med den svenska regleringen som var under lupp i Laval-målet är att det saknas tydliga minimilöner. Inte heller det mest minimilöneliknande i byggnadsavtalet, stupstocks-lönerna, var att betrakta som minimilöner. Stupstocksreglerna om löner utgjorde istället en ”förhandlingsmekanism”.²⁵⁴

Ett andra problem är att det var för svårt för det den gästande arbetsgivaren att få reda på vad som åvilade denne, inte minst i fråga om vilka lönekostnader som skulle utgå. Systemet i byggnadsavtalet att kollektivavtal ingicks, varefter lönen bestäms i förhandlingar som förs under fredsplikt ansågs inte ge den gästande arbetsgivaren tillräcklig inblick i systemet. För att rädda kollektivavtalssystemet, och därmed behålla inflytandet hos arbetsmarknadsparterna, kan löneregleringen i kollektivavtalen alltså

n. 22). Teubners analys går i sin tur ut på att ingendera metaforen är belysande eftersom de utgår just från att konceptet behåller sin identitet och att verkningarna i någon mån kan förutses. Se också, i kritik mot användningen av en teknisk metafor (till exempel just en förgasare) till grund för en juridisk behandling av den mänskliga tanken, White, *The Legal Imagination* s. 181.

²⁵² Om att EG-rätten skulle innebära ett hot mot den nordiska modellen genom att den medför att makt flyttas från kollektivavtal till lagstiftning, se Nielsen, *Europeanization of Nordic Labour Law* s. 74.

²⁵³ Juridifieringen kunde vara en tendens i sig, en tendens som kan observeras i den svenska arbetsrättens sentida historia. Tore Sigeman talar om åren 1968–1989 som ett skede av *juridifiering* av arbetslivet, ett skede som avlöser den svenska modellens *gyllene tid*, 1938–1968, Sigeman, *Arbetsrättens utveckling i Sverige under 1990-talet* s. 10. Se också Adlercreutz, *Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige* s. 17. Håkan Göransson beskriver den moderna arbetsrättens utveckling från dess genombrott med näringsfriheten som en juridifieringsprocess (den moderna arbetsrättens genombrott föregicks i sin tur av en omfattande avreglering), Göransson, *Kollektivavtalet som fredspliktinstrument* s. 401 ff. Se också Ryberg-Welander, *Arbetsrättens utveckling* s. 331 f.

²⁵⁴ EG-domstolen formulerar som ett konstaterande, i anslutning till en beskrivning av arbetstagarparternas argumentation om stupstocksregeln i det aktuella kollektivavtalet och i enlighet med parternas inlägga, att stupstocksregeln ”in fact represents only a negotiating mechanism of last resort, and does not constitute a minimum wage”, mål C-341/05 st. 26.

behöva bli tydligare, särskilt i fråga om vilka minimilöner som skall gälla. Ett sätt att uppnå det kan vara att ge lönenormer i kollektivavtalen i form av tariffer. Det vill säga en återgång till ett system man lämnat.

Lönetariffer i kollektivavtal kanske kan accepteras av EU-rätten. *Kanske*, eftersom det återstår (minst) en hake. EU-rätten, såvitt den kan förstås av den nu diskuterade domen, förutsätter inte bara att det finns minimilöner, utan också att det finns någon form av statlig inblandning i lönebildningen. Det är inte ett uttryckligt krav, snarare en förgivettagen förutsättning bakom EU-rätten på det aktuella området.²⁵⁵ Det är inte fråga om att EU-rätten egentligen misstror funktionen hos den svenska modellen för lönebildningen, eller att den skulle underkänna partsautonomin som sådan. Det handlar snarare om att man inte kan tänka sig något annat än att staten aktivt skall ge legitimitet åt lönebildningen.²⁵⁶ Det gör att bristen är svårare att bota, då det förutsätter en harmonisering på idéplanet snarare än på teknikplanet. En sådan harmonisering kan visa sig vara svårare att åstadkomma.

Kollektivavtalet behandlas i den europeiska diskursen gärna som en enhetlig rättsfigur. Det är förstås inte så att vi inte *vet* att ett ”*kollektivavtal*” i Sverige, ett ”*Collective agreement*” i England, ett ”*kollektivverdrag*” i Tyskland, ett ”*convention collective*” i Frankrike och så vidare är olika på många sätt. Vi *vet* att förutsättningarna, rättsliga och andra, för kollektivavtalet nationellt, i olika länder skiljer sig på många sätt, vilket bland annat leder till att det som betraktas som ett kollektivavtal i ett land inte kan vara det i ett annat, och till att rättsverkningarna av ett kollektivavtal skiljer sig åt olika länder.²⁵⁷ Utöver mer utpräglad juridisk-tekniska faktorer skiljer också sådant som organisations- och täckningsgrader, förhandlingstraditioner och överhuvudtaget umgängesformer på arbetsmarkna-

²⁵⁵ Se mål C-341/05, st. 7, 8, 63–67, 69–71 och 84.

²⁵⁶ Som en kuriositet kan uppmärksammas att Arbetsdomstolen tydligt kan tänka sig att lagstiftning om minimilöner kan komma att införas. Tanken är i vart fall tillräckligt närliggande för att den skall väljas i ett exempel för att illustrera en tolkningsmaxim i AD 1997 nr 94. ”Saken kan illustreras med följande exempel”, säger Arbetsdomstolen, och fortsätter: ”en arbetsgivare betalar avtalsenlig lön till sina arbetstagare med 50 kr per timme. Lagstiftaren ingriper sedan med lagregler om en minimilönenivå om 75 kr i timmen.”

²⁵⁷ Se 3.2.1. Se också Rigaux, *The Concept of Fact in Legal Science* s. 40: ”The multiplicity of legal orders, the relationships that necessarily arise among them and the specific relations that link people who come under different systems have as a consequence that the norms and institutions of each of them necessarily have recognized effects for the functioning of other systems. It is therefore necessary to accept two statements that are hard to reconcile, namely that every legal order constitutes an *autonomous* system, the sole judge of its internal validity, without any of them being able to refuse to maintain certain relationships with other systems.”

den sig åt mellan olika europeiska länder. Ändå, för att vi skall kunna ha en internationell diskurs om ”*kollektivavtalet*” måste vi bortse från olikheterna och generalisera utifrån det som är tillräckligt likt. Priset för diskursen om kollektivavtalet är de förenklingar och generaliseringar som översättningen medför.

3.3 Flexibiliseringen

3.3.1 Tendensen

Behovet av flexibilitet framställs ofta som en del av den moderna, sentida arbetsrättens villkor.²⁵⁸ Flexibiliseringen är, som forskningsfält betraktad, av ett ganska lokalt fenomen i den svenska arbetsrättsliga diskursen – den finns, av någon anledning, framförallt i Lund.²⁵⁹ Som idé betraktad är flexibiliseringen dock i princip universell (i ett eurocentriskt perspektiv), och den förtjänar sin plats bland de centrala tendenserna.²⁶⁰ Flexibiliseringstrenden, eller rättare, kraven på flexibilisering syns uttryckligt i kollektivavtalsfloran (likaväl som den är frånvarande i många kollektivavtal. Här pekas bara på dess närvaro). Att de flexibla modellerna ges i kollektivavtal garanterar deras legitimitet inom systemet. Att kollek-

²⁵⁸ Calleman, Turordning vid uppsägning s. 21 och s. 23 f.; Fahlbeck, Ett revolutionerat arbetsliv? s. 1031 f.; Glavå, Arbetsrätt s. 38 f.; Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 20 ff.; Sigeman, Arbetsrätten s. 20; Rönnmar, Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet s. 27; Julén Votinius, Föräldrar i arbete s. 378 ff. och s. 404 ff., med hänvisningar till en omfattande diskurs. Vidare Numhauser-Henning, Den neoliberala arbetsrätten, särskilt 18 ff. och 157 ff. Jfr Victorin, The Implementation of a Wage Policy: Centralized Collective Bargaining in Sweden s. 314, som framhåller att det svenska kollektivavtals-systemet på grund av den dualistiska karaktären (interaktionen mellan centrala och lokala förhandlingar) har visat sig utomordentligt stabilt. Analysen ger utrymme för att framhäva flexibiliteten (till exempel) i de lokala förhandlingarna som det mest karakteristiska eller eftersträfvansvärda, men det är stabiliteten i systemet som betonas.

²⁵⁹ Se Numhauser-Henning, Arbetets flexibilisering; Rönnmar, Arbetsledningsrätt och anställningsskyldighet; Berg, Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling; Nyström, Kollektivavtalet – Ett flexibelt regleringsinstrument; Fahlbeck, Flexibility – Flexibilisation of Working life.

²⁶⁰ Se för nedslag Birk, Labor Law Scholarship in France, Germany, and Italy: Some remarks on a difficult question, s. 690: ”Flexibility is at stake today.” Vidare Hepple & Veneziani (red.), The Transformation of Labour Law in Europe s. 15 och Davies, Perspectives on Labour Law s. 242 f., som (från ett engelskt perspektiv) betraktar flexibilitet som ett nödvändigt svar på *internationaliseringen*. Se också Bauman, Det individualiserade samhället s. 34: ”Flexibilitet är dagens slogan”. Bauman ser i flexibiliteten en omvälvande förändring, bestående i att tryggheten i anställningen är borta, och därmed också ”jobbet som vi känner det”.

tivavtalet garanterar flexibilitet talar också till dess fördel som regleringsinstrument i en tid då flexiblisering är något eftersträvt.²⁶¹

De mest uttryckliga skrivningarna syns i de preambelliknande policydeklarationerna som ofta föregår de mer materiella bestämmelserna i avtalen:

”Den snabba utvecklingen i omvärlden ställer stora krav på den statliga sektorns effektivitet och flexibilitet”.²⁶²

”För att svara mot behoven i den nya skolan har de centrala parterna ändrat i lärares arbetstidsbestämmelser till förmån för en reglerad arbetstid. Avsikten med detta har inte varit att öka eller minska lärares tid för traditionell undervisning utan att ge lärare och skolledare ökade möjligheter att skapa en flexibel arbetsorganisation som främjar elevers lärande.”²⁶³

”Anställningsvillkoren i detta avtal ska stimulera till förbättringar av verksamhetens effektivitet, produktivitet och kvalitet samt genom flexibla lösningar bidra till att nå verksamhetsmålen”.²⁶⁴

Den rättsliga innebörden av dylika skrivningar är nog sedd för sig oklar, i vart fall i den meningen att de knappast i sig själva grundar någon rätt för parterna, eller något tillräckligt konkret att föra talan med (se vidare 7.8.2). Ändå är de långt ifrån oviktiga. Förutom att de rimligen, även om det är svårt att mäta, kan påverka genomförandet av avtalen på lokal nivå, ger de genom sin position i inledningen av avtalstexten ett uttryck för parternas uppfattning om avtalets förutsättningar, och därmed om verkligheten. Policybestämmelserna ger, genom att beskriva verkligheten, en ram för avtalets rationalitet. De kommer därmed att också bestämma verkligheten – oavsett om beskrivningen är ”korrekt” eller inte, kommer den ju att ge förutsättningarna för avtalets materiella bestämmelser.

Policybestämmelserna anger vad som är möjligt respektive omöjligt i avtalets tillämpning. Avtalet skapar sin egen myt,²⁶⁵ att jämföra med vilken saga som helst (för övrigt är deklarationen ”saga” eller ”verklighetsbeskrivning” en del av berättelsen – de anger vad som är möjligt respek-

²⁶¹ Se till exempel Nystrom, Kollektivavtalet – ett flexibelt regleringsinstrument s. 467. Ett nedslag: I bemanningsavtalets bilaga om kompetensutveckling (Bilaga 3 till Bemanningsavtalet) betonas att ”[ö]kad fokusering på kunder och marknad ställer krav på ökad flexibilitet.”

²⁶² Samverkan för utveckling, Avtal 1997-09-22 mellan Arbetsgivarverket, SACO-S, SEKO, TCO-OF/S, P och O sammantagna.

²⁶³ Allmänna villkor och löner 2004–2007 Almega tjänsteföretagen och SKTF.

²⁶⁴ Allmänna bestämmelser – AB 05.

²⁶⁵ ”Myt” kan klinga illa i realistiska öron, men den kan (och skall här) ”förstås neutralt såsom de konstitutiva koder vilka förmedlar rättens berättelser.” Andersson, Barthesianska meditationer s. 96.

tive omöjligt”, och ett misstag i läsningen gör berättelsen obegriplig, och man kommer att riskera att, naturligtvis oräddvist, anklaga författare till fiktion för att vara överkliga). Det välbekanta ”det var en gång ...” flyttar handlingen ur tidens ramar, och därmed ut ur den tradition som ger vad som är möjligt respektive omöjligt. Samma funktion har ”Den snabba utvecklingen i omvärlden ...”.

Policybestämmelserna, ehuru beaktansvärda, hamnar ofta i skymundan av de materiella bestämmelserna. Bland dessa kan man finna de tydligaste spåren av flexibilisering i olika sätt att förkorta arbetstiden.²⁶⁶ Frågan var framförallt på tapeten i början av 2000-talet då flera modeller för arbetstidsförkortning användes i kollektivavtal på den privata sektorn. System med tidbanker och (framförallt) arbetstidskonton gav den enskilda arbetstagaren möjlighet att själv bestämma över hur en del av den arbetade tiden skulle belönas.²⁶⁷ På senare år verkar intresset från arbetsmarknadens parter dock ha svalnat, även om inte frågan helt försvunnit.²⁶⁸ Under våren 2009 slöts dock kollektivavtal på central nivå som innebar att parterna lokalt kunde komma överens om att sänka arbetstiden, och därmed lönen.²⁶⁹ Avtalen anknöt till de gällande permitteringsavtalen och betingades uttryckligen av den rådande finansiella krisen.²⁷⁰ Just flexibel arbetstid, snarare än förkortad arbetstid, framhålls av Manuels Castells som en förutsättning för nya organisationer i det Castells kallar nätverkssamhället.²⁷¹ En sådan flexibilitet kan också tidvis innebära kortare arbetstid och därmed lägre lön.

De slutna avtalen om permittering är förstås menade att vara till fördel för båda sidor, eftersom arbetstillfällena kan räddas på det sättet. Framförallt den ena sidan kan nog dock se med viss misstänksamhet på flexibili-

²⁶⁶ ”Flexibilitet är det nya slagordet för arbetstidsreglering” anmärker Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 294. Ronnie Eklund betraktar flexibiliteten inom arbetstidsområdet som en empirisk sanning, se Eklund, Empirisk forskning s. 104.

²⁶⁷ Se särskilt Medlingsinstitutets årsrapport 2001 s. 65 ff. och Medlingsinstitutets årsrapport 2005 s. 89 ff.

²⁶⁸ Jfr Medlingsinstitutets årsrapport 2007 s. 131 f. och Medlingsinstitutets årsrapport 2001 s. 121.

²⁶⁹ I LO-sfären slöts avtal på central nivå av IF Metall, medan TCO fann att de centrala avtalen fann att de befintliga centrala avtalen inte hindrade sådan konstruktioner. Det finns i skrivande stund inte någon officiell statistik på hur många lokala kollektivavtal som slutits, än mindre hur många arbetstagare som omfattas.

²⁷⁰ Se § 1 avtal mellan Stål och Metall Arbetsgivareförbundet, Gruvornas Arbetsgivareförbundet, SVEMEK och Industrifacket Metall 2 mars 2009: ”Mot bakgrund av det allvarliga konjunkurläget och den finansiella situationen har parterna träffat bifogad tillfällig permitteringslöneöverenskommelse (Överenskommelsen)” och rubriken på avtalet mellan Teknikarbetsgivarna och IF Metall: ”Överenskommelse för att överbygga den ekonomiska krisen.”

²⁷¹ Castells, Nätverkssamhällets framväxt s. 486.

tetsretoriken. Historiskt kan arbetstagsidans strävan beskrivas som en strävan bort från flexibilitet – arbetsgivarsidans oinskränkta flexibilitet. Kollektivavtalet var, vet historien att berätta, ursprungligen ett tariffavtal, vars syfte var att reglera priset på vissa arbetsuppgifter.²⁷² Arbetstagarna krävde stabilitet, i första hand för att komma undan arbetsgivarens godtycke. Att flexibilitet uppfattas som uttryck för en strävan hos ena parten, arbetsgivarparten, antyder att det finns en annan utgångspunkt, ett annat läge som normaliserats.²⁷³

3.3.2 Flexibiliseringens dualitet

Flexibiliseringstrenden möts i avtalsverksamheten av en motsatt trend, vad som kanske kan kallas en stabiliseringstrend. Som exempel kan tas en uttryckligt flexibel lösning, uthyrning av arbetskraft genom bemanningsföretag. Också den branschen regleras dock genom kollektivavtal.²⁷⁴ Bemanningsavtalet reglerar tämligen detaljerat vilka arbetsvillkor som skall gälla för uthyrd arbetskraft, under såväl arbetstid som under så kallad ej utbokad tid.²⁷⁵ Arbetsmarknadens parter, kanske särskilt arbetstagsidans, strävar efter att reglera den typ av flexibilitet som bemanningsföretagen anses ge upphov till.²⁷⁶ Det förvånar knappast, hela fackföreningsrörelsen kan, som sagt, sägas ha sin grund i en dylik strävan (det vill säga strävan efter en stabiliseringstrendens).

Det gör att berättelsen om flexibilisering i den svenska diskursen (också i det föreliggande kapitlet) berättas från ett visst håll. Det är arbetsgivaren

²⁷² Se Adlercreutz, Kollektivavtalet, särskilt s. 299 ff.

²⁷³ Flexibla arbetstider är enligt Adlercreutz och Mulder, Svensk Arbetsrätt s. 294, främst ett arbetsgivarönskemål, vilket också Lotti Ryberg-Welander beskriver som det vanliga sättet att beskriva saken, Ryberg-Welander, Arbetstidsregleringens utveckling s. 311 med hänvisning till ett engelskt och ett tyskt verk. Axel Adlercreutz hänför i föregående upplaga till Svensk arbetsrätt flexibilitetssträvandet främst till arbetsgivarsidan, Adlercreutz, Svensk arbetsrätt, 12 uppl. s. 109 (jfr Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 28). Se också Nyström, Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad s. 306 och Hepple & Veneziani (red.), *The Transformation of Labour Law in Europe* s. 4 och s. 26.

²⁷⁴ Se för en utförlig beskrivning av kollektivavtalsregleringen i bemanningsbranschen, se Berg, Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling s. 254 ff.

²⁷⁵ Se Bemanningsavtalet § 6.

²⁷⁶ Se till exempel Rönnmars, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet s. 15. Enligt Mia Rönnmars modell är uthyrning av arbetskraft en fråga om kvantitativ flexibilitet, vilken kan ställas mot kvalitativ flexibilitet. Kvantitativ flexibilitet handlar i den distinktionen om arbetets form och varaktighet, medan kvalitativ flexibilitet handlar om arbetets innehåll. För än högre upplösning kring flexibilitetsbegreppet se Numhauser-Henning, Arbetsflexibilisering, särskilt s. 264 ff. och Rönnmars, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet, särskilt s. 23 ff. och s. 343 ff.

som strävar efter flexibilitet, medan arbetstagens sida strävar efter stabilitet. Den motsatta situationen, att arbetstagen strävar efter flexibilitet medan arbetsgivarsidan försöker begränsa möjligheterna för arbetstagen att byta arbetsgivare, eller rättare – att byta sysselsättning – är inte en del av flexibiliseringsdiskursen.²⁷⁷ Frågan om arbetstagens lojalitetsplikt och i vilken omfattning denne kan konkurrera med arbetsgivaren, både i och efter en anställning, är en arbetsrättslig fråga, med den handlar inte om arbetsrättens *förändring*.²⁷⁸ Tvärtom har frågan sedan länge reglerats mellan arbetsmarknadens parter på central nivå.²⁷⁹ Att förändringsdiskursen inte handlar om arbetstagens intresse av att byta arbetsgivare (eller byta status från arbetstagen till konkurrent) kan bero på en lösning till *arbetsrätten*, det vill säga till förhållandet mellan arbetsgivare och *arbetstagen* (se ovan 2.3.3.2). Diskursen handlar om *arbetsrättens* förändring, och arbetsrätten definierar sig själv i förhållande till sig själv. Rundgången ger arbetsrätten ett självbevarande drag.²⁸⁰

3.3.3 Ett försök till medelväg – Flexicurity

Flexibiliseringen förmår inte lika effektivt som de andra tendenserna tränga undan sin motpol, *stabilitet*. Det vill säga om man nu väljer den motpolen, man kan av olika syften välja andra motpoler, för en annan effekt. Man kan till exempel pröva att låta ”flexibilisering” mötas av en ”rigidisering”, eller en ”förstelnig”. Då får man en tydlig dikotomi mellan något eftersträvansvärt och något förkastligt.²⁸¹ Om man istället alltså

²⁷⁷ Jfr Casebeer och Minda, *Work Law in American Society* s. 1088, som tar upp just frågan om hur arbetsgivare försöker begränsa arbetstagens möjligheter att fritt flytta från jobb till jobb som en följd av att arbetet blivit mer flexibelt.

²⁷⁸ Se om lojalitetsplikt i anställningsförhållandet Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt* s. 210 ff. Se om lojalitetsplikt efter anställningens upphörande Ds 2002:56 s. 303 och s. 329 ff. (främst om konkurrerande verksamhet) samt prop. 1973:129 s. 166 (om lojalitetsplikt under den period då företrädesrätt till återanställning löper). Se också Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt* s. 210, s. 230 och s. 481.

²⁷⁹ Se om ”1969 års överenskommelse” mellan SAF (numera Svenskt näringsliv) å ena sidan och SIF (numera Unionen), SALF (numera Ledarna) och CF (numera Sveriges ingenjörer) å den andra Källström och Malmberg, *Anställningsförhållandet* s. 261 f. Jfr också AD 2001 nr 91.

²⁸⁰ Det är således en praktisk tillämpning av hur rättsområdets *självbevaringsdrift* fungerar, se nedan n. 71.

²⁸¹ Ett exempel på tekniken erbjuder sju företrädare för olika arbetsgivarorganisationer i en debattartikel inför avtalsrörelsen 2010, *Ansvarsfulla parter kan rädda jobben*, SvD 2009-09-15: ”Man måste snabbt kunna göra ändringar och anpassningar och de lokala parterna känner sitt företags förutsättningar bäst. Det finns alltså inte stöd för en konservativ facklig retorik, rigida kollektivavtal eller en centralstyrd lönepolitik som inte tar hänsyn till företagets och individernas förutsättningar.” Just avtalsrörelsen 2010 förutspås bli viktig, både för att den är omfattande och för att det allmänna ekonomiska läget är

väljer stabilitet får man en motpol av något som också är något eftersträvansvärt, och det med djupa rötter i den arbetsrättsliga traditionen, särskilt för lagstiftningen.²⁸² Att ha två jämstarka positivt laddade poler innebär en spänning i förändringsdiskursen, eftersom den, och tendenserna, måste sträva mot något (det kan vara bra eller dåligt, önskvärt eller inte, men den går ut på att den är på väg någonstans – mot flexibilitet, mot trygghet, mot internationalitet och så vidare).

Ovan, i samband med arbetsrättens position mellan liberalismen och socialismen (2.2.5), talades om medelvägar. Till det anknyter den lösning på problemet med flexibilitet och stabilitet som blivit den gängse; Man slår helt enkelt ihop orden och talar om "flexicurity".²⁸³ Flexicurity är en medelväg, en medelväg som uttryckligt vill vara *gyllene*.²⁸⁴ Flexicurity förklarar samtidigt de båda polerna i flexibilitetens dualitet.²⁸⁵ Det leder till att diskussionen inte kan handla om huruvida man skall ha flexicurity eller

bekymmersamt, se, förutom debatten mellan arbetsmarknadsparterna själva, Konjunkturinstitutets rapport Lönebildningsrapporten 2009 s. 8.

²⁸² Som vi skall se har lagstiftningen historiskt varit betingad av intresset av fredsplikt, det vill säga intresset av stabilitet, se särskilt 5.3.3 vid n. 487 och 7.6.2.2.

²⁸³ Själva ordets poetiska attraktionskraft skall nog inte underskattas, även om den inte kan mätas. Karin Ulander-Wänman som frågar sig "[v]ilken betydelse ordet flexicurity får för frågan om rättens funktionalitet i en större social kontext", Ulander-Wänman, Förreträdesrätt till återanställning s. 62. Det är förstås möjligt att Ulander-Wänman inte själv främst tänker på den poetiska dimensionen i ordet, utan att arbetsrättens representationalistiska världsbild (se 2.1 vid n. 45) som skymtar fram (kopplingen till "rättens funktionalitet" talar rätt starkt för den tolkningen). Se också på det temat Ryberg-Welander, Arbetstidsregleringens utveckling s. 29: "Orden används i kommunikationen och bygger på ett ömsesidigt beroende mellan språk och koncept, koncept och teorier, teorier och realiteter."

²⁸⁴ Ton Wilthagen, som ledde den expertgrupp, the European Expert Group on Flexicurity, som tillsattes av Kommissionen efter att Grönboken *En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar* (KOM (2006) 708 slutlig) publicerats (se också Sciarra, Is Flexicurity a European Policy? s. 454 n. 24), har publicerat en ganska underhållande (näja, konkurrensen i just det avseendet kanske inte är särskilt hård) instruktion till medlemsstaterna där genomförandet av flexicurity på den nationella nivå framställs som ett brädspel. Under rubriken *Before you start ...* inleds instruktionerna: "Sit down together at the (round) table and first read the basic instructions. The game should be played as a win-win game, i.e. a positive sum game rather than a negative or zero sum game where only one party wins and the others lose." Wilthagen, Mapping out flexicurity pathways in the European Union s. 6. Se också expertgruppens rapport, Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones s. 5.

²⁸⁵ Konceptet ifrågasätter också den grundläggande motsättningen mellan arbetsgivare och arbetstagare (se n. 61), eftersom flexicurity uttryckligen vill vara till fördel för både arbetstagare och arbetsgivare. Se särskilt Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones kap. 4 (med rubriken "Flexicurity is in the interest of both workers and employers") s. 13 f.

inte (det är inte meningsfullt att på allvar hävda något annat, det vore lite som att hävda att man hellre är fattig och sjuk än rik och frisk).²⁸⁶

Vad flexicurity närmare bestämt innebär i och för sig skall inte beskrivas eller utredas närmare här. Redan en begreppsbestämning skulle, trots begreppets korta historia, motivera en egen utredning.²⁸⁷ Lite skall dock sägas. Kommissionen har fastslagit vissa principer för flexicurity, och därvid också presenterat en definition: "Begreppet 'flexicurity' kan definieras som en integrerad strategi för att på samma gång öka både flexibiliteten och tryggheten på arbetsmarknaden."²⁸⁸ Just den definitionen kanske inte säger så mycket, och konceptet utvecklas i fyra "komponenter": Utformande av flexibla och tillförlitliga anställningsavtal, övergripande strategier för livslångt lärande, effektiva aktiva arbetsmarknadsåtgärder och moderna sociala trygghetssystem.²⁸⁹ Dessa är sedan i sin tur en del av de åtta "gemensamma principer" som föreslås i syfte att "stimulera diskussion i medlemsstaterna om de gemensamma målen i riktlinjerna för tillväxt och sysselsättning".²⁹⁰ Det betonas särskilt att varje medlemsstat själv måste utforma sin egen strategi, men de gemensamma principerna kan också, tänker man sig "underlätta för medlemsstaterna att upprätta och genomföra flexicuritystrategier som beaktar ländernas egna specifika utmaningar".²⁹¹ Flexicuritystrategin skall möta globaliseringen, samtidigt som den är en del av internationaliseringen i det nationella systemet.

²⁸⁶ Det är inte bara termen "flexicurity" som är slagkraftig. Flexicuritydiskursen är överhuvudtaget bemängd med positivt laddade metaforer, till exempel kunde titeln på expertgruppens rapport *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones* vara hämtad från en bok om hur man förverkligar sig själv och sina drömmar (det är faktiskt fullt möjligt att titeln är hämtad från en sådan bok: Belmont, *The Path to Personal Success and Freedom: Turning Hurdles into Stepping Stones*. Man kan undra om det inte bor en *ironist* i Ton Wilthagen, jfr n. 411.

²⁸⁷ Begreppets ursprung tycks vara att söka i Nederländerna, även om det är oklart exakt var. Se Wilthagen, *Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?* s. 1, jfr Sciarra, *Is Flexicurity a European Policy?* s. 453.

²⁸⁸ Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet (KOM (2007) 359 slutlig) s. 5. Se också *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones* s. 11.

²⁸⁹ Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet s. 5.

²⁹⁰ Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet s. 9. Varför det skulle stimulera diskussionen om de gemensamma målen att man "enas på EU-nivå om en rad 'gemensamma principer för flexicurity'" (så fortsätter den citerade meningen) utvecklas inte närmare.

²⁹¹ Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet s. 9.

Flexibiliseringen möter alltså också i denna punkt internationaliseringen, med ett ännu överblickbart resultat.²⁹²

Trots begreppets nederländska ursprung, och betoningen på de nationella särdragen, har den danska modellen för arbetsmarknadspolitik lyfts fram som ett lyckat exempel på flexicurity.²⁹³ I den danska arbetsmarknadsmodellen, liksom i den svenska, har kollektivavtalen en central plats. Kollektivavtalen får alltså en plats i flexicuritydiskursen också på EU-nivå, och arbetsmarknadsparterna är uttryckligen adressater för strävandena mot flexicurity.²⁹⁴ Eftersom de svenska arbetsmarknadsparternas positioner således kan komma att beröras av EU:s (och den svenska lagstiftarens, i den mån sådana finns) flexicuritysträvanden har flexicurity och den danska modellen blivit intressant för de svenska arbetsmarknadsparterna (den kan förstås intressera arbetsmarknadsparterna ändå, men att positionerna utmanas kan otvivelaktigt reta vissa receptorer).²⁹⁵ På detta sätt är flexicuritydiskursen i centrum av förändringsdiskursen. Positionerna, och kan också utmanas av att arbetsmarknadens karaktär förändras, en förändring som kan visa sig i form av att den i industrisamhällets identitet så etablerade anställningen ersätts av andra rättsliga relationer.²⁹⁶

²⁹² Se vidare ovan 3.2.4.

²⁹³ Se kommissionens meddelande IP/07/919 av den 27 juni 2007, Flexicurity: Fler bra jobb, Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet s. 20 och Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Flexicurity – den danska modellen (2006/C 195/12). Apropå positivt laddade metaforer, den danska modellen beskrivs gärna utifrån *den gyllene triangeln* (vilken består av hög mobilitet, generöst stödsystem och aktiv arbetsmarknads- och utbildningspolitik), se Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Flexicurity – den danska modellen (2006/C 195/12) 3.2 och 3.3. och Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet s. 20.

²⁹⁴ Se Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet s. 9 och Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Flexicurity – den danska modellen 1.8, 1.9, 1.13, 4. och 6.8. Se också Wilthagen, Mapping out flexicurity pathways in the European Union s. 15.

²⁹⁵ Se för nedslag LO:s rapport Westerlund, *Tryggare på andra sidan sundet? – Om flexicurity i Danmark* samt den av Svensk näringsliv publicerade rapporten Ludvigsson, *Mer Dansk Design*. Se också Ahlberg, *Nordisk reaktion på grönboken: Kollektivavtal gör vår arbetsrätt flexibel* för en kort sammanfattning av nordiska (Island undantaget) reaktioner från både offentligt håll och arbetsmarknadshåll. I reaktionerna, som de redovisas, kan en viss självbevarelse-drift märkas, se vid n. 71. Se också pressmeddelande från Europafacket av den 18 december 2007, i vilket uttalas oro över att domen skulle äventyra flexicurityprocessen. Carin Ulander-Wänman anmärker att vilken roll flexicurity får är avhängigt "vilken ideologi som tar makten över begreppet." Ulander-Wänman, Företrädesrätt till återanställning s. 62, jfr ovan n. 281.

²⁹⁶ Annika Berg avslutar sin avhandling med att konkludera att bemanningsarbetet (föremålet för hennes undersökning) är ett uttryck för "det tidstypiska, och något mot-

Eftersom arbetsmarknadsparternas reaktioner utlöses av att deras positioner (för att tala klarspråk: deras makt) utmanas är det måhända nära till hands att säga att reaktionerna är politiska och inte har med den rättsliga diskursen att göra. Så lätt bör man dock inte komma undan (även om det annars är ett kraftfullt försvar). I själva verket är väl aldrig den rättsliga och den politiska diskursen fullt ut meningsfullt åtskiljbara, men det kan vara intressant att peka på de politiska drag i diskursen som parasiterar på de mer utpräglade rättsliga begreppen. Ett belysande exempel är den roll något så grundläggande rättsligt som ett *rättsområde*, nämligen "arbetsrätten", får i den Grönbok kommissionen gav ut 2006: "I denna grönbok undersöks vilken roll arbetsrätten kan ha när det gäller att föra fram agendan för flexibilitet och trygghet på arbetsmarknaden för att stödja en mer rättvis, smidig och integrerad arbetsmarknad som bidrar till att stärka EU:s konkurrenskraft."²⁹⁷ "Arbetsrätten" skall alltså användas som redskap för att föra fram en politisk agenda, vilket förutsätter en annan användning av begreppet "arbetsrätt" än den som används i föreliggande avhandling, där "arbetsrätten" är ett akademiskt definierat rättsområde.²⁹⁸ Det är inget konstigt i det i och för sig, liksom allt juridiken tar i blir juridik (se vid n. 428), blir allt politiken tar i politik, och grönboken är ett politiskt dokument. Rättsvetenskapen bör dock vara vaksam, så att inte politikens strävanden utan vidare blir juridikens (den moderna rätten har genomgått en *kameliseringsprocess* se n. 207), men rättsvetenskapen kan göra till sin uppgift att kämpa emot, eller att åtminstone vara misstänksam och inte okritiskt föra vidare vad som sägs och därmed bidra till att göra politiken till juridik.

sägelsefulla, begreppet *flexicurity*." Berg, Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling s. 359.

²⁹⁷ Grönbok. En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar s. 4.

²⁹⁸ Se också för ett nedslag Catharina Calleman som inleder sin avhandling med att anknyta till hur "arbetsrätten" används i den allmänpolitiska debatten, Calleman, Turordning vid uppsägning s. 17. När man talar om en "förändring av arbetsrätten" och avser att turordningsreglerna i LAS skall avskaffas eller ändras tänker man knappast på "arbetsrätten" som ett akademiskt område.

3.4 Individualiseringen

3.4.1 Tendensen

När tendenser i den moderna, sentida arbetsrätten skall pekats ut nämns gärna en ökad fokusering på individen.²⁹⁹ Som en del av individualiseringstendensen kan också betraktas en alltmer omfattande diskrimineringslagstiftning, och ett för sådan ökat rättsvetenskapligt intresse.³⁰⁰ Mot detta står att regleringen av arbetsmarknaden i industrisamhället traditionellt utmärks av en kollektiv reglering.³⁰¹ Kollektivavtalet reglerade ursprungligen löner, men också arbetstidsfrågan var dock med "från början", och redan i de första framstötarna från arbetstagsarsidan på kollektiva regleringar önskades reglering av arbetstiderna.³⁰² Att arbetsmarknaden i industrisamhället dominerats av en regleringsform som bygger på ett kollektivt ideal medför att individen är dold i den kollektivavtalsrättsliga historien. Det innebär dock naturligtvis inte att individer inte drabbas av de förändringar som omvälvningen innebar, men det innebär att de inte syns i den moderna arbetsrättens historia.³⁰³

Individualiseringen och decentraliseringen har sinsemellan många likheter.³⁰⁴ Individualiseringen kan vara en mer mekanisk följd av skeendena och därmed i princip opolitisk (den är så att säga ett resultat av de politiska förändringarna), men den kan också, särskilt i den mån den

²⁹⁹ Se Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 29 (som anmärker att tendensen ännu inte gjort sig starkt gällande i Sverige, men att EU-rättens inflytande går i den riktningen) och Sigeman, Arbetsrätten s. 23. Se också Inghammar, Funktionshindrad – med rätt till arbete? s. 24 f. Reinhold Fahlbeck lyfter fram individualiseringen som en följd av den personliga kunskapens ökade betydelse i informationssamhället, Fahlbeck, Ett revolutionerat arbetsliv? s. 1019 f.

³⁰⁰ För nedslag bland sentida arbetsrättsliga avhandlingar se Carlsson, Searching for Equality: Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law, Inghammar, Funktionshindrad – med rätt till arbete? och Julén Votinius, Föräldrar i arbete.

³⁰¹ På arbetstagsarsidan är den arbetsrättsliga aktören ett kollektiv, se särskilt 2.2.1 n. 61.

³⁰² Se till exempel Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 253 och s. 269. Den där omtalade intressefrågan tycks ha lösts så att arbetsgivarsidan gick med på 11,5 timmars arbetsdag med slut kl. 19 på lördagen. Såväl arbetstidens längd som dess förläggning har alltså från början varit föremål för kollektiv reglering.

³⁰³ Individen kan dock råka skymta fram i texter som handlar om något annat. Stig Strömholm använder ett stycke skönlitteratur när han beskriver det moderna industrisamhällets genombrott förkroppsligat i snömakaren som svimmar när ha får veta att han förlorat ett anbud på snömakeriarbete till en konkurrent som med modern industriell produktion kan ge ett väsentligt lägre anbud. Strömholm, Tre lagböcker s. 893. Strömholm kommer därmed också att ge en bild av den tekniska utvecklingen, se nedan 3.6.

³⁰⁴ Se Hepple & Veneziani (red.), The Transformation of Labour Law in Europe s. 4, som i individualiseringen också ser en *juridifiering* (se ovan n. 253). Se också a.a. s. 273.

sammanfaller med decentraliseringen utgöra målet för en uttrycklig politisk strävan.³⁰⁵ Som sådan kanske den traditionellt står närmare arbetsgivarsidans fackliga verksamhet,³⁰⁶ men den kan likaväl märkas också på arbetstagsidan. Inom ramen för SACO:s avtalsverksamhet är individuell lönesättning rent av en facklig strävan.³⁰⁷

Att det just är ett fackförbund för akademiker som kräver individuell lönesättning ger näring åt tanken att individualiseringen är en del av en övergång till ett kunskapssamhälle. Akademikerns främsta konkurrensmedel är dennes individuella kompetens. För tendensens skull är det avgörande att akademikerna blivit många fler, massan spelar roll.³⁰⁸ Kunskapsbranscher är ju inget nytt i och för sig, ett uppenbart exempel är kulturbranschen. Den har alltid varit en utpräglad kunskapsbransch, men så liten och antagligen så ekonomiskt insignifikant att den knappt betraktas som ett särfall. Den ekonomiska betydelsen kan belysas av den del av kulturbranschen som idrottsvärlden utgör, en bransch som praktiskt taget varit helt utanför de gängse regleringsmodellerna.³⁰⁹ När

³⁰⁵ Se till exempel Nyström, Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad s. 306 som tillskriver SAF (nuvarande Svenskt näringsliv) en medveten strävan efter individualisering (och flexibilisering, se ovan n. 273). Se apropå individualisering också a.a. s. 321.

³⁰⁶ Se särskilt uttryckligt Teknikföretagens rapport *No size fits all*.

³⁰⁷ Se till exempel SACO:s egen utredning Lön och individuella drivkrafter, särskilt s. 6. Fackföreningsrörelsen ger dock totalt sett ett splittrat intryck till frågan om individualisering är eftersträvsvärd eller inte. Bland TCO:s förbund kan ingen enhetlig strategi iakttas, LO kräver i någon form garanterad löneökning. SAC utmärker sig genom att konsekvent avvisa tanken på individuell lönesättning som överhuvudtaget förenlig med facklig verksamhet.

³⁰⁸ Den är dock inte ensamt avgörande. Andra branscher kan trots betydande storlek i antalet sysselsatta räknas, vara utanför den kollektivavtalsreglerade marknaden, se Calleman, Ett riktigt arbete? s. 40 f. och s. 134 ff. Catharina Calleman beskriver hushållstjänsternas reglering, en bransch som inte är en utpräglad kunskapsbransch och därför ligger vid sidan av diskussionen här. Inte bara här för övrigt, den har kommit att ligga utanför den arbetsrättsliga diskursen alltsedan dennas födelse.

³⁰⁹ Det finns visserligen kollektivavtal för professionella fotbollsspelare mellan Svenska Fotbollsspelare på arbetstagsidan och Elitföreningen damfotboll respektive Föreningen Svensk Elitfotboll på arbetsgivarsidan. Avtalets historia sträcker sig inte längre tillbaka än till 2000, se härom Viklund, Fotbollens kollektivavtal – återigen – en replik s. 266. Lars Viklund pekar på det speciella i branschen, också ställd mot skådespelaryrket som ändå har en lång arbetsrättslig tradition (nästan sjuttioårig, enligt Viklund). Kollektivavtalet är också särreget på vissa punkter, det mest iögonfallande är antagligen den bestämmelse som anger att ett anställningsavtal skall vara tidsbegränsat och som mest får ingås för fem år (tre år om arbetstagaren inte fyllt 18 år), se § 5.1 i respektive avtal (se härtill Öhman, Fotbollens kollektivavtal och anställningsvillkor – ett udda regelsystem s. 341 f.). Att ett visst avtal sticker ut som speciellt belyser samtidigt det etablerade (skulle inte det speciella avvika från det gängse vore det inte speciellt). Spelaravtalet kan uppfattas som utpräglat anpassat till branschen, vilket åtminstone för den branschen tycks innebära att individu-

branschen får större ekonomisk betydelse och den möter allmänna regler kan den dock inte hållas utanför (eller hålla sig utanför).³¹⁰

Individualiseringen är en ideologisk tendens, men den har som sådan praktisk betydelse.³¹¹ Den lämnar också tydliga spår i avtalsverksamheten. Ovan nämnda avtalskonstruktioner för att reglera löner och arbetstid innehåller i varierande grad ett mått av individualisering. Flera av dem innebär att löneregleringen så att säga decentraliseras ner till individnivå. Man kan fråga sig om individualiseringstendensen och decentraliseringstendensen överhuvudtaget bör beskrivas som två olika tendenser. I vissa avseenden är svaret nog nekande, men jag har, som synes, ändå stannat för att skillnaderna i vissa andra avseenden gör att de bäst separeras. Det gäller ideologiskt, där individualiseringen drivs av en strävan att tillgodose den enskilde individens intressen medan decentraliseringen motiveras av hänsyn till verksamhetens effektivitet. Det finns inte heller någon motsättning mellan en reglering som är starkt decentraliserad men ändå helt kollektiviserad. En kollektivavtalsreglering som täcker hundra procent av arbetstagarna inom en viss population men där anställningsvillkoren är individuella för varje arbetstagare skulle vara ett sådant exempel. Individualiseringstendensen utmanar en reglering genom kollektivavtal, decentraliseringstendensen förutsätter en reglering genom kollektivavtal. Individualiseringen är materiell och handlar om reglernas innehåll, medan decentraliseringen snarare är formell kan man avsluta jämförelserna tendenserna emellan med.

Då lönesättningen, som ett utslag av individualiseringen, är decentraliserad ner till individnivå kan kollektivavtalen innehålla riktlinjer för på vilka grunder lönesättningen skall ske.

Lönesättningen ska vara differentierad efter individuella eller andra grunder. Löneskillnader ska vara objektivt och väl motiverade. Lönen ska bestämmas med hänsyn till ansvaret och svårighetsgraden i arbetsuppgifterna och den anställdes sätt att uppfylla dessa. Ett svårare arbete som ställer högre krav på skicklighet, ansvar och kompetens ska ge högre lön än ett enklare arbete.

aliseringstendensen bekräftas, i det att snart sagt varje fråga (lön, arbetstid semester) skall regleras individuellt. Till vems fördel det är går knappast att säga, men det är ju inte heller det tendensen handlar om.

³¹⁰ Här möter också *internationaliseringen*, se mål C-415/93 Bosman, i vilken fotbollens eget regelverk ställdes mot (och underställdes) EG:s regler om fri rörlighet för arbetstagare.

³¹¹ "Olika rättsfrågor har olika konjunkturen i olika tider, beroende på den samhälleliga diskursens inriktning. Kollektivistiska respektive individualistiska ideal sätter sin prägel på vad som kan diskuteras – och därmed på hur lösningar kan formuleras och rättfärdigas." Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt s. 377.

Hänsyn ska också tas till arbetsmiljön och förutsättningarna för hur arbetet kan utföras. Även marknadskrafterna påverkar löneavvägningen.³¹²

Lönebildning och lönesättning ska medverka till att målen för verksamheten uppnås och att verksamheten bedrivs effektivt och rationellt. En avgörande förutsättning för en effektiv och väl fungerande verksamhet är att arbetsgivaren kan rekrytera, motivera, utveckla och behålla arbetstagare med sådan kompetens som behövs på kort och lång sikt. Lönesättningen är ett instrument för att säkerställa detta och ska stimulera till engagemang och utveckling i arbetet samt uppfattas som rättvis i förhållande till arbetsresultatet och arbetsinsatser.

En arbetstagares lön ska bestämmas utifrån sakliga grunder såsom ansvar, arbetsuppgifternas svårighetsgrad och övriga krav som är förenade med arbetsuppgifterna, samt arbetstagarens skicklighet och resultat i förhållande till verksamhetsmålen. Lönerna skall vara individuellt bestämda, om inte arbetsgivaren och den lokala arbetstagarorganisationen funnit skäl att överenskomma om annat för vissa grupper. En väl utvecklad lönesättning som utgår från sakliga grunder är betydelsefull för en ändamålsenlig differentiering av lönerna.³¹³

Individens förutsättningar och individens arbetsuppgifter skall bestämma lönen, inte mer kollektiva kategoriseringar utefter tjänst, titel eller något annat. Som synes är vidare hänsyn till verksamheten framträdande i texterna. Notera dock att differentieringen är ett mål också sett för sig. Den anges vara ”ändamålsenlig”, men det förutsätts därvid att differentieringen är bra för verksamheten, utom i undantagsfall. Huvudregeln är, skulle man kunna säga, den omvända jämfört med en kollektiviserad reglering. Lönesättningen skall stimulera till engagemang och utveckling i arbetet, det vill säga utpräglad individuella omständigheter, och det förblir de även om det bakomliggande syftet är att verksamheten skall gagnas.

Individuella löner eftersträvas, mer eller mindre uttryckligt för att individuell lönesättning är bättre än alternativet, det vill säga kollektiv lönesättning. Från juridikens synvinkel är forskning som visar på ett samband mellan lönesystem och resultat, vare sig det är för verksamheten eller för individen, otillgänglig. Man kan överhuvudtaget fråga sig om det kommer an på juridiken att avgöra frågan om någon kan *visa* på ett

³¹² Teknikavtalet IF Metall 1 april 2007–31 mars 2010. Avtal mellan Teknikarbetsgivarna och Industrifacket Metall (IF Metall) § 2. Det bör anmärkas att avtalsbestämmelserna här bara används som illustration. De är valda för att vara illustrativa snarare än representativa.

³¹³ Ramavtal om löner m.m. för arbetstagare hos staten (RALS 2004–2007) mellan Arbetsgivarverket och OFR:s förbundsområden inom det statliga förhandlingsområdet sammantagna 5 §. Det förtydligas, kan noteras, i Allmänt löne- och förmånsavtal (ALFA) att lokala avtal om tarifflönen får förekomma, n. till 2 kap. 5 §. Vid nyanställning får vidare lokalt avtal slutas om ordning och riktlinjer för fastställande av lön, Bilaga 2 till ALFA.

sådant samband.³¹⁴ Frågan är inte juridisk, än mindre rättsdogmatisk. Det rättsvetenskapliga paradigmet ger inte heller egentligen någon rättvis möjlighet att behandla sådana frågor. Man kan nog allmänt ifrågasätta möjligheten att överhuvudtaget svara på frågan om individuell lönesättning är *bättre* eller *sämré* än kollektiv, om inte annat på den grunden att någon konkret och oantastlig jämförelse inte kan finnas.

Problemet grundar sig i att man måste, för att överhuvudtaget få en jämförelse till stånd, välja jämförelseobjekt. En objektiv sådan jämförelse kan ju inte komma till stånd eftersom varje individ vid en viss tidpunkt har lönen satt på ett visst sätt (individuellt, kollektivt eller en viss kombination). Skall samma individ jämföras med lönen satt på ett annat sätt har tidpunkten mellan de båda jämförelserna ändrats. Skall tidpunkten för jämförelsen vara densamma för jämförelseobjekten måste individen ändras. Jämförelsen måste alltså i någon del vara hypotetisk. Genom att kriterierna för det valet måste bestämmas normativt är jämförelsen normativ. En sådan kritik utifrån mot ett vetenskapsområde riskerar dock att vara orättvis, varför rättsvetenskapen i viss utsträckning måste ta andra vetenskapers forskningsresultat för givna. Det är, skall betonas, i och för sig inget problem, det intressanta är hur individualiseringen får fäste i diskursen genom att den blir något av ett postulat för hur lönebildningen bör gå till.

3.4.2 Individualiseringens dualitet

Genom att förlägga normeringen av anställningsförhållandet på individnivå har kollektivavtalet kommit att mindre fylla funktionen av standardavtal.³¹⁵ Därmed är dock bara sagt att kollektivavtalet inte fyller den funktionen, inte att anställningsvillkoren *de facto* är individualiserade i högre grad. I vart fall om anställningsförfarandet är något av en masshantering kan rent av det motsatta sambandet (en än högre grad av standardisering) gälla. Den mest relevanta skillnaden mellan de båda typerna av standardisering (genom kollektivavtal eller genom arbetsgivarens utform-

³¹⁴ Det är också belysande för området att mycket av den tillgängliga forskningen är anknuten till arbetsmarknadens parter, ofta i form av rapporter från huvudorganisationerna. På arbetstagsarsidan synes SACO särskilt aktiva, se till exempel Granqvist och Regné, Lön och individuella drivkrafter, särskilt s. 9 f., Wetterberg, Den nya lönebildningen s. 4 ff., på uppdrag av OFR, Ryman, Är det lönsamt med individuell lön – vad säger forskningen, särskilt s. 4, s. 10 och s. 15 f., jfr i samma skrift (Bilaga 3) Bröms, Individuell och differentierad lönesättning i staten s. 33. Jfr Calleman, Turordning vid uppsägning s. 18 f.

³¹⁵ Jfr Schmidt och Neal, International Encyclopedia of Comparative Law s. 9 och s. 14 f.

ning av avtalsvillkoren) är kanske att arbetstagarna har inflytande över avtalsinnehållet i högre grad om regleringen ges genom ett kollektivavtal.³¹⁶ I detta hänseende kan bilden av kollektivavtalet som ett sätt för den svagare parten (arbetstagaren) att uppnå balans i avtalsförhållandet försvaras. I ett kunskapssamhälle som det vanligen uppmålade kan en standardisering verka hämmande, men då för arbetstagarna som inte lika lätt kan förhandla individuella, för dem förmånliga, anställningsavtal. I kunskapssamhället kan alltså en viktförskjutning iakttas, från arbetsgivaren som den starkare parten till arbetstagaren. Eftersom den balanserande funktionen skyddar den andra parten kan tendensen driva på ett skifte mellan industrisamhälle och kunskapssamhälle, trots att funktionen är densamma.

Man kan, starkt förenklat men belysande, säga att den svenska modellen utgår, historiskt och ideologiskt, från ett kollektivt intresse (främst manifesterat genom kollektiviteten på arbetstagarsidan, se vidare 5.4.1.1).³¹⁷ Anställningsskyddslagen, det mest framträdande individuella skyddet är av jämförelsevis sent datum. EU-rätten däremot, bygger i princip på att *individ*en skall garanteras rättigheter, medan det kollektiva intresset träder i bakgrunden.³¹⁸ Utgångspunkten manifesteras av att det är den individuella arbetstagaren som garanteras rätt till fri rörlighet i det grundläggande fördraget, art. 45 EU-fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (förutvarande art. 39 EG-fördraget). Kollektiva inslag, såsom arbetstagarinflytande i Europabolag, är, där de antyds, lite främmande och hamnar därmed lite utanför.³¹⁹

EU-rättens inverkan kan ändå, paradoxalt nog, medföra en kollektiviserande verkan på den svenska kollektiva arbetsrätten. I Laval-målet gav EU-domstolen ett förhandsbesked som bland annat tar sikte på att det var alltför svårt för det utstationerande företaget att kunna beräkna kostnaderna eftersom några minimilöner inte fanns att tillgå, inte ens i kol-

³¹⁶ Rönmar, Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet s. 364 f.

³¹⁷ Det säregna i regleringen av arbetsmarknaden är ursprungligt: "Inom den modärna industrien låter sig arbetsförhållandet uppdelas i tvenne led. Dels består ett förhållande mellan arbetsgivaren och den enskilde arbetaren som sådan, dels kommer arbetsgivaren i relation till en kollektivitet." Undén, Om arbetsreglementenas rättsliga natur s. 438.

³¹⁸ Också i ett europeiskt perspektiv kan arbetsmarknaden sägas ha individualiserats sedan 1980-talet, Hepple & Veneziani (red.), *The Transformation of Labour Law in Europe* s. 4. Se också Davies, *Perspectives on Labour Law* s. 10 ff.

³¹⁹ Se Rådets direktiv 2001/86/EG av den 8 oktober 2001 om komplettering av stadgan för europabolag vad gäller arbetstagarinflytande. Jfr särskilt preambeln (5): "Vad gäller arbetstagarinflytande vid beslutsfattande inom bolagen har medlemsstaterna mycket varierande praxis, vilket inte gör det tillrådligt att fastställa en enda europeisk modell för arbetstagarinflytande i SE-bolag [europabolag]."

lektivavtal.³²⁰ Det aktuella kollektivavtalet, byggnadsavtalet, har i stället den lönekonstruktionen att avtalet tecknas, varefter löneförhandlingar förs under fredsplikt. Vad arbetsmarknadsparternas reaktion i ett längre perspektiv kommer att bli återstår att se, men en tänkbar reaktion för att rädda partsautonomin är att kollektivavtalen förses med lönetariffer. Resultatet av en process som tillhör internationaliseringen, och som inte sällan förts under individualiseringens flagg kan alltså bli en återgång till en mer kollektiviserad och därtill mer centraliserad reglering. Med EU-rättens syn på transparens i systemet torde tariffer i centrala kollektivavtal vara lättare att smälta än motsvarande reglering i lokala avtal. Kanske kan man, för att uppfylla EG-rättens krav nöja sig med stupstocksregler (det vill säga en lösning som enligt det centrala avtalet skall gälla om de lokala parterna inte enas om annat) i centrala avtal, men bara kanske. En annan bärande tanke i EG-domstolens dom är att det svenska systemet saknar en offentligrättslig koppling, en legitimitetsmarkering. Också utstationeringsdirektivet förutsätter för sin tillämpning att det finns någon form av statlig inblandning i lönesättningen, vare sig det sker genom lagstiftning, utsträckning eller på annat sätt. En helt privaträttsligt baserad lönerreglering förefaller helt enkelt inte förutsedd. Som ovan berörts kan internationaliseringen visa sig driva den svenska kollektivavtalsrätten åt en kollektivisering.³²¹

3.5 Decentraliseringen

3.5.1 Tendensen

3.5.1.1 *Decentralisering av organisationsväsendet*

Decentraliseringen besitter flera av de ovan beskrivna egenskaperna.³²² Den kan vara ett politiskt betingat mål i sig, men den kan också vara ett resultat av förändringen.³²³ Utgångspunkten för tendensen *decentralisering* är en ursprunglig *central* ordning.³²⁴ Den arbetsrättsliga lagstiftning-

³²⁰ C-341/05 Laval.

³²¹ Se kap. 3.2.4.

³²² Birgitta Nyström betraktar arbetsgivarsidans (SAF:s, nuvarande Svenskt näringsliv) strävan efter lokala förhandlingar som ett sätt att nå målen ökad flexibilitet och individualisering, Nyström, Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad s. 306. Se apropå decentralisering också a.a. s. 321.

³²³ Decentraliseringen kan också betraktas som en faktor för underlättande av den tekniska utvecklingen (se vidare 3.6). Ett decentraliserat förhandlingssystem kan till exempel tänkas vara positivt för utvecklingen av datasystem, se Johansson, Systemutveckling och medbestämmandelagen, MBL s. 190 ff.

³²⁴ Se till exempel Adlercreutz, Centralistic and Decentralistic Tendencies in Swedish

en förutsätter att organisationsväsendet består av en struktur med flera nivåer, till exempel definierar 6 § MBL lokala och centrala organisationer, likaså utgår 2 § LAS från att det finns centrala och lokala organisationer. Lagstiftningen utgår från att arbetstagarorganisationerna är organiserade på ett i huvudsak likartat sätt, med en likartad nivåstruktur. Att lagstiftningen är skapad med de föreliggande förhållandena på arbetsmarknaden för ögonen är på sitt sätt naturligt. För att systemet skall vara tillräckligt generellt vilar regleringen på ett underliggande cirkelresonemang, i det att med central respektive lokal arbetstagarorganisation avses organisationer som brukar förhandla på respektive nivå (samtidigt som reglerna bland annat skall styra vilken organisation som skall förhandla).³²⁵ Det tycks dock inte ha orsakat några rättsliga problem, och några sådana är väl inte heller att vänta så länge strukturen är den bekanta. Skulle den däremot ändras, och frågan är vem i den nya strukturen som, till exempel, skall vara förhandlingsskyldig ger förarbetena inte särdeles mycket ledning. Lagstiftningen är på det sättet sårbar för ändrade förhållanden, och makten kommer om den utmanas att endera flyttas till rättstillämparen eller kräva att lagstiftaren agerar. Den kollektivavtalsrättsliga lagstiftningen är, som en del av och en bärare av ”den svenska modellen” skriven för industrisamhället med dess organisationsmönster.

Även om det kollektivavtalsrättsliga systemet gradvis tycks ha uniformerats i riktning mot hur den privata sektorn är reglerad är det dock fortfarande svårt att inte dela upp systemet i en privat, en statlig och en kommunal (inklusive landstingskommunal) sektor. Överst i strukturen finns huvudorganisationerna, på (den privata) arbetsgivarsidan både organisationer vars kollektivavtalsverksamhet främst bedrivs av medlemsförbund, som Svenskt näringsliv, och organisationer som sluter egna kollektivavtal för sina medlemmars räkning, som Fastigo, Arbetsgivaralliansen och Svensk Scenkonst.³²⁶ På den statliga sektorn finns Arbetsgivarverket på den centrala arbetsgivar-nivån.³²⁷ På den kommunala och landstingskommunala sektorn är Svenska Kommunförbundet respektive landstingsförbundet huvudorganisationer på arbetsgivarsidan. På arbets-

Industrial Relations and Labour Law som beskriver hur det svenska systemet utvecklats mot en centraliserad ordning, för organisationsväsendets del särskilt s. 163 ff.

³²⁵ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 340 ff.

³²⁶ Var en organisation som Arbetsgivarorganisationen KFO, vilken erbjuder bland annat förhandlingshjälp åt sina medlemmar skall placeras är egentligen lite oklart, men eftersom den inte har någon egen kollektivavtalsverksamhet, och inte heller organiserar förbund med egen kollektivavtalsverksamhet (som Svenskt näringsliv) hamnar den antagligen utanför den struktur som nu skissas.

³²⁷ Se om staten som part Andersson m.fl., Arbetsrätten i staten s. 65.

tagarsidan finns huvudorganisationerna LO, TCO och SACO.³²⁸ Därutöver finns ett relativt fåtal fristående (i den mening att de inte är medlemmar i någon av de etablerade huvudorganisationerna) organisationer, varav SAC kanske är den mest framträdande organisationen (SAC kunde betraktas som en organisation vid sidan av i första hand LO, men eftersom den syndikalistiska fackföreningsrörelsen är organiserad efter andra principer blir jämförelsen lite vansklig).³²⁹

Mellan branschförbund och arbetstagarförbund sluts riks- eller branschavtal. Det torde vara den nivån som förutsätts när lagstiftningen talar om centrala arbetstagarorganisationer, även om terminologin kan vara förvirrande.³³⁰ Längst ner i hierarkin, den lokala nivån, finns enskilda arbetsgivare och lokala fackklubbar eller lokalavdelningar. Den syndikalistiska fackföreningsrörelsen utgör ett undantag bland de etablerade fackliga organisationerna. Den mest inflytelserika enheten i SAC är inte den centrala organisationen (det vill säga motsvarande, den annorlunda organisationen gör jämförelsen och översättningsoperationen svår) utan de i det närmaste självbestämmande lokala samorganisationer som bland annat beslutar om stridsåtgärder och inte står under någon vetorätt från den centrala organisationen.³³¹

3.5.1.2 Decentralisering i kollektivavtalsfloran

Även om såväl arbetsgivarsidan som arbetstagsarsidan är fria att organisera sig hursomhelst (inom de gränser som sätts av associationsrätten) brukar i beskrivningarna tre nivåer kunna generaliseras fram.³³² Ju mer som sluts på lokal nivå, mellan en enskild arbetsgivare å ena sidan och en lokalavdelning eller motsvarande å den andra, desto mer *decentraliserad* torde kollektivavtalsfloran uppfattas vara.³³³ Ett drag i den svenska

³²⁸ På arbetstagsarsidan är Privattjänstemannakartellen, PTK, svårplacerad. PTK är en slags huvudorganisation på tjänstemannansidan, men medlemsförbunden kan också vara medlemmar i TCO, SACO eller fristående.

³²⁹ En uppräknning torde innefatta förutom SAC också Brandmännens Riksförbund, Ledarna, Pilotförbundet, Svenska hamnarbetareförbundet och Säljarnas.

³³⁰ Se Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 63.

³³¹ SAC har varit med sedan arbetsrättens formativa fas (SAC bildades 1910), och organisationen har alltid varit särlingen som avvikit från fackföreningsrörelsen i övrigt, se SOU 1927:4 s. 109 ff.

³³² Se Källström, Lokala kollektivavtal s. 8 f. för en schematisk bild.

³³³ Också för kollektivavtalsfloras del är utgångspunkten för decentraliseringstendensen en centraliserad ordning. Så har den också uppfattats, Adlercreutz beskriver till exempel utvecklingen fram till början av 1970-talet så att "a highly centralized system of industrial relations had been built up", Adlercreutz, Centralistic and Decentralistic Tendencies in Swedish Industrial Relations and Labour Law s. 167. Se också strax ovan n. 324 (Adler-

arbetsrätten är också att de centrala parterna på arbetstagar sidan i fråga om arbetstagskyddande lagstiftning inte kan lämna ifrån sig legitimiteten för den kollektivavtalsgrundade regleringen, även om de kan lämna ifrån sig de materiella reglerna (se till exempel 2 § 2 och 3 st. LAS, 2 § 2 st. semesterlagen och 3 § 1 st. arbetstidslagen). På den punkten möter kollektivavtalsrätten den individuella arbetsrätten. Eftersom en enskild arbetsgivare kan vara part i kollektivavtal kan dock ett motsvarande krav på centrala kollektivavtal inte gälla på arbetsgivarsidan utan att ordningen blir en annan. Då skulle det i vissa fall förutsättas en kollektivitet också på arbetsgivarsidan, vilket vore främmande för kollektivavtalsrätten såsom vi känner den.

På nivån över den lokala sluts branschavtal mellan ett branschförbund på arbetsgivarsidan och ett centralt arbetstagarförbund på arbetsgivarsidan. Utanför strukturen faller, åtminstone i princip, de *hängavtal* som sluts mellan en oorganiserad arbetsgivare och en arbetstagarorganisation. Fler hängavtal skulle kunna uppfattas som ett uttryck för en *decentraliseringstendens* om man fokuserar på att ena parten är oorganiserad, men som ett uttryck för en *centraliseringstendens* om man fokuserar på att de, typiskt sett, hämtar sitt materiella innehåll från centrala kollektivavtal (det är på dessa de metaforiskt *häng*er).

Kollektivavtal kan också slutas på riksnivå mellan huvudorganisationerna, en möjlighet som dock på det privata området i praktiken, såvitt avser traditionella kärnområden som lön och andra anställningsvillkor, varit stängd sedan dåvarande SAF 1990 beslutade att inte bedriva någon avtalsverksamhet på central nivå. Huvudavtalet mellan SAF och LO har dock alltjämt varit gällande. Kanske kan man observera hur relationerna på högsta nivå får en nytändning i och med (och som en del av) samhällsförändringen. Svenskt näringsliv å ena sidan och LO och PTK å den andra gjorde till och med ett försök att förhandla fram ett nytt huvudavtal, men förhandlingarna strandade under våren 2009.³³⁴

Man kan nog se ett mönster i beteendet, ett mönster som går ut på att arbetsmarknadens parter tenderar att ty sig till varandra när trycket blir för stort och särskilt när lagstiftning hotar. Decemberkompromissen 1906, Saltsjöbadsavtalet 1938 och den nu inledda upptiningen skulle alla kunna ses som dispositioner för att hålla makten mellan arbetsmarknadsparterna, eller kanske i fallet Saltsjöbadsavtalet återta den efter det att

creutz beskrivning är i stora drag uppdelad på samma sätt som den föreliggande). Den centraliserad ordningen utmanas sedan mitten av 1970-talet, tänker sig Adlercreutz 1980, av nya trender, som krav på inflytande, Adlercreutz, a.a. s. 168 ff.

³³⁴ Till båda parter uttryckta besvikelse. Se pressmeddelande Svenskt näringsliv 2009-03-11 respektive från LO och PTK 2009-03-11.

lagstiftning faktiskt kommit till stånd. Lagstiftningen under 1970-talet utgör måhända ett undantag från mönstret. Man skulle kunna säga att arbetsmarknadsparterna typiskt sett strävar efter en *dejuridifiering* av arbetsmarknaden medan lagstiftaren står för en *juridifiering* av densamma.³³⁵

Decentraliseringen tar sig alltså uttryck i att normgivningskompetensen beträffande lönerna genom kollektivavtalskonstruktionerna i högre grad än tidigare delegeras ner i hierarkin, ofta ner till individnivå (decentraliseringstendensen möter *individualiseringstendensen*).³³⁶ Decentraliseringstendensen är, ehuru uppmärksammas i doktrin,³³⁷ i hög grad hämtad ur den konkreta kollektivavtalsverksamheten.³³⁸ Denna går att sammanställa, vilket också görs, främst genom Medlingsinstitutets försorg. Genom denna verksamhet kan dras slutsatsen att ett antal modeller för såväl löner som arbetstider tycks ha utkristalliserats. Medlingsinstitutet identifierar därvid sju olika avtalskonstruktioner för lönesättning.³³⁹ Med perspektivet att kollektivavtalen tjänar till att distribuera makt består skillnaderna mellan de olika konstruktionerna i hur mycket makt

³³⁵ Se också n. 253.

³³⁶ De kan dock alltså hållas isär som två skilda tendenser, se ovan 3.4.1. Det tycks också underförstått göras av Ronnie Eklund när han i två meningar belyser individualiseringen och decentraliseringen av lönebildningen som två exempel på resultat av ett empiriskt anslag i den rättsvetenskapliga forskningen (i vart fall gör påståendet i det sammanhanget), Eklund, *Empirisk forskning* s. 105. Se också Flodgren, *Fackföreningen och rätten* s. 246 som utan att tala om tendenser pekar på risken att "enskilda arbetstagare 'kommer i kläm' under de mäktiga fackföreningarna som ett resultat av centralisering och 'bossvalde'".

³³⁷ Ahlberg och Bruun, *Transition through collective bargaining* s. 124 och s. 136 ff., Fahlbeck, *Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features* s. 93, Sigeman, *Arbetsrätten* s. 23, Eklund i *Facklig arbetsrätt* s. 64 f., Adlercreutz och Mulder, *Svensk arbetsrätt* s. 65. Det hindrar dock inte att förhandlings- och avtalssystemet i Sverige i ett internationellt perspektiv är centraliserat, se Nyström, *Kollektivavtalet – Ett flexibelt regleringsinstrument* s. 457.

³³⁸ Se till exempel Källström och Malmberg *anställningsförhållandet* s. 68 och s. 165.

³³⁹ Senast i Medlingsinstitutets årsrapport 2008 s. 122 ff. 1. Lokal lönebildning utan centralt angivet utrymme; 2. lokal lönebildning med stupstock om utrymmets storlek. "Stupstock" kan tyckas vara en av de mer makabra metaforerna i arbetsrättens arsenal av metaforer. Innebörden är att de lokala parterna får besluta, men att det centrala avtalet stadgar vad som gäller om de lokala parterna inte kan komma överens. Omvänt innebär konstruktionen att endera parten kan välja den centralt avtalade lösningen, genom att vägra ingå en överenskommelse centralt; 3. Lokal lönebildning med stupstock om utrymmets storlek och någon form av individgaranti; 4. Lönepott utan individgaranti (Lönepott innebär att de lokala parterna får en viss summa att fördela bland de anställda); 5. Lönepott med individgaranti alternativt stupstock om individgaranti; 6. Generell utläggning och lönepott (generell utläggning innebär att hela det framförhandlade utrymmet för löneökningar läggs ut centralt); 7. Generell höjning.

som lämnas nedåt i hierarkin, och hur långt. Lokal lönebildning blir då den mest utpräglad decentraliserade modellen, medan generell utläggning utan lönepott blir den minst decentraliserade (den mest centraliserade). Däremellan kan skydd för den enskilde arbetstagaren i form av en individgaranti läggas in, eller en stupstocksregel (som kan vara till skydd för en svagare förhandlingspart lokalt).

Beträffande arbetstider är situationen något annorlunda. För löner finns inte någon fast punkt, utan det normala är förändringen, närmare bestämt ökningen. För arbetstider finns däremot ett fast, ”normalt”, mått. Arbetstidens längd fastställdes i 1919 års lag om arbetstidens begränsning (genomförd 1920), då normalarbetstiden bestämdes till 48 timmar per vecka. I vad som kan beskrivas som arbetstidsförkortning (i förhållande till det sålunda först fastställda normalarbetstidsmålet) genom lagstiftning sänktes normalarbetstiden i etapper under slutet av 50-talet och 60-talen.³⁴⁰ Sedan 1973 är den lagstadgade ordinarie arbetstiden 40 timmar i veckan, 5 § arbetstidslagen. Bestämmelsen, och arbetstidslagen, är dock i sin helhet semidispositiv, arbetstidsmålet kan frångås genom kollektivavtal som slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation, 3 § arbetstidslagen. Arbetstidsfrågan är också i allmänhet reglerad i kollektivavtalen, på det sättet att arbetstiden är 40 timmar *per helgfri vecka*. Den genomsnittliga arbetstiden blir då, utslaget över ett år, 38 timmar och 30 minuter per vecka.³⁴¹ Men det är alltså arbetstidsmålet 40 timmar per vecka som vi vant oss vid och som man utgår ifrån när man talar om arbetstidsförkortning. Det ändras inte av det förhållande att flertalet arbetares arbetstider redan tidigt varit reglerade i kollektivavtal, snarare än i lag.³⁴²

Olika tekniska lösningar för arbetstidsförkortning i kollektivavtal förekommer, liksom olika grad av delegering till lokala parterna. Att parterna får frihet att utforma modeller som passar just den aktuella branschen skulle kunna framhållas som ett argument för en reglering genom kollektivavtal framför lag i ett val mellan de båda regleringsformerna. Också

³⁴⁰ Se SOU 1996:145 s. 92 f.

³⁴¹ Medlingsinstitutets årsrapport 2005 s. 149. Eftersom flera helgdagar är rörliga är 38 timmar och 30 ett genomsnittsmått. Om beräkningen av arbetstidsmålet se till exempel SOU 1992:27 s. 76 ff. och Malmberg m.fl., Kartläggning av arbetstidsförkortningar, Arbetslivsrapport 2003:15 s. 17. Kalkylerna får, om de görs tillräckligt detaljerade, ändras sedan nationaldagen den 6 juni ersatte annandag pingst som allmän helgdag 2005. Nationaldagen är rörlig medan annandag pingst alltid infaller på en måndag. De samhälls-ekonomiska effekterna var i fokus för frågan om vilken helgdag som skulle tas bort (och ännu mer för frågan huruvida någon skulle tas bort), men också helgdagarnas placering under året och dess betydelse för familjetraditioner och kyrkliga traditioner diskuterades, se prop. 2004/05:23 s. 8 ff.

³⁴² Se SOU 1996:145 s. 91 ff. och 115 ff.

beträffande arbetstidsförkortningar har Medlingsinstitutet identifierat ett antal modeller för hur avtalen är konstruerade.³⁴³ Olika lösningar i avtalen ger olika grad av decentralisering, även om parterna inte uttryckligen strävar efter det. Samtidigt finns varierande grad av centralisering. I de centrala avtalen används inte sällan stupstocksregler, genom vilka de centrala parterna kan undvika att konflikter tvingas upp på central nivå, eftersom lösningen är ”färdig”. Lösningarna innebär samtidigt, i varierande grad, att de centrala parterna behåller en del av makten.

3.5.2 Decentraliseringens dualitet

Decentraliseringen kan härledas till ett i systemet inbyggt behov av flexibla lösningar.³⁴⁴ Det behovet kan i sin tur härledas till en rakt motsatt tendens. I princip ända sedan organisationsväsendet uppstod har det genomgått en centralisering. Nya organisationer bildas inte, däremot slås befintliga organisationer ihop.³⁴⁵ Den tendensen skulle kunna förklaras med att

³⁴³ Se främst Medlingsinstitutets årsrapport 2001 s. 68 ff. (även Medlingsinstitutets årsrapport 2005 s. 150). 1. Lokal överenskommelse, i vilken kategori de centrala avtalen har det gemensamt att de i första hand hänvisar frågan om arbetstidsförkortningar till de lokala parterna. De kan därutöver innehålla stupstocksregler, även med innehåll att löneutrymmet i stället skall utökas. 2. Kompensationsledighet/tidbank, vilket skall vara en flexibel modell, där arbetstagaren efter överenskommelse kan ta ut inarbetad ledighet som betald ledighet. I vissa avtal kan överskjutande ledighet avsättas till pensionskonto, eller på annat sätt som de lokala parterna bestämmer. 3. Livsarbetstid – arbetstidskonto. Arbetstidskonton torde vara den mest flexibla formen av de etablerade modellerna för arbetstidsförkortning. Enligt systemet med arbetstidskonton kan arbetstagare välja att ta ut en viss del av sin intjänade lön som ledighet, som kontant ersättning eller i form av avsättning till pension. 4. Lediga dagar/förkortning av arbetsveckan är den tydligaste modellen är att generellt förkorta arbetstiden. Vanligen realiserar förkortningen genom att antalet lediga dagar under året utökas. 5. Andra varianter utgör en restpost.

³⁴⁴ Kristiansen, Den kollektive arbejdsret s. 41.

³⁴⁵ Den 1 juni 2009 gick Grafiska fackförbundet, Mediaförbundet och Skogs- och Trä-facket ihop i det nya förbundet GS. Några år tidigare, 1/1 2006 (beslutet togs 23/11 föregående år), bildades IF Metall genom en sammanslagning av Industrifacket och Metall. Industrifacket bildades 1993 genom en sammanslagning mellan Beklädnadsarbetarnas förbund och Svenska Fabriksarbetareförbundet. De båda förbunden var i sin tur resultatet av sammanslagningar mellan flera olika förbund. I Metallarbetareförbundet hade Gruvarbetareförbundet gått upp 1994. Och så vidare. På TCO-sidan bildades Unionen den 1/1 2008 genom en sammanslagning av HTF och SIF. HTF bildades i sin tur 1937 genom en sammanslagning mellan Svenska kontoristförbundet och Svenska Affärsmedhjälpareförbundet. Det största SACO-förbundet, Sveriges Ingenjörer, bildades 2007 genom en sammanslagning av Civilingenjörersförbundet och Ingenjörersförbundet. Båda dessa organisationer var i sin tur resultatet av olika sammanslagningar. På arbetsgivarsidan bildades Svenskt Näringsliv 2001 genom att Svenska Arbetsgivareföreningen och Sveriges Industriförbund lades ner och deras funktioner och tillgångar överfördes till en ny organisation (låt vara

kollektivavtalsrätten gynnar stabila och etablerade organisationer.³⁴⁶ En organisation har inget att vinna på att vara nummer två (se särskilt nedan 8.3.3) och inte heller något särskilt på att vara liten. Tvärtom är storlek en fördel, till exempel i fråga om uthållighet i konfliktsituationer.³⁴⁷ Med storlek, inte bara i form av fler medlemmar utan också fler avtalsområden, följer dock att avtalsverksamheten för att inte bli ohanterlig och därmed inflexibel måste göras i mindre enheter. Lösningen blir att lägga förhandlingarna på lokal nivå. Kollektivavtalsrätten tvingar alltså fram decentraliseringen genom sitt inbyggda incitament att centralisera. Decentraliseringen blir en dimension av centraliseringen.

Det ses uppenbarligen som en självklarhet att en lokal lösning är mer flexibel, antagligen med resonemanget att den därvid lättare kan anpassas till de krav som gäller just där. Man kan notera att oavsett hur det ligger till med det torde det knappast kunna beläggas empiriskt. Fördelen vilar på ett teoretiskt antagande, och måste så göra eftersom någon jämförelse aldrig kommer att kunna göras i det konkreta fallet, annat än hypotetiskt.

Ovan illustrerades att de materiella, detaljerade normerna ges på en lägre nivå i avtalshierarkin, och att man alltså kan iaktta en decentraliseringstendens i kollektivavtalen.³⁴⁸ De lokala parterna ges möjlighet (och samtidigt ofta skyldighet) att fördela till exempel löner och arbetstider. Samtidigt är det just de materiella normerna som ges på lägre nivå, på delegation från de centrala parterna. Makten över vilken nivå besluten skall tas på är alltså på central nivå, en korsning som kan föranleda observationen att det nordiska systemet (särskilt det svenska) uppvisar den något förvirrande karakteristikan att vara starkt centraliserad och markerat decentraliserad samtidigt.³⁴⁹

med SAF:s organisationsnummer). Sveriges Kommuner och Landsting bildades 2007 genom att Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet gick samman.

³⁴⁶ Se Hemström, Fackföreningarna och de anställda s. 45 och s. 60 ff.

³⁴⁷ Att bilda stora organisationer kan också vara ett sätt att möta sjunkande organisationsgrader, om dessa se Medlingsinstitutets årsrapport 2008 s. 30 f. och Sigeman, Arbetsrätten, s. 21. Organisationsgraden beräknas av Medlingsinstitutet i oktober 2008 vara 71 procent. Från ett internationellt perspektiv framhålls ibland den höga anslutningsgraden som det mest utmärkande för det svenska kollektivavtalssystemet, se Rose, Ideas and suggestions. Input for the German debate s. 152.

³⁴⁸ Ahlberg, och Bruun, Transition through collective bargaining s. 124 och s. 136 ff., Fahlbeck, Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features s. 93, Sigeman, Arbetsrätten s. 23, Eklund i Facklig arbetsrätt s. 64 f., Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 65. Det hindrar dock inte att förhandlings- och avtalssystemet i Sverige i ett internationellt perspektiv är centraliserat, se Nyström, Kollektivavtalet – Ett flexibelt regleringsinstrument s. 457.

³⁴⁹ Fahlbeck, Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles

3.6 Den tekniska utvecklingen

Kollektivavtalets era tillhör historiskt industrisamhället, det är det samhället som kollektivavtalet satts att reglera. Av alla de samhällsförändringar som vi idag kommit att betrakta som markerande industrisamhällets genombrott (se ovan 2.2) har den tekniska utvecklingen en särställning. Att eran fått sitt namn av just den tekniska dimensionen av förändringen är knappast någon slump.³⁵⁰ *Dels* beror det antagligen på den förändringens betydelse. Det var den tekniska utvecklingen som drev fram den industriella revolutionen och det är den tekniska utvecklingen som driver fram kunskapsamhället.³⁵¹ *Dels* avslöjar benämningen det nutida, moderna, intresset för just teknikens roll i utvecklingen. Det intresset utmärker den moderna eran, därför tycks den tekniska utvecklingen i

and Basic Features s. 93, se också Bruun, *The Autonomy of Collective Agreement* s. 14. Att det svenska systemet uppvisar både centraliserings- och decentraliseringstendenser kan iakttas åtminstone sedan den arbetsrättsliga lagstiftningen i mitten på 1970-talet, se Adlercreutz, *Centralistic and Decentralistic Tendencies in Swedish Industrial Relations and Labour Law* (1980). Adlercreutz konkluderar att artikeln, som börjar sin historieskrivning 1870, "has been a story of centralistic tendencies with some attempts, more or less determined, to make the system also work in a decentralized way when decentralistic solutions are deemed to be necessary." Adlercreutz, a.a. s. 174. Det är alltså en berättelse om ett system som i grunden är *centraliserat* men där utgångspunkten ibland utmanas av försök till *decentralisering*, nämligen när decentraliserade lösningar bedömts *nödvändiga*. Vad behovet närmare besett egentligen består i uttrycks inte särskilt, men man får förstå att det har att göra med "arbetsmarknadens realiteter" eller liknande.

³⁵⁰ För arbetsrättens del är det mest närliggande att tala om *industrisamhällets* genombrott, och i samtiden se informationssamhällets genombrott. I fokuseringen på industrisamhället följer sig en avgränsning för kollektivavtalsrätten och för studien. Man kunde i ett vidare perspektiv tala om *det moderna samhällets* genombrott. Om man blickar utanför avgränsningen (som ändå varken är eller kan vara helt konsekvent genomförd – kollektivavtalet är i sig själv en del av det moderna samhället och dess genombrott) kan man till och med ana att en av avhandlingens rotmetaforer – *bilden* – genomgått ett skifte med modernismens genombrott. Professorn i konstvetenskap Allan Ellenius diskuterar de framväxande naturvetenskapernas inverkan på bildspråket i olika vetenskapliga samfundens medaljer och emblem. Analysen saknar inte kritisk udd: "Inom den äldre emblemtraditionen fanns en närmast oöverskådlig litteratur att tillgå, lämpig att konsultera när sinnebilderna skulle bestämmas. Vetenskapsakademien valde [1783] en annan väg när man hävdade, att bildens sanningshalt lätt kunde kontrolleras, exempelvis med en blick i en nautisk almanacka. Diskursiv avläsning med andra ord, snarare än djupsinnig begrundan av ikonologiska subtiliteter. Därmed var vägen antydd till 1800-talets skiftande användning av medaljer och sinnebilder i illustrativa sammanhang." Ellenius, *Vetenskapens sinnebilder* s. 114.

³⁵¹ Se för särskilt uttryckliga exempel på tanken på att den tekniska utvecklingen ligger bakom samhällsutvecklingen, Glavå, *Arbetsrätt* s. 25, Numhauser-Henning, *Den neo-liberala arbetsrätten* s. 18.

högre grad än de andra tendenserna vara tidsligt definierad till hela den moderna eran, snarare än till dess senare skede.³⁵²

Eftersom den tekniska utvecklingens roll som pådrivare är konsekvent med historieskrivningen av den förra omvälvande och erabrytande förändringen, industrisamhällets genombrott kan det då vara lockande att i en samtidsanalys betrakta de tekniska framstegen som den grundläggande kraften i förändringsprocessen.³⁵³ Man kan också ge en analys samspillet mellan teknik och samhälle en framträdande plats.³⁵⁴ Den frågan är dock en fråga utanför rättsvetenskapen, trots att det framförallt är en uppgift för doktrinen att identifiera och ge den tekniska utvecklingen en roll i den kollektivavtalsrättsliga berättelsen.³⁵⁵ Den tekniska utvecklingen är, i den rättsvetenskapliga diskursen, ett antagande som driver utvecklingen genom att driva de ovan diskuterade tendenserna.³⁵⁶ Den tekniska utvecklingen kan också, med en sociologiskt färgad rationalitet, kopplas samman med moderna kunskapssynen.³⁵⁷ Den kan till och med

³⁵² Se särskilt uttryckligt Numhauser-Henning, Den framtida arbetsrättens förutsättningar s. 102, och Berg, Anm. av Knud Illum, Den kollektive Arbejdsret s. 350: ”De norske domstolene har ikke vært engstlige for å skape ny rett når de stod overfor de intressekonfliktene som den tekniske utvikling hade ført med seg.”

³⁵³ Ewerman, Marknaden 1 000 år s. 24. Anders Ewerman bygger sin analys av samhällsförändringarna under det gångna årtusendet på att utvecklandet av ny så kallad kärnteknologi leder utvecklingen, varpå följer i tur och ordning sociala, ekonomiska och politiska strukturer i väldefinierade cykler. Se också Hydén, Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser s. 150.

³⁵⁴ Castells, Nätverkssamhällets framväxt s. 28 ff.

³⁵⁵ Den kan någon gång vara inbyggd i kollektivavtalen, se till exempel AD 1993 nr 55.

³⁵⁶ Särskilt tycks det gälla kraven på *flexibilitet*. Örjan Edström pekar ut den nya tekniken som den ”kanske främsta drivkraften bakom utvecklingen mot ökad flexibilitet”. Edström, Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället s. 56. Carin Ulander-Wänman inleder sin doktorsavhandling med att konstatera (med hänvisning till Ann Numhauser-Henning) att internationaliseringen och den tekniska utvecklingen skapat nya krav på (bland annat) flexibilitet, Ulander-Wänman, Företrädesrätt till återanställning s. 19. Se också Kommissionens Grönbok. En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar s. 5: ”Den snabba tekniska utvecklingen, den ökade konkurrensen på grund av globaliseringen, förändringar i efterfrågan från konsumenterna och den betydande tillväxten inom tjänstesektorn har visat att det behövs ökad flexibilitet”. Den tekniska utvecklingen bidrar också till att driva på globaliseringen: ”Under senare år har nya globala förutsättningar uppkommit till följd av teknologiska och politiska genombrott.” SOU 2006:32 s. 27.

³⁵⁷ Tuori, Critical Legal Positivism s. 47 med hänvisning till och citat från Max Weber: ”[a]s a consequence of technical and economic development, ”inevitably the notion must expand that the law is a rational technical apparatus, which is continually transformable in the light of expedient considerations and devoid of all sacredness of content”. Modern, positive law is now seen as a technical instrument, which is increasingly subjected to purposive-rational use.”

antas driva rättsvetenskapens utveckling genom att förändra dess uppgifter.³⁵⁸

Den tekniska utvecklingen utmärker sig också genom att inte ha någon dualitet, inte inom industrisamhället. För var och en av de övriga tendenserna kan samhället eller regeringen vara mer eller mindre internationaliserad, mer eller mindre flexibel och så vidare, men ett tekniskt degenererat samhälle är inte ett industrisamhälle.³⁵⁹ Den tekniska utvecklingens dualitet är, mer direkt än de övriga tendenserna, lika med industrisamhällets upphörande.

³⁵⁸ Se Sandgren, Rättsvetenskap och samhällsnytta s. 16: "Det faktum att rättsvetenskapens informationsfunktion i form av utförlig redovisning av rättskällorna blir mindre viktig som en följd av nya sökhjälpmedel (material online, Karnov m.m.) talar också för en analytisk och principiell ansats." Se också, om rättsinformatiken, n. 480. En annan användning av den tekniska utvecklingen är att motivera varför en detaljerad redovisning av rättsläget *de lege lata* skulle vara onödig, se Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet s. 25.

³⁵⁹ Manuel Castells problematiserar skillnaden mellan Europas och Kinas (och Japans) utveckling utifrån det förhållande att den tekniska utvecklingen av någon anledning stagnerade i Kina medan den i Europa gick framåt, Castells, Nätverkssamhällets framväxt s. 32 ff. Svaret på frågan varför torde enligt Castells stå att finna i att politisk och teknisk utveckling är avhängiga varandra, men det avslöjar också det jämförelseobjekt som måste finnas för att man skall kunna tala om utveckling, nämligen den europeiska. En viss "egocentrism" (eller "eurocentrism") gör sig gällande, även om den knappt syns. Se också n. 223.

4 Om förändringsdiskursens funktioner

4.1 Inledning

Jag har fram till nu, utan att närmare problematisera, talat om *tendenser*. Tendenser underförstår en *rörelse*, inte bara ett statistiskt förhållande. I tendenserna försöker vi fånga förändringen där vi kan se den. Redan i beskrivningen av tendenserna i kap. 3 finns alltså det som nu skall lyftas fram inbyggt, precis som det brukar finnas inbyggt i diskurser utan att vi egentligen behöver fundera över att det är där. För att kunna besvara frågan, hur samhällsförändringarna påverkar rätten, behöver vi dock fundera över vad det innebär att något är en tendens. Arbetsrätten är en egen diskurs där tendenserna får vissa utseenden och vissa egenskaper. Syftet i kapitlet är att, istället för att fokusera på tendenserna och dess egenskaper och därmed reproducera den berättelse i vilken tendenserna får sin rationalitet, fokusera på den berättelse i vilken tendenserna verkar.

Även i beskrivningar av gällande rätt (det vill säga beskrivningar som inriktar sig på *nuet*) ligger ofta implicit ett framåtsträvande; även studier som uttryckligen syftar till att utreda gällande rätt lägger resultatet till grund för förutsägelser eller förslag för framtiden.³⁶⁰ Också i de vetenskapliga kraven på rättsvetenskapen avslöjar sig en framtidsorientering. Ett sådant krav är att rättsvetenskapliga studier skall ha *nyhetsvärde*. Ett nyhetsvärde kan finnas i att ett känt material framställs på ett nytt sätt,

³⁶⁰ Se Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 22 jämfört med s. 446 f., Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet s. 21 och s. 22 f. jämfört med s. 398 f., Herzfeld Olsson, Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet s. 32 och s. 585 jämfört med s. 593 f., Rönnmår, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet s. 16, Inghammar, Funktionshindrad – med rätt till arbete? s. 18 jämfört med s. 373 ff. Det framåtblickande gäller för övrigt också uttalat rättshistoriska arbeten, se Kumlien, Continuity and contract s. 17 jämfört med s. 356. Bruce E. Kaufman klär tanken i metaforer: "Indeed, history not only illuminates the path already taken but also shines light on where we are headed and the strategic choices facing industrial relations in the years to come." Kaufman, The global evolution of industrial relations s. 5.

men framställningen skall då tillföra något som man inte visste, nu.³⁶¹ Inte heller studier som helt och hållet inriktar sig på "nu" ("gällande rätt" eller vad man vill kalla det) kommer alltså undan framtidsorienteringen.

4.2 Kronologi och temporalitet

Förändring och rörelse förutsätter tid, och tid förutsätter *kronologi*. Det kan ju också tyckas trivialt, att saker händer i en viss ordning brukar tas för självklart, det är en så underförstådd del av den rättsliga berättelsen att vi inte behöver fundera närmare på det.³⁶² För en diskurs som är fokuserad på förändring kan det ändå vara värdefullt att analysera berättelsen med särskild uppmärksamhet på just tidsligheten. Hur diskursen hanterar tidsaspekten kommer att ha betydelse för hur förändringen påverkar rätten. För övningens skull kan vi låta diskussionen illustreras av en kortversion av den kollektiva arbetsrättens historia. Det kan omedelbart konstateras att det nästan inte låter sig göras att framställa en förteckning av händelser helt utan tid. Redan i det kan man ana att temporaliteten är grundläggande för vårt sätt att skapa mening. Om man ändå skulle göra ett försök kunde det se ut som följer.

Exempel₁: Teknik: Produktionen av varor i stor skala. Politiskt: liberalismens ideal (våldsamma uttryck, särskilt i den franska revolutionen). Kapitalismen som ekonomiskt ideal. I Europa industrialism, i Sverige industrialism. Industrierbetarklassen (en samhällsklass i det industrialistiska samhället) i sammanslutningar. Socialism. Priset på arbete i kollektiva förhandlingar. Priset på arbete i kollektiva prislistor, det vill säga former av kollektivavtal. Exempel: En prislista på mureriarbeten. Motstånd mot arbetarnas organisationer kompakt. Decemberkompromissen; arbetstagsidans rätt att organisera sig. Motprestation; arbetsgivarnas rätt att fritt anställa och avskeda arbetstagare och att fritt leda och fördela arbetet (de så kallade § 32-rättigheterna). Arbetsmarknadsrelationer utan någon rättslig form. Tjänstehjonsstadgan. Misslyckat lagstiftningsförsök. Misslyckat lagstiftningsförsök. Kollektivavtalslagen. Lag om arbetsdomstol. En våldsam eruption av motsättningarna mellan arbetsgivar- och arbetstagsidans i Ådalen. Förhandlingar mellan SAF och LO. Saltsjöbadsavtalet. Den så kallade Saltsjöbadsandan. Relativt harmonisk arbetsmarknad. Social oro. Den så kallade storstrejken i malmfälten. Ingripande statlig intervention genom lagen om anställnings-

³⁶¹ Se Källström, Kvalitetskriterier inom rättsvetenskapen s.77.

³⁶² Sådana förgivettagna fundament för den rättsliga diskursen bör vara rättsvetenskapens uppgift att analysera. Det är dock svårt för den "traditionella juridiska metoden" att göra det, just eftersom det som skall analyseras är en så grundläggande del av juridiken själv. Här kan narratologin kan erbjuda en öppning: "[N]arrative is the principal way in which our species organizes its understanding of time." Abbott, Narrative s. 3.

skydd och medbestämmandelagen. SAF ingår inga förhandlingar. Industriavtalet. EU. En europeisk arbetsmarknad. Vissa spelregler. Teknik. En struktur på arbetsmarknaden. Produktionen av tjänster. Den industriella produktionen. Kunskapssamhället.

Man kan omedelbart konstatera att jag misslyckas med att följa grundläggande grammatiska och stilistiska regler. Sådana regler förutsätter att man kan använda ord som anspelar på varande, till exempel ordet *är*. Jag misslyckas med att hålla känslan av en närvarande tidslighet borta (vilket till en del kan bero på att händelserna kommer i "rätt" ordning – det vill säga "rätt" eftersom vi underförstår en kronologi). Det är för mycket begärt av författaren att denne skall kunna skriva utan tid och av läsaren att denne skall kunna läsa utan tid. Även om jag alltså "fuskar" och presenterat händelserna i "rätt" ordning blir dock texten, det vill säga den uppräknings av händelser som mitt försök innebär, tagen för sig inte annat än nonsens.

För att historien skall kunna förstås annat än som en uppsättning disparata händelser måste den tillföras något. Den saknar vad som kan kallas *temporalitet*, något som ordnar händelserna i ett system. Först om den tillförs temporalitet kan den överhuvudtaget bli en diskurs om förändringar, och det är förändringarna som primärt intresserar.

Här kan man inskjuta att förändringsdiskursen i första hand är en akademisk diskurs, och att den rättsliga diskursen i andra sammanhang snarare använder mekanismer för att ta bort temporaliteten. Ett sådant sammanhang är den dömande verksamheten, där domsluten typiskt sett legitimeras med att lösningen redan finns i det regelverk domstolen har att hålla sig till. Domstolen skall inte skapa rätt, bara uttolka vad som gäller i en viss situation (det är möjligt att vi *vet* att domstolar visst skapar rätt, men ideologiskt är det inte så).³⁶³ Mekanismen är särskilt tydlig i dömande verksamhet och i förvaltning, men samma dilemma drabbar rättsvetenskap som har ambitionen att beskriva gällande rätt. För att beskrivningen inte skall bli normativ förutsätts att lösningen på något vis redan finns (man får visst vara normativ och föreslå lösningar, men då

³⁶³ Det finns förvisso undantag, ett bekant finns i det så kallade Bastubadarmålet, AD 1978 nr 89. En formulering som "det nya består i att" utmärker sig, trots att Arbetsdomstolen anstränger sig för att grunda principen i den befintliga normmassan (se till exempel Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören s. 256 ff.). Den vid tillfället relativt nya anställningsskyddslagstiftningen åberopas, men också att "kollektivavtalen numera i allmänhet är slutna med anställningsskyddslagets regelsystem och synsätt som bakgrund". Principen bygger på hur det vanligtvis är – det vanliga blir det normerande. Att Arbetsdomstolen inte behöver åberopa något stöd för att det faktiskt är på det viset är en annan sak, och det är också sakkunskapen i just sådana frågor som motiverar Arbetsdomstolens existens och sammansättning.

skall man redovisa öppet att det är det man gör).³⁶⁴ Den rättsvetenskapliga uppgiften blir mot den bakgrunden antingen att *föreslå* en viss lösning eller att *förutse* den – det vill säga förutse framtiden.³⁶⁵ För att det skall bli acceptabelt i det rådande vetenskapliga paradigmet (spekulation är *inte* vetenskap, snarare en motsats) måste temporaliteten komprimeras. Genom att betrakta rätten som ett system finns lösningen redan i detsamma. Man föreslår alltså inte en lösning för framtiden utan man avtäckar en lösning som redan finns. Rättssystemets funktion blir i det avseendet att ta bort temporaliteten från den juridiska berättelsen.

Den logiska form som juridisk slutledning kan formuleras i uttrycker funktionen: Om rättsfaktum A föreligger skall rättsföljden B inträda.³⁶⁶ Rättsfaktum A föreligger – alltså skall rättsföljden B inträda. Den logiska formen har funktionen att den, genom att ge händelserna en atemporal form, flyttar dem från sitt verkliga sammanhang ("detta har hänt", eller "den omtvistade kollektivavtalsbestämmelsen betyder ..."), till att i stället handla om påståenden om dessa i en logisk form ("om det har hänt", "om den omtvistade kollektivavtalsbestämmelsen betyder ..."). Formen har bara temporalitet i sig själv såtillvida att rättsföljden fastställs och inträder *efter* rättsfaktumet, och egentligen inte ens så. Följden finns redan i handlingen, att det dröjer lite att fastställa följden i en domstol (eller motsvarande) är en sak som ligger utanför den logiska formen. Händelsen på rättsfaktumsidan har ingen temporalitet. Den funktionen gör det möjligt att flytta ett verkligt händelseförlopp till *ett* tillfälle, en förutsättning för juridiskt beslutsfattande och dömmande.³⁶⁷

I den förändringsdiskurs som det handlar om nu är tvärtom temporaliteten nödvändig, den bygger på skillnader mellan olika tidpunkter. Det juridiska beslutsfattandet behöver egentligen inte ta hänsyn till att det momentana *nuet* inte låter sig fångas, beslutet tas ändå alltid i efterhand, vid en senare tidpunkt än den som beslutet hänförs till. Förändringsdiskursen hanterar problemet genom att studera och beskriva *tendenser* (se ovan kap. 3), i vilka temporaliteten förutsätts, men inte behöver arti-

³⁶⁴ Se vidare 9.7.

³⁶⁵ I vad som kan betraktas som en rättsrealistisk källskrift av Oliver Wendell Holmes är en poäng att den juridiska verksamheten inte går ut på något annat än att förutse hur ett visst fall skall bedömas av en domstol, se Holmes, *The Path of the Law*. Se också Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 97.

³⁶⁶ Den logiska formen för att beskriva en rättsregel är grundläggande. Så presenteras också rätregler för juris studerande, se Lehrberg, *Praktisk juridisk metod* s. 40 f. och Samuelsson och Melander, *Tolkning och tillämpning* s. 21 f.

³⁶⁷ Fakta, såsom de bevisats, i målet, vare sig det är ett civilmål eller brottmål, subsumeras under en gällande regel. Domstolsmiljön är inte så olik den laboratoriemiljö som är skådeplatsen för viskleken, se 1.3.

kuleras. Diskussionen inriktar sig bara indirekt på nuet, istället är förändringsdiskursen framåtblickande. När samhällsförändringarna skall föras in i den rättsliga diskursen uppstår en spänning, temporaliteten låter sig inte hållas borta.³⁶⁸

En grundförutsättning för en diskurs om förändringar är ett tidsbegrepp.³⁶⁹ Den moderna samhällsvetenskapen tar utgångspunkt i en linjär tidsuppfattning.³⁷⁰ Den linjära tidsuppfattningen kan sättas i motsats till en cyklisk dylik, varpå uppdelningen kan överföras till en uppdelning mellan ”moderna” och ”traditionella” samhällen.³⁷¹ Den linjära tidsuppfattningens dominans yttrar sig kanske tydligast i att varje annan föreslagen uppfattning måste förklaras och motiveras.³⁷² Den linjära tidsuppfattningen innebär att händelseförlopp kan visas i en bild. Bilden är lika enkel som den är välbekant:



Den logiska formen saknar temporalitet, och den behåller sin atemporalitet också när den används för att beskriva juridiskt beslutsfattande. Utifrån det system som skapas kan berättelsen ordnas i en kronologi. Den rättsliga berättelsen förutsätter, samtidigt som den underförstår, en viss kronologi.³⁷³ Om texten tillförs ord som markerar kronologi och tidslighet blir den kollektiva arbetsrättens historia mer begriplig:

³⁶⁸ Se Jackson, *The Normative syllogism and the problem of reference* s. 380.

³⁶⁹ Se för en redogörelse till exempel Adam, *Time and Social Theory* s. 20 ff. Se också von Wright, *Logik, filosofi och språk* s. 31 f., främst om att Aristoteles, från vilken mycket av vår vetenskapssyn kommit att härledas, förutsätter ett tidsbegrepp för vetenskapliga axiom. Se också Andersson, *Rättens narratologiska dimensioner* s. 23.

³⁷⁰ Adam, *Time and Social Theory*, s. 101.

³⁷¹ Dikotomin mellan linjära och cykliska tidsuppfattningar kan ifrågasättas, se Assmann, *Tid och tradition* s. 33. Se vidare Adam, *Time and Social Theory* s. 134, som också problematiserar dikotomin, se s. 134 f. och s. 167 f. Adam påpekar att svaret på frågan om ett händelseförlopp är linjärt eller cykliskt inte bara beror på det observerade händelseförloppet utan på det tidsliga avståndet från vilken observationen sker. Det rymmer slutsatsen att en aktivitet kan visa sig vara cyklisk, återkommande, trots att det historiska perspektivet har närmare att bestämma tidsförloppen som linjära (Adam, a.a. s. 168). Se vidare för en kort redogörelse av icke-linjära tidskonstruktioner Assmann, *Tid och tradition* s. 39 ff.

³⁷² Se till exempel Ewerman, *Marknaden 1 000 år s. 5 ff.*

³⁷³ Man kan för en definition av ”berättelse” diskutera om kronologi är ett sådant krav, se Johansson, *Narrativ teori och metod* s. 124. Apropå definitionsfrågan, se n. 404.

Exempel₂: Under den andra halvan av 1700-talet gjordes en mängd tekniska landvinningar. Produktionen av varor skedde i stor skala. Politiskt slog liberalismens ideal igenom (vilket stundom tog sig våldsamma uttryck, särskilt i den franska revolutionen 1789). Kapitalismen tog över som ekonomiskt ideal. Europa industrialiserades gradvis, i Sverige kan industrialismens genombrott bestämmas till andra halvan av 1800-talet. Industrierbetarklassen (en samhällsklass i det industrialistiska samhället) slöt sig samman. Socialismen träder in på arenan under mitten av 1800-talet. I kollektiva förhandlingar sattes priset på arbete i kollektiva prislistor, det vill säga tidiga former av kollektivavtal. Som den första kan räknas en prislista på murerarbeten från 1869. Motståndet mot arbetarnas organisationer var till en början kompakt. I Decemberkompromissen 1906 erkände arbetsgivarna arbetstagar-sidans rätt att organisera sig. Som motprestation erkände arbetstagar-sidan arbetsgivarnas rätt att fritt anställa och avskeda arbetstagare och att fritt leda och fördela arbetet (de så kallade § 32-rättigheterna). Arbetsmarknadsrelationerna hade dock inte någon rättslig form. Tjänstehjonsstadgan av 1864 var i kraft, om än obsolet. Flera misslyckade lagstiftningsförsök företogs. Kollektivavtalslagen kom till stånd 1928, tillsammans med Arbetsdomstolen. I Ådalen 1931 fick motsättningarna mellan arbetsgivar- och arbetstagar-sidan sin mest våldsamma eruption i svensk historia. Förhandlingar mellan SAF och LO, Saltsjöbadsavtalet 1938. Den så kallade Saltsjöbadsandan med en relativt harmonisk arbetsmarknad rådde. Slutet av 1960-talet präglades av social oro och den så kallade storstrejken i malmfälten. I mitten på 1970-talet inträffade en ingripande statlig intervention genom lagen om anställningsskydd 1974 och medbestämmandelagen 1976. 1990 upphörde SAF med alla förhandlingar. Industriavtalet slöts 1997. Med inträdet i EU 1995 följer en europeisk arbetsmarknad som ger vissa spelregler. Den tekniska utvecklingen finns. En struktur på arbetsmarknaden finns. Produktionen av tjänster är den samhällsekonomiska motorn. Den industriella produktionen är det inte. Kunskapssamhället *är*, åtminstone nästan.

Berättelsen är framställd enligt mönstret först hände det, sedan hände det. Händelserna återges korrekt och utan antaganden. Trots att vi vet att det till exempel rimligen fanns andra politiska åsikter än de nämnda representerade och att de tidiga prislistorna inte utan vidare kan jämföras med det moderna kollektivavtalet, så har historien inte det utseendet. Det är först mot slutet av berättelsen, när vi är framme vid nuet (vilket markeras av själva grammatiken, berättelsen byter tempus), som den blir oklar. Med historiens distans minskar graden av nyanser och detaljer, men i motsvarande mån ökar kontrasterna och precisionen.³⁷⁴ Framställningen återges också kronologiskt, vilket alltså ändå förutsätter ett koncept om

³⁷⁴ ”Vi känner alla den vanmakt som kännetecknar vårt omdöme, när inte tidsavståndet gett oss säkra måttstockar.” Gadamer, Sanning och metod s. 144. Se också Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf s. 8 f.

tid. Men den saknar fortfarande något. Den är ett händelseförlopp, en serie händelser ordnade i tidsföljd (en *story*).³⁷⁵ Narratologin håller sig med ett klassiskt exempel, ett exempel som går igen i narratologisk litteratur, och som därmed genom sin igenkänningsfaktor bidrar till att identifiera en genre inom fältet: "The king died and then the queen died."³⁷⁶ Sekvensen saknar, kan man tycka, egentlig mening. Den bara radar upp två händelser i kronologisk ordning. Den är dock, liksom den ovan beskrivna arbetsrättsliga historien, oduglig för att uttrycka ett meningsfullt sammanhang. Ytterligare någonting saknas.

4.3 Kausalitet och mening

För att berättelsen skall bli meningsfull, och, kanske definitionsmässigt överhuvudtaget en berättelse, måste den ovan beskrivna *storyn* utvecklas till en *plot*. Det råder en viss oenighet inom den narratologiska vetenskapen beträffande begreppsparen och hur kategorierna skall formuleras. Tunga namn som Gérard Genette och Seymour Chatman förordar till exempel en annan ordning än distinktionen mellan *story* och *plot*.³⁷⁷ Chatman låter ett analytiskt schema utgå från en distinktion mellan *story* (händelser och annat innehåll) och *discourse* (uttrycket genom vilket innehållet kommuniceras).³⁷⁸ Gerard Genette hänför distinktionen mellan *story* och *plot* till en skolbildning, den så kallade formalistiska (eller den ryska formalismen, på grund av dess ursprung) som anses överspelad.³⁷⁹ Det är självfallet fullt möjligt att Genettes eller Chatmans uppdelningar från ett narratologiskt perspektiv är att föredra, men uppgiften här är inte att utvärdera den narratologiska diskursen. Den valda distinktionen används för att visa ett drag i den juridiska diskursen, nämligen hur den förutsätter en viss form av kausalitet. För det ändamålet fyller den sin funktion,

³⁷⁵ Se Forster, *Aspects of the Novel* s. 29.

³⁷⁶ Exemplet formulerades av E.M. Forster, *Aspects of the Novel* s. 82. Se vidare till exempel Abbott, *Narrative* s. 38, Chatman, *Story and discourse* s. 30 och s. 45 f. Culler, *The pursuit of signs* s. 183, Genette, *Narrative Discourse Revisited* s. 20, Johansson, *Narrativ teori och metod* s. 127 f., van Roermund, *Law, Narrative and Reality*, s. 21. Jfr exempelvis Bordwell, *Narration in the Fiction Film* s. 49 ff.

³⁷⁷ Se också till exempel van Roermund, *Law, Narrative and Reality* s. 21 n. 3.

³⁷⁸ Chatman, *Story and Discourse* s. 19 ff.

³⁷⁹ "[T]he Formalist pair *story/plot* belongs, one may say, to the prehistory of narratology and will no longer be useful to us", Genette, *Narrative Discourse Revisited* s. 14. Återigen skyntar Aristoteles i bakgrunden. Distinktionen mellan *story* och *plot* kan "kanske" härledas till honom, även om den utvecklats mest av de så kallade ryska formalisterna (varför terminologin ibland istället handlar om en distinktion mellan *fabula* (*story*) och *syuzhet* (*plot*)). Se Bordwell, *Narration in the Fiction Film* s. 49.

låt vara att den kanske är ”narratologiskt förhistorisk”, och i andra sammanhang obsolet.

Temporaliteten i sig inte är nog för att skapa mening, för en meningsfull berättelse krävs också *kausalitet*, det vill säga en tanke på att en händelse beror på en annan. Kausaliteten behöver inte uttryckas särskilt, kanske behöver den inte uttryckas alls. Seymour Chatman gör poängen att vi, kanske som ett utslag av vår mänskliga natur, egentligen inte behöver några uttryckliga hänvisningar i texten för att vi skall läsa in en kausalitet i ett skeende som presenteras i en kronologisk ordning. Tvärtom gäller, tänker sig Chatman, att en avsaknad av instruktioner i en annan riktning kommer att leda till att vi betraktar händelserna som kausala.³⁸⁰ Att tillskriva inläsningen av kausalitet en universell mänsklig egenskap kan nog inte bevisas, men det kan i vart fall sägas att det är ett uttryck för det paradigm (det västerländska i vid mening, såvitt nu intressant det modernt arbetsrättsliga) vi befinner oss i.³⁸¹ Den narrativa form vi ger vår historieskrivning är illustrativ för just vårt paradigm. Andra sätt att skapa mening, eller andra berättelsestrukturer, kommer därför lätt att framstå som obegripliga. Historikern Hayden White illustrerar genom att återge ett utdrag ur en medeltida krönika. Krönikan bär formen av en uppräknings av årtal, av vilka vissa har en händelse antecknad:³⁸²

709. Hard winter. Duke Gottfried died.

710. Hard year and deficient in crops.

711.

712. Flood everywhere.

713.

714. Pippin, mayor of the palace, died.

715. 716. 717.

718. Charles devastated the Saxon with great destruction.

Och så vidare. Varje år är antecknat, men bara vissa år bär en anteckning om något som hände det året, eller om något förhållande. Det är svårt att omedelbart förstå något om den omtalade tiden utifrån krönikan. Krönikan är till synes ofullständig, och vilka principer krönikören tillämpar för vilka händelser som skall antecknas är svårt att se.³⁸³ Översvämmingar och hårda vintrar är till synes lika viktigt (eller oviktigt – tanken på att

³⁸⁰ Chatman, *Story and discourse* s. 45 f. Chatmans poäng riktar därmed också kritik mot distinktionen mellan *story* och *plot*. Se också Abbott, *Narrative* s. 38.

³⁸¹ ”No one can choose not to see movement in a film. Yet these effects are still the product of the organism’s interferential activity, here at a psychophysical level.” Bordwell, *Narration in the Fiction Film* s. 103. Se vidare n. 403.

³⁸² White, *The Content of the form* s. 6 f. Här återges ett utdrag av utdraget.

³⁸³ Vi har svårt att tolerera en sådan ofullständighet i en berättelse, se Abbott, *Narrative* s. 114.

bara viktiga händelser skall antecknas är också paradigmatiskt – som att Hertig Gottfried, eller en viss Pippin har dött.³⁸⁴ En hel del år har till synes ingenting hänt. Man kan kanske ana att krönikören levde i hårda tider – det enda som verkar prägla tiden är ju att någon dör, att det är översvämningar överallt eller liknande. Men giv akt, redan här har vår förförståelse smugit sig in. Det är lika logiskt att tänka sig att endast händelser som avviker från det normala antecknas – och då blir det istället en krönika över en jämförelsevis (med vår, till exempel) lycklig tid.³⁸⁵ Vill vi skapa någon mening med krönikan måste vi göra det själva, utifrån vårt paradigm.³⁸⁶ Vill vi inte skapa mening kan vi försöka avfärda krönikan som en dålig källa, men det är inte säkert att det fungerar. Det förlänar den också en mening, genom att vi bestämmer dess position i diskursen och för att vi därmed tagit ställning till vad som saknas för att den skall bli en bra källa.³⁸⁷

Sökandet efter mening i krönikan bereder ändå problem. Inte bara framstår händelserna som slumpmässigt utvalda, deras relation inbördes är oklar. Men då har vi fokuserat bara på händelserna – ett utslag av vår paradigmatiske utgångspunkt. Krönikören tillhör uppenbarligen ett annat paradigm. Eller, uppenbarligen kanske är mycket sagt, vi kan försöka komma undan med att (till exempel baserat på ett common sense-resonemang)³⁸⁸ avfärda krönikören som en dålig sådan.³⁸⁹ Då handlar frågan om verklighetsuppfattning, och vi måste ge oss till att ifrågasätta krönikörens verklighet. Särskilt som vi (det vill säga nu) bara har tillgång till krönikörens verklighet genom dennes anteckningar är det dock ohållbart. Vi har inget att jämföra med, annat än vår egen uppfattning om krönikörens verklighet. Det är inte lätt att se varför den skulle övertrumfa det enda uttryck vi har för krönikörens verklighet, även om det uttrycket saknar något vi *förväntar* oss att finna, det vill säga tanken på kausalitet. Den förväntan har dock ingen grund utanför oss själva och vårt paradigm. Det innebär att vi inte utan vidare kan tvinga på krönikörens berättelse våra förväntningar utan att samtidigt göra krönikören orättvisa genom att vi därmed skulle underkänna dennes verklighet. Uttrycken för den medeltida krönikörens verklighet inte kan förstås som annat än paradigmatiskt definierade, och detsamma gäller vår egen verklighetsuppfattning. Hayden White formulerar kritiken som en fråga: "The modern scholar seeks fullness and continuity in an order of events;

³⁸⁴ White, *The Content of the form* s. 7.

³⁸⁵ White, *The Content of the form* s. 10.

³⁸⁶ White, *The Content of the form* s. 6 f.

³⁸⁷ Se White, *The Content of the form* s. 15.

³⁸⁸ Se vidare n. 411.

³⁸⁹ White, *The Content of the form* s. 15.

the annalist has both in the sequence of the years. Which is the more 'realistic' expectation?"³⁹⁰

Nu står vi alltså här, med en verklighetsuppfattning som är typisk för just oss, och i vilken *kausalitet* är ett avgörande meningsbärande moment i den berättelse vi bygger upp verklighetsuppfattningen av. Ett problem med att studera kausaliteten som ett grundläggande paradigmiskt fenomen är att det är så invant att det verkar så naturligt att det är svårt att undersöka. För att på allvar kunna studera samhällsförändringarnas betydelse för den rättsliga diskursen måste vi dock göra ett försök att på allvar studera kausaliteten, och därvid ta den på allvar som ett diskursivt fenomen. En alltigenom "traditionell rättsdogmatisk metod" innehåller knappast några verktyg för den frågan, av den egentligen rätt enkla anledningen rättsdogmatiken inte strävar efter att analysera *sig själv* (utan ett visst objekt utanför sig själv – metoden är en sak, det rättsliga materialet en annan). Det gör däremot narratologin.

Ett narratologiskt exempel för att visa kausaliteten är en variant på, eller en utveckling av, det ovan (vid n. 376) anförda: "The king died, and then the queen died *of grief*."³⁹¹ Exemplet är som synes *näst*an detsamma. Kronologin är bevarad, det finns en följd av händelser som kan sättas ut på tidslinjen. Det är en förutsättning för kausalitet men det tillför också något. Någoting ledde till någoting, vilket är mer än att något hände efter något annat. Drottningens död hänger samman med kungens död, hennes död till och med beror på hans död. *Ploten* består liksom *storn* av en sekvens av händelser, men känslan av kausalitet överskuggar kronologin. *Ploten* ställer en fråga som *storn* inte ställer; *varför?* *Ploten* lägger till ett intellektuellt moment, ett moment som förutsätter minne och intelligens.³⁹² Det intellektuella momentet gör berättelsen meningsfull, det ger också något att diskutera, något att, om man så vill, bråka om. Den duger också som grund för ett rättsligt område, eftersom den förklarar någoting. Där är det intellektuella momentet avgörande.

"Kausalitet" förekommer i olika betydelser i den juridiska diskursen, mer uttryckligt som ett rekvisit i diverse regler (se för exempel vilken regel om skadestånd som helst; den som *orsakar* en skada skall ersätta densamma). Förändringsdiskursen handlar inte primärt om de rättsliga rekvisiten, men de rymmer i och för sig samma grundläggande förutsättning som tanken på att en samhällsförändring påverkar rätten. Något orsakar något, och det sambandet går att *beskriva*, det är, ideologiskt, en naturvetenskaplig fråga snarare än en rättsligt värderande (låt vara att det

³⁹⁰ White, *The Content of the form* s. 9.

³⁹¹ Forster, *Aspects of the Novel* s. 82.

³⁹² Forster, *Aspects of the Novel* s. 82 f.

är domstolens uppgift att fastställa om vissa fakta föreligger).³⁹³ Beträktad som ett intellektuellt moment kan kausaliteten förefalla vara en filosofisk fråga snarare än en juridisk. Den idéhistoriska bakgrunden berörs någon gång i andra discipliner än arbetsrättsliga,³⁹⁴ men annars är det gängse sättet för den rättsliga diskursen att förskjuta frågan till en annan disciplin, filosofin. Man kan studera tekniken: ”Knappast ointressanta, men kanske inte för oss som jurister så givande, variationer på sätten att diskutera kausalitet kan vi finna hos olika tiders filosofer.”³⁹⁵

³⁹³ Uppdelningen mellan *fakta* och *norm* går igen i den realistiska juridiken. Den möter till exempel också i tolkningen, se 7.6.2.5, särskilt vid n. 907 och 7.6.2.6 särskilt vid n. 921, men också i fråga om konkurrens mellan kollektivavtal, se 8.3.4.

³⁹⁴ Se till exempel i en skadeståndsrättslig avhandling Schultz, Kausalitet, särskilt s. 89 f. och s. 405 ff. David Hume har kommit att framstå som den moderna kausalitetsuppfattningens fader, med sin emperistiska skepticism, vilken går ut på att kausalitet bara kan iakttas som regelbundenheter i våra observationer av händelseförlopp. Något annat stöd än erfarenhetsbaserade observationer inte finns (Schultz, Kausalitet s. 418). Till Hume bör läggas John Stuart Mill, som anses vara den juridiska orsaksanalysens mest grundläggande gestalt (Schultz, Kausalitet s. 420). Bakom och före Hume och Mills lurar, som alltid tycks det, Aristoteles (Andersson, Kausalitetsproblem – Kausalitet eller problem? s. 27), men den moderna kausalitetsuppfattningen är alltså i huvudsak en produkt av 1700- och 1800-talens filosofi. Även om den i sin tur kan kritiseras och mer sentida alternativ kan presenteras (se för en redovisning, Schultz, Kausalitet s. 347 ff.), är alternativen alltså en reaktion på tankar som kan sägas definiera det moderna tänkandet.

³⁹⁵ Andersson, Kausalitetsproblem – kausalitet eller problem? s. 27, vidare a.a. n. 15 med inledningsmeningen ”Om kausalitet och kausalitetsproblem finns mycket skrivet”, Andersson, Skyddsändamål och adekvans, s. 290 n. 3, med inledningsmeningen: ”Om kausalitet och kausalitetsproblem finns mycket skrivet”, se vidare Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 293: ”Vi avslutar nu vår översikt och konstaterar att kausalitet inte är något helt givet och axiomatiskt som algebra etc. [...] Och dessutom: På det språkliga metaplanet tillkommer problemet, möjligen skenproblemet, hur man skall formulera kausaliteten. Det är ungefär som den klassiska frågan vad tiden är – det är lätt att förstå så länge man slipper att i ord förklara det hela [n: Jfr det insiktsfulla yttrandet 'I can't define an elephant, but I know him when I see him.']. De logiska instrumenten kan hjälpa oss att precis formulera kausaliteten i ord, men i början var ju handlingen och den föregick ordet även om vissa gör gällande att språket är en handling i sig – vi kanske skulle dämpa förväntningarna på logikens och semantikens förklaringar, och i stället utgå från tämligen enkla upplevelser av de kausala kategorierna.” Det upprepas i Andersson, Kausalitetsproblem – kausalitet eller problem? s. 27: ”Vi nöjer oss nu med konstaterandet att kausalitet inte är något helt givet och axiomatiskt såsom algebra etcetera. Vi kanske därför skall dämpa förväntningarna på logikens och semantikens förklaringar, och istället utgå från tämligen enkla upplevelser av de kausala kategorierna.” Se också Hellner och Johansson, Skadeståndsrätt 6 uppl. s. 195 ff. med inledningsmeningen: ”Den filosofiska och den juridiska litteraturen på området är enorm” (jfr 8 uppl. s. 195). Tekniken är inte ny, den används till exempel av Hjalmar Karlgren: ”Litteraturen beträffande kausalitet, logisk och adekvat, är utomordentligt omfattande.” Karlgren, Skadeståndsrätt s. 37 n. 4. Tekniken används för övrigt också i föreliggande arbete, n. 216.

Den moderna juridiken utgår från att regler styr, syftar till att styra eller åtminstone kan styra människors beteende.³⁹⁶ En sådan funktion hos en regel underförstår en kausalitet i en viss riktning, och att den är naturlig, medan tanken på en förhandlingsbar kausalitet måste undertryckas.³⁹⁷ Märk väl – man behöver inte ta ställning (för ett ”naturligt” eller ”diskursivt” kausalitetsbegrepp, eller hur man nu vill formulera alternativen), poängen här är att det område som undersöks har valt, och att det därmed ser ut på ett visst sätt, och att det valet ger förutsättningar för hur området berättas och kan berättas.

Vilka val som görs är betydande för diskursen, kanske särskilt när valet inte görs uttryckligt. Den rättsliga diskursen behandlar kausaliteten som om den vore naturlig.³⁹⁸ Att betrakta kausaliteten som något annat än en naturlig ordning kräver nog att man övervinner ett motstånd. Berättelsen

³⁹⁶ Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 18: ”Själva uttrycken bindande osv., använda i formulerade regler, ha till syfte att *påverka* människor – dem till vilka regeln är riktad – att handla i överensstämmelse med regeln.” Också Folke Schmidt ger samma år, 1954, uttryck för en sådan inställning ”Man kan inte heller bortse från risken för ’överintellektualisering’. Vetenskapsmännen har inte alltid tagit tillbörlig hänsyn till att rättsreglerna skall tjäna som handlingsmönster för enkla vardagsmänniskor, bundna av sin tids föreställningar.” Schmidt, Orsaksproblemet under debatt s. 210. Vidare, ”Lagstiftarna och juristerna är jordiska varelser, bundna av våra vanliga tankeschemata. Men även om de vore visare än andra, bleve utgångspunkten densamma. En lagstiftare, som vill dirigera människornas handlings sätt, kan inte underlåta att använda de populära orsakskategorierna för att meddela sina avsikter.” Schmidt, Orsaksproblemet under debatt s. 213. Senare sammanfattar Schmidt tanken under rubriken ”*effektänkande*”, se Schmidt, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen s. 563 ff. Från ett sociologiskt håll blir det ännu mer tydligt, se till exempel sociologen Antoinette Hetzlers kritik av arbetsrätten efter 1970-talets lagstiftning, *Rätten som mål eller medel?* med inledningsmeningen ”Rätten är det moderna samhällets främsta styrmedel för att kontrollera beteende och frambringa social förändring.” Hetzler, Rätten som mål eller medel? s. 189.

Se vidare Per Olof Ekelöf, som i inledningen i första häftet i sin serie läroböcker i processrätt konstaterar att ”[d]å riksdagen antar en ny lag eller ändrar en redan gällande sådan, är meningen härmed att påverka människornas beteende ute i samhällslivet. Civilrättsliga lagstadganden är ju också i regel formulerade som handlingsregler för medborgarna. Syftemålet måste väl då vara att dessa i sin handel ochandel skall rätta sig efter reglerna.” Ekelöf och Boman, Rättegång, första häftet s. 7. Se också Sigeman, som i sin festskriftsartikel till just Per Olof Ekelöf omnämner ”den viktiga funktionen [hos en rättsregel] att ge direktiv hur parterna skall förhålla sig”, Sigeman, Semesterlagens tjänstestavsavtalsbegrepp s. 623. Man kan i sammanhanget passa på att notera att grundinställningen inte har ändrats mycket mellan 1954 och 1993 – det är samma moderna juridik (jfr till exempel citeratet (Håkan Andersson 1993) i n. 395 med Folke Schmidt 1954). Se också Adlercreutz, Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet s. 373.

³⁹⁷ Se Andersson, Barthesianska meditationer s. 75.

³⁹⁸ Se Andersson, Skyddsändamål och adekvans 305 f. (med hänvisningar), som handlar om vikten av att skilja ut den verkliga kausaliteten från den rättsligt relevanta kausaliteten: ”[K]ausalitetsbedömningen är en utsaga om fakta, och fakta föreskriver ingenting

börjar med en händelse som vi betraktar som en följd av något, för att sedan identifiera detta något – orsaken. På så sätt binds två händelser samman genom den retoriska funktionen, och vi kan betrakta kausaliteten som naturlig och verklig, som tingens ordning. Att man dock lika gärna kan skapa kausaliteten ”omvänt” sätter det intellektuella, skapade, momentet i fokus. Poängen tillskrivs Nietzsche, enligt följande. *Orsaken* – myggans stick – leder till smärtan – *följden*. Helt naturligt. Men ordningen kan lika gärna vara den omvända. Vi känner smärtan letar efter en orsak – vi hittar myggan.³⁹⁹ Smärtan har lett till myggan, eller myggan till smärtan. Det ena är inte naturligare än det andra, inte utan en måttstock som bestämmer ordningen. Naturvetenskapen är en sådan måttstock, kanske någon vill föreslå. Myggans stick genererar en signal som går genom nervsystemet som retar smärtcentrum i hjärnan – myggans stick leder till smärtan. Med den måttstocken (förklaringsramen, rationaliteten) har denne någon rätt. Utan det första hade inte det andra inträffat.⁴⁰⁰ Med en annan rationalitet har samma någon fel. Observationen av smärtan kom ju först, sedan kom observationen av myggans stick. Utan det första hade inte det andra inträffat.⁴⁰¹

Jämförelsen innebär oundvikligen att rättsvetenskaparen griper in i berättelsen, eftersom kronologin och kausaliteten i den parallella berättelsen måste bestämmas. Vi behöver inte, för att berättelsen skall fungera, ta hänsyn till att vi skapar kausaliteten i just det ögonblicket. Kausaliteten är i detta avseende en efterhandskonstruktion. Eftersom systemet går ihop kan vi leva med att vi inte *verkligt* kan veta om det som hände inte hade hänt ändå. Operationen innebär att alla mellankommande orsaker måste förkortas bort. Tanken på att rättsreglerna skulle ha vissa funk-

– ordets makt över tanken uppkommer när kausaliteten får en normativ betydelse.” (a.a. s. 306).

³⁹⁹ Poängen, med hänvisning till Nietzsche, förs fram av Jonathan Culler, *The Pursuit of Signs* s. 183 och av H.P. Abbott, *Narrative* s. 40 (med hänvisning till Culler).

⁴⁰⁰ Ungefär så kan en definition av kausalitet sammanfattas, såsom den brukar formuleras inom skadeståndsrätten, se till exempel Anderson, *Skyddsändamål och adekvans* s. 290 f., Hellner och Radetzki, *Skadeståndsrätt* s. 196. Formuleringen råkar också överensstämma med David Humes formulering av kausalitetsläran ”We may define a cause to be *an object, follows by another, and where all the objects similiar to the first are followed by objects similiar to the second*. Or in other words *where, if the first object had not been, the second never had existed*.” Schultz, *Kausalitet* s. 419 med hänvisning till Hume, *Enquiries Concerning the Human Understanding and concerning the principles of Morals*.

⁴⁰¹ Friedrich Nietzsche anmärker ”*Orsak och verkan*. – Före verkan tror man på andra orsaker än efter verkan.” Nietzsche, *Den glada vetenskapen* § 217.

ner bygger, uttryckligt eller underförstått, på att aktörernas handlingar är en kausal följd av ett visst antal identifierbara omständigheter.⁴⁰²

Det vill säga, också något så naturligt som begreppsparet orsak och verkan är, ehuru så etablerat i vårt tänkande att vi har svårt att tänka oss en analys utan det, också en mekanism i diskursen med uppgift att driva denna framåt. Orsak och verkan förutsätts vara möjliga att särskilja och identifiera. Samtidigt är de oupplösligt förenade, begreppsligt (en orsak blir meningslös utan en verkan och vice versa) likaväl som empiriskt.⁴⁰³ Som ett typexempel på ett område där diskursen bygger på en separation mellan orsak och verkan skulle kunna tas frågan om hur en samhällsförändring påverkar rätten.

⁴⁰² Arbetsrättens närhet till sociologin kommer till uttryck här. Funktionsresonemang och orsaksresonemang krävs för en fullständig sociologisk analys. Se Boglind, *Strukturalism och funktionalism* s. 35.

⁴⁰³ "Orsak och verkan, en sådan tvåfald existerar förmodligen aldrig – i själva verket står vi inför ett kontinuum, ur vilket vi isolerar ett par brottstycken, liksom vi alltid ser en rörelse bara som isolerade punkter, alltså egentligen inte ser utan sluter oss till den." Nietzsche, *Den glada vetenskapen* § 112. Nietzsche återkommer ofta till temat, till exempel i den samling av anteckningar och aforismer som givits ut under titeln "The Will to Power" (se om det verkets ursprung Kaufmann, *The Will to Power*, Editor's introduction s. xv f.) till exempel § 633: "Two successive states, the one 'cause', the other 'effect': this is false. The first has nothing to effect, the second has been effected by nothing." Påstående är inordnat under rubriken "The Mechanistic Interpretation of the World". Det är här (och på sätt och vis redan i sin ursprungsform) ryckt ur sitt sammanhang, och kanske gör jag mig därför skyldig till vad Walter Kaufmann anklagar många läsare (också översättare) för, nämligen att läsa Nietzsche genom att rycka passager ur sin kontext, översiktligt och oförsiktigt, utan att visa känsla för detaljer (Kaufmann, *The Will to Power*, Editor's introduction s. xxi.). Här används Nietzsche emellertid till att rucka den studerade diskursens fundament (en ganska välfunnen metafor för den moderna juridiken, som ju gärna hänför positiva värden till just byggnadsmetaphorer), och det syftet kan fullgöras trots en viss översiktlighet.

Och för övrigt – hur skulle *fullständighet* i någon vettig mening egentligen se ut? Vi måste nog alltid leva med en viss översiktighet, när uppgiften (som i all vetenskap) är att bygga tankar på tankar. Vi bygger en berättelse, och i själva processen kan vi inte låta bli att välja att inkludera somt och att lämna somt utanför, att förstora somt och att förminska somt. van Roermund bygger på en tanke från Hayden White som avser historiska berättelser, det vill säga berättelser om vad som "verkligt" hände (se van Roermund, *Law, Narrative and Reality* s. 29 f.). Bert van Roermund utvidgar tanken till alla berättelser: "The same goes for other than strictly historical narratives, in as far as all stories require story-independent goings-on." van Roermund, *Law, Narrative and Reality* s. 30 (se också s. 34). Tanken torde också omfatta en rättsvetenskaplig berättelse, som ju också gör anspråk på att tala om hur det "verkligt" är.

4.4 Abstraktionsmekanismen

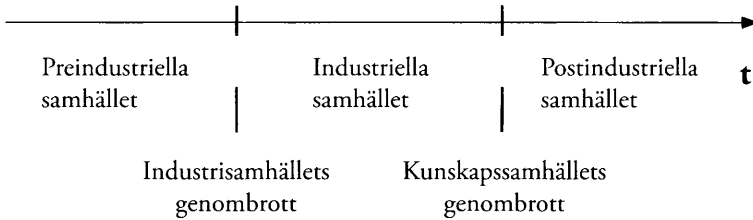
På tidslinjen placeras händelserna ut som tidpunkter. Det vill säga, tidpunkter, "nu" följer varandra, det som inte är "nu" är endera förfluten tid eller framtid. Tidpunkterna, när de genom att placeras ut på tidslinjen sålunda skall konkretiseras, kan förses med förbehåll, eller epitet som "ungefärligen", "cirka" eller liknande. Man kan betona skönmässigheten, osäkerheten, förklara att tidpunkten bara är angiven med, låt säga, en exakthet på 50 år när åt båda håll. På tidslinjen är händelsen ändock en punkt. På en tidslinje är det i själva verket inte egentligen viktigt *när* en händelse inträffar, utan i vilken ordning händelserna inträffar. En tidslinje vore meningslös med bara en händelse. Om en sådan framställning skall bli meningsfull får man alltså sluta sig till att det krävs två händelser för en berättelse.⁴⁰⁴ Punkterna, utsatta i rätt ordning, ger berättelsen en del av dess nödvändiga temporalitet.

Genom att sålunda utplaceras på tidslinjen genomgår den utplacerade händelsen en metamorfos från konkret händelse till abstrakt punkt. Diskursen innehåller vad man skulle kunna kalla en *abstraktionsmekanism*. Från att ha varit en faktisk, konkret händelse (eller ett sammanhang av händelser som vi kan formulera som en) får händelserna en roll att tjäna som referenspunkter i berättelsen. Mekanismen innebär också att fokus kan flyttas från händelsen till förändringen som händelsen markerar. Händelsen, det som ger att själva förändringen kan ha ägt rum, är där- emot inte längre viktig när den väl satts ut. Arbetsrättens historia handlar inte om den konkreta händelsen, om punkten, där tar arbetsrätten historieskrivningen för given. När en konkret händelse väl har placerats på tidslinjen (och det är vad vi gör när vi skriver historien, kronologiskt, och med någon idé om händelsernas relation, eller i vart fall om en relation mellan händelserna) övergår berättelsen till att handla om förändringen.

Med hjälp av tidpunkterna som avgränsare kan sedan utrymmena däremellan definieras som löpande tidsförlopp, eror. När själva förändringen abstraherats till *tidpunkt* (i exemplet de respektive samhällstypernas

⁴⁰⁴ Om uppgiften är att definiera en *berättelse* är antalet händelser som behövs en fråga att ta ställning till. Konsensus verkar råda om att det krävs minst en händelse för en berättelse (the king died), men meningarna går isär om huruvida det krävs åtminstone två händelser, där den ena följer på den andra (the king died, then the queen died). Se Abbott, Narrative s. 12 som för egen del förfäktar tanken att det inte är meningsfullt att definitionsmässigt begränsa området till två händelser, eller för den delen definitionsmässigt kräva ett kausalsamband. En annan sak blir då att en berättelse med bara en händelse kanske mera sällan är intressant att analysera.

genombrott), äger den inte rum under någon tidsrymd, istället markerar den gränsen mellan två tidsrymder. Till exempel enligt följande.



Den första markerade punkten på tidslinjen ovan representeras av industrisamhällets genombrott och den andra av kunskapssamhällets genombrott. De är uppenbarligen inte möjliga att ange exakt, snarare är de behäftade med en betydande osäkerhet (på, låt säga, 50 år).⁴⁰⁵ Särskilt osäker är tidpunkten för kunskapssamhällets genombrott, en tidpunkt man inte ens är överens om huruvida den inträffat.⁴⁰⁶ Genom den retoriska manöver som jag nu försöker beskriva har den tidigare konkreta händelsen blivit en abstrakt händelse, vars roll är att driva berättelsen framåt. Ett spår av abstraktionsmekanismen är att man kan tala om förändringen, i bestämd form singular. På samma sätt talas gärna om (till exempel industri-) samhället, i bestämd form singular. Tidsrymderna (här: de respektive samhällstyperna eller erorna) låter sig beskrivas, men själva förändringen, övergången gör det inte. Den är en punkt på tidslinjen, och som sådan i sig själv utan tid. Konkretiserad i den kollektiva arbetsrättens historia gör sig abstraktionsmekanismen gällande genom att de små skillnaderna radar upp sig, inte genom stora, paradigmatiska skillnader:

Exempel₃: Under den andra halvan av 1700-talet gjordes en mängd tekniska landvinningar som gjorde att produktionen av varor, jämfört med tidigare, kunde ske i stor skala. Den nya produktionen fick draghjälp av liberalismen (på sina tog sig skiftet våldsamma uttryck, särskilt i den franska revolutionen 1789), som öppnade vägen för kapitalismen. Genom dessa omdaningar var industrialismen ett faktum. Förändringen skedde gradvis i Europa, Sve-

⁴⁰⁵ Rolf Nygren fastställer den moderna svenska rättens början till tidigast 1850. Anledningen är att den industriella omvandlingen (i Sverige) började på allvar i mitten på 1800-talet, och att "[f]emtio år senare var hela samhällsbilden förändrad." Nygren, Rätts-historia och samhällsförändring s. 78.

⁴⁰⁶ Eftersom historiens distans är obefintlig är den precision historiens distans ger obefintlig, jfr vid n. 72 och 4.2.

rige industrialiserades under andra halvan av 1800-talet. Industrisamhället utmärks av nya samhällsklasser. Arbetarklassen, med den vid den här tiden nyfödda socialismens ideal som ledstjärna, sluter sig tidigt samman i fackföreningar. Poängen med dessa är att priset på arbete kan förhandlas fram kollektivt (en prislista på mureriarbete från 1869 kan räknas som det första kollektivavtalet). Kollektivismen växer sig stark i en ständigt kamp, till en början mot såväl arbetsgivare som statsmakterna (lagstiftningen kom först långt senare att anpassas till de rådande förhållandena, tjänstehjonsstadgan från 1864 kom formellt att leva kvar länge). Ett genombrott markeras av decemberkompromissen 1906, då arbetsgivarna erkände arbetstagarernas rätt att organisera sig fackligt. Som motprestation erkände arbetstagarerna arbetsgivarnas rätt att fritt anställa och avskeda arbetsgivare, samt att fritt leda och fördela arbetet (de så kallade § 32-rättigheterna). Den kollektiva modellen kom dock, trots flera försök, inte att stadfästas förrän 1928, då en lag om kollektivavtal stiftas och Arbetsdomstolen inrättas. Motsättningarnas tid är dock inte förbi, tvärtom sker den mest våldsamma eruptionen i svensk historia i Ådalen 1931. I dess kölvatten inleds förhandlingar, vilka kröns med Saltsjöbadsavtalet 1938. Det inleder en era av harmoni (Saltsjöbadsandan har kommit att bli ett begrepp), vilken avbryts av social oro, manifesterad inte minst i den så kallade storstrejken i malmfälten i slutet av 1960-talet. Saltsjöbadsandan avskaffas, åtminstone i princip, genom den mest omvälvande statliga interventionen sedan kollektivavtalslagen, med lagen om anställningsskydd 1974 och medbestämmandelagen 1976. Nådastöten tycktes samförståndsandan få 1990 då SAF avbröt samarbetet med facket. Men, kanske markerar Industriavtalet av 1997 en ny samförståndsanda. Inträdet i EU 1995 har inneburit nya spelregler och en ny arbetsmarknad. Denna omdanas, tjänstproduktion är den samhällsekonomiska motorn, inte som tidigare industriproduktionen. Vi träder in i ett kunskapssamhälle. Vart det skall leda kan vi dock ännu inte överblicka, endast ana.

Händelserna är alltjämt hållpunkter i historien, utplacerade som milstenar längs dess väg. Samtidigt markerar händelserna små brott i historien, avslutningar på gamla eror och början på nya. Kausalsambanden är förvisso inte alltid klara, inte definitiva, men underförstådda. Någon slumpmässighet finns inte egentligen inbyggd i berättelsen. Istället finns mer eller mindre implicita antaganden. Berättelsens mening bygger på att kausalsambanden finns närvarande, i texten.⁴⁰⁷

Meningsskapandet fungerar på så sätt att berättelser till sin natur inte är fullständiga, utan fyllda med ”tomrum”.⁴⁰⁸ Genom att vi fyller ut dessa

⁴⁰⁷ ”The king died, and then the queen died of grief.” Jfr 4.3 vid n. 391.

⁴⁰⁸ Abbott talar om att läsaren oundvikligen måste fylla ”gaps” i berättelserna. Tanken kan illustreras genom ett exempel från en närliggande kulturyttring. Mellan rutorna i en vanlig seriestrip, finns ett utrymme i vilket läsaren skapar en idé om handling mellan de båda rutorna som omger utrymmet, Abbott, Narrative s. 114 ff. Se om ”gaps” i en

ger vi berättelsen dess mening. För en jurist kan denna tanke inte gärna bjuda mycket motstånd. Den juridiska verksamheten går ju, kan man säga, ut på att överbrygga avstånd mellan olika texter (texten om vad som hänt och regeltexten, till exempel), och att skapa mening i mer eller mindre uppenbart ihåliga berättelser. För att kunna förmedla en mening måste berättaren alltså oundvikligen vädja till läsarens fantasi.⁴⁰⁹ Det innebär till att börja med att berättelsens betydelse inte är givet ”objektiv” och att berättaren inte ensam har inflytande över vad berättelsen skall betyda. Den använda metoden anknyter således till den hermeneutiska insikten, varvid läsarens förförståelse är en del av textens mening.⁴¹⁰ Den förförståelsen, eller läsarens fantasi, är betingad av vad vi håller för sant.

Nu är inte intuitionen ”fri” i den meningen att tomrummet godtyckligt skulle kunna fyllas ut med vad som helst. Tvärtom är fantasin bunden av det paradigm, eller den ”tolkningsgemenskap” i vilken vi befinner oss.⁴¹¹ Den kan i sin tur förstås genom att den arbetsrättsliga diskursen,

berättelse också till exempel Bordwell, *Narration in the Fiction Film* s. 54 f. Jämför med tidslinjen, där punkterna motsvarar rutorna, medan mellanrummen motsvarar utrymme mellan bilderna.

En annan konkretion kan hämtas från Humes kausalitetsmodell (se kap.4.3, särskilt n. 394). När vi, på grundval av våra erfarenheter, sluter oss till ett samband mellan en händelse, ”verkan”, och en annan, ”orsaken”, fyller vi därmed en lucka, och får på så vis berättelsen att hänga ihop.

⁴⁰⁹ Abbott, *Narrative* s. 114 ff. Därmed inte sagt att läsaren kan välja att *inte* fylla ut luckorna, tvärtom. Se ovan vid n. 380 och n. 381.

⁴¹⁰ En av den moderna hermeneutikens källskrifter är Gadamer, *Sanning och metod*, se s. 154. Gadamer talar där om att förståelsen ges av och innebär en ”horisontsammanmältning”. Se också Alvesson och Skoldberg, *Tolkning och reflektion* s. 191 om hermeneutikens betonande av intuitionens betydelse för förståelsen. Jfr dock Sandgren som för en praktisk beskrivning av forskningsprocessen lånar termen ”förförståelse” av Gadamer. Det är dock, tänker sig Sandgren, en skillnad på Gadamers användning av termen och rättsvetenskaparens, eftersom Gadamer ”använde den i samband med tolkning av en text”, Sandgren, *Om teoribildning och rättsvetenskap* s. 312. Jag tror inte att Sandgrens avsikt är att lägga betoningen på *en* i ”en text” (i så fall är poängen mycket subtil), snarare tror jag att Sandgrens representationalistiska utgångspunkt (se ovan n. 45) spelar honom ett spratt i hans läsning om Gadamer (se Sandgren, a.a. n. 38). Jfr Gadamer, s. 195: ”*Det vara som kan förstås, är språk.*”

⁴¹¹ ”Tolkningsgemenskap” är Stanley Fish förslag. Se också Fish, *Is there a text in this class? The Authority of Interpretative Communities* s. 120–140. Vad som binder argumentationen, skapar mening och överhuvudtaget gör att vi förstår varandra är en egen disciplin, en egen debatt. En hel del kan inhämtas genom meningsutbytet mellan Owen Fiss och Stanley Fish. Se Fish, *Fish v. Fiss och Fiss, Objectivity and Interpretation*.

Stanley Fish har inte fått stå oemotsagd, och skillnaden mellan två paradigm kan belysas med hjälp av en invändning mot Fish. Torben Spaak kritiserar Fish med hänvisning till Stanley Fish kritik av Owen Fiss (se strax ovan), Spaak, *Guidance and Constraint* s. 74 ff. Spaak låter sig inte imponeras av Fish kritik av Fiss försök att etablera vad han kallar *disciplining rules* som förklaring på varför tolkningen är bunden. En bärande tanke

inklusive den arbetsrättsliga teoribildningen undersöks. Det är den som ger vad som är arbetsrättsliga resonemang, det är den som så att säga ger arbetsrätten sina konturer. Det är alltså inte fråga om att undersöka teorin för sakens egen skull. Tvärtom, frågan har den största betydelse också för enskilda fall. Saken är bara den att man inte omedelbart kan ställa upp en jämförelse med hur tillämpningen i just det enskilda fallet hade blivit mot bakgrunden av en annan teori. Verifierbarheten av en teori i denna mening finns inom teorin.

4.5 Rättsvetenskapens förhållande till andra vetenskaper

Förändringarna i rätten drivs av samhälls-, eller omvärldsförändringar, tänker man sig. Samhällsförändringarna är krafter utanför rätten, något som driver på rätten i en viss riktning. Tanken förutsätter en uppdelning mellan rätten och samhället, en tanke som accentueras av metaforen *omvärldsförändringar*. Svaret på vilka samhällsförändringarna är får hämtas från andra vetenskaper, ett tvärvetenskapligt angreppssätt är alltså

i Spaaks kritik av Fish är att denne varken respekterar eller öppet tar avstånd från distinktionen mellan *the process of discovery* och *the process of justification* (Spaak, Guidance and Constraint s. 77). Det blir enligt det synsätt Spaak företräder så mycket svårare att acceptera eftersom distinktionen ifråga "from the point of view of common sense" är uppenbart giltig.

Man kanske inte behöver låta sig övertygas av endera ståndpunkterna, men man kan besinna att Spaaks argument i sin tur inte talar om hur det sunda förnuftet blir sunt, eller för den delen hur *the common* (i översättningen vanliga) *sense* blir *common*. Man kan i nästa steg besinna att ingenting är vare sig sunt eller vanligt i förhållande till sig själv, utan bara i förhållande till vad det jämförs med. Jämförelseobjektet bestäms i ytterligare nästa steg av det rådande paradigmet. Också sundhet och vanlighet är, skulle man kunna hävda, diskursiva fenomen, lika normativa som deskriptiva. Om man hävdar det kommer man antagligen finna sig bli definierad som "ironist", en term myntad av Richard Rorty, Rorty, Contingency, irony, and solidarity s. 73. Hänvisningen till sunt förnuft är, argumenterar Rorty, *slutgiltig*. Den är slutgiltig på det viset att sunt förnuft är giltig i sig själv, utan att hänvisa till något annat, Rorty, Contingency, irony, and solidarity s. 73. Den raka, icke-cirkulära, argumentationen tar slut där. Ironisten (jag är inte säker på att det finns någon bättre svensk översättning) som utmärks av att hon inser att allt kan beskrivas och ombeskrivas och därför inte kan ta något på riktigt allvar som slutgiltigt. Ironisten möts antagligen av misstanke och skepsis av den som står på Spaaks sida ovan. Kanske beskylls hon för att hysa postmoderna tankar (Fish och Rorty hamnar på samma sida i Spaaks diskussion – den andra sidan, Spaak, Guidance and Constraint s. 88). Spänningen artikuleras än mer när Rorty definierar motsatsen till ironi: *common sense*, Rorty Contingency, irony, and solidarity s. 74. Därmed artikuleras också en gräns mellan två paradigmen, men det måste man nog vilja se för att se.

närmast nödvändigt om man skall kunna ge området en vetenskaplig behandling. Uppkomsten av *Industrial Relations* som ett självständigt forskningsfält är ett sätt att möta det.⁴¹² *Industrial Relations*-fältet har som område betraktat en ganska kort historia i Sverige. *Industrial Relations* som ett nationellt forskningsområde marknadsförs, mest uttryckligt runt millennieskiftet, bland annat av Nils Elvander i en serie artiklar, men också i åtminstone en juridisk avhandling, Lotti Ryberg-Welander (se strax nedan), *Arbetstidsregleringens utveckling*.⁴¹³ Tekniken kan jämföras med hur arbetsrätten etableras (se 2.2.3). *Industrial Relations*-fältet ges en historia i två inledande artiklar (där också begreppet ges ett ursprung, daterat till 1912 och till president Taft).⁴¹⁴ Historien, som i de första artiklarna är knutna till vissa personer, följs upp av en mer samtidsinriktad genomgång av hur forskning på området bedrivs i omvärlden. I samma artikel diskuteras teoribildningen i *Industrial Relations*-området.⁴¹⁵ Enhetligheten i fältet är viktig (naturligtvis, annars är det inte *ett*

⁴¹² Se Lundell och Nyström, *Industrial Relations och den svenska arbetsrätten* s. 415: "Det finns många anledningar till att framhålla vikten av att IR-forskningen utvecklas i Sverige. Den ökade förändringstakten i arbetslivet, den tekniska utvecklingen, informationsteknologins genombrott, globaliseringens effekter m.fl. faktorer leder till att nya fenomen och nya frågeställningar ständigt uppkommer." Området introduceras på uttryckligt funktionalistisk grund: "Arbetsrättslig forskning i ett IR-perspektiv, ensamt eller i samarbete med andra discipliner, kan bli ett viktigt verktyg för att förstå och hjälpa till att forma framtidens arbetsmarknad." *Industrial Relations*-fältet gör ingen hemlighet av att det vill vara ett modernt område.

⁴¹³ Termen *Industrial Relations* används tidigare, till exempel av Folke Schmidt i dennes översättning av sin lärobok i kollektiv arbetsrätt, *Law and Industrial Relations in Sweden*, och av Axel Adlercreutz, *Centralistic and Decentralistic Tendencies in Swedish Industrial Relations and Labour Law*. Då används dock termen mer för att beteckna den kollektiva arbetsrätten än för att introducera ett särskilt forskningsfält. Båda titlar öppnar visserligen genom användningen av "*and*" mellan "(Labour) Law" och *Industrial Relations* för att det är olika saker, men något medvetet försöka att skilja dem åt är det knappast fråga om. Snarare tvärtom i så fall, eftersom såväl Schmidts som Adlercreutz inställning till den rättsvetenskapliga forskningen är att den måste vara samhällstillvänd. Se till exempel för Adlercreutz del som när han beskriver sin egen gärning gärna kommer tillbaka till samhällsanknytningen, till exempel En jubeldoktor ser tillbaka s. 19, och Minnen från min verksamhet som lärare i civilrätt och handelsrätt s. 67. Lotti Ryberg-Welander diskuterar termen, *Arbetstidsregleringens utveckling* s. 27. Ryberg-Welander stannar för att inte försöka översätta termen till svenska, eftersom det "troligen bara skapar förvirring", särskilt som *industrial relations* "inte bara är ett språkligt begrepp utan också en akademisk disciplin."

⁴¹⁴ Elvander, *Från Webbs till Warwick samt Industrial Relations i USA*, se särskilt *Industrial Relations i USA* s. 5. Jfr Rydberg-Welander som hänför forskningsfältets framväxt till efterkrigsåren, se Ryberg-Welander, *Arbetstidsregleringens utveckling* s. 27 f.

⁴¹⁵ Elvander, *Industrial Relations, Svenskt Internationellt*, allmänt s. 150 ff. Jfr Ryberg-Welander som konstaterar att "industrial relations-forskningen har en tradition av pragmatiskt inriktat problemlösning", att "det är helt klart att många forskare är upptagna av

område) trots att det skall vara mångvetenskapligt, och det gnisslar lite när Lena Gonäs påpekar att forskning om kön och arbete inte fått plats i den svenska *Industrial Relations*-forskningen.⁴¹⁶ Niklas Bruuns kommentar på begreppsbildningen och forskningens inriktning är tydligen lättare att hantera.⁴¹⁷ Strävan efter enhetlighet betonas också av att Elvander i en samlad framställning av artiklarna översatta till engelska finner för gott att lämna kommentarerna utanför.⁴¹⁸ Oenigheten är inte heller värre än att Elvander, trots synpunkterna på den historieskrivning vill införa, tycker sig kunna se framtiden för *Industrial Relations* an med tillförsikt, en tillförsikt som i princip delas av de båda kommentatorerna. Han kan avsluta debatten med att forskningsläge och finansiering ”vittnar om en stark ambition inom berörda universitetsinstitutioner att främja forskning om arbetsmarknadsrelationer i en mångvetenskaplig kontext och att med lämpliga medel säkra återväxten på detta viktiga fält.”⁴¹⁹ Om den förhoppningen egentligen infriats återstår antagligen ännu att se.

Om man ändå, utan att för den skull underkänna värdet av vare sig *Industrial Relations* – tvärtemot att underkänna något är det fråga om att erkänna och ta disciplinernas särdrag på allvar – besinnar att arbetsrätten är en *juridisk* disciplin kan man inte nöja sig med att svaren ges utanför arbetsrätten. Arbetsrätten kan inte välja att vara något annat än arbetsrätt. Lika lite som arbetsrätten kan förstås frikopplad från arbetsmarknaden eller samhället i övrigt kan den inte heller förstås som annat än en egen juridisk disciplin. Rätten är en del av samhället lika mycket som samhället är en del av rätten, och relationen dem emellan betraktas, såvitt arbetsrätten anbelangar, inifrån arbetsrätten. Genom att upprätthålla en åtskillnad mellan rätt och samhälle kan samhällsförändringarna, omvärldsförändringarna, blir ett *utifrån* kommande hot. Uppdelningen mellan arbetsrätten och samhället upprätthålls också i *Industrial Relations*, ”*labour law in context*” eller liknande infallsvinkel, trots att närmandet är ett försök att komma undan uppdelningen. Arbetsrätten är dock fortfarande arbetsrätt, att rättsområdet ideologiskt närmas en annan disciplin ändrar inte det i och för sig. Strävan att närma arbetsrätten till samhället är uppenbarligen ideologiskt betingad, grundad på en modernt realistisk

att söka den teori som skall berika forskningen ytterligare”, men att ”den upplevda bristen på teoretisk överbyggnad inte skall överdrivas.” Rydberg-Welander, Arbetstidsregleringens utveckling s. 29.

⁴¹⁶ Se Gonäs, *Industrial Relations* på svenska s. 164 f., jfr Elvander, *Industrial Relations* – slutkommentar s. 272.

⁴¹⁷ Bruun, *Industrial Relations*, kunskapssamhället och forskningen s. 265 f., jfr Elvander, *Industrial Relations* – slutkommentar s. 272.

⁴¹⁸ Se Elvander, *Industrial Relations*, *A Short History of Ideas and Learning*.

⁴¹⁹ Elvander, *Industrial Relations* – slutkommentar s. 273.

grundinställning. ”Arbetsrätten kan nämligen,” säger man, ”inte förstås frikopplad från arbetsmarknadens realiteter.”⁴²⁰ Ändå, den ideologiska utgångspunkten har, vare sig den intagits medvetet eller av nedärvd vana, vissa konsekvenser för hur arbetsrätten tar och kan ta sig ut. Genom att, på sitt sätt fåfängt, försöka komma undan ett problem har den arbetsrättsliga diskursen berövats möjligheten att hantera samhällsförändringarna.⁴²¹ Från arbetsrättens horisont får de utomstående vetenskapernas resultat formen av postulat, sanningar vars värde inte kan avgöras av arbetsrätten.⁴²²

Den rättsliga diskursen är dock inte maktlös i förhållande till vilka fakta den skall hantera, tvärtom. Vad som är rättsligt relevant är en rättslig fråga, den rättsliga diskursen väljer själv vilka fakta som skall vara rättsligt relevanta.⁴²³ Den moderna svenska rätten är funktionalistisk, vilket bland annat yttrar sig i att den strävar efter att påverka samhället, genom att styra dess aktörers beteenden.⁴²⁴ Rätten har därmed satt sig att förebygga eller *lösa* problem i samhället. Den måste därmed undertrycka att den samtidigt, i den meningen, *skapar* problemen, på så sätt att rätten själv väljer vad som är rättsliga problem.⁴²⁵ Poängen kan illustreras med ett trivialt exempel: När arbetstagaren kommer till arbetsplatsen är ett rättsligt problem, när arbetstagaren stiger upp på morgonen är det inte. Att rätten formulerar sina egna problem kan också göra att den verkar blind för problem som man tycker *borde* vara ett rättsligt problem. Ett sådant problem, som samtidigt är ett icke-trivialt exempel, presenteras av Reinhold Fahl-

⁴²⁰ Citatet från Rönmar, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet s. 39. Inte för att man behöver blygas för den realistiska anstrykningen, för en nutida svensk civilrättare att förneka realismen är som att förneka att man tror på någon gudom men tillstå att man offerar regelbundet, av gammal vana, för säkerhets skull, eller av någon anledning man inte riktigt känner själv.

⁴²¹ Det behöver inte betyda att det är *omöjligt* att kommunicera mellan discipliner. Den nödvändiga ”förhandlingen” mellan två discipliner möter dock hindret att ingen av dem har något språk för att kommunicera med andra discipliner, White, Law and Literature: ”No Manifesto” s 749.

⁴²² François Rigaux gör en liknande poäng såvitt avser normer som tillämpas i ett främmande rättssystem, vilka i det främmande systemet får en kvalitet av fakta snarare än norm (Rigaux problematiserar just dikotomin fakta/norm), Rigaux, The Concept of Fact in Legal Science s. 44.

⁴²³ Rättens sätt att själv bestämma vad som är rättsliga frågor liknar arbetsrättens sätt att själv bestämma vad som är arbetsrättsliga frågor, jfr 2.3.3.2.

⁴²⁴ Se ovan vid n. 396.

⁴²⁵ Arbetsrätten blir så sedd ett språk som inte bara *beskriver* fakta utan också *skapar* fakta, se Feyerabend, Mot metodtvånget s. 153. Eller, för den delen en teori vars ”långsamt framväxande begreppsapparat [*snart börjar*] *avgränsa sina egna problemområden*, och tidigare problem, fakta och observationer glöms antingen bort eller förs åt sidan som ovidkommande.” Feyerabend, a.a. s. 143.

beck som kritiserar Arbetsdomstolens bedömning i AD 1986 nr 11, vilket gällde uppsägning på grund av en arbetstagares vägran att underkasta sig en omplacering.⁴²⁶ Det i sig är ingen särskilt uppseendeväckande fråga, tvärtom en högst ordinär arbetsrättslig tvistefråga, i det specifika fallet var utgången avhängig arbetsskyldigheten enligt tillämpligt kollektivavtal. Så behandlade också Arbetsdomstolen saken. Problemet, som Fahlbeck ser, är att tvistens rötter i arbetstagarens klädsel (denne bar av religiösa skäl turban och kunde följaktligen inte helt och hållet följa arbetsgivarens uniformsreglemente vilket föreskrev båt- eller skärmössa).⁴²⁷

Om rätten skall kunna påverka samhället och samhällsförändringarna skall kunna påverka rätten måste de vara åtskiljda. Ideologiskt måste samhällsförändringarna finnas i samhället, det vill säga utanför juridiken. Rättsvetenskapen har inget emot att vara delaktig, men den kan inte utan vidare kännas vid att förändringarna och dess orsaker finns att söka i den rättsliga diskursen (det vill säga i rätten). Som en ytterligare konsekvens följer att undertryckandet av tanken på att samhällsförändringarna skapas av juridiken blir en del av arbetsrättens identitet. Den moderna arbetsrättsliga vetenskapen är alltför grundmurat realistisk för att på allvar kännas vid att allt den tar i *blir* juridik.⁴²⁸ Av det följer att den arbetsrättsliga rättsvetenskapen inte på allvar kan erkänna att den skriver historien och formulerar verkligheten. Så uppfattad skulle rättsvetenskapen bli en alltigenom *normativ* verksamhet, en tanke som inte utan vidare går att förena med ambitionen att *beskriva*. Det är inte främmande för rättsvetenskapen att lämna normativa förslag på hur en viss fråga skall lösas, men för att förslagen skall äga vetenskapens auktoritet måste förslaget vara gjort på grundval av en vetenskaplig undersökning av fakta – en beskrivning av verkligheten. Då kan inte beskrivningen av verkligheten i

⁴²⁶ Fahlbeck, Ora et Labora särskilt s. 506 f.

⁴²⁷ Reinhold Fahlbeck menar att utgången i målet nog kunde blivit den samma också idag, men religionsfrågan skulle inte ha kunnat bortses ifrån, Fahlbeck, Ora et Labora s. 524. Det är förstås inget statiskt i vilka frågor som är rättsliga. Just frågan om religiösa dräkter har nog blivit rättslig, och det är möjligt att rättsläget är ett annat idag mot bakgrund av diskrimineringslagen och EKMR.

⁴²⁸ Se White, Justice as translation s. 98: "[L]egal realism" in all of its forms tends to deny what is distinctively legal in our thought and expression as lawyers". Se också, på temat fakta/norm, Rigaux, The Concept of Fact in Legal Science s. 46. Jfr Claes Sandgren som talar om rättsvetenskapens gränser mot andra vetenskaper (jfr också 2.3.4), särskilt "imperialistiska vetenskaper", till exempel nationalekonomin som på något sätt enligt Sandgren kan hota rättsvetenskapens själva existens. "Rättsvetenskapen bör internalisera andra discipliners insikter, dvs. göra dem till en del av det interna betraktelsesättet" säger Sandgren vidare, Rättsvetenskap och samhällsnytta s. 18. Om rättsvetenskapen överhuvudtaget kan göra något annat, eller för den delen om nationalekonomin kan undvika att göra saker till nationalekonomi, säger Sandgren dock ingenting om.

sig vara normativ, eftersom det skulle leda till att hela den vetenskapliga utsagan skulle vila på *tyckande* – en vetenskaplig antites.⁴²⁹ Det kan vara själva distinktionen mellan *fakta* och *norm* som spelar den moderna rättsvetenskapen ett spratt, men den är så invand att det är svårt att tänka bort den och samtidigt tänka på den moderna rättsvetenskapen.

Diskussionen har att göra med den moderna rättsvetenskapens självbild, kanske mer än om hur den faktiskt bedrivs. Liksom rätten bestämmer vad som är rättsliga frågor och arbetsrätten vad som är arbetsrätt avgör rättsvetenskapen vad som är rättsvetenskap. Självbild, och de trossatser man bekänner sig till, kommer att bestämma vad som är godtagbart eller inte, och därmed definiera själva rättsvetenskapen. Den underförstår en gemensam syn på, bland annat, hur temporalitet och hur kausalitet skall bestämmas. Särskilt tydligt blir det i en vetenskapssyn som förutsätter *upprepningsbarhet*. Vetenskapen kan genom ett sådant krav få en möjlighet att förklara tilldragelser, göra experiment upprepningsbara och så vidare.⁴³⁰ I kravet på vetenskaplighet ligger (i vart fall underförstått) att arbetet måste följa en metod. "Traditionellt har forskning uppfattats syssla med att skapa mer eller mindre objektiv, sann kunskap genom följande av vetenskaplig metod", kan det heta.⁴³¹ Metoden måste dessutom, hävdas det, presenteras.⁴³² Det kravet beror inte för att det skulle vara ett skäl i sig utan för att det är "väsentligt att metodiken är logisk, dvs. att författarens tankegång på grundval av det publicerade arbetet kan upprepas."⁴³³ Mellan "metoden" och "metodiken" kan en glidning anas, där det sistnämnda snarast verkar ha beröring på hur förekommande empiriska undersökningar skall bedrivas (då kan man tänka sig att metoden skall vara "logisk" betyder ungefär att "undersökningen skall bedrivas systematiskt").⁴³⁴ Att det är "tankegången" som skall vara

⁴²⁹ *Spekulation* är en annan, se ovan vid 4.2.

⁴³⁰ Se Abbott, Narrative s. 39 f.

⁴³¹ Så inleds Alvesson och Sköldberg, Tolkning och reflektion s. 13.

⁴³² Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995–2001 (utförd, på FAS uppdrag, av Peter Hanau och Michael Gotthard) s. 16.

⁴³³ Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995–2001 (utförd, på FAS uppdrag, av Peter Hanau och Michael Gotthard) s. 16. Uttalandet görs i en redogörelse för vilka kriterier som använts för att bedöma den vetenskapliga kvaliteten i den svenska arbetsrättsliga forskningen. Att uttalandet görs i en utvärdering av arbetsrättslig forskning kanske kan tas till intäkt för att diskussionen är särskilt angelägen på just arbetsrättens område. Också sett utifrån tycks arbetsrätten utmärka sig, till exempel genom att vara det område som diskuterar kvalitetskriterier i rättsdogmatisk forskning. Nils Jareborg utbrister att "[d]et som finns härrör nästan helt från forskarseminarier i arbetsrätt!" Jareborg, Bedömning av vetenskaplig kvalitet i rättsdogmatiken s. 261.

⁴³⁴ Så förstädd ligger Hanau och Gotthard nära Claes Sandgrens anvisning för empirisk forskning: "Tillvägagångsättet bör redovisas så tydligt och ingående att andra kan gå i

möjlig att återskapa är dock, som det uttrycks, ett epistemologiskt krav. Oavsett hur väl uttrycket speglar författarnas tankar ger det uttryck för en viss kunskapsyn som arbetsrätten låter sig utvärderas mot.⁴³⁵

Tanken ligger till synes nära en naturvetenskaplig syn på rättsvetenskapen. Eller, antagligen rättare, samhällsvetenskapares syn på naturvetenskap.⁴³⁶ Mats Alvesson och Kaj Sköldberg menar till exempel att "[m]ycket av samhällsvetenskapernas svårigheter under senare tid synes bero på att de importerat en positivistisk syn på hur vetenskap 'skall' bedrivas som i sin tur baseras på en i centrala delar felaktig bild av hur naturvetenskaperna verkligen fungerar."⁴³⁷ Det naturvetenskapliga kravet på upprepbarhet avser väl snarast att ett experiment skall kunna upprepas (varmed följer ett krav på att tillvägagångssättet, metoden, måste

forskarens fotspår. En rättsvetenskaplig undersökning skall med andra ord vara intersubjektivt prövbar." Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s. 308. Varifrån dessa krav närmare bestämt härrör redovisas dock inte, utan de förutsätts tydligen vara notoriska. Metaforen *fotspår* dyker också upp i en utläggning om fotnotens syfte att möjliggöra för läsaren att kontrollera författaren, se Sandgren, Hänvisningar i rättsvetenskapen s. 69. Oavsett om det är meningen eller inte anknyter den på ett nästan extremt sätt till en geografisk rotmetafor, se ovan n. 37.

⁴³⁵ Låter och låter, men några invändningar har inte mig veterligen rests mot utvärderingen. Man kan förstås fråga sig vem som är bäst ägnad att protestera – den som fått en positiv utvärdering eller den som fått en negativ? Om utvärderingen fått någon betydelse för hur den arbetsrättsliga forskningen bedrivs är ytterligare en annan fråga, en fråga som inte är möjlig att besvara eftersom det inte finns någon måttstock att jämför med (det finns inte ett forskningsläge med utvärderingen och ett utan). Sätillvida faller utredningen offer för samma problem med att mäta relevansen som gör att den i sig själv "får nöja sig med mer formella kriterier såsom kriterier på samhällsrelevans", Sandgren, Rättsvetenskap och samhällsnytta s. 10 (och n. 30).

⁴³⁶ Se till exempel Folke Schmidts uttryckliga spekulationer om naturvetenskapen, Schmidt, Tysk abstrakt metod s. 302 f. Jfr Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap s. 299: "Det förbises inte sällan att rättsvetenskaplig forskning mycket väl kan utgå från teorier som utvecklats inom andra vetenskapliga områden. Exempel är att en rättsvetenskaplig undersökning kan analysera hur en viss lagstiftning kan förenas med naturvetenskaplig teori och hur rättssystemet eventuellt borde ändras i ljuset av en sådan teori." Hur Claes Sandgren mer konkret tänker sig att det skall gå till framgår dock inte. Jfr också strax ovan n. 428.

⁴³⁷ Se Alvesson och Sköldberg, Tolkning och reflektion s. 42. Man förutsätter tydligen att humanvetenskaperna närmar sig naturvetenskaperna. Man kan dock, enligt Vittorio Villa, snarare observera en motsatt trend, det vill säga att naturvetenskaperna närmar sig humanvetenskaperna. Det skulle förklara att dikotomier som förutsätts av empirismen, såsom teoretisk vetenskap/praktisk vetenskap ("theoretical science vs. practical science"), sanning/koherens ("truth vs. coherence") och bekräftelse/rättfärdigande ("verification vs. justification") börjar falla isär och inte längre kan upprätthållas, se Villa, Normative Coherence And Epistemological presuppositions of Justification, Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence s. 448. Se också Feyerabend, Mot metodtvånget s. 134 ff.

vara redovisad) för att resultatet skall accepteras som tillförlitligt, men det får alltså influera också kriterier avsedda att mäta kvaliteten på arbetsrättslig forskning.

Med en naturvetenskapligt färgad grundsyn på vetenskapen blir det naturligt att fråga efter ”upptäckter” eller ”metoder” i andra vetenskaper som man (för vår del rättsvetenskapen) omedelbart kan använda.⁴³⁸ När det gäller ”naturliga” koncept som kronologi och kausalitet behöver rättsvetenskapen dock knappast ens vända sig till någon annan vetenskap – att orsak leder till verkan är självklart, vi kan inte, åtminstone inte utan ansträngning, se det som ett diskursivt fenomen.

Ändå förutsätter det sätt på vilket vi talar om samhällsförändringarna, mer eller mindre underförstått, att rätten och samhällsförändringarna meningsfullt kan skiljas åt. Paul Feyerabend talar om ”*naturliga tolkningar*”, det vill säga, fenomen som är så invanda i språket att de tycks ”tala av sig själva”.⁴³⁹ Om man har de naturliga tolkningarna och till det lägger ett antagande som innebär att perceptioner är skilda från språkliga uttryck kan man skapa en skillnad mellan observationen (perceptionen) och den naturliga tolkningen. Genom den åtskillnaden kan den förra drivas av den andra (eller, för den delen, tvärt om). För att konkretisera något, den sålunda observerbara realiteten att utländska företag bedriver verksamhet i Sverige i ökande omfattning skiljs från den naturliga tolkningen att observationen kan ses i ett sammanhang och därmed vara en del av en *tendens (internationaliseringen)*. Man kan också formulera saken så att internationaliseringen är observationen och tanken att förändringen påverkar arbetsrätten (som därigenom *internationaliseras*) den naturliga tolkningen. Vare sig man godtar den naturliga tolkningen som en grundläggande förutsättning för diskursen eller avfärdar den som en fördom är uppdelningen mellan observation (upplevelse, perception) och den naturliga tolkningen en förutsättning för arbetsrätten.

Om man däremot inte tar de båda grundantagandena som uppdelningen vilar på för givna (att observationen är oberoende av språkliga uttryck respektive att den naturliga tolkningen är ett uttryck för fenomenet i sig), kan tanken på att samhällsförändringarna påverkar rätten inte utan vidare upprätthållas. Därmed inte sagt att antagandena måste överges, men genom att medvetandegöra dem som antaganden kan

⁴³⁸ Vårt språkbruk (”metod”, ”resultat”) kan spela oss spratt i det att vi därmed riskerar att underskatta svårigheterna med interdisciplinär kommunikation. Se White, Law and Literature: ”No Manifesto” s. 740 och s. 749.

⁴³⁹ Feyerabend, Mot metodtvånget s. 64. Feyerabend talar om Galilei och tänker antagligen främst på naturvetenskapen, men den ”naturliga tolkningarna” ryms också i rättsvetenskapen (vars vetenskapliga ideal alltså inte ligger så långt från dess egna uppfattning om naturvetenskapen).

arbetsrätten välja om de skall upprätthållas. Med en sådan medvetenhet kan tanken på relationen mellan samhällsförändringarna och arbetsrätten dock knappast ta sig ut på exakt samma sätt, och det låter sig tänkas att samhällsförändringarna, som de uppfattas av rätten, finns *i* rätten.

4.6 Pendeln slår tillbaka

Avslutningsvis skall en populär metafor för förändringar diskuteras helt kort. Ovan (4.2) berördes kort linjära och cirkulära tidsuppfattningar, och att förhållandet dem emellan kan problematiseras.⁴⁴⁰ I det fält som uppstår mellan dessa uppfattningar finns utrymme för kombinationer och retoriska sätt att utnyttja ett spel mellan olika tidsuppfattningar. Man kan till exempel använda en kombination av tidsuppfattningar som ett analytiskt verktyg för att försöka förutse framtiden med hjälp av tillgängliga fakta om det förflutna. Om man låter en cirkulär tidsuppfattning kombinera den linjära kan historiens förlopp betraktas som en pendelrörelse.⁴⁴¹

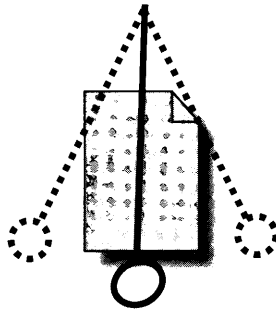
Nu menar man ofta att samhället har förändrats, håller på att förändras eller står inför en förändring.⁴⁴² Om det ligger någonting i den tanken (och bara genom att det talas om det kan det ju sägas ligga *något* i det – en diskussion, en diskussion som är en del av den rättsliga miljön som omger kollektivavtalet),⁴⁴³ och om utvecklingen går i riktning mot den typ av ”kunskapssamhälle” man tänker sig, tycks det samhället visa upp liknande drag som det samhälle som ersattes av industrisamhället.

⁴⁴⁰ Se särskilt n. 371.

⁴⁴¹ Pendelmetaforen finns i hela den moderna civilrätten, se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 75 f. Benämningen är i sig inte central, men den ger en bild av tanken. Man kan lika gärna tala om att utvecklingen är cyklisk och hämta metaforen från en vågrörelse, se Ewerman, Marknaden 1 000 år s. 5 f. Se också Hydén, Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser s. 149 f.

⁴⁴² Se för en rad, närmast slumpvis valda, exempel Bruun, The Future of Nordic Labour Law s. 375 ff., Fahlbeck, Ett revolutionerat arbetsliv, Hydén, Rättssociologi som emancipatorisk vetenskap, Numhauser–Henning, Arbetets flexibilisering. Diskussionen är inte begränsad till arbetsrätten. Se för ett antal nedslag Isacson, Industrialismens faser och utveckling (särskilt s. 77 med hänvisning) (i SOU 2002:67), Ewerman, Marknaden 1 000 år, särskilt s. 455 ff. och Wennström, Rättens kulturgräns s. 128 f.

⁴⁴³ Metaforen ”miljö” används till exempel av Axel Adlercreutz, Om avtalsstolkning, SvJT 1990 s. 581 n. 8. I den ”miljö” Adlercreutz talar om ingår tydligen de ”faktiska förhållandena”, och rimligen också de rättsliga (om inte de i sig är faktiska). Den används också i Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 209.



Pre-industriella samhället	Industriella samhället	Post-industriella samhället
Statusförhållande	Avtalsförhållande	Statusförhållande
Offentligrättslig reglering	Kollektivavtals- reglering	Offentligrättslig reglering

Industrisamhällets era är kollektivavtalets era. Det skede vi nu skall befinna oss i är det då pendeln är på väg att slå tillbaka. Här kan en kritisk anmärkning vara på sin plats – det finns knappast någon anledning att använda sig av pendelmetaforen om man inte upplever sig befinna sig i pendelns ytterläge. Själva idén med metaforen är ju att något förändras, och att man kan förutse hur. Tendenserna fungerar här som retoriska språngbrädor.⁴⁴⁴

I det pre-industriella samhället var kunskapen det viktigaste produktionsmedlet, i det industriella samhället är maskinerna viktigare. Med det postindustriella kunskapssamhällets genombrott blir återigen enskilda människors kunskap det viktigaste för produktionen, maskinerna är där-
emot utbytbara.⁴⁴⁵ I det pre-industriella samhället fyllde en del av kollektivavtalets funktioner istället av offentligrättslig reglering. Det skydd mot konjunkturväxlingar och arbetsgivares godtycke som kollektivavtalet kan sägas utgöra fullgjordes tidigare genom statliga legohjonsregler och

⁴⁴⁴ Se för ett belysande exempel Kaufman som inleder och avslutar sitt verk om *Industrial Relations*-fältets historia med att hänföra nutiden till den andra globaliserings era ("the second age of globalization."). Kaufman, *The global evolution of industrial relations* s. 7 och s. 631.

⁴⁴⁵ Se Fahlbeck, *Ett revolutionerat arbetsliv?* s. 1020. Analysen finns inte bara i den arbetsrättsliga litteraturen, se till exempel Andersson, *Kritisk pluralism* s. 30.

speciella ordningar för vissa näringsgrenar.⁴⁴⁶ Det tycks, som ovan antyds, vara möjligt att peka ut strukturella likheter med regleringen i det preindustriella samhället och i industrisamhället. Legohjnsreglerna utgjorde lagstiftning ”i botten” på ungefär samma sätt som dagens lagstiftning, medan speciallagstiftning i form av skråordningar och hallordningar etcetera detaljreglerade bestämda områden, vilken funktion idag fylls av kollektivavtalen. Att samhället förändras innebär dock inte att rättsliga företeelser och konstruktioner behöver försvinna eller revolutioneras.

Efter denna diskussion av den arbetsrättsliga förändringsdiskursen kan vi fortsätta undersökningen av kollektivavtalsrättens självbild genom att gräva djupare i arbetsrätten, ner i dess materiella mylla. Eller, om man föredrar en annan metafor, vi skall röra oss uppåt, mot dess mer turbulenta (och kanske som arbetsrätt mer lätt igenkännbara) ytlager.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling, särskilt s. 876 och 878. Se också Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 99.

⁴⁴⁷ Den sist antydda metaforen anknyter till (till exempel) Kaarlo Tuoris indelning av rätten i (tre) nivåer; ytnivå, mellannivå och djupstruktur, se särskilt Tuori, Critical Legal Positivism s. 147 ff. Den först antydda är att rätten liknas vid en kompost. Själv kan man vara en mask i rättskomposten, med maskens essentiella roll i det livgivande kretsloppet. (Kompostmetaforen formulerades, såvitt jag vet, av professorn i processrätt Torbjörn Andersson.). Om värdet av inspirerande metaforer för den egna verksamheten, se Andersson, 24 preludier utan fuga s. 16 f.

5 Om kollektivavtalets obligatoriska verkan

5.1 Inledning

Kollektivavtalet binder, som avtal, de avtalsslutande parterna. Enligt 26 § MBL binder kollektivavtalet förutom de avtalsslutande parterna också medlemmar i de avtalsslutande organisationerna. Inte alla villkor får dock verkan för medlemmarna, utan vissa ”stannar” på organisationsnivå. Det föranleder en uppdelning mellan *obligatoriska* bestämmelser och *normativa* bestämmelser.⁴⁴⁸ Huruvida en viss bestämmelse är obligatorisk eller normativ är en tolkningsfråga (och därför en fråga för kap. 7). Den frågan avgörs förstås i det enskilda fallet inte genom att en bestämmelse åsätts beteckningen obligatorisk eller normativ, utan genom att en viss bestämmelse konstateras vara tillämplig eller inte. Distinktionen är en doktrinär konstruktion som, liksom många andra juridiska konstruktioner, framförallt vårdas genom att ifrågasättas.⁴⁴⁹ Att det egentligen skulle föreligga behov av någon skarp gräns mellan obligatoriska och normativa bestämmelser i svensk rätt har avvisats under en stor del av arbetsrättens moderna historia.⁴⁵⁰ Även om gränsen inte är skarp fungerar den dock

⁴⁴⁸ ”Obligatoriska” är måhända en inte alltigenom lyckad term, utan snarare en lite otyplig översättning från tyskan (”obligatorisch”). ”Obligationsrättsliga” vore antagligen en bättre term, men eftersom ”obligatoriska” är så etablerad och en ändring inte skulle lösa något egentligt problem finns knappast någon anledning att ändra den. Att ”obligatoriska kollektivavtalsbestämmelser” skulle förväxlas med det allmänspråkliga ”obligatoriska” i meningen ”inte frivilliga” är inte troligt.

⁴⁴⁹ Distinktionen mellan obligatoriska och normativa kollektivavtalsbestämmelser har i det avseendet prominent sällskap i juridiken i allmänhet till exempel i form av distinktionen mellan privaträtt och offentlig rätt (se 2.2.2) och i arbetsrätten till exempel i form av ”den dubbla konstruktionen” (se 6.2.3).

⁴⁵⁰ Se till exempel Eklund i Facklig arbetsrätt s. 198, också Schmidt, Kollektiv arbetsrätt s. 124, som betecknar distinktionen som varandes av underordnad betydelse (jämfört med tysk rätt). Se också Glavå, Arbetsrätt s. 145 (jfr Glavå, Arbetsrätt s. 408 och Glavå, Principbefästande undantagslagstiftning s. 15, som använder termerna). Se också, för ett par nedslag utanför doktrinen, prop. 1994/95:102 s. 85 och SOU 1994:141 s. 328.

som mönster för uppdelningen mellan det föreliggande och det därpå följande kapitlet.

Det föreliggande kapitlet handlar om kollektivavtalets tillblivelse och existens på den obligatoriska nivån. Kollektivavtalets innehåll och verkan är frågor för de följande kapitlena (kap. 6, kap. 7 och kap. 8) Kollektivavtalet är enligt legaldefinitionen i 23 § MBL ett skriftligt avtal om anställningsvillkor eller förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare mellan å ena sidan en arbetsgivare eller en arbetsgivarorganisation och å andra sidan en arbetstagarorganisation. Enligt 25 § MBL saknar ett avtal som inte uppfyller kraven i 23 § MBL (eller 24 § MBL) rättsverkan som kollektivavtal, vilket innebär att varken medlemsbundenhet, fredsplikt eller andra rättverknningar av kollektivavtal inträder. Det kan däremot i och för sig vara ett "vanligt" avtal, men då har man lämnat kollektivavtalsrätten, och frågor om hur ett sådant avtal skall behandlas kan hänföras till allmänna avtalsrättsliga och kontraktsrättsliga principer.

Eftersom frågan om ett kollektivavtal är ingånget är densamma som frågan om det uppfyller definitionen, kommer kapitlet till stor del handla om den. Dispositionen i kapitlet nedan följer, i princip, definitionen. Därutöver skall två frågor som har med avtalets tillkomst att göra behandlas. Dels att ett avtalsförhållande förutsätter att det inte finns någon tillämplig ogiltighetsgrund, dels ett par särskilda situationer i vilka en part kan bli bunden av ett kollektivavtal trots att något formellt ingående inte ägt rum, utan där verkan av ett kollektivavtal följer på övergång av verksamhet respektive konkurs.

5.2 Avtalsavsikt, anbud och accept – Kollektivavtalsrättens anslutning till den allmänna avtalsrätten

5.2.1 Kravet på avtalsavsikt

Kollektivavtalets identitet av avtal ger, parat med att civilrätten förutsätts vara enhetlig, vissa förutsättningar för vad som kan kännas igen som ett kollektivavtal. Ett grundläggande krav för att ett avtal skall ha kommit till stånd är att *avtalsavsikt* från båda (eller samtliga) avtalsparter föreligger.⁴⁵¹ Kravet på avtalsavsikt är kumulativt med de övriga kraven i legal-

⁴⁵¹ I fråga om den allmänna avtalsrätten finns en äldre omfattande debatt om viljan som rättsskapande element (se till exempel Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 18). För kollektivavtalets del kan dock denna debatt i princip bortses ifrån. I beskrivande verk om kollektivavtalet berörs frågan på sin höjd i förbigående.

definitionen. Avtalsavsikten måste anknyta till ett i övrigt formellt giltigt kollektivavtal.⁴⁵² 23 § MBL är tvingande på så sätt att kollektivavtalets rättsföljder (främst fredsplikt och möjligheten till allmänt skadestånd) inträder om rekvisiten för ett kollektivavtal är uppfyllda. Arbetsdomstolen utvecklade principen i AD 1978 nr 72:

”Kommer man till det resultatet att det är fråga om en rättsligt bindande överenskommelse, måste det vara en överenskommelse av kollektivavtals natur, eftersom rekvisiten i 23 § medbestämmandelagen rörande sådant avtal är uppfyllda. Bestämmelserna i 23 § medbestämmandelagen utgör nämligen tvingande lag såtillvida att ett avtal som uppfyller de i 23 § medbestämmandelagen angivna kraven på kollektivavtal också får den rättsliga karaktären av sådant avtal oavsett vad parterna må ha avsett. Parter kan med andra ord inte undgå de rättsverkningar som enligt medbestämmandelagen följer av kollektivavtal genom att överenskomma att ett avtal som uppfyller medbestämmandelagens kriterier på kollektivavtal endast skall ha verkan enligt allmänna civilrättsliga regler beträffande avtal i allmänhet. Att medbestämmandelagen på detta sätt är tvingande sammanhänger ytterst med att fredspliktsreglerna i medbestämmandelagen utgör tvingande lag.”⁴⁵³

Rättshandlingsviljan skall alltså avse bundenheten, inte rättsverkningarna av bundenheten i och för sig. Dessa, rättsverkningarna av bundenheten, kan parterna inte disponera över. Det kunde ha motiverats av ett skydd för den svagare parten, det vill säga den sida i förhandlingen som kan förväntas som en konsekvens av sin beroendeställning eller av annan anledning, ge efter för motpartens krav på att kollektivavtals rättsverkningar inte skall inträda. Ett sådant intresse ligger ju till grund för arbetsrätten i sin helhet. Här skiljer sig dock den individuella och den kollektiva arbetsrätten åt. Motiveringen är istället uttryckligen *fredsplikten*.

Liksom för avtalsrätten i allmänhet är det avsikten så som den framstår som skall utredas, det vill säga endast om respektive part givit motparten befogad anledning anta att parten ifråga har vilja att binda sig rättsligt kan ett kollektivavtal vara förhanden.⁴⁵⁴ Bedömningen blir förstås

⁴⁵² En lite speciell situation var att bedöma i AD 2005 nr 25. Majoriteten i Arbetsdomstolen fann att ett protokoll (som i övrigt uppfyllde formkraven) inte kunde vara ett kollektivavtal eftersom parternas avsikt inte visats vara annan än att bekräfta föreställningen att det redan fanns ett gällande kollektivavtal i en viss fråga. Eftersom den föreställningen var felaktig (vilket fastslagits tidigare i samma dom) kunde inte protokollet leda till att ett kollektivavtal ingåtts. Inte ens den gemensamma villfarelsen om att man hade ett kollektivavtal kunde alltså bota bristen i uppfyllelsen av legaldefinitionen.

⁴⁵³ Se också AD 2008 nr 9 och AD 1990 nr 67, i vilka hänvisas till AD 1978 nr 72 beträffande den aktuella frågan.

⁴⁵⁴ Särskilt uttryckligt i AD 1980 nr 114 med hänvisning till SOU 1975:1 s. 794. Samma uttryckliga deklARATION görs beträffande 23 § 2 st. i AD 1985 nr 136. I nyare läroböcker

en bedömning *in casu*, med beaktande av den relevanta kontexten. En särskild återhållsamhet kan iakttas i vissa situationer som förenas av att ena parten i den aktuella situationen typiskt sett inte kan förväntas vara intresserad av att binda sig rättsligt.⁴⁵⁵ Därmed har vi dock egentligen inte sagt mer än att, vilket följer om än underförstått av definitionen kollektivavtalet skall vara ett *avtal*. Någon definition på vad ett *avtal* är finns dock inte, utan det förutsätts vara känt.

5.2.2 Om anbud och accept

Kollektivavtalet är ett avtal, som på vissa sätt liknar lag.⁴⁵⁶ Med avtalsidentiteten följer vissa egenskaper. Ett avtal sluts, idealtypiskt sett, genom utväxlande av överensstämmande viljeförklaringar; ett anbud som möts av en överensstämmande accept. Hur modellen bäst skall härledas är en avtalsrättslig fråga.⁴⁵⁷ Arbetsrätten har därmed inte något att säga om det, och den kan nöja sig med att den har med 1 kap. AvtL och dess motiv att göra. Frågan om hur avtalsbindningsmekanismen skall härledas tillhör ett annat område, skiljt från kollektivavtalsrätten, som därmed är ett eget område.

Kollektivavtalsrätten kan dock ”låna” rättsfigurer från andra områden. Anbud–accept-modellen bildar, också för kollektivavtalet, en hanterbar formel för hur avtalet sluts. Det är en modell man vårdar, samtidigt som frågan om modellen egentligen säger något om hur slutande av avtal *verkligen* går till är en annan historia.⁴⁵⁸ Eftersom läroböcker i arbetsrätt uppenbarligen inte anses vara platsen för att problematisera en avtalsrättslig modell för avtalsbindning kommer, paradoxalt nog, konstruktionen

se Eklund i Facklig arbetsrätt s. 183, Sigeman, Arbetsrätten s. 81, Glavå, Arbetsrätt s. 141. Se även Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 122.

⁴⁵⁵ Se till exempel AD 1983 nr 77 i vilket lokala fackklubbsordföranden inför en omstrukturering tillställdes listor på arbetstagare som skulle sägas upp (på grund av arbetsbrist). Listorna undertecknades, men utredningen gav inte stöd för att signeringen var att uppfatta som en viljeförklaring innebärande att ordförandena, för sina organisationers räkning, accepterade listorna som kollektivavtalade turlistor. Jfr dock AD 1995 nr 108, med motsatt utgång i den frågan (men där just den frågan inte diskuterades närmare i domskälen). Se också AD 1996 nr 92 och AD 1980 nr 114. Att den ena parten varit bunden av ett annat avtal sedan länge talade emot en vilja att binda sig rättsligt, vilket får förstås mot bakgrund av principer om konkurrens mellan kollektivavtal (se nedan 8.3).

⁴⁵⁶ Se ovan n. 69.

⁴⁵⁷ Se till exempel Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 47, Lehrberg, Avtalsstolkning s. 13 f., Grönfors, Avtalslagen s. 47 f.

⁴⁵⁸ Se till exempel Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 47, Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 17 f. Kurt Grönfors vill uttryckligen avskaffa modellen, se Grönfors, Avtal och omförhandling s. 96.

att vårdas särskilt inom arbetsrätten.⁴⁵⁹ Arbetsrätten kan, i kraft av att den är ett eget område, låta bli att förhålla sig till den allmänna avtalsrätten, varför den teoribildningen kan utvecklas utan att arbetsrätten behöver ta hänsyn till det. Arbetsrätten är, kan man säga, sina egna teorier nog.

Anbud–accept-modellen är i första hand en teoretisk konstruktion, men det hindrar inte att Arbetsdomstolen använder den på ett helt konkret sätt: ”som det får förstås, kollektivavtal träffats, [...] bolaget i sitt skriftliga svar [...]. [Parten] synes därmed mena att bolaget genom sitt svar lämnat ett förslag på ett avtal [...] som fackföreningen senare accepterat”.⁴⁶⁰ Parten ifråga hade inte, såvitt framgår av referatet, lagt upp sin talan på det viset, men genom de retoriska manövrarna ”som det får förstås” och ”synes därmed mena” låter domstolen partens argumentation passa i en viss formel, i detta fall anbud–accept-modellen. Det rättsliga problemet ges en form som gör det hanterbart. Domstolens teoretiska ram för avtalet kommer på det sättet att styra den rättsliga behandlingen av parternas talan.⁴⁶¹

5.2.3 Kollektivavtalets förhållande till anbud och accept

Nu kan man tycka att diskussioner om anbud, accept och överhuvudtaget 1 kap. AvtL inte alls borde ha med kollektivavtalet att göra. Tveksamheten har att göra med 1 § 3 st. AvtL som stadgar att ”[i] fråga om avtal, för vars giltighet enligt lag fordras iakttagelse av viss form, gälla vad som särskilt är stadgat.” Bestämmelsen är formulerad som ett undantag till 1 § 1 st.: ”[a]nbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud vare, [...], bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret.” Till sin ordalydelse

⁴⁵⁹ Se Eklund i Facklig arbetsrätt s. 182 ”Ett kollektivavtal grundas liksom avtal i allmänhet på anbud och accept.” Johann Mulder och Axel Adlercreutz hänför 23 § 2 st. MBL, vilken innebär att skriftlighetskravet för kollektivavtal enligt 1 st. kan uppfyllas genom att förslag till avtal och godkännande av förslaget ifråga upprättas i skilda skrifter, till anbud–accept-modellen, Adlercreutz, och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 88. Se också AD 1988 nr 69 (med hänvisningar till äldre rättspraxis) om att ackordet normalt betraktats som ett avtal slutet genom anbud och accept. De fallen (AD 1945 nr 22 och AD 1979 nr 92) handlar dock om frågan huruvida ett överenskommet ackordspris är en förutsättning för att ackord i de omtvistade avtalens mening skall föreligga, inte om en sådan överenskomst måste eller brukar ske genom utväxlande av anbud och accept. Frågan om hur avtalsparterna (eller de blivande sådana) skall gå tillväga för att bli bundna, och därtill genom vilken teoretisk modell bundenheten skall förklaras, dyker alltså upp som en explicit fråga (i ett kollektivavtalsrättsligt sammanhang) först på senare tid.

⁴⁶⁰ AD 2000 nr 85.

⁴⁶¹ De retoriska manövrarna och teorierna kommer alltså att samarbeta för att ge ett praktiska resultat, och inget konstigt i det. ”Rätten har en iögonfallande retorisk karaktär”, som Håkan Andersson anmärker (Andersson, Topisk retorik inom juridiken s. 112).

kan undantaget förstås på lite olika sätt, beroende på var tonvikten läggs på beskrivningen.

Man kan förstå 1 § 3 st. som en regel som på sedvanligt sätt anger att 1 kap. AvtL är subsidiär till den lagstiftning som uttryckligen säger att något annat skall gälla.⁴⁶² Eftersom 23 § MBL ger ett krav på att avtalet skall vara skriftligt kan inte ett muntligt avtal gälla som kollektivavtal, men man kan ändå fråga vad som gäller för ett muntligt erbjudande om att ingå kollektivavtal. Eftersom inget annat är stadgat i fråga om bundenhet till ett löfte att ingå avtal och då 23 § MBL inte säger något om de rättshandlingar som konstituerar avtalet ("anbudet" och "accepten"), mer än att 23 § 2 st. ger att kravet på skriftlighet är uppfyllt även när avtalet upptagits i justerat protokoll kan man dra slutsatsen att ett muntligt anbud i och för sig är bindande enligt huvudregeln i 1 § 1 st. AvtL.

Ett annat sätt är att beskriva undantaget i 1 § 3 st. AvtL så att dess verkan är att tidpunkten för bundenheten vid anbudet förskjuts. Enligt 7 § AvtL kan ett anbud återkallas till dess att mottagaren tar del av detta, senast samtidigt därmed måste återkallelsen vara mottagaren tillhanda, annars blir avsändaren bunden av anbudet (under tid enligt 2 eller 3 §§ AvtL). För kollektivavtalets del skulle då istället gälla att bundenhet inträder när mottagaren undertecknar avtalet, men fram till dess skulle anbudet kunna återkallas. I äldre praxis har dock antagits att 1 § AvtL gäller också kollektivavtalet på så vis att anbud kan göras bindande under en viss tid. Utrymmet synes dock ganska begränsat, och utgångspunkten är snarast att ett förslag till avtal inte skall vara bindande såsom anbud.⁴⁶³

Bundenheten förutsätter till synes att anbudet är skriftligt: "Stadgan- det i avtalslagen 1 § sista stycket är dock vad angår svensk och finsk rätt missvisande i sin allmänna formulering. [...] Kollektivavtalet är enligt 1 § kollektivavtalslagen formfordrande. Likväl äger part göra sitt anbud bindande. Formkravet innebär därför icke här som vid fastighetsköp, att parts viljeförklaring saknar rättsverkan före tillkomsten av en form- bunden 'gemensam partsvilja'. Formkravet enligt kollektivavtalslagen riktar sig till anbudet (accepten), som är bindande så snart det uppfyller viss form."⁴⁶⁴ På ett liknande sätt har också saken förståtts i fråga om andra typer av formalavtal.⁴⁶⁵ Jan Kleineman tolkar praxis så att den ger uttryck för att ett löfte att ingå ett formalavtal i och för sig skall anses vara bin-

⁴⁶² Så skall regeln förstås enligt Bert Lehrberg, helt enkelt därför att det är den betydelsen som följer av lagtexten. Det gäller då för övrigt inte bara 1 kap. AvtL utan AvtL i sin helhet, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 110.

⁴⁶³ AD 1937 nr 59 och AD 1950 nr 41. Se också AD 1978 nr 124.

⁴⁶⁴ Se Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s. 8.

⁴⁶⁵ Se Kleineman, Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet särskilt s. 41 f.

dande, men att löftet i vart fall skall vara skriftligt för att vara bindande, eftersom det annars skulle vara svårt att skilja det från en ”oförbindande förhandlingstrevare”.⁴⁶⁶

Något avtal kan inte komma ifråga utan att formkravet är uppfyllt. Om den ena parten, kanske efter långt gångna förhandlingar, på ett illojalt sätt utnyttjar något i motpartens situation är rättsläget oklart. Från ett förmögenhetsrättsligt perspektiv torde frågan besvaras inom ramen för en diskussion om lojalitetsplikt och principer om ansvar för *culpa in contrahendo*. Kollektivavtalets särskilda rättsverkningar, närmast det ideella skadeståndet enligt 54 och 55 §§ MBL, kan knappast komma ifråga, eftersom det skulle undergräva formkravet. Däremot torde det inte vara uteslutet att den part som betett sig illojalt kan åläggas skadestånd upp till det negativa kontraktsintresset.⁴⁶⁷

Det kan förstås också tänkas att 1 § 3 st. betyder att 1 kap. AvtL överhuvudtaget inte säger någonting om formalavtal.⁴⁶⁸ Varje fråga som har med vad som sägs i 1 § AvtL skulle för kollektivavtalets vidkommande lösas genom andra regler eller principer. Det mest korrekta vore då kanske att säga att man inte kan tala om att ett anbud kan vara bindande när det krävs något mer än en accept för avtal, och att man då överhuvudtaget inte kan tala om en anbud–accept-modell. Kollektivavtalsrätten tycks dock inte ge uttryck för den förståelsen, varken doktrin (se strax ovan 5.2.2) eller praxis (se strax nedan). Tvärtom talas om anbud och accept som fristående rättshandlingar, men på ett oförbindande sätt, som en koppling till *ett annat* område, den allmänna avtalsrätten.⁴⁶⁹ Då behöver kollektivavtalsrätten inte bekymra sig om att anbud–accept-modellen smyger sig in också i analysen av ingående av kollektivavtal. Den bildar modell för tanken på hur avtal ingås som en förutsättning för frågan om när bundenhet av anbudet (och för den delen accepten) inträder, och om man tänker sig att 1 kap. AvtL inte alls gäller för kollektivavtalet behövs en bakgrunds rätt att anlogisera till – och då ligger nog anbud–accept-modellen nära till hands att ta till. Som tankemodell, eller om man så

⁴⁶⁶ Kleineman, Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet, s. 59. Kleineman har dock inte kollektivavtalet för ögonen, utan snarare avtal om köp av fast egendom och bostadsrätt. Dessutom behandlas emissionsgarantier enligt ABL. Frågan är då om kollektivavtalet av någon anledning skall anses avvika så mycket från dessa andra avtal att en egen ordning är motiverad.

⁴⁶⁷ Se till exempel Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II 2 häftet s. 218.

⁴⁶⁸ Det är enligt Bert Lehrberg ett vanligt sätt att beskriva innebörden av 1 § 3 st., Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 109 (det skall i och för sig också vara en ”rik-tig beskrivning för flertalet praktiska fall”, Lehrberg a st., jfr n. 462). Så skulle också till exempel Axel Adlercreutz kunna uppfattas, se Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 50.

⁴⁶⁹ ”Avtalet är alltså i själva verket inte en rättshandling utan två” anmärker Bert Lehrberg, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 37.

vill teoretisk modell för avtalsbindningsmekanismen, är anbud–accept-modellen närvarande också i kollektivavtalsrätten.

Det betyder förstås inte att arbetsmarknadens parter, när kollektivavtal sluts, tänker på verksamheten i termer av anbud och accept.⁴⁷⁰ Frågan betraktas inte som ett kollektivavtalsrättsligt problem, än mindre ett sådant av praktiskt intresse. Det är antagligen aldrig intressant att fastställa tidpunkten för när bundenheten vid den ena eller andra rättshandlingen skall anses inträda. Frågan är om det finns ett avtal eller inte, inte exakt *när* det inträdde. Inte heller om man presenterar en situation när det kunde ha betydelse, såsom om en stridsåtgärd vidtagits på ena eller andra sidan tidpunkten för ett kollektivavtals ingående retas kollektivavtalsrättens intresse. Finns ett avtal skall stridsåtgärden inte finnas, och man är säkerligen i ett praktiskt fall beredd att bortse från att kollektivavtalet och stridsåtgärden under någon tid förelegat samtidigt.

På tal om praktiken, just frånvaron av diskussion i den aktuella frågan belyser kollektivavtalsrättens enhetliga och etablerade karaktär. De parter som ingår kollektivavtal är vana vid varandra och därtill beroende av varandra. Den svenska modellen utmärks av en samförståndsanda, en anda som brukar härledas till Saltsjöbadsavtalet 1938.⁴⁷¹ Arbetsmarknadens parter är beroende av varandra på så sätt att deras position och därmed deras inflytande är avhängigt att de inom den rådande ordningen bekräftar varandra. Den ”utomjuridiska” sanktion som innebär att den som inte accepterar de interna, uttryckliga eller underförstådda, spelreglerna riskerar att inte få vara med är antagligen långt mycket mer ingripande än risken för att få betala skadestånd för *culpa in contrahendo*, eller att få finna sig i att drabbas av ett avtal man vid närmare eftertanke inte vill ha. Arbetsmarknadsparterna strävar efter att behålla eller stärka sina maktpositioner, det följer av meningsvillkoren i att verka på en *marknad*. Mot denna bakgrund är det konsekvent att arbetsmarknadsparterna strävar efter att lösa sina relationer genom avtal, också på den högsta nivån.⁴⁷²

⁴⁷⁰ En helt annan sak är att 1 kap. AvtL på grund av att kollektivavtalet är uttryckligt reglerat endast undantagsvis kommer att tillämpas på detta, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 129.

⁴⁷¹ Att historien inte är så rak brukar samtidigt bortses ifrån. Arbetsmarknadsparterna måste förstås värda en anda för att den skall finnas. Vad det misslyckade försöket att träffa ett nytt huvudavtal mellan Svenskt näringsliv och LO/PTK (3.5.1.1 vid n. 334) kommer att betyda återstår att se.

⁴⁷² Industriavtalet 1997 verkar i princip ha befäst dess parter ställning gentemot latent hot om lagstiftning. Man vet naturligtvis inte hur det varit om industriavtalet inte slutits, eller slutits med ett annat innehåll. Att någon i partsautonomin ingripande lagstiftning inte kommit till stånd kan man dock säga, och att det är konsekvent med den grundläggande neutralitetsideologin.

Det är också konsekvent att *förändringar* hamnar i fokus, eftersom positionerna hotas av dessa.

Rättsvetenskapen kan, även om den genom att vilja beskriva och förklara ideologiskt strävar efter en sådan position, inte utan vidare hålla sig utanför. Man kan till exempel lätt se att de strax ovan formulerade situationerna är påhittade, vilket kanske kan synas onödigt när man kan hålla "sig till fall vilka faktiskt föranleder tvister [vilket] ökar sannolikheten för att framställningen behandlar praktiskt viktiga konfliktsituationer."⁴⁷³ Om vi, antagligen i strid med författarens anspråk, betraktar det som en metodprincip kan vi se att den förvisso är rationell, men också att rationaliteten bygger, som alla rationaliteter, på ett visst antagande.⁴⁷⁴ Dess rationalitet bygger på att rättsområdet är statiskt. Bara då blir det logiskt att en konfliktsituation vid tidpunkt *nu* kan användas för att förutse vika konflikter som är relevanta vid en senare tidpunkt (det logiska problemet mildras av den retoriska figuren att det "ökar sannolikheten", men grundantagandet är detsamma). Det ligger nog inget särskilt anmärkningsvärt i det i och för sig, den rättsvetenskapliga undersökning som syftar till att "fastställa gällande rätt" (eller liknande) måste utgå från att rättsläget är statiskt.

Den nu omtalade metodologiska principen, och framförallt den rationalitet den bygger på, utmanas emellertid av tanken på att industrisamhället övergår i ett kunskapssamhälle, eftersom den diskursen uttryckligen bygger på *förändring*. Det är inte lika lätt att se varför det är rimligt att tänka sig att nu uppkomna tvister kan användas för att förutse framtida tvister om framtidens mest framträdande egenskap är att den är fundamentalt annorlunda. En annan sak är att en metodologisk princip som innebär att man bara tar hänsyn till vad som faktiskt hänt kommer att vara konserverande och i någon mån motverka förändring. Rätten formulerar sina egna problem, och skapar dem därigenom (se 4.5). Metoden är normativ i fråga om att definiera problemen, och om bara problem som kan inordnas under kända rubriker diskuteras kommer i vart fall inte rättsvetenskapen att bidra till framåtskridande.

⁴⁷³ Malmberg, Anställningsavtalet s. 19.

⁴⁷⁴ Diskussionen kan tyckas bygga på en illojal läsning av en viss text, men syftet är inte att diskutera just det textstället, utan att just det stället är väl ägnat att belysa ett drag i den moderna rättsvetenskapen. Och, även om författaren inte gör anspråk på att formulera en metodprincip, så skulle det nog godtas som en sådan.

5.3 Formkravet

5.3.1 Ett rättstekniskt perspektiv

Frågan om verkningarna av det formkrav som vidlåder kollektivavtalet har berörts ovan. Skriftlighetskravet är dock ett, för att de kollektivavtals-specifika rättsverkningarna skall inträda, oeftergivligt krav.⁴⁷⁵ De inträder om formkravet är uppfyllt, oavsett om parterna har avsett att träffa just ett *kollektivavtal* i och för sig (jfr 5.2.1).⁴⁷⁶ Enligt 23 § 1 st. MBL är skriftlighetskravet uppfyllt när avtalsinnehållet upptagits i ett dokument som undertecknats av parterna. Enligt 23 § 2 st. MBL är skriftlighetskravet uppfyllt även när avtalets innehåll har upptagits i justerat protokoll eller när förslag till avtal och godkännande av förslaget upptagits i skilda skrifter. Relationen mellan de båda styckena har av Arbetsdomstolen uppfattats så att första stycket utgör en huvudregel försedd med ett i andra stycket uttryckt undantag.⁴⁷⁷ Av att något kan pekats ut som en undantagsregel följer att vissa retoriska manövrer blir tillgängliga. En sådan är att koppla en bevisregel till bestämmelsen. Karaktären av undantagsregel kan på så sätt motivera att avtalsavsikt *klart* skall framgå för att ett justerat protokoll skall få status av kollektivavtal.⁴⁷⁸ Den part som hävdar att innehållet i ett protokoll skall ha status av kollektivavtal får visa det och gör således klokt att redan vid avtalsstadiet tydliggöra sin ståndpunkt. Ett incitament att vara tydlig och att fästa bestämmelser i uttryckliga kollektivavtal vävs på detta sätt in i kollektivavtalsrätten.

⁴⁷⁵ Jfr därvid dansk rätt, som inte har något dylikt formkrav. Se till exempel Kristiansen, den kollektive arbejdsrett s. 147.

⁴⁷⁶ Se till exempel AD 1995 nr 79. Jfr dock AD 2000 nr 8, i vilken antyds ("bolaget inte ens har påstått") att en invändning med innebörd att motparten givit intryck att ett kollektivavtal ingåtts kunde ha vunnit framgång. Att en sådan argumentation verkligen skulle nå framgång, och att ett avsteg från formkravet således skulle göras i den situationen får nog betraktas som föga troligt. Arbetsdomstolens anmärkning får nog snarare ses som en anmärkning mot den ena partens argumentation.

⁴⁷⁷ AD 1983 nr 77.

⁴⁷⁸ AD 1985 nr 36. Framgår det inte klart att den som undertecknat protokollet därmed avsett att binda sig rättsligt kan undertecknandet inte ges annan innebörd än att den som undertecknat protokollet ansett att dess innehåll stämmer med vad som förekommit vid förhandlingen. Att ur detta utläsa något generellt gällande beviskrav låter sig nog dock knappast göras, även om motsvarande skrivning saknas såvitt gäller 23 § 1 st. Att närmare precisera ett sådant kravs innebörd är i än högre grad ogörligt.

5.3.2 Ett tekniskt perspektiv

I skriftlighetskravet ligger vidare att avtalsinnehållet skall upprättas i en skriftlig handling. Vad som skall ligga i kravet på ”skriftlig handling” kan självfallet vara öppet, även om kravet veterligen inte föranlett några rättsliga problem. Det har nog helt enkelt, och på goda grunder, förutsatts att ”skriftlig handling” betyder papper, möjligt att underteckna med en vanlig penna. ”I princip” innebär skriftlighetskravet nämligen också ett krav på att handlingen skall vara underskriven av parterna.⁴⁷⁹ Det kravet har också upprätthållits av Arbetsdomstolen, till exempel i AD 2005 nr 25 vari en så kallad personalhandbok inte kunde betraktas som ett kollektivavtal emedan den inte var försedd med namnunderskrifter.

Krav på underskrifter och liknande är samtidigt oförargliga och betydande för den tid i vilken de verkar. Mest som en illustration kan man tänka sig att den tekniska utvecklingen kan gripa in på ett konkret sätt. Låt säga att avtalsinnehållet i och för sig inte fåsts på papper, utan på en CD-skiva, direkt på Internet eller på vilket annat sätt som helst. Lagens upphovsmän har å ena sidan naturligen inte tänkt på den frågan, men å andra sidan tyder inget på att saken, om den dyker upp, skall föranleda några problem. Den tekniska utvecklingen är en stark retorisk figur, men nya tekniska medier leder nog mera sällan omedelbart till kriser för det rättsliga systemet, och kanske ännu mer sällan till nya rättsområden.⁴⁸⁰ Om något leder till en kris beror det på att det inte kan inlemmas i berättelsen. Eftersom rättsområdet bestämmer sig själv kan det formulera många tekniska förändringar till att vara något redan känt.

⁴⁷⁹ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 373. Se också AD 2004 nr 61.

⁴⁸⁰ Kanske utgör *rättsinformatiken* ett undantag. Utan att försöka definiera vad som utgör ett rättsområde kan man notera att det tycks finnas ett antal forskare som identifierar sig själva som rättsinformatiker och att de har bildat ett eget institut. Kanske är det också ett tecken på att ett område skapats när beskrivningen av detsamma gärna blir svårgreppbar för den utomstående: ”Institutet för rättsinformatik (IRI) studerar samband mellan juridik och informationsteknik (it). Till IRI:s intresseområden hör såväl tolkning och tillämpning av rättsregler i digitala miljöer som metoder för rättsenlig systemutveckling och systemförvaltning. Verksamhetsområdet sträcker sig alltså från It-rätt till rättsautomation.” Se <http://www.juridicum.su.se/iri/>. Nya områden blir gränsöverskridande, vilket är en logisk följd av att juridiken vid varje given tidpunkt är heltäckande, det finns alltid ett svar på en ställd fråga. (Minst) en arbetsrättslig fråga får plats i rättsinformatiken. Se Johansson, Systemutveckling och medbestämmandelagen, MBL. Huvudfrågan tycks vara frågan om medbestämmande vid datasystemutveckling, se a.a. s. 186.

5.3.3 Ett ändamålsperspektiv

Kravet på skriftlighet är, i ett allmänt civilrättsligt perspektiv, ett undantag, varför det måste motiveras. Inte bara för att det kan göra skillnad i enskilda fall (formkravet kan tolkas mer eller mindre strikt beroende på vilket skäl som står emot), utan också för att den kollektivavtalsrättsliga berättelsen skall hänga ihop. Kravet på viss form förutsätts *bero* på något, det måste kunna motiveras rationellt. Det kan ligga nära till hands att utpeka kollektivavtalets normerande verkan som det bärande ändamåls-skälet bakom skriftlighetskravet.⁴⁸¹ Eftersom andra än de avtalslutande parterna i mycket hög grad berörs av dess innehåll framstår skriftlighetskravet som naturligt. Det som är naturligt i det avseendet kan dock inte upprätthållas i fråga om formkravets relation till tolkningen av kollektivavtalet (till vilket skall återkommas i avsnitt 7.3.1). Kollektivavtalet är i det avseendet närmare avtal än lag,⁴⁸² och skriftlighetskravet måste åtminstone delvis motiveras av något annat intresse än förutsebarhetsintresset för de vars anställningsvillkor skall regleras genom avtalet. Inte heller förslår ett intresse av att kunna fastställa avtalets innehåll som förklaringsmodell, eftersom det i princip skulle motivera ett formkrav för varje avtalstyp.

Förslår som förklaring gör däremot intresset av att säkert kunna fastslå att ett kollektivavtal verkligen är slutet. Det är viktigare än dess innehåll eftersom regleringen från början motiveras av ett intresse av arbetsfred, inte ett intresse av att reglera anställningsförhållandena i och för sig.⁴⁸³ När det hänvisas till hela kollektivavtalets funktioner anges också alltjämt kollektivavtalets funktion av fredspliktsinstrument som en av de viktigaste.⁴⁸⁴

Också i doktrinen kan man finna spår av den förhärskande världsbilden. När Schmidt och Neal 1984 listar kollektivavtalets funktioner är

⁴⁸¹ Så har också Arbetsdomstolen uppfattat saken, se särskilt uttryckligt i AD 2005 nr 25: "Kravet på skriftlighet hänger samman med behovet av ordning och reda i förhållandet mellan parterna. Särskilt gäller detta mot bakgrund av att kollektivavtalet är bindande inte bara för de avtalslutande organisationerna utan även för medlemmarna i dessa."

⁴⁸² Se särskilt vid n. 69.

⁴⁸³ Se prop. 1910 nr 96 och 1911 nr 43 (prop. 1911 nr 43 s. 55: "Uppenbarligen förnekas af ingen, att det högsta målet för all lagstiftning om förhållandet mellan arbetsgivare och arbetare bör vara att söka så vidt möjligt förebygga tvister dem emellan och sörja för att, då dylika tvister ändock förekomma, de i görligaste mån må lösas utan användande af kampmedel."). Se också SOU 1975:1 s. 305 ff. med en redogörelse för de första försöken att lagstifta om kollektivavtal och tvister om kollektivavtal ("frågan om fredsplikt trädde i förgrunden"). Bilden är dock inte enhetlig, jfr strax nedan och under 5.6.

⁴⁸⁴ Se exempelvis AD 1996 nr 147: "Kollektivavtalets kanske viktigaste funktion är att vara ett fredsdokument, som tryggar arbetsfreden mellan avtalsparterna under den tid avtalet gäller".

de till synes likvärdiga, och inte heller i andra sammanhang rangordnas funktionerna på ett förbindande sätt.⁴⁸⁵ Östen Undén säger dock uttryckligen att den viktigaste funktionen är den *normerande* (det vill säga inte som ett fredspliktsinstrument).⁴⁸⁶ Det kan vara värt att stanna upp vid det uttalandet för att fundera på om det speglar en förändring. Man kan förstås nöja sig med att Undén inte blev sannspådd, och att det bara var en halvt förflugen tanke hos Undén utan större intentionsdjup, en tanke som det vore orättvist att hålla Undén ansvarig för idag. Det kan kanske förstås som ett sätt hos Undén att ”sälja in” den konstruktion han föredrager, och i så fall blir det ju än mer orättvist att hålla honom ansvarig för uttalandet ifråga. Det är dock gjort i en viss historisk kontext, vilken Undén inte är ansvarig för. Det kan därför ge en fingervisning om att bakgrunden har förändrats, genom att uttalandet avslöjar vad som är nära till hands att säga. Uttalandet avslöjar därmed en del av berättelsens logik. Att Undén särskilt betonar den normerande funktionen hos kollektivavtalet ger, kan man tänka sig, uttryck för en, om inte omvänd så i vart fall annorlunda orienterad kollektivavtalsrätt mot idag. Fredsplikten var det uppenbara syftet med kollektivavtalet – det normerande det dolda, det som ingen riktigt lyft fram och som därför var mödan värd för Undén att säga (omvänt – om man idag, i en rättsvetenskaplig undersökning slog fast att det är den normerande funktionen som är mest intressant skulle man mötas med en axelryckning, och ett ”det där har vi vetat länge”). Arbetsfreden var också det som kampen stod om vid den aktuella tiden.

Till den sedermera faktiskt antagna lagstiftningen (de tidigare förslagen antogs av olika skäl inte) 1928 har dock fokus börjat glida över till att handla om att inlemma kollektivavtalet i rättsordningen på den grund att det är praktiskt viktigt för att reglera anställningsvillkoren, medan fredspliktsintresset träder i bakgrunden.⁴⁸⁷ En del uttryckliga skrivningar tyder

⁴⁸⁵ Schmidt och Neal, *International Encyclopedia of Comparative Law* s. 9. Ibland sägas att ”en av de viktigaste är” eller liknande, men det är knappast några allvarligt menade försök att rangordna dem, jfr strax ovan n. 484. Se också Holmbäck, *Arbetsrätt* s. 33, enligt vilken skapande av arbetsfreden är den andra av två funktioner (den första är normerande av enskilda arbetsavtal, se a.a. s. 32 f.).

⁴⁸⁶ Undén, *Kollektivavtalet* s. 18 f.

⁴⁸⁷ Märk att det som kan iaktas är en *antydning* till en förändring, se inledande i prop. 1928 nr 39 s. 35. Alltjämt, vid tiden för 1928 års proposition var kollektivavtalsregleringen allmänt betraktad som en reglering till tryggnad av arbetsfreden. Jfr sålunda mot det sagda prop. 1928 nr 39 s. 37 och propositionens inledande mening (som samtidigt är dess inledande stycke): ”Förslag om åtgärder till främjande av arbetsfreden hava vid flera tillfällen varit föremål för statsmakernas prövning.” (prop. 1928 nr 39 s. 11). Se vidare den inledande redogörelsen för tidigare försök till lagstiftning på området, till exempel s. 11, s. 15, s. 18 och s. 21, där lagstiftningsarbetet på det hela taget omnämns som en lagstiftning till främjande av arbetsfreden. Se också den propositionen föregående utredningen SOU

i vart fall på den saken, till exempel: "Givetvis är det emellertid önskvärt, att avtalsbestämmelserna avfattas skriftligen och att den däröver upprättade handlingen undertecknas av parterna eller deras ombud. Därigenom underrättas i hög grad bevisningen rörande avtalets tillkomst och innehåll samt förebyggas tvister med anledning av detsamma. Märkas bör även att den skriftliga formen är av särskilt värde med hänsyn till dem, som icke tagit del i avtalets tillkomst men dock äro bundna av detsamma."⁴⁸⁸ Därtill: "Kollektivavtalets innehåll anges i viss mån olika i olika länder. I allmänhet framhållet emellertid kollektivavtalets huvudsyfte att fastställa normer, som skola gälla vid upprättande av arbetsavtal."⁴⁸⁹

Trots en del goda skäl för ett skriftlighetskrav stannar ändå departementschefen för att *inte* kräva skriftform.⁴⁹⁰ Den bärande tanken synes vara risken för att "ingångna avtal på grund av formfel bleve ogiltiga". Det resonemanget innehåller det logiska problemet att det förutsätter att ett avtal är ett avtal vid vissa förhållanden, antagligen när parterna givit uttryck för en ömsesidig vilja att binda sig rättsligt. När ett avtal i departementschefens resonemang uppkommer har åtminstone inte med ett formkrav att göra. Departementschefens resonemang kan hänföras till ett visst intresse, då han ser en fara i att den ena sidan kan åberopa, ett från innehållet frikopplat, formfel för att komma ifrån ett avtal som eljest vore gällande.⁴⁹¹ Det verkar alltså vara det genom det sålunda uppkomna avtalet med dess innehåll som skall skyddas. Materia före form, möjligen, men övervägandet kan också grunda sig på tanken att fredsplikt uppkommer genom avtalet, och det vore olyckligt en part skall kunna komma undan den med hänvisning till ett formfel (som ju med den

1927:4, titulerad *Utredningar till belysande av arbetsfredsfrågan*, med inledningsmeningen (s. 11): "I det följande lämnas en kortfattad översikt över vid olika tillfällen framförda förslag till lagstiftning om särskilda åtgärder för att verksamt främja arbetsfreden, av myndigheter och sakkunniga verkställda utredningar i ämnet samt hittills vidtagna lagstiftningsåtgärder." Den därpå följande redogörelsen börjar med 1887 års riksdagar (s. 11) och avslutas med 1926 års riksdag (s. 19 ff.)

Intrycket den kollektiva arbetsrättsliga lagstiftningen som en fredspliktslagstiftning finns också kvar i prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 4 där uppdraget beskrivs som att "göra en allmän översyn av den s.k. arbetsfredslagstiftningen." Till denna hänförs lagen (1928:253) om kollektivavtal, lagen (1936:506) om förenings- och förhandlingsrätt, lagen (1920:245) om medling i arbetstvister samt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister (och dess föregångare lagen (1928:254) om arbetsdomstol. Se också den inledande meningen i SOU 1975:1 (s. 15) "Då man använder ordet arbetsfredslagstiftning avser man en serie lagar som innehåller regler om förhandlingar och avtal och andra frågor som rör arbetsmarknadens parter."

⁴⁸⁸ Prop. 1928 nr 39 s. 58.

⁴⁸⁹ Prop. 1928 nr 39 s. 59.

⁴⁹⁰ Prop. 1928 nr 39 s. 59.

⁴⁹¹ Prop. 1928 nr 39 s. 58.

intagna grundsynen inte i sig kan rubba det förhållande att ett avtal är ingånget). Avtalsrelationen behöver särskilt skydd eftersom "ifrågavarande lagstiftning avser en allmänhet, som i stor utsträckning saknar sinne för iakttagande av juridiska former".⁴⁹² Det kan dock också märkas att departementschefen genom hänvisningen till de särskilda förhållandena utför en retorisk manöver som särskiljer arbetsrätten. Uttalandet säger ingenting om andra rättsområden, det är sett för sig en positiv utsaga om just den ifrågavarande lagstiftningen, men med hänvisning till något som gör den speciell. Man säger till exempel inte "för den ifrågavarande lagstiftningen gäller att avtal skall hållas" – även om det vore lika sant, och lika allmängiltigt. Ändå är det nog tydligt att beskrivningen av lagstiftningens målgrupp stämmer in på en ganska stor del av lagstiftningen. I vart fall gäller det om man betraktar lagen som riktad till medborgarna, (till exempel) för att de skall ha något att rätta sig efter. Ett problem med den synen är att medborgaren, gemene man eller vad vi vill kalla henne (det vill säga hon som inte är jurist) inte kan förstå lagen. Inte kan, eftersom det är liktydigt att vara jurist och kunna lagen, och omvänt att vara "gemene man" att inte kunna lagen. Själva epitetet "gemene man" (och motsvarande uttryck) är en utskiljningsmekanism, som separerar *oss* från *dem*.

Här stöter man på en mekanism i den rättsliga diskursen ägnad att skilja den rättsliga diskursen från den icke-rättsliga (och därmed göra juridik till juridik). Utan att det behöver vara departementschefens syfte (han har att hantera en speciell situation som går ut på att han skall motivera en viss lagstiftning i en viss konkret situation) att avskilja "gemene man" från rätten har tekniken just den funktionen. Tekniken utövas inifrån juridiken, och den är därför svår för juridiken att se. För att göra ett försök kan man ta hjälp av ett koncept hämtat från *Law and literature* vilket går under beteckningen "law-in-literature" och studera hur berättelsen om lagen berättas utifrån. "Law-in-literature" ställs ofta mot "law-as-literature", vilken är den av de båda huvudriktningarna inom law and literature-rörelsen som metoden i den föreliggande avhandlingen (förutom just här) knyter an till. Law-as-literature har blivit den dominerande riktningen, men det finns inga vattentäta skott mellan de båda riktningarna.⁴⁹³

För den utskiljde ("gemene man") ter sig lagen som oätkomlig men eftersträvansvärd, trots att man inte vet och inte heller kan veta vad man strävar efter. Hon ser lagens sken (eller vad hon uppfattar som dess sken) men måste nöja sig med de beskrivningar av lagen som dess väktare lämnar. Och inte ens väktaren kan egentligen ge några beskrivningar, eftersom själva lagen är

⁴⁹² Prop. 1928 nr 39 s. 59.

⁴⁹³ Se Binder and Weisberg, *Literary Criticisms of Law* s. 3 och Minda, *Postmodern Legal Movements* s. 150.

fördold också för denne, dold bakom rader av väktare. Hur många kan man inte riktigt veta, eftersom den första väktaren inte ens kan uthärda synen av den tredje väktaren. Så berättas historien för Josef K i Franz Kafkas klassiska verk *Processen*, och så ter sig lagen för Josef K. Från andra sidan, från lagens sida, ter sig strävandena meningslösa. I vart fall ger den första väktaren (det vill säga den enda väktare man möter) intryck av att han anser den inträdessökande mannens strävanden vara meningslösa, och det trots att den ingången är avsedd endast för just den inträdessökande. Om inställningen beror på att väktaren vet något om lagen eller om det beror på att han känner sin egen obevklighet kan man dock inte säkert veta. Åtminstone inte från gemene mans perspektiv, och det är från det perspektivet historien berättas, snarare än från lagens.

I kollektivavtalslagen av 1928 införs ändå ett krav på skriftlighet, men inte förrän i utskottsbehandlingen. Som skäl till att införa ett krav på skriftlighet anges för det första att det skulle förebygga tvister om det alltid fanns skriftliga avtal bevis för att kollektivavtal ingåtts och för dess innehåll, för det andra att kollektivavtalet skulle binda inte bara vid avtalstillfället befintliga medlemmar utan också sedermera inträdde medlemmar. Dessa skulle ha ett särskilt stort intresse av att det gällande kollektivavtalet fanns i skriftlig form. De olägenheter som föredragande departementschef i lagstifningsärendet anförde tänktes bli tillräckligt undanröjda genom att skriftlighetskravet ansågs uppfyllt om avtalstexten godkännts i utväxlande av brev eller i godkända protokoll (jfr 23 § 2 st. MBL).⁴⁹⁴ Att Kollektivavtalslagen skall kodifiera vad som redan gäller understryks av att regeln kan motiveras med att ”det på kollektivavtalsområdet utbildat sig en sedvanerätt, enligt vilken vederbörligen justerade förhandlingsprotokoll anses såsom skriftliga avtal.”⁴⁹⁵ Kravet på skriftlighet överförs sedan till medbestämmandelagen.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Se Andra LU:s utlåtande 1928 nr 36 s. 17 ff.

⁴⁹⁵ Se Motion i Första kammaren 1928 nr 280 s. 2, på vilken utskottet grundade sin ändring i den aktuella delen.

⁴⁹⁶ Se prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 372. Skriftlighetskravets placering diskuteras av lagrådet, med instämmande av föredragande statsrådet, s. 490 f. och 532 f., varefter skriftlighetskravet fick sin slutliga placering i 23 §. I det ursprungliga betänkandet var kravet på skriftlighet placerat i en egen paragraf, se prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 372 (ff.) och s. 455 (25 §) samt SOU 1975:1 s. 797 (ff.) och s. 38 (22 §).

5.4 Partsställningen

5.4.1 Partsställning på arbetstagersidan

5.4.1.1 *Regelns orientering*

Ett av de mest iögonfallande särdragen hos kollektivavtalet är partsställningen, som utmärks av en kollektivitet på den ena sidan men inte (nödvändigtvis) på den andra. I legaldefinitionen av kollektivavtalet i 23 § MBL framgår att kollektivavtal sluts mellan arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare å ena sidan och arbetstagarorganisation å andra sidan. I ett kollektivavtal är således arbetstagarparten alltid en organisation.⁴⁹⁷ I definitionen ligger en grundläggande avgränsning mot den andra avtalstypen på arbetsrättens område, anställningsavtalet.⁴⁹⁸ I anställningsavtalet är arbetstagarparten alltid är en fysisk person. Så uttryckt anknyter distinktionen till det karaktärsdrag för arbetsrätten som innebär att den överhuvudtaget främst tar sikte på arbetstagersidan. Att ”föreningsrätt” i arbetsrättslig mening handlar om rätten till föreningsliv (med konstitutionell eller folkrättslig prägel), inte förenings liv (med civilrättslig prägel) kan betraktas som en konsekvens av eller som en del av denna orientering.⁴⁹⁹

Den inneboende olikheten i partsställningen på arbetsgiversidan respektive arbetstagersidan har veterligen inte i modern tid problematiserats med avseende på kollektivavtalet, i vare sig lagstiftningsarbete, doktrin eller praxis. Den är en nedärvd del av kollektivavtalets natur, en egenkap som utmärker det som speciellt, men som inte diskuteras särskilt.⁵⁰⁰ Typiskt sett sker avgränsningen numera genom att frågan överhuvudtaget inte berörs. Svante Bergström konstaterar också redan före det att kollektivavtalsrätten egentligen utmejslats som ett eget område uttryckligen att diskrepansen inte innebär några problem av intresse för hans avhandling (vilken är upplagd som en kommentar till KAL).⁵⁰¹

Också i den här frågan kan kollektivavtalsrätten dock söka anknyta till den allmänna civilrätten. Om man kan tala om kollektiva avtalsformer utmärks dessa av att ena parten måste utgöras av en kollektivitet, kanske

⁴⁹⁷ En annan sak är att ett kollektivavtal i och för sig kan träffa bara en arbetstagers individuella förhållanden, se till exempel AD 1989 nr 13.

⁴⁹⁸ Strategin att beskriva ett område eller en rättslig företeelse genom att avgränsa den mot närliggande företeelser används också av Undén, se Kollektivavtalet s. 17.

⁴⁹⁹ Se SOU 1975:1 s. 211 f.

⁵⁰⁰ Jfr Undén, Kollektivavtalet s. 25 f. Östen Undén anmärker att kollektivavtalet fått sitt namn från kollektiviteten (också s. 23), men partsställningen är ännu vid det stadiet inte given.

⁵⁰¹ Bergström, Kollektivavtalslagen s. 18.

oftast en förening.⁵⁰² Vilken sida det är avgörs av på vilken sida kollektiviteten är starkast markerad.⁵⁰³ Kriteriet är nog dock sett för sig tämligen intetsägande. Att kollektiviteten är starkast markerad på ena sidan i ett kollektivavtal vilar på arbetsrättens grundläggande orientering såsom framkämpad av arbetstagar sidan, en historieskrivning som också ligger till grund för nuvarande lagstiftning.⁵⁰⁴ Arbetsrätten kan också anknyta till föreningsrätten, och att föreningsrätten blivit en arbetsrättslig fråga är tätt knuten till arbetsrättens historieskrivning, grundad på att arbetsrätten är en produkt av arbetstagnas strävan att hävda sig mot arbetsgivarna.⁵⁰⁵ Däri har kampen för rätten att organisera sig varit grundläggande. Den delen av föreningsrätten är numera snarast folkrätt, men med anknytning till associationsrätten. Som civilrättsliga områden är också arbetsrätten och associationsrätten mer närbesläktade än med den folkrättsliga föreningsrätten. Gränserna mellan områdena, inte minst historiskt, blir också flytande.⁵⁰⁶ De finns dock, och de skall belysas i det följande.

5.4.1.2 Gränsen mot associationsrätten

Om gränsen

Legaldefinitionen av kollektivavtalet i 23 § MBL markerar inte bara en gräns mellan kollektiv och individuell arbetsrätt, den markerar också en gräns mot associationsrätten (*mot*, inte mellan, eftersom gränsen sätts från arbetsrätten, se avsnitt 2.3.3.3). Associationsrätten markerar dock också gränsen mot arbetsrätten. Associationsrättslig litteratur anger att arbetstagarorganisationer typiskt sett är att betrakta som ideella föreningar, men att de på olika sätt intar en särställning.⁵⁰⁷ Just associationsrätten är ett arbetsrättsligt närliggande rättsområde, det är också historiskt besläktat med arbetsrätten.

⁵⁰² Om än, möjligen, inte i strikt associationsrättslig mening, men det behöver inte kollektivavtalsrätten bekymra sig om, jfr 5.4.1.2.

⁵⁰³ Bergström, Kollektivavtalslagen s. 13 f. Det kan sättas ifråga om "kollektiva avtalsformer" förtjänar att benämnas som ett eget område. De former som brukar nämnas inkränker sig till det arbetsrättsliga kollektivavtalet och till det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet på hyresmarknaden, och då med reservationen att en närmare behandling hör hemma inom respektive specialområde (arbetsrätten respektive hyresrätten). Se till exempel Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 146 f. Utöver de nämnda avtalsformerna finns en diger flora av regler som grundar sig mer eller mindre på en kollektivitet (konsumentlagstiftning, regler om kollektiva hyresförhandlingar, regler om talerätt för organisationer och så vidare).

⁵⁰⁴ Se prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 7.

⁵⁰⁵ Se för en beskrivning av den kampen Adlercreutz, Kollektivavtalet, särskilt s. 223 ff.

⁵⁰⁶ Se Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 182 ff.

⁵⁰⁷ Se till exempel Hemström, Organisationernas rättsliga ställning s. 29 ff.

Till exempel kan skråna, som upphörde i och med, och som en del av, industrisamhällets genombrott kan betraktas som en tidig form av föreningar.⁵⁰⁸ Associationsrätten handlar, kan man säga, om samma frågor som arbetsrätten men från ett annat håll och med en annan orientering.⁵⁰⁹ Medan arbetsrätten handlar om relationen mellan arbetsgivaren och dess anställda, handlar associationsrätten (bland annat) om arbetsgivarens (och arbetstagarorganisationernas) interna relationer. Kanske kan man tänka sig att gränserna mellan arbetsrätten och associationsrätten borde bli mindre klara i kunskapssamhället, till exempel kan man börja tala om de anställda i termer *humankapital*, för att på så vis inkräkta på en associationsrättslig (i vid mening) diskurs om hur verksamheter bäst skall kapitaliseras.

I 6 § MBL ges en kvalificering av begreppet arbetstagarorganisation, vari fastslås att med arbetstagarorganisation avses sådan sammanslutning av arbetstagare som enligt sina stadgar skall tillvarata arbetstagarnas intressen i förhållande till arbetsgivaren. Definitionen av kollektivavtal har alltså motsättningen mellan arbetstagare och arbetsgivare inbyggd, och förutsatt. Det kollektiva förhållandet på arbetstagersidan är självklart, och denna självklarhet är historiskt betingad, självklarheten emanerar ur den kollektivavtalsrättsliga berättelsen. Det kollektiva förhållandet på arbetstagersidan är därmed en del av kollektivavtalets identitet, annars vore det inte kollektivavtalet, så som vi känner det. Det är förvisso möjligt att tänka sig andra metoder att avtalsvägen reglera rättsförhållanden mellan arbetstagare och arbetsgivare. Närliggande skulle antagligen vara genom en fullmaktskonstruktion.⁵¹⁰ Även om avtal i ett sådant system förhandlades fram och formulerades centralt på något sätt vore dock inte ett *kollektivavtal*. Kollektivavtalet utmärks, positivt, genom sin särprägel.

Trots att en associationsrättslig fråga regleras i MBL är dess förarbeten, också i den frågan, övergripande arbetsrättsligt orienterade. På flera associationsrättsliga punkter svävar de till synes på målet. Huruvida föreningen till exempel förutsätts ha en regelrätt styrelse framgår egentligen inte. Inte heller framgår egentligen om föreningen förutsätts ha ett namn, även om just det kanske antydningssvis kan anses framgå av att just föreningens namn föreslås vara ett tolkningsdatum för att fastställa om

⁵⁰⁸ Se Johansson, Nials svensk associationsrätt s. 29.

⁵⁰⁹ Det kunde föranleda att en beskrivning av medbestämmanderegleringen delades upp efter huruvida en fråga tillhör *arbetsledningsrätten* (arbetsrätten) eller *företagsledningsrätten* (associationsrätten), se Hemström, Fackföreningarna och de anställda s. 27 f. Någon skarp gräns kan dock inte erkännas, eftersom det skulle vara oförenligt med medbestämmandelagstiftningens demokratiserande syfte (se vidare n. 549).

⁵¹⁰ Se vidare nedan 6.2.2.

föreningen har karaktären av arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation.⁵¹¹ Just karaktären av arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation skiljer ut den organisation som regleras särskilt i medbestämmandelagen från ”vanliga” ideella föreningar. Det är ett krav som kan besvaras av arbetsrätten, det är också det kravet som förväntas kunna föranleda tillämpningsproblem. En viktig del i karaktären av arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation är att medlemmarna skall bestå av arbetsgivare respektive arbetstagarare, vilket gör organisationerna speciella. För att ett sådant rekvisit skall fungera krävs vidare en viss modifikation från den annars gängse definitionen. ”Arbetsgivare” respektive ”arbetstagarare” blir i MBL:s mening inte snävt definierat till avtalsparter i vid varje given tidpunkt bestående kontrakt, utan det är fråga om en mer abstrakt egenskap. Den arbetsgivare som (i vart fall för tillfället) inte har arbetstagarare anställda hos sig kan vara medlem av en arbetsgivarorganisation och en (i vart fall för tillfället) arbetslös kan var medlem av en arbetstagarorganisation utan att dessa förenings egenskap av arbetsgivarorganisation respektive arbetstagarorganisation enligt MBL går förlorad.⁵¹² I definitionen av de organisationer som är relevanta för kollektivavtalsrätten går det sålunda, trots att såväl arbetsrätten som associationsrätten är civilrättsliga områden, att spåra en ställning som mer grundar sig på en viss status än på en kontraktsrelation.

Rekvisitet ”arbetstagarorganisation” innebär motsatsvis att en grupp av arbetstagarare som inte är att betrakta som en organisation inte kan ingå kollektivavtal.⁵¹³ Definitionen ansluter till associationsrätten, vilket område mer intresserar sig för vad som kan vara en organisation, men den säger i sig inte mycket om vad som kan accepteras som en kollektivavtalsbärande sammanslutning. Förutom att föreningen skall bygga på en frivillig rättshandling, bestå av medlemmar i form av fysiska eller juridiska personer och bedriva verksamhet för ett gemensamt ändamål skall den ha antagit stadgar, av vilka skall framgå föreningens namn och föremål samt om hur beslut i föreningens angelägenheter skall åstadkommas. Vidare måste det finnas en styrelse som kan företräda föreningen gentemot tredje man.⁵¹⁴ Slutligen måste en förening ha en firma och ett namn, varav särskilt det sistnämnda framstår som en förutsättning för att kunna verka i förhållande till tredje man.⁵¹⁵ Det är dock från arbetsrättsligt håll svårt att tänka sig att just de associationsrättsliga kraven på en förening

⁵¹¹ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 339 ff., SOU 1975:1 s. 742 f.

⁵¹² Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 340.

⁵¹³ Att bestämmelsen är avsedd att läsas e contrario anvisas uttryckligen i specialmotiveringen, prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 369.

⁵¹⁴ Se Johansson, Nials svensk associationsrätt s. 30 ff., Hemström, och Giertz, Föreningar s. 33, Källström, Lokala kollektivavtal s. 43.

⁵¹⁵ Se Källström, Lokala kollektivavtal s. 43.

skulle innebära något praktiskt hinder, vare sig att sluta kollektivavtal eller vidta stridsåtgärder.

Just stadgarna är en associationsrättslig nyckelfråga, eftersom stadgarna utgör avtalsurkunden för föreningen.⁵¹⁶ Av stadgarna kan också framgå vilka organ som, i en komplicerad föreningsstruktur, kan företräda föreningen i förhandlingar och binda föreningen i kollektivavtal.⁵¹⁷ Legaldefinitionen i 23 § MBL utgår dock inte från någon annan kvalificering av arbetstagarorganisation än den som ges av 6 § MBL. Definitionen av arbetstagarorganisation utgår i sin tur inte från annat stadgeinnehåll än att organisationen skall ha till ändamål att tillvara arbetstagarnas intressen i förhållande till arbetsgivaren.⁵¹⁸

Från arbetsrättsligt håll är det mer intressant att ett krav på stadgar har en funktion att gynna stabila förhållanden på arbetsmarknaden, eftersom mer tillfälliga sammanslutningar utesluts från kollektivavtalsverksamhet (och överhuvudtaget rätt till förhandlingar). Även en organisation på vars stadgar inte följer medlemsbundenhet kan dock vara en arbetstagarorganisation, och part i kollektivavtal. Kanske framförallt i fråga om fredspliktens omfattning kan gränsdragningen mellan *arbetstagarorganisation* och en annan sammanslutning av arbetstagare ställas på sin spets. I 2 kap. 17 § RF, som kan tas till utgångspunkt för fredspliktens omfattning, garanterar rätt till stridsåtgärder för "förening av arbetstagare" utan närmare precisering.⁵¹⁹ På den punkten har Sveriges åtagande i förhållande till Europarådets sociala stadga varit ifrågasatt, nämligen i fråga om Sveriges sätt att beskriva rättigheten för arbetstagarna att vidta stridsåtgärder inte garanteras som en individuell rättighet.⁵²⁰ Det synes dock som att Sverige uppfyller sina åtaganden enligt den sociala stadgan eftersom det inte finns några hinder för att grunda en "förening av arbetstagare", och att ett grundande kan ske snabbt och utan överdrivna formaliteter.⁵²¹

Gränsen mellan de arbetsrättsligt relevanta frågorna och de som arbetsrätten skjuter ifrån sig är måhända inte skarp, men den visar sig i att resonemangen blir svepande, och att man hänvisar till att frågorna torde

⁵¹⁶ Se till exempel Hemström, Organisationernas rättsliga ställning s. 22. Hemström karakteriserar stadgarna som ett slags *standardavtal*, a.a. s. 36.

⁵¹⁷ Se SOU 1975:1 s. 607 f.

⁵¹⁸ Jfr prop. 1975/76:105 bilaga 1, särskilt s. 339.

⁵¹⁹ Se härom Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 327 ff.

⁵²⁰ Sociala Stadgan i reviderad lydelse av 1996 Art. 6 nr 4: "With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively, the Parties recognise: (4) the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into."

⁵²¹ Se Evju, Sosialpakt og arbeidskamp s. 188 f.

kunna lösas med tillämpning av ”allmänna principer”, ”allmänna rättsregler” eller liknande.⁵²² Det antyds att föreningen skall ha en viss grad av fasthet för att äga rättssubjektivitet men när en sammanslutning blir tillräckligt fast för att vara en förening är inte arbetsrätten kunnig om, det är inte arbetsrättens problem.

Den självgrundande cirkeln

Det spørsmålet att arbetsrätten inte kan presentera en definition på vad som skall vara en organisation i medbestämmandelagens mening har inte visat sig vara praktiskt särdeles betydelsefullt. Problemet är, som också antytts, systematiskt snarare än praktiskt. Så mycket mindre blir de praktiska tillämpningsproblemen om man konstaterar att ”[d]e flesta av de sammanslutningar, som ingå avtal av den natur, varom här är fråga, måste med tillämpning av omförmälda regler anses äga rättspersonlighet”.⁵²³

Bakom reglerna döljer sig ett cirkelresonemang. För att kunna sluta avtal måste sammanslutningen ha rättspersonlighet. Vilka sammanslutningar har då rättspersonlighet? De som ingår avtal. Cirkelresonemanget är i sig oförargligt, även om det sätter fingret på en öm punkt i lagstiftningen. Som för att understryka det otillfredsställande i att systematiken kommer att vila på ett cirkelresonemang efterlyses också i samma andetag just en föreningslagstiftning, trots att tillämpningsproblemen antogs bli ringa.⁵²⁴ Den förutsägelsen har, får man nog säga, också besannats. Vid nästa större lagstiftningsarbete på området, det vill säga MBL, ansågs

⁵²² Se till exempel prop. 1928 nr 39 s. 55 f., där hänvisningen till ”allmänna rättsregler” upprepas, utan att innehållet i dessa egentligen preciseras. Vid detta stadium i utvecklingen är problemet snarare om begreppet ”arbetare” bör ersättas (med till exempel ”arbetstagare”), vilket inte anses behövas men det förtydligas att ”arbetare” skall förstås extensivt och omfatta också andra yrkesgrupper än kroppsarbetande sådana (se särskilt prop. 1928 nr 39 s. 57). I prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 370 och s. 490 hänvisas till ”allmänna fullmakts- och föreningsrättsliga regler” i fråga om förhållandet mellan den kollektivavtalslutande organisationen och dess medlemmar. Man lägger till att ”[l]iksom KAL bygger lagen även i övrigt på att rättsfrågor som inte är av speciellt kollektivavtalsrättslig natur får bedömas efter allmänna regler på bl.a. avtalsrättens område.” (a prop. s. 371). Se vidare den särskilt tydliga avgränsningen ”[s]åsom föreningsrättsliga problem betecknas ibland också problem som rör förhållandet mellan föreningar, ekonomiska eller ideella, och deras medlemmar eller som rör verkan gentemot utomstående av rättshandlingar som företas på föreningens vägnar. Sådana problem är i princip inte av arbetsrättslig natur och regleras inte i FFL [lagen (1936:506) om förenings- och förhandlingsrätt].” Avskiljandet är ursprungligt i kollektivavtalsrättens, samma teknik används i doktrin från dess förhistoria: ”Vad som är att anse som en förening blir att avgöra enligt allmänna rättsnormer om ideella föreningar.” Holmbäck, Föreläsningar i arbetsrätt s. 27.

⁵²³ Prop. 1928 nr 39 s. 57.

⁵²⁴ Prop. 1928 nr 39 s. 57. Se vidare om den historiska bakgrunden till ställningstagande 1928 års utredning SOU 1975:1 s. 602 ff.

inte längre finnas något behov av en lagstiftning om ideella föreningar.⁵²⁵ Reglerna kommer också ha den funktionen. Det är nog rimligt att anta att utredningen 1928 hänför sig till ett empiriskt faktum, en iakttagelse hur det hittills har gått till när kollektivavtal har slutits. Så länge som aktörerna håller sig till det kommer då inte heller någon lagstiftning behövas, eftersom marknaden själv kommer att reglera vilka sammanslutningar den vill godta som parter i kollektivavtal. Från arbetsmarknadsparternas (det vill säga de etablerade) horisont kommer en sådan lagstiftning antagligen rent av vara oönskad, eftersom den skulle innebära mindre inflytande för dem.

5.4.2 Partsställningen på arbetsgiversidan

Arbetsrätten avgränsas av arbetstagarbegreppet (se ovan 2.3.3.2). Utgångspunkten är alltså arbetstagersidan, arbetsgivarbegreppet definieras genom att arbetsgivaren konstateras vara motparten till arbetstagaren. Därmed har arbetsgivarbegreppet, tvärtemot arbetstagarbegreppet, i princip ingenting med arbetsrättens gränser att göra. Rekvisitet *arbetsgivare* i 23 § MBL bestäms dock inte strikt utifrån förefintligheten av ett anställningsavtal. En sådan tolkning som skulle till exempel omöjliggöra att näringsidkare utan anställda skulle kunna vara part i kollektivavtal. Arbetsdomstolen har dock klargjort att ett avtal inte blir ogiltigt som kollektivavtal även om näringsidkaren inte har någon anställd.⁵²⁶

Till det skall dock fogas en anmärkning om det förbud mot vissa stridsåtgärder som framgår av 41 b § MBL. Enligt paragrafen är en stridsåtgärd (nyanställningsblockad undantaget, sympatiåtgärder inbegripet), som vidtagits mot ett företag som saknar arbetstagare eller där bara företagaren själv eller dennes familjemedlemmar är arbetstagare och ensamma ägare, olovlig, om stridsåtgärden har till syfte att ett kollektivavtal skall träffas med företaget. Regeln är något av en anomali i arbetsrätten i det att den är en skyddsregel för (vissa subjekt på) arbetsgiversidan. Ett i arbetsrätten fullt godtagbart argument att en arbetstagarorganisation har ett befogat intresse av att dess medlemmar inte tar anställning i ett före-

⁵²⁵ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 339 och SOU 1975:1 s. 606 och 742.

⁵²⁶ AD 1974 nr 16. Se också AD 1978 nr 165, i vilket frågan var om ett kollektivavtal kan binda en arbetsgivare i förhållande till en arbetstagarorganisation som saknar medlemmar på arbetsplatsen. AD 1974 nr 16 användes i 1978 års fall som i ett led i strategin att argumentationsvis knyta ihop intresset av att inte skapa ett rättsläge som ger arbetsgivare incitament att anställa utomstående eller oorganiserad arbetskraft med principen att ett kollektivavtals giltighet inte upphör på grund av att den kollektivavtalsbärande organisationen saknar medlemmar på en arbetsplats. Arbetsrätten skyddar således kollektivavtalet och arbetsmarknadsparternas rätt att ge normer.

tag innan anställningsvillkoren reglerats i ett kollektivavtal, ett argument som korresponderar mot den funktion för kollektivavtalet som innebär att kollektivavtalet betraktas som ett medel för arbetstagarkollektivet att kontrollera tillgången på arbetskraft och skydda den individuella arbetstagaren.⁵²⁷ Argumentet framfördes i förarbetena till 41 b § MBL som en motivering till undantaget för anställningsblockader.⁵²⁸ Att incitamentet i en blockadsituation blir att anställa oorganiserad arbetskraft kan möjligen förta viljan att vidta dylika stridsåtgärder. Det ger samtidigt en illustration på det förhållande att i och för sig familjära argument kan få en annorlunda verkan mot en annan ideologisk bakgrund, eller i en annan berättelsestruktur, än den gängse. Sanktionen vid ett brott mot 41 b § MBL är, liksom vid brott mot övriga förbud mot stridsåtgärder, skadestånd (54–55 §§ MBL). Frågan om ett kollektivavtals giltighet är dock inte kopplat till fredspliktsreglerna i MBL på det sättet att ett kollektivavtal som slutits efter stridsåtgärder som senare befinnes olovliga *däri*genom skulle vara ogiltigt.

En enskild arbetsgivare kan, till skillnad från en enskild arbetstagare, vara part i kollektivavtal. Själva avtalsrelationen torde vanligen ingås i form av hängavtal. Rättsordningen gör förvisso ingen skillnad på ”hängavtal” och ”vanliga kollektivavtal”, men en användning av hängavtal ger kollektivavtalet ett an tydligare drag av standardavtal.⁵²⁹ Hängavtalets innehåll förhandlas inte fram individuellt på samma sätt som ett ”vanligt” avtal. Det innebär vinster i effektivitetshänseende, genom att avtalstext inte behöver förhandlas och formuleras för varje enskilt avtal som skall tecknas.

Det som ”offras” är att det konkreta avtalsinnehållet inte anknyter direkt till de parter som slutit avtalet. Särskilt som hängavtal typiskt sett sluts mellan oorganiserade arbetsgivare och etablerade fackförbund kan balansen i partsförhållandet vara det omvända mot det i det individuella anställningsavtalet (där arbetstagaren är svagare part). Lösningen som kollektivavtalsrätten tillhandahåller är att också arbetsgivare kan organisera sig. Den enskilde arbetsgivarens ställning som en del av en kollektivitet blir då mer lik den enskilde arbetstagarens. Också gentemot arbetsgivarsidan tycks den kollektiva arbetsrätten, och Arbetsdomstolen, upprätthålla tanken på att kollektivavtalet är till kollektivets fromma, vilket möjligen i enskilda fall kan gå ut över individer.⁵³⁰

⁵²⁷ Se Schmidt och Neal, *International Encyclopedia of Comparative Law* s. 9.

⁵²⁸ Prop. 1993/94:67 s. 56.

⁵²⁹ Folke Schmidt och Alan C. Neal pekar ut kollektivavtalets funktion av standardavtal som en av kollektivavtalets grundläggande funktioner, Schmidt och Neal, *International Encyclopedia of Comparative Law* s. 9.

⁵³⁰ Se till exempel AD 1989 nr 140, i vilket Arbetsdomstolen mot arbetsgivarsidans påstående att det vore orimligt att tänka sig en partsavsikt som skulle innebära att ett

5.5 Krav på avtalsämne

5.5.1 Kollektivavtalsrättens gränser

5.5.1.1 Gränsen med hänvisning till MBL

Ett kollektivavtal skall enligt definitionen i 23 § MBL röra anställningsvillkor eller förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Kravet på avtalsämne har inte lämnat mycket avtryck i vare sig i praxis eller i doktrin. I den mån det överhuvudtaget uppmärksammas, utom som en del av en återgivning av innehållet i 23 § MBL, är det i samband med en antydning om att det finns gränser för vad kollektivavtalsparterna kan disponera över. Vilka situationer (det vill säga vad som kan komma att tvistas om) som kan förväntas uppkomma är självfallet avhängigt av kollektivavtalens innehåll.⁵³¹

Arbetsdomstolen uttrycker sig någon gång så att gränsen för vad som kan avtalas i kollektivavtal är identisk med medbestämmandelagens tillämpningsområde.⁵³² Frågan är dock om man kommer så mycket närmare med en sådan bestämning. Regeln, om det är tal om en sådan, anknyter till 1 § MBL vilken anger lagens tillämpningsområde. Enligt denna paragraf äger MBL tillämpning på förhållandena mellan arbetsgivare och arbetstagare. Frågan är dock då om man tillför något annat än kvalificeringen till så kallade beroende uppdragstagare (1 § 2 st. MBL), jämfört med vad som ändå framgår av kravet på att kollektivavtalet skall ingås mellan vissa parter. Regeln anknyter, om än indirekt, till den schablontolkning som innebär att ett kollektivavtal om inte annat uttrycks är tillämpliga på arbetstagare men inte på beroende uppdragstagare.⁵³³ Därigenom kommer bestämningen av tillämpningsområdet att grunda sig på ett cirkelresonemang, där regeln för vad som kan vara föremål för ett kollektivavtal (23 § MBL) bestäms av vad som kan vara föremål för ett kollektivavtal (enligt en annan regel, 1 § MBL, i den lag som anges sätta gränsen).

medlemsföretag kom i en sämre ställning än före avtalets tecknande förde ett resonemang som synes gå ut på att avtalsförhandlingar innebär kompromisser, implicit innebärande att enskilda företag visst kan hamna i en sämre sits än förut utan att det i sig är märkligt eller ägnat att föranleda en kollektivavtalsolkning i strid med ordalydelsen.

⁵³¹ Säkert kan en förändring härvidlag iaktas. Om (eller när, jfr n. 235) sådana kontrollavgifter som stod i fokus för tvisten i AD 1985 nr 108, vari AD antydde att kravet på visst avtalsämne i 23 § MBL kunde sätta gränser för en organisations möjligheter att skapa för arbetstagare bindande bestämmelser, försvinner, försvinner förstås också tvister om dessa. Lika säkert som att avtalsinnehållet har förändrats är dock att nya tvistefrön plöjts ner i avtalsmyllan.

⁵³² AD 1981 nr 124 (med hänvisning till 25 § MBL).

⁵³³ Se 2.3.3.2 vid n. 176.

5.5.1.2 Gränsen mot den individuella arbetsrätten

Att en kollektivavtalsbestämmelse riktar sig mot anställningsavtal är en del av kollektivavtalets *raison d'être*. Dock kan sättas ifråga om ett kollektivavtal kan omfatta en eller flera namngivna arbetstagare eller om de måste ha generell karaktär. Frågan har att göra med kollektivavtalets ambivalenta identitet mellan avtal och lag.⁵³⁴ Att frågan kan ställas sätter också fingret på ett utmärkande drag för kollektivavtalet. "Det vanliga avtalet" kan av närmast logiska skäl för kollektivavtalet. "Det vanliga avtalet" efter som avtalet består av överensstämmande viljeförklaringar, som härstammar från avtalsparterna.⁵³⁵

Det "vanliga avtalets" begränsningar leder in på distinktionen mellan obligatoriska och normativa bestämmelser.⁵³⁶ För obligatoriska bestämmelser gäller de vanliga avtalsbindningsmekanismerna, och rättsfrågorna kommer röra sig om behörighetsfrågor beträffande de som skall teckna avtalsparternas firma. Frågor om behörighet för olika föreningsorgan eller om vem som med bindande verkan skall kunna företräda ett bolag löses inom ramen för associationsrätten, arbetsrätten befattar sig egentligen bara med resultatet. Det är de normativa bestämmelserna som står för det kollektivavtalsrättsliga särdraget. Det är genom de normativa bestämmelserna som rättssubjekt som inte är part i kollektiv avtalet ändå binds av detsamma (den frågan är föremål för kap. 6). Frågan är alltså vilken krets som kan bindas av de bestämmelser som ges av avtalsparterna.

Utgångspunkten för normativa bestämmelser är den motsatta jämfört med "vanliga" avtal (det vill säga obligatoriska avtal). Det normala är att normativa bestämmelser är generella, det vill säga att inte någon viss individ pekats ut. Rättsverkningarna av normativa bestämmelser kollektivavtal som pekar ut vissa arbetstagare betraktas däremot med en viss misstänksamhet. I medbestämmandelagens förarbeten konstateras att

⁵³⁴ Se särskilt n. 69. Offentligrättsliga normer måste, för att vara *normer* i konstitutionell-rättslig mening, vara generella (annars är de *beslut*). Se om den distinktionen, som har att göra hur maktfördelningen är reglerad i Regeringsformen, Holmberg m.fl. Grundlagarna s. 316 ff., Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform s. 38 ff. och Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 40 ff.

Det är inte bara arbetsrättsliga distinktioner som kan föranleda en rätt komplicerad begreppsbildning. Inte för att jag egentligen har något att säga om den konstitutionellrättsliga diskursen, men med tanke på att distinktionen mellan generella normer och beslut i enskilda fall är en distinktion som "RF försöker genomföra" (Holmberg m.fl. a s. 317) är termen "normbeslut" rätt förvirrande (för att inte tala om normbeslutets motpol "rättskipnings- eller förvaltningsavgörandet (förvaltningsbeslut)").

⁵³⁵ Se till exempel Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 20 ff. (med hänvisningar bland annat till avtalslagens förarbeten) till och s. 119 f. Lehrberg, Avtalsstolkning s. 36 f.

⁵³⁶ Och, för den delen, policydeklarationerna, se vidare nedan 7.8.2.

lagen (liksom dess föregångare, kollektivavtalslagen av 1928) bygger på synsättet att ett kollektivavtal visserligen kan vara individualiserat, men att ett sådant avtals rättsverkningar får bedömas mot bakgrund av regler som gäller för rättsförhållandet mellan den enskilde och dennes organisation. Vilka dessa regler är besvaras inte av arbetsrätten, utan av "allmänna fullmakts- och föreningsrättsliga regler".⁵³⁷

Svaret på den inledningsvis ställda frågan är att ett kollektivavtal kan rikta sig mot utpekade anställningsavtal, i vart fall i vissa situationer.⁵³⁸ Den vanligaste och mest praktiskt betydelsefulla torde vara så kallade avtalsurlistor, det vill säga kollektivavtal (med stöd av 2 § 3 st. LAS, jfr 22 § LAS) enligt vilka en uppsägning på grund av arbetsbrist realiserar. Avtalsurlistorna, som är en etablerad figur på arbetsmarknaden, ger arbetsmarknadsparterna en stor makt att reglera enskildas förhållanden (också utanförståendes, se 2 § 6 st. LAS).⁵³⁹ Dess gränser ges främst av av diskrimineringslagstiftning, den negativa föreningsrätten och god sed på arbetsmarknaden (se vidare 7.7.3). Vid närmare påseende kanske inte avtalsurlistorna bara är det mest praktiska exemplet på kollektivavtal som pekar ut vissa anställningsavtal, utan också det enda. Om arbetsmarknadsparterna skulle bestämma enskilda arbetstagares lön i kollektivavtal vore, om inte otänkbart, så uppseendeväckande.

⁵³⁷ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 370. Gränsen mot det andra rättsområdet markeras av att resonemangen blir mer svepande och oprecisa, se ovan 2.3.3.1.

⁵³⁸ I AD 1983 nr 141 uttrycks det som en helt allmän princip: "Ett kollektivavtal behöver inte vara generellt utan kan röra enbart en enskild arbetstagar."

⁵³⁹ Utgångspunkten är att arbetsmarknadsparterna har stort utrymme att bestämma hur en övertalighet skall realiserar. Se särskilt AD 1996 nr 114: "Anställningsskyddslagens regelsystem lämnar parterna en vidsträckt handlingsfrihet vid listans upprättande men lägger också ett stort ansvar på partsföreträdarna. Enligt domstolens mening kan vid rättslig prövning av en avtalsurlista denna inte fränkännas verkan i visst hänseende endast därför att parterna vid vägningen mellan skilda omständigheter tillmätt viss faktor större betydelse än vad en utomstående betraktare till äventyrs skulle finna motiverat. Att underkänna en avtalsurlista exempelvis av det skälet att anställningstiden anses ha tillmätts alltför liten betydelse i jämförelse med förmågan att samverka med andra anställda kan inte komma i fråga. En avtalsurlista blir utan verkan i den mån den är diskriminerande eller eljest innebär att ovidkommande hänsyn tagits eller att annan omständighet föreligger som gör att det skulle te sig stötande att tillämpa listan i det aktuella hänseendet" och AD 1983 nr 112: "De nämnda lagbestämmelserna [2 § LAS] innehåller inte några särskilda begränsningar av parternas rätt att genom kollektivavtal avvika från lagens turordningsregler, förutsatt att avtalet på arbetstagsidan har slutits eller godkänts på förbunds nivå. Detta innebär visserligen inte att det härvidlag skulle föreligga någon fullständig oinskränkt avtalsfrihet. Lagstiftarens avsikt har emellertid uppenbarligen varit att vida ramar skall gälla för arbetsmarknadens parter då de väljer att genom kollektivavtal själva reglera en turordningssituation på det sätt som de finner lämpligt och därför kan enas om. Se också AD 2005 nr 53, AD 2002 nr 34 och AD 1995 nr 108.

Individuellt bestämda löner i kollektivavtal vore dock i linje med individualiseringen, även om den tendens som brukar identifieras (se ovan 3.4) mer eller mindre explicit förutsätter att normerna i högre grad ges i anställningsavtal. Gränsen för när ett kollektivavtal är för individualiserat är samtidigt gränsen för vad som kan bestämmas genom kollektivavtal, och därmed för kollektivavtalsrätten. Var gränsen går kan förstås inte anges generellt. Men någon gång antyds den. I fråga om kollektivavtal som ett resultat av förhandlingar mellan en arbetsgivare och en arbetstagarorganisation som innebär att arbetstagarens anställning avslutas måste det, ändå att det enligt 26 § MBL blir gällande för arbetstagaren, godkännas av denne för att bli gällande.⁵⁴⁰

5.5.1.3 Gränsen mot demokratins krav

Legaldefinitionen i MBL är förstås den primära referensen för kollektivavtalets gränser. Kollektivavtalets gränser blir därmed beroende av MBL:s relation till andra lagar. Vidare, kollektivavtalet är i sig en rättslig figur för normgivning, om än enligt en annan ordning än den som ges i 8 kap. RF. Utifrån det perspektivet förvånar det inte att kollektivavtalet visar sig ha en hel del gränssytor mot en konstitutionellrättslig diskurs. Kollektivavtalet visar i det avseendet upp den sida av sin identitet som får det att likna lag.⁵⁴¹

De gränser som ges av MBL och de frågor som avgörs med en hänvisning till MBL kan inte på ett enkelt sätt skiljas från argument som anknyter till konstitutionellrättsligt orienterade resonemang. Kanske är den mest rättvisande beskrivningen av den i AD 1981 nr 124 uttryckta begränsningen (se strax ovan n. 532) – att kollektivavtalets möjliga område är identiskt med medbestämmandelagens – att den funkar bra i just det fallet, när gränsen var så tydlig till ett annat rättsområde, och att detta rättsområde är ett rättsområde med grundlagsstatus.⁵⁴² Frågan om Arbetsdomstolens behörighet får en stor del i domen, en del som går ut på att behandla gränsen mellan tryckfriheten och till tryckfriheten gränsande rättsområden, vilket sker under betyganden om tryckfrihetens och den fria debattens och informationsspridningens grundläggande betydelse för

⁵⁴⁰ Se AD 2007 nr 55.

⁵⁴¹ Se särskilt ovan n. 69.

⁵⁴² Målet gällde ett påstått tryckfrihetsbrott, och Arbetsdomstolen fann att "[d]et inte saknar betydelse" att frågan om innehållet i en tidningsartikel var att hänföra till tryckfrihetsförordningens område. Man kan notera Arbetsdomstolens försiktiga sätt att närma sig kollektivavtalsrättens gränser. Man tycks, och det säkert med goda skäl, obenägen att uttala sig tvärsäkert. Samtidigt är det ett exempel på hur rättsområdets gränstrakter utmärks av att resonemangen blir just svepande, mindre tvärsäkra.

demokratin. Dessa intressen är alltså betydelsefulla också för kollektivavtalsrätten, och fattas bara annat kan man tycka. För att rättsordningen skall vara just *en* måste vissa intressen vara gemensamma, låt vara att de kan komma till olika uttryck i olika rättsområden (se också 2.3.3.2).

De gemensamma intressena fungerar som retoriska hållpunkter i ett resonemang, med syfte att driva det åt ett visst håll. Mer delikat kan situationen kanske bli om också 2 kap. 17 § RF berördes, men juridiken är till för att lösa intressekonflikter (konflikter som den också skapar genom att identifiera relevanta intressen). Med MBL som yttersta gräns för vad som kan avtalas om i kollektivavtal kan man tänka sig att fackliga stridsåtgärder inte skyddas av 2 kap. 17 § RF om de inte kan leda till ett kollektivavtal.⁵⁴³ I nästa steg skulle det då ligga närmare till hands att komma fram till att stridsåtgärden är otillåten eftersom den kommer i strid med ett annat tungt vägande intresse, om det är yttrandefriheten som träds för när ett så tungt vägande intresse att det till och med är grundlagsskyddat (enligt 2 kap. 1 st. 1 mom. RF). Med en sådan gränsdragning smyger sig också in en proportionalitetsprincip beträffande stridsåtgärder, på målsidan (inte medelsidan – även om det är ett medel som förbjuds).

I den lagstiftning som gällde på det statliga och det kommunala området före införandet av MBL fanns förbud mot kollektivavtal i vissa situationer med vidhängande ogiltighetsregel. Vid införandet av LOA, vilket var en del av en reform av arbetsrätten som bland annat innebar att regleringen av offentliga anställningar närmades regleringen av privata anställningar, diskuterades om ett dylikt förbud skulle överföras till den nya lagstiftningen.⁵⁴⁴ Så skedde inte, till synes till stor del på grund av svårigheterna att formulera en lagstiftning som inte skulle riskera leda till tillämpningssvårigheter och därpå följande tvister mellan förhandlingsparterna.⁵⁴⁵ Ett avskaffande av det uttryckliga förbudet tryggades dessutom av att departementschefen ansåg sig ”kunna utgå från att de kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationerna inte [skulle komma] att vidta några åtgärder som direkt eller indirekt skulle inkräkta på den

⁵⁴³ Tore Sigeman tillskriver, dock med viss försiktighet, 2 kap. 17 § RF den innebörden, Sigeman, Grundlagsskydd för facklig stridsrätt s. 161. Uppfattningen korresponderar med tanken på att det inte finns skäl att tillåta stridsåtgärder som inte kan leda till ett verkningfullt kollektivavtal, se till exempel Sigeman, ”Var Thyssenkonflikten olaglig?” och Sigeman, Arbetsrätten s. 89. Den situation som där avses är att det framtvungade kollektivavtalet skulle bli praktiskt verkningslöst enligt reglerna om konkurrens mellan kollektivavtal (se 8.3.3.1). Även om det kanske finns goda skäl för att sådana stridsåtgärder borde vara otillåtna är det mer oklart om de verkligen, *de lege lata*, är otillåtna.

⁵⁴⁴ Se prop. 1975/76:105 Bilaga 2 s. 37 ff. och 148 ff.

⁵⁴⁵ Prop. 1975/76:105 Bilaga 2 s. 153 f.

politiska demokratin.⁵⁴⁶ Att ett uttryckligt förbud mot kollektivavtal slopades innebar dock inte att det är fritt fram för kollektivavtal på det tidigare uttryckligt förbjudna området. Istället hänfördes begränsningen till den alltjämt gällande ”principen att den politiska demokratin inte får kränkas.”⁵⁴⁷ En sådan begränsning i det kollektivavtalsbara området på den offentliga sektorn får antas gälla alltjämt.⁵⁴⁸ Rimligen borde samma begränsning finnas på den privata sektorn, men det är svårare att se vilka bestämmelser i sådana kollektivavtal som skall komma i konflikt med den politiska demokratin.

Diskussionen om den politiska demokratin i samband med medbestämmandelagstiftningen tillkomst har att göra med att den är ett försök att införa bestämd ideologisk utgångspunkt. Den arbetsrättsliga regleringen skulle vara byggd på samförstånd med målet att främja ”en demokratisering av arbetslivet.”⁵⁴⁹ Idealet kommer särskilt till uttryck i den förstärkta förhandlingsrätten i 11 § MBL, vilken skall till exempel fullgöras på ett sådant stadium av beslutsprocessen att ”förhandlingen blir ett naturligt och effektivt led i beslutsprocessen hos arbetsgivaren.”⁵⁵⁰ Även om förhandlingarna inte behöver leda till kollektivavtal för att vara lyckade blir kollektivavtalet i en sådan ordning det instrument i vilket medbestämmandet konkretiseras och får sin rättsliga form. Kollektivavtalet blir en normkälla som dikterar vilka villkor som skall gälla på arbetsmarknaden, det vill säga det får då funktionen av lag. Det är dock ett avtal, och så länge arbetsgiversidan och arbetstagersidan står på olika

⁵⁴⁶ Prop. 1975/76:105 Bilaga 2 s. 154.

⁵⁴⁷ Prop. 1975/76:105 Bilaga 2 s. 154.

⁵⁴⁸ Se Sigeman i Agell och Malmström, *Civilrätt* s. 305. Se också den politiska demokratin i relation till regleringen av arbetsmarknaden på den offentliga sektorn, Andersson m.fl., *Arbetsrätten i staten* s. 55 ff.

⁵⁴⁹ SOU 1975:1 s. 15 och prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 4. Grunden för den strävan efter om demokratisering av arbetslivet som präglar 1970-talets lagstiftning vilar på (naturligtvis – ”demokrati” kan inte gärna ha någon annan grund) ideologisk grund snarare än något annat (jfr Kap. 3). Ideologin bygger på att samhället skall reformeras i vissa steg. Efter att den politiska demokratin och den sociala demokratin förverkligats skall den ekonomiska demokratin förverkligas. En del av den ekonomiska demokratin förverkligande är en demokratisering av arbetslivet. Se också Edström, MBL och utvecklingsavtalet s. 107 ff. (se också a.a. s. 96 ff. om framväxten av *den industriella demokratin*). Jfr dock prop. 1975/76:105 Bilaga 2 s. 164 om gränsen mellan demokratiseringen av arbetslivet och den politiska demokratin. Den sistnämnda får inte kränkas av den förstnämnda. Tanken på arbetsrättsliga lagstiftning är inte begränsad till 1970-talet, utan den synes vara ursprunglig i den moderna arbetsrätten, se Undén, *Om arbetsreglementenas rättsliga natur* s. 431. Undén talar dock inte uttryckligt om demokrati, utan om ”öfvergången från despoti till monarki inom det industriella företaget”.

⁵⁵⁰ Prop. 1975/76:105 s. 356. Se också SOU 1975:1 s. 292.

sidor av en kontraktrelation kommer motsättningen dem emellan vara inbyggd i systemet, oaktat att de har vissa gemensamma intressen.

Vad som är mest "demokratiskt", eller mest legitimt är i sig en ideologisk fråga. Kollektivavtalet kommer genom sin identitet av avtal att hämta legitimitet från samförståndet mellan de två aktörer som själva verkar på arbetsmarknaden, arbetsgivarsidan och arbetstagersidan, till skillnad från lag eller andra ensidiga diktat som hämtar sin legitimitet från en aktör (som i sin tur härleder sin legitimitet från "folket", 1 kap. 1 st. RF: *All offentlig makt i Sverige utgår från folket*). Den svenska regleringen bygger på att arbetsmarknadens parter är mest lämpade, och därmed mest legitima, att reglera arbetsmarknaden ("demokratiseringen av arbetsmarknaden" är en retorisk figur inom den rationaliteten), medan internationaliseringen utmanar genom att EU inte riktigt litar på en reglering helt utan att en offentligrättslig inblandning legitimerar reglerna (se 3.2.4, särskilt vid n. 255).

5.5.2 Den självgrundande cirkeln

Att kollektivavtalens innehåll ständigt förändras är sett för sig trivialt. Därmed förändras dock också ständigt uppfattningen om vad som kan tänkas röra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar. Dessa båda faktum hänger samman på ett sätt som ger en cirkel. Vad som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar kan definieras mot bakgrund av vad arbetsmarknadens parter avtalar om. Omvänt kan arbetsmarknadens parter avtala om allt som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar.

Den bestämmelse i 23 § MBL som ger att en del av legaldefinitionen av kollektivavtal härrör sig till dess innehåll kommer alltså att följa den av arbetsmarknadsparternas skapade rättsutvecklingen på kollektivavtalsområdet. Rättsutvecklingen är dock inte helt i parternas händer. Genom att Arbetsdomstolen i sista hand avgör tvister om hur ett visst avtal skall tolkas, det vill säga om det skall anses ha status av kollektivavtal eller inte, har domstolen en möjlighet att kontrollera utvecklingen. Den möjligheten är dock förstas beroende av att Arbetsdomstolen faktiskt tillfrågas, men också lagstiftaren kan självfallet gripa in. Arbetsmarknadens parter verkar självständigt inom de ramar som sätts av staten, i skepnad av lagstiftare eller (arbets-)domstol. Partsautonomin vilar på detta sätt på lagstiftarens tolerans. Lagstiftaren kan i princip när som helst medelst lagstiftning gripa in och förändra förhållandena, och det finns alltid ett latent "hot" om intervention (se vidare 8.2). Att utnyttja möjligheten vore dock, ur Arbetsdomstolens perspektiv, paradoxalt nog, samtidigt att *frånhända sig* inflytande. Att ett avtal inte är att betrakta som ett kol-

lektivavtal är inte liktydigt med att det är ogiltigt som avtal i och för sig (25 § MBL).⁵⁵¹

Rättsbildningen kring andra avtal, eller överhuvudtaget tvistlösning beträffande andra avtal än kollektivavtal och anställningsavtal har inte Arbetsdomstolen något inflytande över. Den saken är en sak för de allmänna domstolarna, ytterst Högsta domstolen. Arbetsdomstolen kan dock bestämma över de särskilda rättsverkningarna, i detta sammanhang kanske den normativa verkan är mest intressant (låt till exempel säga att två kollektivavtalsparter av någon anledning avtalar om att alla arbetstagare skall vara medlemmar i ett politiskt parti – ett sådant avtal kan strida mot den politiska demokratin, och det kan därför knappast sägas röra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i 23 § MBL:s mening).

5.6 Avsaknad av en tillämplig ogiltighetsgrund

För att ett avtal skall ha kommit till stånd får man helt allmänt anta att det förmenta avtalet inte ogiltigt. Ett särdrag för kollektivavtalsrätten är inte bara att avtal inte sällan ingås under ekonomiskt tvång i form av stridsåtgärder eller hot därom, utan också att det, oavsett vanligheten, är ett normaltillstånd. Man kan i och för sig säga att också andra avtal ingås under en viss form av tvång, en mindre aktör kan antagligen ofta inte, på grund av ekonomiska realiteter, välja att vägra att ingå avtal med en större (situationen är nog inte så olik den som gör att en arbetstagare inte utan vidare kan välja att inte vara arbetstagare, se ovan 2.2.5).

För kollektivavtalets del kom frågan om tillämpligheten av Avtalslagens ogiltighetsregler på ett kollektivavtal som tillkommit under hot om stridsåtgärder att prövas efter några års verksamhet i Arbetsdomstolen, först i AD 1934 nr 142. Arbetsdomstolen passade på att göra några mer principiella uttalanden. För det första fastslog man att bestämmelserna i 3 kap. AvtL i princip är tillämpliga på kollektivavtal. För det andra uttalade Arbetsdomstolen att ett kollektivavtal som tillkommit under hot om tillåtna stridsåtgärder inte på grund av det hotet är ogiltiga enligt avtalslagens regler. För det tredje, som en regel formulerad i följd av de två föregående konstaterandena, uttalades att ”i särskilda fall kunna vissa av omförmälda bestämmelser medföra ett dylikt resultat med hänsyn till det innehåll kollektivavtalet erhållit eller på grund av de särskilda omständigheter, varunder hotet framställs.”⁵⁵²

⁵⁵¹ Se också AD 1981 nr 124.

⁵⁵² AD 1934 nr 142.

Frågan om ogiltighet av ett kollektivavtal som tillkommit efter stridsåtgärder eller hot om sådana har sedan varit tämligen sällsynta, kanske för att regeln uppfattas som klar. Kanske beror det dock på att ogiltighetsreglerna inte anses passa för kollektivavtalet.⁵⁵³ Kollektivavtalet är tydligen säreget också på det viset. *Varför*, närmare bestämt, avtalslagens ogiltighetsregler inte skulle passa för kollektivavtalet behöver dock tydligen inte förtydligas närmare. Att den typ av tvång som hotet om stridsåtgärder innebär inte anses vara ett rättsstridigt tvång i avtalslagens mening motiverar ju inte i och för sig att de inte anses lämpliga att tillämpa i andra situationer. Ytterligare en annan sak är att de typer av tvång, svek och andra oredliga förfaranden som reglerna i 28–31 §§ AvtL avser inte kan förväntas uppträda på sätt så att de blir aktuella. Regeln om förklaringsmisstag i 32 § (som väl inte är en ogiltighetsregel i strikt mening) anses tydligen inte heller vara användbar för att komma ifrån bundenhet av ett kollektivavtal (jfr om dess roll i relation till kollektivavtalsstolkning nedan 7.2 och 7.6.2.5). Den praxis som dyker upp handlar om 33 § AvtL, och senare 36 § AvtL.⁵⁵⁴

Ett kollektivavtal också kan drabbas av den ogiltighet som följer av att en bestämmelse befunnits strida mot ett diskrimineringsförbud enligt Diskrimineringslagen, se 5 kap. 3 § DiskL. Enligt den bestämmelsen skall en bestämmelse i ett avtal förklaras ogiltig inte bara om den vid ingåendet är diskriminerande, utan också om senare inträffade omständigheter medfört att den fått en diskriminerande effekt. Terminologiskt kan det glida lite i förhållande till vad som gäller enligt den allmänna avtalsrätten.⁵⁵⁵ Det är den aktuella bestämmelsen som blir ogiltig, inte hela kollektivavtalet, varför detta kan behöva fyllas ut (låt till exempel säga att en bestämmelse om lön i ett kollektivavtal befunnits könsdiskriminerande). En närliggande lösning är att parterna i kollektivavtalet byter ut den ogiltiga bestämmelsen mot en ny, men om Arbetsdomstolen skulle behöva tillgripa utfyllning kan man istället för att fylla ut kollektivavtal fylla ut de enskilda anställningsavtalen (se vidare nedan 8.4.3.2). På så vis kan Arbetsdomstolen undvika att blanda sig i lönebildningen mer än nödvändigt. Inte för att det finns några hinder mot att kollektivavtalet

⁵⁵³ Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 221.

⁵⁵⁴ Verkan av 36 § AvtL är strängt taget inte *ogiltighet* utan att ett avtal eller ett avtalsvillkor *jämkas* eller *lämnas utan avseende*. Varken Arbetsdomstolen eller de parter som uppträder inför densamma gör dock alltid någon skillnad på rättsföljderna, utan talar om "ogiltigförklaring" enligt 36 § AvtL, se AD 1983 nr 18, AD 1986 nr 134, AD 2003 nr 46 och AD 2009 nr 39.

⁵⁵⁵ Ibland ställs en distinktion mellan *ogiltighet* och *översamhet* upp, där fel som föreligger vid avtalets ingående leder till att det blir ogiltigt, medan senare inträffade omständigheter leder till översamhet, se Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 229.

fylls ut i och för sig, utan för att Arbetsdomstolen så långt möjligt kan förväntas överlämna frågor som tillkommer arbetsmarknadsparterna åt just dem. Det är mest konsekvent med kollektivavtalets ställning som främsta sätt att reglera de materiella villkoren på arbetsmarknaden (vilket också tar sig uttryck i att det får verkan i vidare mån än vad som kan förklaras med avtalsfiguren (mest uttryckligt genom efterverkan, se 8.4.3 och fjärrverkan 8.4.4). Att fylla ut de enskilda anställningsavtalen hellre än kollektivavtalet ger också att den bakgrunds rätt med hjälp av vilken utfyllningen vidtas är närmare till hands – mest närliggande vore antagligen att använda den lön som gäller för den icke diskriminerande gruppen. Skulle Arbetsdomstolen istället uttryckligen fylla ut kollektivavtalet (i exemplet *lön*, *självfallet*) riskerar man att behöva normera lönerna för en bransch, och därmed ta på sig en uppgift som inte är förutsedd i den kollektivavtalsrättsliga berättelsen.

Nu har diskuterats lön, men samma resonemang om rollfördelningen mellan Arbetsdomstolen och arbetsmarknadens parter lär också gälla andra normativa bestämmelser. Spörsmålet är inte i första hand intressant för att frågorna är praktiskt viktiga, utan för att det sätter fokus på en rollfördelning som sällan artikuleras, det vill säga mellan Arbetsdomstolen och arbetsmarknadens parter. Det kan jämföras med fördelningen mellan lagstiftaren och Arbetsdomstolen, vilken ibland hamnar i blickfånget, till exempel de klassiska fallen AD 1978 nr 89 (Bastubadarmålet) och AD 1989 nr 120 (Britanniamålet). I förhållande till lagstiftaren kan Arbetsdomstolen vara uttrycklig i fråga om att skapa rätt eller överlämna normgivningen åt lagstiftaren, men i förhållande till arbetsmarknadens parter – den materiellt sett dominerande normgivaren (låt vara att beteckningen inte är konstitutionellt korrekt) på arbetsmarknaden – lyfter till synes Arbetsdomstolen inte gärna frågan om rollfördelning.⁵⁵⁶

Som en ytterligare konsekvens kan frågan om frånvaro av en ogiltighetsgrund för kollektivavtalets del i sin helhet, såsom görs här, systematiskt hänföras till frågan om kollektivavtalets ingående.⁵⁵⁷ Just att ett visst förhållande är hänförligt till avtalets ingående kan, som ovan nämnts (se n. 555), definitionsmässigt också kan vara en förutsättning för att tala om just *ogiltighet* (jämfört med *overksamhet*).⁵⁵⁸ Distinktionen tycks dock

⁵⁵⁶ Frågan kunde diskuteras också i relation till de *dolda klausulerna*, se vidare 7.7.

⁵⁵⁷ Det avviker förvisso från det gängse synsättet att ”ogiltighetsregler brukar systematiskt hållas isär från reglerna om avtalsslut”, Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* s. 44.

⁵⁵⁸ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s. 229. Distinktionen synes hängas upp på tillståndet vid avtalsstillfället, och på rätts handlingen. Ett ursprungligt fel i rätts handlingen leder till ogiltighet, senare inträffande omständigheter till overksamhet. Tidsmässigt kan det då handla om ogiltighet, men då felet inte vidlåder rätts handlingen ligger det nog närmare till hands att hänföra regeln till overksamhets kategorin. Se vidare Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*

inte vara enhetlig i den allmänna avtalsrätten, och för kollektivavtalsrättens del har redan konstaterats att den inte upprätthålls. Någon skillnad har inte heller upprätthållits mellan ogiltighetsgrunder som behöver åberopas för att tillämpas och där ogiltigheten kan läkas ("angriplighet") respektive sådana som skall beaktas *ex officio* och för vilka ogiltigheten inte kan läkas ("nullitet").⁵⁵⁹ Inte heller har någon skillnad gjorts mellan "starka" respektive "svaga" ogiltighetsgrunder, det vill säga grunder som kan göras gällande mot godtroende motparter respektive sådana som inte kan göras gällande mot godtroende motparter.⁵⁶⁰ Låt vara att beskrivningen är ganska översiktlig och kortfattad, men de allmänt avtalsrättsliga distinktionerna saknas ändå knappast för att göra redogörelsen fullständig från ett kollektivavtalsrättsligt perspektiv. Det är nog inte så att de inte *går* att applicera också på ogiltighet som drabbar kollektivavtal, men kollektivavtalsrätten är inte, och behöver inte heller vara, intresserad. De distinktionerna tillhör ett annat område, och kollektivavtalsrätten kan, liksom till exempel den ovan behandlade anbud-accept-modellen (se 5.2.2) förhålla sig till dem som den finner för gott.

5.7 Inträde i en avtalsrelation utan avtalsingående

5.7.1 Inledning

Det normala sättet att bli bunden av ett avtal, också ett kollektivavtal, är genom en uttrycklig viljeförklaring. Under vissa situationer kan dock kollektivavtal komma att binda utan en uttrycklig viljeförklaring. Eller rättare, utan en viljeförklaring vars primära syfte är att förklara att man vill vara bunden av kollektivavtalet ifråga, bundenheten kommer så att säga på köpet av en annan rättshandling. I båda de situationer som berörs nedan är det arbetsgivaren som kan "drabbas" av ett kollektivavtal som denne inte i mer formell mening ingått. Den relation som då uppstår kommer att regleras av vissa normer trots att parterna, åtminstone inte båda parter, vidtagit någon rättshandling i syfte att bringa just dessa normer att gälla. Kollektivavtalet, eller dess normer, kommer då att likna lag snarare än avtal.⁵⁶¹

ment s. 38 och s. 43, och också s. 48 f. och s. 180 ff. om den rättsliga betydelsen i olika avseenden i fråga om en bestämmelse är *ogiltig* eller *overksam*. Se också nedan 8.3.3.8.

⁵⁵⁹ Se Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 231, med hänvisningar till ett "kontinentalt mönster" och Hjalmar Karlgren.

⁵⁶⁰ Se Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 231 f. med hänvisning till Henry Ussing, se också Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 178.

⁵⁶¹ Se särskilt ovan n. 69.

5.7.2 Bundenhet genom övergång av verksamhet

Enligt 28 § MBL är en arbetsgivare som tar över en verksamhet i vissa fall skyldig att beakta reglerna i överlåtarens kollektivavtal. 28 § 1 st. förutsätter för sin tillämpning att det skett en övergång av verksamhet enligt 6 b § LAS.⁵⁶² Den konstellation som är intressant är att överlåtaren är bunden av ett kollektivavtal medan förvärvaren inte är det. Då gäller kollektivavtalet för förvärvaren enligt 28 § 1 st. 1 p. i tillämpliga delar för den nya arbetsgivaren, det vill säga den som övertar verksamheten. Är överlåtaren och förvärvaren bundna av samma kollektivavtal uppstår inga rättsliga problem, inte heller om bara förvärvaren är bunden. Vad det egentligen innebär att kollektivavtalet *gäller* för den nya arbetsgivaren är måhända oklart. Det anses betyda att den nya arbetsgivaren är rättsligt bunden som om arbetsgivaren själv slutit avtalet ifråga.⁵⁶³ Förvärvaren blir

⁵⁶² Reglerna i 6 b § LAS och 28 § MBL utgör ett civilrättsligt undantag i det att de innebär ett tvingat gäldenärsbyte (låt vara att det genom förvärvet av en verksamhet finns en frivillig disposition i grunden). Se Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 100, Partsbyte på gäldenärssidan är som huvudregel inte tillåtet, medan huvudregeln på borgenärssidan är att partsbyte är tillåtet, se till exempel Mellqvist och Persson, Fordran & Skuld s. 53 och s. 65. Rodhe, Obligationsrätt s. 608 ff. och 717 ff. Se också Kristiansen, Den kollektive arbejdsret s. 194. Se vidare 8.4.

De svenska reglerna har sin EG-rättsliga motsvarighet i rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter. Också i ett EG-rättsligt perspektiv är det tvingade partsbytet ett undantag, och direktivet (Art. 3.1) kan inte medföra att tredje man som inte är part i övergången får sina rättigheter åsidosatta (i vart fall inte i form av en skyldighet att acceptera en automatisk övergång av ett hyresavtal), se mål C-313/07 Kirtruna SL, Elisa Viganò mot Red Elite de Electrodómicos SA m.fl.

Att 28 § MBL funnits i svensk rätt sedan långt före Sveriges inträde i EG innebär inte att EU-rätten är irrelevant för dess tillämpning. Arbetsdomstolen sammanfattade i AD 1997 nr 69 domstolens skyldighet enligt EG-rätten att tolka nationella bestämmelser *EG-konformt*: ”Av EG-domstolens praxis framgår att nationell domstol är skyldig att tolka den nationella rätten i ljuset av EG-direktiv på det område som tvisten handlar om, och detta gäller både när den nationella lagstiftningen har antagits före direktivet och när lagstiftningen är antagen efter detta (se exempelvis mål 14/83 Sabine von Colson o.a. ./ Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891 och mål C-106/89 Marleasing SA ./ La Comercial ... [1990] ECR I-4135). Denna skyldighet för de nationella domstolarna att tolka den nationella rätten EU-konformt är inte inskränkt till tvister mellan å ena sidan enskild och å andra sidan staten e.d. utan gäller även t.ex. ett fall där talan förs mot en enskild arbetsgivare (se t.ex. mål C 177/88 E. J. P. Dekker ./ Stichting Vormingscentrum ... [1990] ECR I-3941).”

⁵⁶³ Eklund, i Schmidt Facklig arbetsrätt s. 204. Språkligt sett är kanske den svenska översättningen av direktivtexten tydligare än av den svenska lagtexten, se Art. 3.3 direktiv 2001/23/EG: ”Efter överlåtelsen skall förvärvaren vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden av dessa villkor till dess att avtalets giltighetsperiod ha löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla.”

bunden som avtalspart, inte som medlem i en avtalslutande organisation på arbetsgivarsidan, vilket innebär att förvärvaren är bunden av kollektivavtalet som det förelåg vid överlåtelsen, men inte senare ändringar.⁵⁶⁴ Om det bestående kollektivavtalet innehåller regler om att bestämmelser i anställningsavtalen skall ändras under vissa betingelser torde ingenting hindra att de ändringarna efterhand normerar de anställningsavtal som avtalet är tillämpligt på. Om ett hängavtal som blivit gällande för förvärvaren enligt 28 § 1 st. MBL hänvisar till ”vid varje given tidpunkt gällande centralt kollektivavtal” eller liknande torde således villkoren i anställningsavtalen kunna ändras utan att det tillämpliga kollektivavtalet som arbetsgivaren är skyldig att tillämpa (det vill säga hängavtalet) ändras. Det harmonierar också med att man sedan länge utgått från att en arbetsgivare som undertecknar ett hängavtal bara blir bunden av senare ändringar i det kollektivavtal till vilket hängavtalet hänvisar om det kan utläsas av hänvisningen.⁵⁶⁵

I Arbetsdomstolens praxis har vidare fastslagits att också obligatoriska villkor skall tillämpas efter övergången.⁵⁶⁶ Underlåtenhet att göra det medför skadestånd för kollektivavtalsbrott.⁵⁶⁷ Att bundenheten skulle vara av någon särskild art till följd av 28 § 1 st. MBL framgår inte heller någonstans.⁵⁶⁸ Den finns knappast tillräckligt underlag för att peka ut

Bestämmelsens skyddsobjekt är enligt EU-domstolen kollektivavtalsparternas vilja. När kollektivavtalet löper ut kan inte längre en tillämpning av kollektivavtalets bestämmelser legitimeras med den viljan, varför Art. 3.3 inte kan användas för att utsträcka skyldigheten att tillämpa kollektivavtalsbestämmelser efter det att kollektivavtalet löpt ut. Någon skillnad görs inte om den avtalade upphörandetiden för ett visst kollektivavtal sammanfaller med tidpunkten för en verksamhets övergång, se mål C-396/07 *Mirja Juuri* mot *Fazer Amica Oy*.

⁵⁶⁴ Se för den förklaringen *Kristiansen*, *Den kollektive arbejdsret* s. 202.

⁵⁶⁵ AD 1945 nr 12.

⁵⁶⁶ AD 1995 nr 44. En regel i ett kollektivavtal som en förvärvare av en verksamhet blivit bunden av, vilken gav att en förhandlingsframställan ansågs ha blivit mottagen under vissa förutsättningar, ansågs i och för sig tillämplig, se också AD 1996 nr 30, när det konstaterats att en övergång av verksamhet enligt 28 § MBL skett befanns dels en skyldighet för arbetsgivaren att upprätthålla en viss försäkring dels en förhandlingsklausul i kollektivavtalet gälla mellan parterna. Se vidare AD 2000 nr 8 vari fråga var om en bestämmelse i ett kollektivavtal om skyldighet för arbetstagaren att förete vissa handlingar för arbetstagarorganisationen. Arbetsdomstolen fann att det övertagande bolaget genom 28 § 1 st. MBL blivit bundet av det kollektivavtal överlåtaren varit bunden av, och att den omtvistade klausulen måste beaktas ”i tillämpliga delar.” Jfr dock till det sistnämnda fallet *Mulder*, *Anställningen vid verksamhetsövergång* s. 328.

⁵⁶⁷ AD 1996 nr 30, AD 2000 nr 8, jfr prop. 1994/95:102 s. 53 och nedan n. 572.

⁵⁶⁸ Arbetsdomstolen har i en rad fall där rättsverkningarna av 28 § MBL beskrivits, oaktat den exakta ordalydelsen i paragrafen, talat om att frågan är om den som övertagit en viss verksamhet blivit *bunden* av överlåtarens kollektivavtal, AD 1978 nr 163, AD 1983 nr 58, AD 1985 nr 76, AD 1995 nr 44, AD 2000 nr 8. I AD 2008 nr 61 talas

någon riktning i Arbetsdomstolens praxis, men inget tyder på att den i detta avseende skulle gå i individualistisk riktning, vilket den danska utvecklingen tycks kunna göra. Från att inställningen i dansk rätt var att förvärvaren blivit bunden i samma omfattning som överlåtaren och att ett avtalsförhållande mellan den nya arbetsgivaren och den avtalsbärande fackföreningen ändrades praxis under 1990-talet till att kollektivavtalet som sådant inte följer med vid övergången och att endast de individuella reglerna i kollektivavtalet skyddas.⁵⁶⁹

Enligt 28 § 1 st. 2 p. MBL skall inte överlåtarens kollektivavtal följa med om förvärvaren redan är bunden av ett kollektivavtal som kan tillämpas på de arbetstagare som följer med. Huvudregeln enligt 28 § 1 st. MBL är alltså att förvärvarens kollektivavtal skall tillämpas på de övertagna arbetstagarna. I 28 § 3 st. MBL finns dock ett undantag till den regeln, nämligen att den nya arbetstagaren under ett år (försåvitt kollektivavtalet inte upphöra att gälla under tiden, 28 § 3 st. 2 p. MBL) från övergången skall tillämpa överlåtarens kollektivavtal på de övertagna arbetstagarna.⁵⁷⁰ Att reglerna är arbetstagskyddande innebär dock inte att de vid varje enskilt fall är till arbetstagarens fördel. Också 28 § 3 st. MBL är tänkt att vara en skyddsregel, men den kan få till följd att de övertagna arbetstagarna under ett år får sämre villkor än om den nya arbetsgivarens kollektivavtal tillämpats på deras anställningsvillkor.⁵⁷¹ Det torde dock inte, oavsett ordalydelsen i 28 § 3 st., finnas något hinder

om "automatisk övergång av det kollektivavtal som gällde hos överlåtaren". Några rättsliga slutsatser kanske inte kan dras rakt av av ett visst ordval, men tydligen är skillnaden mellan bundenhet enligt 28 § och andra bundenheter antingen obefintlig eller uppenbar. Ordvalet kan också, oavsett svaret på föregående fråga, driva rättutvecklingen. Blir man van vid att prata om "bundenhet" utan att göra skillnad, kan de nyanser som möjligen en gång fanns förloras.

⁵⁶⁹ Nielsen och Roseberry, Dansk arbejdsret s. 546 f. Jfr dock Kristiansen, Den kollektive arbejdsrett s. 202, som talar om att förvärvaren inträder i överlåtarens kollektivavtalsförhållande.

⁵⁷⁰ Det kan diskuteras om det är mest lämpligt att beteckna 28 § 3 st. som en undantagsregel till 28 § 1 st., eller om den bör betraktas som en fristående regel. För det senare talar att den gäller också om förvärvaren inte har något kollektivavtal. Utan att veckla in sig för mycket in den terminologiska frågan kan man konstatera att Arbetsdomstolen i situationen att förvärvaren har ett kollektivavtal benämner 28 § 3 st. ett undantag till 28 § 1 st., AD 2008 nr 61.

⁵⁷¹ AD 2008 nr 61. En ny arbetsgivare tillämpade under ett år från övergången villkoren i överlåtarens kollektivavtal på de övertagna arbetstagarna trots att det hade sämre villkor är det kollektivavtal som redan fanns på arbetsplatsen. Arbetsdomstolen konstaterade att varken ordalydelsen i medbestämmandelagen eller direktivet gav stöd för en annan tillämpning, och att det arbetstagskydd som kan utläsas av EG-rätten inte sträcker sig längre än att de övertagna arbetstagarnas villkor inte skall försämrats genom övergången.

mot att förvärvaren tillämpar villkoren i sitt kollektivavtal också på de övertagna arbetstagarna om det medför bättre villkor.

I fall då undantagsregeln i 28 § 3 st. är tillämplig anses däremot arbetsgivaren inte inträda i partsrelationen, utan bara anställningsvillkoren i avtalet skyddas.⁵⁷² En del av förvirringen kan ha att göra med att frågan krockar kollektivavtalsrätten med den individuella arbetsrätten. Reglerna i 28 § MBL får nog i sin helhet i första hand sägas ta sikte på att skydda arbetstagaren, vilket i än högre grad det bakomliggande direktivet vilket uttryckligen tar sikte på *arbetstagares rättigheter*.⁵⁷³ Propositionen utgår i konsekvens med det från att bundenheten enligt 28 § 3 st. bara avser normativa villkor.⁵⁷⁴

5.7.3 Konkursboets bundenhet av kollektivavtal

Något kan i all korthet sägas om kollektivavtalets ställning i händelse av ena partens konkurs. Här möter arbetsrätten ett annat rättsområde; konkursrätten. Konkursen innebär att konkursgäldenärens rådighet över sina tillgångar avskärs (3 kap. 1 § KonkL). Den extraordinära situation som konkursen medför får verkningar också för konkursgäldenärens kollektivavtalsförhållanden. Dessa verkningar regleras, åtminstone i vissa delar, i en särskild ordning, särskiljd från övriga avtalsrelationer.

Huvudprincipen synes alltså inte ha ändrats gentemot tidigare praxis, enligt vilken konkursboet är skyldigt att iakttä reglerna i kollektivavtalet även efter konkursen så länge det finns något arbete som omfattas av kollektivavtalet ifråga.⁵⁷⁵ Principen i fråga liknar kollektivavtalets efter-

⁵⁷² Prop. 1994/95:102 s. 53. Departementschefen säger uttryckligen att de verkningar som ett kollektivavtal har, till exempel arbetstagarsidans medinflytande, inte skyddas. Det konstateras också att innebörden av artikel 3.2 i dåvarande direktivet (77/187/EEG), vilken motsvarar art. 3.3 direktiv 2001/23/EG var oklar (prop. s. 52), men att direktivet "inte torde kräva att överlåtarens kollektivavtal som sådant följer med till förvärvaren utan att det bara är anställningsvillkoren i avtalet som skyddas." Se också Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång s. 325 f. och Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 101.

⁵⁷³ Det framgår redan av rubriken: Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter. Överhuvudtaget kan anmärkas att den EU-rättsliga arbetsrätten inte innehåller den kollektiva dimensionen som den svenska arbetsrätten innehåller, varför harmoniseringen ibland kan bli svårjobbad.

⁵⁷⁴ Prop. 1994/95:102 s. 53. Regelns placering i MBL kan ifrågasättas, se Bergqvist m.fl., Medbestämmandelagen s. 331.

⁵⁷⁵ Regeln är etablerad i Arbetsdomstolens praxis, AD 1993 nr 194, AD 1988 nr 128, AD 1982 nr 143, AD 1980 nr 143, AD 1978 nr 95, AD 1974 nr 10, AD 1974 nr 9, AD 1972 nr 12. Se också Danhard, Konkursarbetsrätt, särskilt s. 141 ff.

verkan, och är såtillvida en välkänd om än speciell figur i kollektivavtalsrätten (och en figur som gör kollektivavtalsrätten speciell, se 8.4.4). Det accentueras av att konkursboets inträde i kollektivavtalsförhållandet "som sådant" är kopplat till inträde i anställningsavtalen, endast om konkursboet inträder i anställningsavtalen får konkursboet de rättigheter och skyldigheter som följer av kollektivavtalet. Innan det skett har konkursboet skyldighet att se till att kollektivavtalets bestämmelser följs, men inte i egenskap av part i avtalet, utan "i sin egenskap av företrädare för konkursgäldenären som arbetsgivare."⁵⁷⁶

Diskussionen om konkursboets bundenhet av kollektivavtal utgår helt från det fall att det är arbetsgivaren som går i konkurs, vilket väl också torde vara det praktiskt ojämförligt mest betydelsefulla fallet. Det motsvarande fallet att en avtalsbärande arbetstagarorganisation går i konkurs eller av annan orsak upphör att existera är måhända svårare att tänka sig. Konkursfallet har mig veterligen aldrig inträffat, däremot kan man tänka sig att just den avtalsbärande organisationen upphör, eller åtminstone ändrar identitet, genom en sammanslagning.⁵⁷⁷ Situationerna liknar såtillvida varandra, men bör behandlas separat. Det senare fallet, att en avtalspart ändrar identitet genom att två organisationer går samman, hanteras av reglerna i 28 § 4 st. MBL, enligt vilket kollektivavtal som slutits av den organisation som upplöses gälla för den sammanslagna organisationen som om avtalet slutits av denna. Den nya organisationen träder in i kollektivavtalsförhållandet, motparten får någon annan att bjuda till förhandlingsbordet, arbetstagarna får en ny företrädare, men inga ändrade regler som berör anställningsförhållandet.⁵⁷⁸ Regeln i 28 § 4 st. är en regel om tvingat partsbyte, men en sådan som flyter väl in i rättssystemet. (Se också vid n. 562.)

⁵⁷⁶ AD 1993 nr 194.

⁵⁷⁷ På arbetstagar sidan kan man under praktiskt taget hela arbetsrättens historia, med undantag för dess inledningsskede, då organisationerna bildades, iakttä en *centralisering*, bestående i att fackförbund gått samman, en tendens som snarare förstärkts än försvagats i början av 2000-talet, se n. 345. Jfr den decentralisering som kan observeras i kollektivavtalen 3.5.1.1.

⁵⁷⁸ Regeln i 28 § 4 st. MBL kan också uppfattas som ett incitament för den nya organisationen att ta initiativ till förhandlingar med motparten i kollektivavtalet om den skulle anse att förändringar är nödvändiga. Skulle ett sådant initiativ inte tas för den nybildade organisationen finna sig i att bli bunden som om den själv ingått kollektivavtalet, se AD 1996 nr 16 med hänvisning till SOU 1975:1 s. 345. Detsamma gäller i och för sig rimligen om inte den nybildade organisationen lyckas få till stånd en överenskommelse med motparten (och därmed ett nytt kollektivavtal) som resultat av sitt initiativ, åtminstone fram till dess att kollektivavtalet kan sägas upp.

Här smyger sig kategoriklyvningen mellan obligatoriska och normativa bestämmelser in (se ovan 5.1). Låt säga att två (i förhållande till samma arbetsgivare) avtalsbärande organisationer slås samman. För de normativa bestämmelsernas del behöver ingen skillnad göras. Samma bestämmelser som före sammanslagningen kan tillämpas på varje enskilt anställningsavtal, vilket är konsekvent med den kvardröjande medlemsbundenheten enligt 26 § 2 st. MBL. De obligatoriska bestämmelserna kan däremot krocka. Kollektivavtalsparterna kan självfallet lämpligen själva disponera över de regler som är oförenliga, men om samförstånd inte är möjligt att uppnå måste rättsordningen tillhandahålla en lösning. En sådan lösning utgår från att de allmänna principerna om konkurrens mellan kollektivavtal tillämpas. Det vill säga, i de delar reglerna i de båda kollektivavtalen kolliderar tillämpas det äldre avtalet, annars tillämpas bestämmelserna sida vid sida (se nedan 8.3.3). En fördel med det alternativet är att enhetlighet kan upprätthållas för konkurrerande kollektivavtal. Regeln är dessutom klar och lättillämpad. Mot det kan ställas att några andra skäl för att upprätthålla en sådan regel än de som anknyter till en strävan efter koherens i systemet knappast står att finna. Den nu diskuterade konkurrensregeln reglerar typiskt sett förhållandet inte bara mellan två konkurrerande kollektivavtal utan också mellan två konkurrerande fackföreningar. I den konkurrensen har den organisation som först lyckats träffa kollektivavtal en privilegierad position. Några sådana skäl gör sig inte gällande efter en sammanslagning, eftersom ingen konkurrens mellan två arbetstagarorganisationer finns.

För konkursfallet, eller motsvarande då arbetstagarparten upphör utan att någon sätts i dess ställe, är situationen en annan. Man kan här bortse från att situationen är ovanlig, som typfall har den ändå något att säga om rättsområdet.⁵⁷⁹ I situationen gör sig nämligen återigen kategoriklyvningen mellan obligatoriska och normativa bestämmelser gällande. De obligatoriska bestämmelserna kan inte utan korrigeringar fortsätta att tillämpas, eftersom den ena parten i avtalet inte längre finns. Däremot kan de normativa bestämmelserna alltjämt tillämpas. Att principen skulle vara någon annan än i fallet då arbetsgivaren går i konkurs såvitt angår de normativa bestämmelserna i tillämpligt kollektivavtal framstår som föga ändamålsenligt. Med ”den dubbla konstruktionen” (se nedan 6.2.3) som förklaringsmodell blir resonemanget inte bara ändamålsenligt, det föl-

⁵⁷⁹ Industrialismens era är och har varit fackföreningarnas era. Att tänka sig att den kartan, genom medlemstapp och ändrad arbetsmarknad kan komma att ritas om är spekulativt, men inte desto mindre något som finns i diskursens förlängning. Med det individualiserade kunskapsområdet följer andra strukturer. Det är vad förändringsdiskursen handlar om.

jer också ett logiskt mönster. Bestämmelserna har ju därigenom influerats i anställningsavtalen, i vilka konkursboet har inträtt. Anställningsavtal har dessutom en privilegierad ställning i konkurser (inte minst genom lönegarantilagen (1992:497)), varför en särbehandling av dessa är godtagbar.

Man kan slutligen fråga sig under hur lång tid de normativa bestämmelserna skall fortsätta att tillämpas. Anställningsavtalet är ett löpande avtal vars innehåll med någorlunda jämna mellanrum skall omförhandlas. En sådan omförhandling sker typiskt sett genom kollektivavtal, och det slutna kollektivavtalets lösning har blivit bindande också för arbetstagaren. Det mest systemenliga synes vara att tänka sig en bundenhet under det aktuella kollektivavtalets giltighetstid. Det är, kan vi uppleva, också det mest ändamålsenliga. Det har dock att göra med hur vi anser att kollektivavtalet blir rättsligt bindande under "normala" förhållanden, utan konkurs.

För det fall konkursförvaltaren driver verksamheten vidare och konkursboet inträder som arbetsgivare vore det mest ändamålsenliga från arbetsrättsligt håll att kollektivavtalet övergick på konkursboet enligt 28 § MBL. Då skulle situationen för arbetstagarnas vidkommande i det avseendet vara jämställd med att arbetsgivaren övergick till följd av vilken orsak som helst. Men, i och med att ett undantag i 6 b § 2 st. LAS som undantar tillämpning av skyddsreglerna i konkursfallet införts anses inte heller 28 § MBL kunna tillämpas på grund av konkurs.⁵⁸⁰ Om konkursboet skulle överta merparten av de anställda eller om en övergång av verksamheten annars är för handen gäller dock 28 § MBL. Frågan är om kollektivavtalets regler skall tillämpas även efter en konkurs. Rättsläget är oklart, men från arbetsrättslig synvinkel vore en annan ordning otillfredsställande, givet dess orientering som skyddslagstiftning för arbetstagare.⁵⁸¹ Från konkursrättslig synvinkel, med en annan orientering mot andra skyddsobjekt kan det se annorlunda ut.⁵⁸²

⁵⁸⁰ Danhard, Konkursarbetsrätten s. 166, Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång s. 229. Se om den EG-rättsliga bakgrunden till den svenska regleringen Mulder, a.a. s. 233 ff.

⁵⁸¹ Se också Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång s. 255.

⁵⁸² Erik Danhard uttalar sig dock, från ett konkursrättsligt håll, till förmån för en sådan ordning, Danhard, Konkursarbetsrätten s. 168. Ett motsatt rättsläge skulle enligt Danhard innebära "[e]n hel del rättsligt otillfredsställande komplikationer", a.a. s. 167.

6 Om kollektivavtalets normativa verkan

6.1 Inledning – återigen om kollektivavtalsrättens särdrag

Ett av kollektivavtalets mest framträdande särdrag jämfört med andra avtal är att det inte bara binder de avtalslutande parterna utan också avtalsparternas medlemmar.⁵⁸³ Den egenskapen gäller såväl på arbetstagsidan där den enskilde arbetstagen inte kan vara part i kollektivavtalet som på arbetsgivar sidan i de fall där arbetsgivaren är medlem i en arbetsgivarorganisation som i sin tur är kollektivavtalspart. Att förklara bundenheten i termer av teorier är ett sätt att innesluta kollektivavtalet i civilrätten.⁵⁸⁴ Att det behövs har med legitimitet att göra. Kollektivavtalet *binder* vissa subjekt rättsligt, med vilket förstås att staten med maktmedel kan genomdriva avtalets efterlevnad (eller åtminstone kompensation för icke-efterlevnad). För att det skall vara legitimt att genomdriva något (en norm, enligt vilken någon skall göra något) med rättsliga medel måste normen kännas igen som rättslig. Kollektivavtalets normativa verkan måste vara en del av den rättsliga berättelsen, annars blir dess följder inte begripliga för rätten, och därmed kan de inte erkännas som rättsliga. Då behövs en förklaringsmodell, eller en teori, som gör dess följder systemenliga. Kollektivavtalet kan dock, skall det visa sig, inte utan vidare inlemmas i befintliga teorier.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Kurt Grönfors ger kollektivavtalet en särskild särställning genom att anmärka att "[k]rav på det utan varje jämförelse mest komplicerade partsmönstret ställer kollektivavtalet". Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 88.

⁵⁸⁴ Terminologin varierar genom historien. Prop. 1928 nr 39 s. 63 f. och s. 67 benämner det som här kallas teorier "åsikter". Tanken är dock densamma (de behandlas också som olika teoretiska utgångspunkter).

⁵⁸⁵ Se till exempel Berg, *Anm. av Knud Illum, den kollektive Arbejdsret* s. 342: "Denne kollektiv-avtalens egenart har skapt teorien store vansker. De rettsvirkninger kontraktspartene har villet knytte til kollektivavtalens normative del lar seg nemlig ikke utlede av vanlige privatsrettslige rettsgrunnsetninger. Mange skarpsindige forsøk har vært gjort." Se också Adlercreutz, *Kollektivavtalet som avtalsform och avtalsstyp* s. 18 f.

För beskrivningens skull kunde man i och för sig tycka att det skulle räcka med det positivrättsliga stadgandet i 26 § MBL.⁵⁸⁶ Man kunde också tycka att om lagstiftaren har sagt att en viss bundenhet gäller, så kan man väl härleda legitimiteten direkt till denna. Den moderna rätten vilar dock på distinktionen mellan offentlig rätt och civilrätt. Partsautonomi vilar på lagstiftarens tolerans,⁵⁸⁷ men lagstiftaren har överlämnat legitimiteten för kollektivavtalets normativa verkan på samma sätt som man lämnat över verkan för det vanliga avtalet, jfr 1 § 1 st. AvtL. Någon delegation behövs inte, utan genom att bli ett avtal måste kollektivavtalet finna sig i den civilrättsliga strukturen. Att formulera en teori som gör att kollektivavtalet kan passas in i den allmänna obligationsrätten ger tillgång till de familjära strukturer som denna hyser.⁵⁸⁸

Den teoretiska diskussionen är främst en fråga för rättsvetenskapen, även om den svenska doktrinen under praktiskt taget hela kollektivavtalets historia snarare försökt hålla den ifrån sig.⁵⁸⁹ I ett europeiskt perspektiv kan rättsvetenskapens roll se sig annorlunda. Rolf Birk summerar sin analys av arbetsrättens utveckling i Frankrike, Tyskland och Italien med att konstatera att "[i]n all three countries scholarship in labor law had very large effect on theory but also on practice. Labor law is today not a mere collection of incoherent bits and pieces of legislation concerning the social protection of workers. Labor law owns an accepted system developed by scholars and their principles."⁵⁹⁰ Det kan dock mer vara fråga mer om rättsvetenskapens självbild än om vilken betydelse rättsvetenskapen

⁵⁸⁶ Paal Berg fortsätter (a.a. s. 342 n. 590): "I Norge og Sverige er de teoretiske knuter hogd over ved positive lovbud som uttrykkligt fastslår at en kollektiv-avtales normative foreskrifter automatisk blir en ufravikelig del av arbeidsavtaler mellom de arbeidere og arbeidsgiveri som er bundet av kollektiv-avtalen."

⁵⁸⁷ Se vid n. 552.

⁵⁸⁸ "Att man väljer att tiga om de grundläggande teoretiska utgångspunkterna innebär naturligtvis inte att man frigjort sig från dem." Lehrberg, Rättsvetenskapen i praktisk tjänst? s. 760.

⁵⁸⁹ "[D]en svenska lagstiftningen [kom] att präglas av en odoktrinär praktisk syn på kollektivavtalet." Adlercreutz, Kollektivavtalet som avtalsform och avtalsstyp s. 19. Vidare a.a. s. 17, med citat från Åkerman och Olin, Promemoria angående lagstiftning om arbetsavtal av 1907 s. 106. Dessa tänkte det "vara mest välbetänkt att lämna teorierna åt sitt värde och i stället söka giva lagstiftningens stöd åt de former, i vilka kollektivavtalet hittills utvecklats och för närvarande ingår." Olin (som antas vara den drivande kraften i utredningen) skulle därmed vara "den som formade den första skissen till vår kollektivavtalsrätt, grundad på en pragmatisk syn på denna rättsfigur, som annars gärna lockade fram juridiska spetsfundigheter", Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 17.

⁵⁹⁰ Birk, Labor Law Scholarship in France, Germany, and Italy: Some remarks on a difficult question s. 699.

faktiskt haft för utvecklingen.⁵⁹¹ Eftersom vetenskapliga teorier utvecklas mot bakgrund av praxis samtidigt som praxis utvecklas mot bakgrund av etablerade teorier går det knappast heller att meningsfullt skilja dem åt, annat än rent begreppsligt.⁵⁹²

De teorier som följt kollektivavtalet från början är i huvudsak tre, vilka nedan skall behandlas under varsin rubrik (organisationsteorin 6.2.1, fullmaktsteorin 6.2.2 och den dubbla konstruktionen 6.2.3).

6.2 Teorier om kollektivavtalets bindande verkan

6.2.1 Organisationsteorin

Enligt organisationsteorin, eller föreningsteorin,⁵⁹³ binder kollektivavtalet primärt de avtalsslutande organisationerna, däremot inte medlemmarna.⁵⁹⁴ Medlemmarna i de avtalsslutande organisationerna binds av avtalet genom sitt medlemskap. Bundenheten förutsätter då att organisationens stadgar ger att dess medlemmar binds av de avtal som organisationen sluter. Om dock stadgarna saknar bestämmelser om bundenhet för medlemmar binds de inte.

Så länge fråga är om bundenhet för den som vid den givna tidpunkten är medlem i den avtalsslutande organisationen erbjuder organisationsteorin en bra förklaring. Organisationsväsendet tycks också vara utformat på ett sätt som kan leda till slutsatsen att organisationsteorin är den rådande. De kollektivavtal som sluts på central nivå binder lokala föreningar genom att dessa är medlemmar i centralorganisationerna. På högsta nivå förutsätter dock huvudorganisationernas stadgar att medlemsförbunden (det vill säga de centrala organisationerna) uttryckligen ansluter sig till de huvudavtal som sluts mellan huvudorganisationerna. En sådan ordning är rätt problemfri på organisationsnivån, med de stabila förhållanden som råder där. Den kan dock knappast accepteras på individnivån. Ett rättstekniskt

⁵⁹¹ Man kan spåra terminologin och tankebanorna till arbetsrättens ursprung. Till exempel tillskriver Östen Undén Hugo Sinzheimer uttrycket "kollektivavtalets normerande funktion", Undén, Kollektivavtalet s. 120 n. 1.

⁵⁹² Växelverkan mellan teori och praktik uttrycker juridikens hermenutiska karaktär, se Doublet, Hermeneutikken og rettsvitenskapen särskilt s. 594 och 597. Förstådda som delar av varandra blir teori och praktik inseparabla delar av förståelsen. Den juridiska lösningen på ett givet problem emanerar ut denna växelverkan, den hämtas alltså inte någonstans utanför juridiken utan från juridikens egen cirkel (jfr Doublet s. 607).

⁵⁹³ Undén använder hellre den tyska termen Verbandsteori, men presenterar översättningen föreningsteori. Se Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt s. 66 och särskilt s. 80 ff.

⁵⁹⁴ Se Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 186 med hänvisning till Undén.

godtagbart alternativ vore i och för sig att inte betrakta ett avtal slutet av en organisation utan stadgeenlig medlemsbundenhet som ett kollektivavtal. Så ser dock inte regleringen ut. Legaldefinitionen av kollektivavtalet i 23 § MBL utgår inte från någon annan definition av arbetstagarorganisation än den som ges i 6 § MBL, vilken i sin tur inte kräver annat stadgeinnehåll än att organisationen skall ha till ändamål att tillvara arbetstagarnas intressen i förhållande till arbetsgivaren.⁵⁹⁵ Även en organisation på vars stadgar inte följer medlemsbundenhet *kan* alltså definitionsmässigt vara en arbetstagarorganisation, och därmed part i ett kollektivavtal. Den viktigaste funktionen för legaldefinitionen i 6 § MBL har inte med kollektivavtalet att göra, utan med regleringen av stridsåtgärder.

I 6 § MBL följer sig också en situation där det etablerade rättsläget inte utan vidare kan förklaras i enlighet med lagtexten, men där det går väl ihop med organisationsteorin. Enligt 6 § 3 st. MBL förstås med *medlem* också en organisation som är medlem i en annan organisation, och enligt 26 § MBL binder ett kollektivavtal inom sitt tillämpningsområde också *medlem* i de avtalslutande organisationerna. I förhållandet mellan huvudorganisationerna och deras medlemsförbund förutsätts dock att medlemsförbunden själva inträder i de överenskommelser som huvudorganisationerna ingår, för att dessa skall bli gällande för förbunden och dess medlemmar.⁵⁹⁶ Huvudorganisationernas förhållande till centralorga-

⁵⁹⁵ Jfr prop. 1975/76: 105 bilaga 1, särskilt s. 339.

⁵⁹⁶ De etablerade huvudorganisationernas stadgar utesluter i och för sig inte medlemsbundenhet, men de som egentligen säger något i frågan ger snarare att motsatsen är förutsatt. Tydligast på arbetstagar sidan är LO, vars stadgar av 2008 i § 12 Mom 2 lyder, med rubriken Beslut om avtal och stridsåtgärder: Medlemsförbund i LO ska ha följande bestämmelse i sina stadgar: [...] – Förbundsstyrelsen avgör slutligt frågor som angår uppsägning av kollektivavtal, antagande eller förkastande av förslag till sådant avtal samt vidtagande av stridsåtgärder.

TCO:s stadgar av 2007 ger under § 3 under rubrikerna Medlemsförbundens rättigheter respektive Medlemsförbundens skyldigheter ett antal punkter (fyra plus fyra) med mer eller mindre detaljerat innehåll, varav ingen direkt behandlar medlemsförbundens förhållande till överenskommelser som TCO ingår.

Ur SACO:s stadgar av 1999 kan utläsas en allmän lojalitetsplikt för medlemsförbunden i förhållande till SACO (3. Förhållandet mellan SACO och medlemsförbunden; 31 Lojalitet; 311 Förbund skall respektera SACO:s beslut). Det förutsätts dock att medlemsförbunden agerar självständigt i fråga om stridsåtgärder (32 Information mellan SACO och förbund; 322 Förbund skall i så god tid som möjligt före beslut om varsel informera SACO om det tilltänkta varselbeslutet), varför avsikten knappast kan vara att medlemsförbunden skall vara automatiskt bundna av överenskommelser som SACO ingår.

På arbetsgivar sidan ger Svenskt näringslivs stadgar av 2006 jämförelsevis detaljerade bestämmelser, som förutsätter att medlemsförbunden har sin egen kollektivavtalsverksamhet. Under rubriken Arbetsgivarfrågor följer: § 24 förfarande vid förhandlingar. Ansluten organisation, som enligt sina stadgar har att företräda arbetsgivares gemensamma intressen, skall fortlöpande hålla föreningen informerad om frågor, som är av särskild vikt i för-

isationerna i huvudavtalen tycks alltså inte vara förenligt med lagtexten i 6 § MBL och 23 § MBL när huvudorganisationerna träffar avtal som annars vore att se som kollektivavtal.⁵⁹⁷ Parterna kan då på den nivån, tvärtemot vad som annars gäller, disponera över kollektivavtalets rättsverkningar.⁵⁹⁸ Problemet är nog, praktiskt sett litet. Reglernas syfte är inte att reglera förhållandena på nivån mellan huvudorganisationerna och de centrala förbunden, och avtalens innehåll kanske inte heller ofta är av den karaktären att frågan ställs på sin spets.⁵⁹⁹ Trots kollektivavtalsrättens rätt avoga inställning till teorier lever vi alltså med ett helt etablerat rättsläge som stämmer överens med organisationsteorin kanske med övertrumfande av lagtexten. Distinktioner vårdas i den svenska kollektivavtalsrätten ofta genom att ifrågasättas.⁶⁰⁰ Efter det etablerade rättsläget ifråga om huvudorganisationernas förhållande till sina medlemsorganisationer kan man formulera en distinktion efter ett mönster som kan hämtas ur engelsk rätt och en distinktion mellan ”contract” och ”agreement”. I normativt hänseende motsvarar huvudorganisationernas överenskommelser ”agreements” medan de centrala förbundens överenskommelser motsvarar ”contracts”.

Också doktrin anknuter antydningssvis till organisationsteorin. Frågan om gränsen för organisationernas möjligheter att binda sina medlemmar till kollektivavtal som organisationerna sluter berörs, ibland närmast i förbigående, som en behörighetsfråga.⁶⁰¹ Behörigheten kan härledas ur 26 § MBL och betecknas som en ”legalfullmakt”.⁶⁰² Om arbetsgivarparten är

hållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Uppstår sådan organisation förhandlingar om kollektivavtal skall organisationen överlägga med föreningen om väsentliga frågor som uppkommer i samband med förhandlingarna. Medlemsföretag är på motsvarande sätt skyldigt att informera och överlägga med sin organisation. Föreningens styrelse får i frågor av väsentligt allmänt intresse eller av särskild vikt i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare lämna föreskrifter om kollektivavtalsinnehåll och om förfarandet i övrigt. [...].

Sveriges kommuner och landstings stadgar av 2004 innehåller inget om förbundens skyldigheter i förhållande till huvudorganisationen utöver att betala förbundsavgift (§ 9).

⁵⁹⁷ Förhållandet mellan organisationsteorin och den dubbla konstruktionen (se nedan 6.2.3) kommer alltså på den här punkten att motsvara distinktionen mellan obligatoriska och normativa kollektivavtalsbestämmelser.

⁵⁹⁸ Se ovan vid n. 453.

⁵⁹⁹ Eftersom diskussionen rör sig på organisationsnivå är det möjligt att den skulle höra hemma under kap. 5, men som där konstaterades är distinktionen inte konsekvent genomförd i svensk kollektivavtalsrätt, och den passar också i avhandlingen bättre här.

⁶⁰⁰ Se ovan vid n. 449.

⁶⁰¹ Sigeman, Arbetsrätten s. 86, Eklund i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 196, Glavå, Arbetsrätt s. 396.

⁶⁰² Källström, Lokala kollektivavtal s. 70, Glavå, Arbetsrätt s. 396. Relationen som är för

ett bolag är associationsrättsliga regler om företrädares och mellanmäns rätt att binda sin huvudman tillämpliga. Sådana frågor är hänförliga till den allmänna avtalsrätten respektive associationsrätten.⁶⁰³

Inte bara den samtida doktrinen lutar dock åt organisationsteorin. Det börjar med Östen Undén, i dennes avhandling. Undéns uppgift i den formativa fas som kollektivavtalet då befann sig i var att förklara kollektivavtalets plats i rättssystemet.⁶⁰⁴ Att dela in kollektivavtalets historia i faser (den formativa, den etablerade och den försvinnande fasen eller liknande) är ett retoriskt knep kan man tycka, ett knep som öppnar berättelsen för att skilja ut Undéns uppgift från vår.⁶⁰⁵ Undén skulle bygga upp diskursen, vi skall försvara diskursen, och vi ger den på det viset en självbevarelsesdrift.⁶⁰⁶ Vår uppgift (vare sig vi skriver en avhandling eller en lärobok) kanske i själva verket är densamma som Undéns; att förstå och beskriva kollektivavtalet och därmed skapa det. Den samtida inställningen till uppgiften är också densamma.⁶⁰⁷ Redan för Östen Undén är

ögonen i kapitlet är den mellan organisationerna och dess medlemmar. Också mellan organisationen och den som förhandlar för dess räkning finns förstas ett rättsförhållande, ett förhållande som omfattas av vanliga fullmactsregler. Ole Hasselbalch talar för dansk retts räkning om att företrädarna har *ställningsfullmakt* (jfr 10 § 2 st. AvtL), Hasselbalch, Arbetsret s. 336. Också för svensk retts del får man nog anta att förhandlare har ställningsfullmakt varför behörigheten ges av den sedvänja som följer med ställningen. Behörigheten kan vara begränsad genom särskilda inkränkningar, 11 § 1 st. AvtL, varvid huvudmannen (organisationen) ändå binds om tredje man är i god tro. Eklund uttalar sig i *Facklig arbetsrätt* s. 196 för just det rättsläget, dock utan att explicit hänvisa till 10 § 2 st. AvtL. Istället hänvisar Eklund till en allmän princip med den innebörden (arbetsrätten skiljer ut frågan som icke arbetsrättslig, i gränslanden blir resonemangen svepande, se 2.3.3.1). Arbetsdomstolen tycks också utgå från ställningsfullmakten genom att antyda att behörigheten kan grundas i ställningen som klubbordförande, se AD 1995 nr 108.

⁶⁰³ Se om frågan i Arbetsdomstolens praxis till exempel Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 216 ff.

⁶⁰⁴ Samma uppgift har Hjalmar. V. Elmquist i Danmark 1918, Elmquist, Den kollektive arbejdsoverenskomst, se särskilt s. 13 ff. I fråga om kollektivavtalets partsbindningsmekanismer går Elmquist i princip igenom samma teorier som Undén, på samma tyska grund, Elmquist på s. 83 ff. (se också ovan vid n. 87).

⁶⁰⁵ Också Adlercreutz markerar 1954 en skillnad mot Undéns uppgift: ”Här [det vill säga i Adlercreutz egen undersökning] är dock avsikten en helt annan än i dogmatiska framställningar som t.ex. Undéns avhandling, inte att göra ett inlägg för eller emot ’riktigheten’ eller ’lämpligheten’ av olika lösningar utan att undersöka, hur juristerna gått tillväga.” Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 410. Markeringen är kvar 50 år senare, se Adlercreutz, En jubeldoktor ser tillbaka s. 19 (om hur Undéns, och hans föregångare bland franska och tyska jurister, utgångspunkt skiljde sig från Adlercreutz egen).

⁶⁰⁶ Se vid n. 71.

⁶⁰⁷ Däremellan presenterar Svante Bergström en motivering (i polemik med Åkerman och Olin och dessas åsikt att man skall ”lämna teorierna åt sitt värde”, se n. 589) till varför teoridiskussionen trots arbetsrättens praktiska inställning är viktig. Motiveringen går ut på att jurister och domstolar tenderar att, och behöver, falla tillbaka på allmänna

valet av teori en fråga utan egentligt värde: ”Kan man undvika dessa godtyckliga fiktioner, som alltså ej ens ha synnerligt praktiskt värde, genom den uppfattning av rättsförhållandet, som från vår rätts grundsatser omedelbart erbjuder sig, finnes det inte ringaste anledning att upprätthålla den kombinerade teorin.”⁶⁰⁸ Undén kommer dock inte undan, och hans val faller på föreningsteorin.⁶⁰⁹

Organisationsteorin förslår inte fullt ut som förklaringsmodell för kollektivavtalets bindande verkan. Dess brist ligger, förutom i att den förutsätter att organisationernas stadgar ger en medlemsbundenhet åtminstone för enskilda arbetstagare, i att den inte kan förklara den kvardröjande medlemsbundenheten enligt 26 § 2 st. MBL. Eftersom den verkan ges av en lagregel kan det dock i och för sig inte gärna *de lege lata* möta några hinder, även om regeln som sådan kanske blir att betrakta som en anomali. Inte heller kollektivavtalets efterverkan, vilken är allmänt accepterad trots att den saknar uttryckligt stöd i positiv lag, kan dock förklaras, eftersom endast organisationen binds. Att medlemsbundenheten, som en variation på temat efterverkan, inte upphör när själva organisationen upphör blir inte heller möjligt att förena med organisationsteorin.

6.2.2 Fullmaktsteorin

I fråga om bundenhet kan *fullmaktsteorin*⁶¹⁰ sägas vara organisations-teorins motsats.⁶¹¹ Enligt fullmaktsteorin uppträder arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som företrädare för sina medlemmar. Teorin förklarar bundenheten för medlemmarna (huvudmännen) och för motparten (tredjeman). Däremot förklarar den inte bundenheten för mellanmännen, det vill säga organisationerna. Eftersom inte organisationen själv kan vara avtalsbärande, kommer avtalsförhållandet att dela upp sig i ett antal individuella avtal, mellan arbetsgivaren och respektive medlem, efter avtalstillfället kan inte längre kollektiviteten upprätthållas.⁶¹²

Beroende på det asymmetriska partsförhållandet är det antagligen mest närliggande att typiskt sett tänka på arbetstagarna som huvudmän

läror när oförutsedda (jämfört med lagstiftningen) fall dyker upp, se Bergström, Kollektivavtalslagen s. 63.

⁶⁰⁸ Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt s. 80.

⁶⁰⁹ Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt s. 80 ff. och s. 85

⁶¹⁰ Östen Undén använder efter tyskt mönster termen ombudsteorin, Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt s. 66 ff., medan Axel Adlercreutz, under det att han tillskriver Philip Lotmar teorins ursprung (se också Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914 s. 289), istället benämner den *ställföreträdarteorin*, Adlercreutz, Kollektivavtalet som avtalsform och avtalstyp s. 19.

⁶¹¹ Se prop. 1928 nr 39 s. 67.

⁶¹² Se Elmquist, Den kollektive arbejdsoverenskomst s. 86.

och arbetsgivaren som tredje man, men då arbetsgivarsidan utgörs av en organisation får man motsvarande konstruktion på den sidan, det vill säga kollektivavtalet sluts genom fullmäktige på båda sidor. Man behöver dock inte utreda det alltför noggrant, poängen är att legitimiteten för bundenheten stannar från medlemmarna. Jämfört med organisationsteorin kan dock fullmaktsteorin lättare acceptera den kvardröjande medlemsbundenheten. Om man tänker sig att en fullmakt att sluta avtal för en viss tid gavs är det konsekvent att fullmaktsgivaren blir bunden av det avtal som slöts med hjälp av fullmakten. Däremot blir det svårare att förklara att den normativa verkan drabbar medlemmar som träder in i den avtalsbärande organisationen.

Fullmaktsteorin förklarar bundenheten för medlemmarna, däremot förklarar den inte bundenheten för mellanmannen, det vill säga organisationerna. Det kunde vara en inkonsekvens vi kunde leva med, om det inte vore för att också organisationen har avtalsrättsliga förpliktelser i förhållande till sin motpart, till exempel, och antagligen främst, i fråga om fredsplikt. En förklaring till bristfälligheten i en sådan konstruktion kan härledas till kollektivavtalslagstiftningens ursprung som lagstiftning till syfte att garantera arbetsfred.⁶¹³ Om inte organisationerna blir bundna till fredsplikten genom avtalet måste fredsplikten helt läggas på den enskilde arbetstagaren, vilket knappast vore ideologiskt önskvärt. Tvärtom har man velat begränsa den enskilde arbetstagarens ansvar i det avseendet. Detta kom i 1928 års kollektivavtalslag att göras genom den så kallade 200-kronorsregeln, vilken begränsade den enskilde arbetstagarens skadeståndsansvar för deltagande i olovliga stridsåtgärder.⁶¹⁴

⁶¹³ Se ovan n. 487.

⁶¹⁴ 200-kronorsregeln har upprepade gånger varit en stridsfråga i lagstiftningsarbetet. Regelen infördes, liksom skriftlighetskravet (se n. 494), i utskottsbehandlingen av propositionen till 1928 års kollektivavtalslag (se Andra LU:s utlåtande 36/1928 s. 24, se också Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål I s. 74 ff.). Arbetsrättskommittén ville sedan avskaffa regelen i införandet av MBL (se SOU 1975:1 s. 502 f.), men departementschefen behöll, trots invändningar av lagrådet (se prop. 1975/76 Bilaga 1 s. 510 f.) 200-kronorsregeln (se a prop. s. 285 f. och 538 f.) i propositionen. Den kom ändå att hamna utanför Medbestämmandelagen, efter att utskottet funnit att man "inte [...] bör binda sig vid en så stel bestämmelse som 200-kronorsregeln." InU 1975/76:45 s. 51. År 1985 infördes 200-kronorsregeln återigen (i 60 § 3 st. MBL), för att avskaffas 1992. Syftet med att avskaffa 200-kronorsregeln var 1992 att skadeståndsnivåerna skulle höjas avsevärt, ett intresse betingat av den preventiva effekten av skadeståndet (se prop. 1991/92:155 s. 5 ff.), även om det skulle hållas på en "sådan nivå att det inte får socialt oacceptabla konsekvenser." (a. prop. s. 7). En ideologisk glidning kan kanske, genom de ögonblicksbilder av det rådande politiska läget som respektive lagstiftningstillfälle ger, iakttas då inrikesutskottet 1975 betonade att borttagandet av 200-kronorsregeln inte innebar något förord för att skadeståndsbeloppen skulle höjas generellt, tvärtom förväntade man sig att de alltför skulle behållas på en återhållsam nivå, InU 1975/76:45 s. 51. 1928 års andra lagutskott

I engelsk rätt, som i sig brukar betraktas som säregen eftersom kollektivavtalet inte tillerkänns bindande verkan, har fullmaktsteorin en motsvarighet i *agency-teorin*, till skillnad från organisationsteorin som inte har någon motsvarighet i engelsk rätt. *Agency-teorin* går ut på att arbetstagarorganisationen för varje anställningskontrakt förhandlar för arbetstagarens räkning, varpå resultatet blir en del av varje enskilt anställningskontrakt.⁶¹⁵ Teorin har den bristen att den inte kan förklara att kollektivavtalet normerar också utomstående arbetstagares anställningsavtal. Inte heller förklarar den bundenheten för arbetsgivare eller arbetstagare som inträder i den avtalsförhandlande organisationen efter det att kollektivavtalet slutits.⁶¹⁶

Fullmaktsteorin anknyter till en förmögenhetsrättslig form för bundenhet, men teorin utgör i sig själv en egen figur. Som ett mellanspel kan man därför kort uppehålla sig vid att kollektivavtalet i fråga om normerande bestämmelser egentligen mer liknar ett kommissionsförhållande än ett fullmaktsförhållande. Ett fullmaktsförhållande utmärks av att någon (mellanmannen, här organisationen) rättshandlar i annans (huvudmannens, här medlemmarnas) namn för dennes räkning. Huvudmannen blir omedelbart förpliktad och berättigad i förhållande till tredje man

manövrerade mellan ett skydd för den enskilde arbetstagaren ”som ofta befinna sig i mindre god ekonomisk ställning” och intresset av att ”möjlighet vinnas till utdömande av ett verksamt skadestånd.” Andra LU:s utlåtande 36/1928 s. 24. Återinförandet 1985 var framförallt (mot bakgrund av frågans vikt för fackföreningsrörelsen) betingat av att skadeståndspåföljden inte skulle ”gå längre än till att stryka under den rättsliga grunden” och att konflikter borde lösas och förebyggas på andra sätt, närmast genom förhandlingar, prop. 1983/84: 165 s. 12. I ljuset av den diskussionen kan frågan om 200-kronorsregeln ses som en fråga om *juridifiering* eller *dejuridifiering* av arbetsmarknaden (se n. 253).

De arbetsrättsliga skadestandsreglerna är säregna i det avseendet att den preventiva effekten av skadeståndet betonas (se särskilt 55 § MBL). Skadeståndet liknar därvid, jämfört med det civilrättsliga skadeståndet som i första hand skall ersätta skadan, offentligrättsliga sanktioner. Däremot ville departementschefen inte ha något fastställt belopp i lagtexten, bland annat eftersom det skulle avvika från vad som i övrigt gäller för den arbetsrättsliga lagstiftningen (a prop. s. 7). Det gäller i än högre grad andra civilrättsliga skadestandsregler, men 200-kronorsregeln och dess historia blir en illustration på arbetsrättens sätt att manövrera mellan civilrätt och offentlig rätt (se 2.2.2 och 2.3.1). I utskottsbehandlingen 1928 valdes uttryckligen skadeståndet som sanktion, med avståndstagande från såväl straff som uttryck som kunde föra tankarna till straff (”bot” och ”plikt”), Andra LU:s utlåtande 36/1928 s. 23. I de tidigaste lagstiftningsförslagen hade däremot funnits en straffrättslig sida, till exempel föreslog 1899 års arbetsavtalskommitté (subsidiärt till skadestandsansvar) böter om maximalt 200 kr för arbetstagarens brott mot arbetsavtalet, se Eklund, Rätten i klasskampen s. 220 ff. Det är möjligt att beloppet 200 kr, som föreslogs utan närmare motivering i Andra LU:s utlåtande 36/1928, och som i senare debatt framstår som ganska slumpmässigt valt, kommer härifrån.

⁶¹⁵ Deakin och Morris, Labour Law s. 261.

⁶¹⁶ Deakin och Morris, Labour Law s. 261 f.

inom ramen för fullmakten (behörigheten). Ett kommissionsförhållande utmärks av att mellanmannen (här organisationen) rättshandlar i eget namn för huvudmannens (här medlemmarna) räkning (se 1 § 1 st. kommissionslagen (2009:865 KommL)).⁶¹⁷ Såväl huvudmannen som mellanmannen blir förpliktigade och berättigade i och med avtalet (se 23 och 24 §§ kommissionslagen (KommL)). Kommissionsavtalet delas vidare upp i en sakrättslig del och en obligationsrättslig del, där de olika delarna tar olika vägar till huvudmannen.⁶¹⁸ Enligt avtalet som mellanmannen sluter blir huvudmannen omedelbart sakrättsligt berättigad i förhållande till tredjemannen (23 § KommL).⁶¹⁹ Obligationsrättsligt blir mellanmannen berättigad och förpliktigad i förhållande till tredjemannen, huvudmannen blir berättigad och förpliktigad i förhållande till mellanmannen (24 § KommL).⁶²⁰ I kommissionsfiguren uppkommer alltså ett rättsförhållande omedelbart mellan huvudmannen och tredjemannen, vilket i kollektivavtalsförhållandet motsvaras av den normativa verkan. Dessutom, vilket inte är fallet i fullmaktsförhållandet, uppkommer ett rättsförhållande mellan mellanmannen (organisationen) och tredjemannen (arbetsgivaren). Att likna kollektivavtalet vid ett kommissionsförhållande ("kommissions-teorin") kan vara ett sätt att förklara kollektivavtalet inom ramen för mellanmanskonstruktioner.⁶²¹

Några sådana försök har dock mig veterligen inte gjorts i och för sig.⁶²² Ett allvarligt menat försök skulle också behöva "översätta" uppdelning-

⁶¹⁷ Se också prop. 2008/09:88 s. 18.

⁶¹⁸ Folke Schmidt kritiserar den tyska civilrättens uppdelning mellan obligationsrätt och sakrätt i två parallella men olika rättshandlingar på den grunden att man "klassificerar som två företeelser vad som i det dagliga livet likväl utgör en enhetlig företeelse." Schmidt, Tysk abstrakt metod s. 294. Folke Schmidts inställning till relationen mellan samhällsliga realiteter och juridiska konstruktioner utmärker till synes också hans allmänt civilrättsliga författarskap, liksom den går igen i arbetsrätten. Just Folke Schmidts inställning har en särskild betydelse för att belysa den samtida kollektivavtalsrätten, se vid n. 788.

⁶¹⁹ Bestämmelsen motsvarar 53 § i den föregående kommissionslagen (1914:45). Om förhållandet mellan denna bestämmelse och 23 § KommL se prop. 2008/09:88 s. 53 ff.

⁶²⁰ Bestämmelsen motsvarar 56 § i 1914 års kommissionslag. Om förhållandet mellan denna bestämmelse och 24 § KommL se prop. 2008/09:88 s. 56 ff. (Om sidnumreringen i propositionen inte är en ren slump är den som är ansvarig att gratulera).

⁶²¹ Såväl fullmaktsinstitutet som kommissionsinstitutet används förstas här i en indirekt mening, för att förklara ett annat förhållande än det de är direkt tillämpliga på. Båda instituten har dock en särskild ställning i förmögenhetsrätten och för den nya kommissionslagen konstateras redan inledningsvis att: "[k]ommissionslagen ger i stor utsträckning uttryck för allmänna förmögenhetsrättsliga principer och blir därför av betydelse också utanför sitt egentliga tillämpningsområde." prop. 2008/09:88 s. 2.

⁶²² Man kan som en kuriositet notera att kommissionslagen är samtida med Östen Undéns avhandling. Utredningsarbetet inleddes 1910 och resulterade i kommissionslagen 1914, se prop. 2008/09:88 s. 18.

en mellan den sakrättsliga verkan mellan kommittenten och tredje man respektive den obligationsrättsliga verkan mellan kommissionären och tredje man, och därtill uppdraget mellan kommittent och kommissionär. Intressant nog går det ganska bra, vilket kan ha att göra med den frihet som en "översättning" ger, och den makt som översättaren därmed får i operationen att likna något vid något annat. En situation med en arbetsgivare å ena sidan och en arbetstagarorganisation å den andra kan få illustrera. Mellan kommissionären (arbetstagarorganisationen) och tredje man (arbetsgivaren) gäller den obligatoriska verkan, parterna i kollektivavtalet blir omedelbart förpliktade i förhållande till varandra. Den viktigaste obligatoriska verkan är historiskt sett fredsplikten (som har ansetts vara en obligatorisk fråga) vilken alltså inträder på organisationsnivån i och med avtalslutet. Samtidigt förvärvar kommittenten (medlemmarna) rätt till de anställningsvillkor som kollektivavtalet ger. Häri ligger problemet. Kommission är en konstruktion för köp, det vill säga momentana avtal. Man måste alltså översätta den sakrättsliga verkan som ligger i att äganderätten till godset övergår mellan kommittenten och tredje man vid avtalsstillfället till att arbetstagaren blir berättigad till vissa anställningsvillkor, anställningsvillkor som kommit till på medlemmens uppdrag till organisationen ("uppdraget" är en svag punkt i teorierna som bygger på mellanmanskonstruktioner eftersom också den medlem som inte, ursprungligen, röstat för ett avtalsvillkor ändå blir bunden av detsamma). Äganderätten måste alltså översättas till en rätt till ett visst vederlag. Därtill måste den verkan gå i båda riktningar samtidigt, eftersom kommittenten (medlemmen) samtidigt blir förpliktad enligt avtalet. Försöket innebär att man gör våld på kommissionsfiguren. "Kommissionsteorin" utgör snarare ett mellanling mellan fullmaktsteorin och de kumulativa teorier (se strax nedan vid n. 623) som använts för att förklara kollektivavtalet.

6.2.3 Den dubbla konstruktionen

De ovan beskrivna teorierna har den begränsningen att de inte förmår förklara kollektivavtalets förmåga att binda såväl avtalsparter som medlemmar i de avtalslutande organisationerna. Därför utvecklades så kallade kombinerade eller kumulativa teorier.⁶²³ Teorierna hade från början

⁶²³ Begreppsapparaten är komplicerad, och inte fullständigt enhetlig. Den kumulativa teorin delar upp sig i alternativa (organisationen handlar i vissa situationer i eget namn och i vissa situationer i medlemmarnas namn) och kumulativa varianter (både organisationen och medlemmarna blir förpliktade enligt avtalet). Den förstnämnda synes snart ha betraktats som ointressant, se Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 419 f. Man synes därför allmänt ha talat om "den kumulativa teorin" eller liknande. Håkan Göransson refererar till "[d]en s. k kombinerade kumulativa teorin". Göransson, Kollektivavtalet som freds-

ett rättsystematiskt problem att hantera. En konstruktion som innebar att medlemmarna blev bundna skulle nämligen ha varit omöjlig i tysk rätt vid tiden för konstruktionens födelse, eftersom det skulle ha inneburit att kollektivavtalet betraktats som ett förpliktande tredjemansavtal, vilket inte kunde erkännas.⁶²⁴ I princip därför hade inte heller Östen Undén mycket till övers för vad han kallar "den kombinerade teorin".⁶²⁵ Föreningen av arbetstagare är enligt denna sidoordnad med sina medlemmar, vilket för med sig den olägenheten att man, om kollektivavtalets normativa funktion skall vara effektiv, måste tänka sig att medlemmen givit föreningen en oåterkallelig fullmakt, och att ett återkallande inte bara är ett avtalsbrott gentemot föreningen.⁶²⁶ I ett nutida kontraktsrättsligt perspektiv (sett från arbetsrätten, märk väl) ter sig en sådan figur inte lika omöjlig, om än särpräglad.⁶²⁷ Också Bergströms kritik 1948 mot den kombinerade teorin bygger på att orsaken till den tyska inställningen inte finns i svensk rätt i och med den rättsregel som ger kollektivavtalets tvingande verkan (3 § KAL, motsvarande 26 § MBL).⁶²⁸

Det råder enighet, där saken berörs, om att den nordiska kollektivavtalslagstiftningen bygger på den kumulativa teorin. Knappt hundra år efter Undén och femtio år efter Bergström hänför Jens Kristiansen, emot såväl fullmaktsteorin som föreningsteorin, den danska kollektivavtalslagstiftningen till "den såkaldte kumulative teori (overenskommelsen forpliktegter både organisationer och medlemmer)".⁶²⁹

pliktsinstrument s. 186, Per Eklund till "den kumulativa formen, *kombinationsteorin*", Eklund, Rätten i klasskampen s. 245. Östen Undén talar om den "kumulativa formen" av den kombinerade teorin, att jämföra med den "alternativa formen". Den sistnämnda är en utbyggnad av den rena ombudsteorin i det att den tillerkänner föreningen vissa men blott obetydliga avtalsrättigheter och -förpliktelser, Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt s. 79 f. Se också Elmquist, Den kollektive arbejdsverenskomsst s. 89 f. Niklas Bruun talar för finsk rätts del om "förvandlingsläran", Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 220. En annan sak är att uppfattningen om lärans/konstruktionens innehåll enligt Bruun skiljer sig åt, Bruun a.a. s. 222.

⁶²⁴ Bergström, Kollektivavtalslagen s. 57, Vourio Om kollektivavtalets reglerande verkan i nordisk rätt s. 42 f. Också Undén berör möjligheten att kollektivavtalet skulle betraktas som ett tredjemansavtal, Undén, Kollektivavtalet s. 98 ff.

⁶²⁵ Om Undéns förhållande till den tyska rätten, se vid n. 87.

⁶²⁶ Undén, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt s. 79 f.

⁶²⁷ Se Glavå, Arbetsrätt s. 396. Jfr också Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4. uppl. som lägger ett antal sidor på den "serie problem" som följer på att kollektivavtalets rättsverkningar har verkningar också för medlemmarna. Problemen behandlas därvid, med hänvisning främst till praxis, ur ett allmänt avtalsrättsligt respektive associationsrättsligt perspektiv. Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 107 ff.

⁶²⁸ Orsaken ifråga finns nog vid tiden för Bergströms studie egentligen inte heller längre i tysk rätt, se Bergström, Kollektivavtalslagen s. 60 ff.

⁶²⁹ Kristiansen, Den kollektive arbejdsret s. 181. Se också Jacobsen, Kollektiv arbejdsret

I den svenska doktrinen sker ett terminologiskt skifte, åtminstone delvis, med Svante Bergströms avhandling 1948. Istället för att tala om den kumulativa teorin talar man om "den dubbla konstruktionen", som i princip är ett sätt att beskriva den kumulativa teorin. "Den dubbla konstruktionen" tycks som term betraktad vara myntad av just Svante Bergström.⁶³⁰ Uttrycket syftar till att beskriva den "parallellism" som följer av uppfattningen att kollektivavtalet binder organisationerna medan anställningsavtalet binder arbetstagarna.⁶³¹ Benämningen antyder en ganska avog inställning till *teorier* (om man överhuvudtaget skall tala om teorier skall teorierna beskriva verkligheten, se kap. 7.3) och det är belysande att den dubbla *konstruktionen* (vilket för tankarna till en teknisk lösning) heter så istället för (till exempel) den kumulativa *teorin*. Särskilt uttrycklig på den punkten är Bergström som hellre talar om *principer* eftersom *teorier* "för tanken på något vetenskapligt bevisbart förhållande."⁶³²

Den dubbla konstruktionen förklarar kollektivavtalets normativa verkan för organiserade arbetstagare genom att den enskilde arbetstagaren blir bunden av kollektivavtalet genom att kollektivavtalets normer "flyter in" i anställningsavtalet. Det får till följd att normerna finns både i kollektivavtalet och i anställningsavtalet.⁶³³ Därigenom löses bristerna i övriga teorier, med endast endera organisationens eller arbetstagarens bundenhet, och med kollektivavtalets kvardröjande medlemsbundenhet och dess efterverkan (se nedan 8.4.3). Det sker *automatiskt*, det vill säga utan vidare åtgärder från endera sidan.⁶³⁴ Bundenheten för medlemmarna härleds

s. 76 f. som konstaterar att den norska arbetstvistloven och den svenska medbestämmandelagen bygger på "principperna i de kumulative teorier" (s. 77). Se också Adlercreutz, Kollektivavtalet s. 496. Elmquist konstaterar 1918 att den danska lagen av den 12 april 1910 om kollektivavtal vilar på *den kumulative teori*, Elmquist, Den kollektive arbejdsoverenskomst s. 90.

⁶³⁰ Se Bergström, Kollektivavtalslagen s. 64 (man kan, närmast som en kuriositet, notera att på den punkten verkar Svante Bergström ha lyckats med att introducera nya termer, en ambition han tillskrivs i en recension av sin avhandling, se Petré, Arbetsrätten inför vetenskapens forum s. 242, en ambition Svante Bergström själv inte vill kännas vid, Bergström, "Vår juridiks fyrtyotalister" s. 494 ff.).

⁶³¹ Däremot inte den parallellism som uppkommer av att en regel eller rättsprincip träffar både ett kollektivavtal och ett anställningsavtal, se Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål I s. 69.

⁶³² Bergström, Kollektivavtalslagen s. 53 f. (n. 3).

⁶³³ AD 1978 nr 134, Bergström, Kollektivavtalslagen s. 64, prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 142 och s. 291, SOU 1994:141 s. 328, Sigeman, Arbetsrätten s. 108, Vourio, Om kollektivavtalets reglerande verkan i nordisk rätt s. 42 f.

⁶³⁴ Bergström, Kollektivavtalslagen s. 63 f. "Automatiskt" är teorins rotmetafor. Den är vitt spridd och återfinns också hos till exempel Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 139, Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktinstrument s. 186, Bruun och von

på så sätt samtidigt till anställningsavtalet. Arbetsdomstolens praxis ger tidigt uttryck för synsättet.

I AD 1937 nr 38 ställdes frågan så att Arbetsdomstolen hade att välja mellan att betrakta en utfästelse från arbetsgivarsidan (innebärande att permittering ej skulle ske på obestämd tid utan arbetstagarens begäran) såsom endera en utfästelse (endast) i förhållande till arbetstagarorganisationen eller om utfästelsen ”automatiskt” skulle ingå bland anställningsvillkoren för den enskilda arbetstagaren. Arbetsdomstolen hänvisade i sin dom till AD 1931 nr 128 i vilket samma kollektivavtal var inblandat.⁶³⁵ Arbetsdomstolen konstaterade därvid att utfästelsen liksom i den äldre domen fick anses *vara avsedd* att automatiskt ingå i det enskilda anställningsförhållandet. Arbetsdomstolen härleder alltså verkan ur kollektivavtalsparternas avsikt.

Dock kan majoritetens skrivning nog vid ett första påseende beskyl- las för en bristande logik. ”På grund [av att arbetstagaren enligt kollektivavtalet hade rätt till utebliven uppsägningslön, i sin tur grundad på att arbetsgivaren fick anses ha avskedat arbetstagaren i strid med kollektivavtalet] och då dylik ersättningsskyldighet icke kan anses åligga [arbetsgivarföreningen, det vill säga kollektivavtalsparten på arbetsgivar- sidan], prövar Arbetsdomstolen rättvist förplikta bolaget att till Gunborg Nilsson utgiva fordrade beloppet [...]. ”Det logiska språnget” ligger i att rättsföljden får bestämma rättsgrunden. Det vill säga enligt formen någon har rätt till ersättning – den ena av de tänkbara ersättningsskyldiga är inte ersättningsskyldig – alltså är den andra tänkbara ersättningsskyldige ersättningsskyldig, utan närmare prövning.

Genom att beskriva resonemanget på så sätt att anspråken prövas i en viss ordning kan Arbetsdomstolen ge den ena eller den andra regeln försteg. Logiken kan sökas i den obligationsrättsliga ramen. Det inom- obligatoriska anspråket ställs mot en motpart i ett avtal med den ersättningsberättigade (det kan antas vara det som utesluter att arbetsgivar- föreningen skulle ha ersättningsskyldighet). Då den ena av två tänkbara subjekt står i ett avtalsförhållande med den ersättningsberättigade ligger den närmare till hands att bära ersättningsansvaret. I det aktuella fal- let är det också denne som har handlat mot den ersättningsberättigade, alltså brutit handlingsnormen, men det tycks inte vara avgörande. Det är ett avtalsgrundat ansvar, inte ett ansvar grundat på klander. I förhål-

Koskull, Allmän arbetsrätt s. 145 f., Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 519, Se också Ojeda Avilés, Modern theories on the binding effect of European collective agreements s. 332.

⁶³⁵ Noga taget hänvisas till att majoritetens uppfattning får anses framgå motsatsvis av dissidenternas mer utförliga skäl, se ordföranden Lindhagens särskilda tillägg i AD 1937 nr 38.

lande till parterna på individnivå är kollektivavtalsnormen i detta fall blott en handlingsnorm. En variant på samma teknik används, för att ta en välbekant figur, i AD 1978 nr 89 (bastubadarmålet), där arbetsgivarens åtgärd förklarades vara ett kollektivavtalsbrott eftersom annars bara ekonomiskt skadestånd (till följd av brott mot anställningsavtalet) skulle kunna komma ifråga.⁶³⁶ Bastubadarprincipen och dess följder vore svårare att tänka sig mot bakgrund av organisationsteorin (se 6.2.1) eller fullmaktsteorin (6.2.2). Något senare dyker det fall upp att en arbetstagare som är medlem i en icke kollektivavtalsbärande organisation omplaceras av en kollektivavtalsbunden arbetsgivare i strid med bastubadarprincipen.⁶³⁷ Eftersom något brott mot ett kollektivavtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren inte kan vara för handen kan endast ekonomiskt skadestånd för brott mot anställningsavtalet komma ifråga. Det kan förtydligas att det är förefintligheten av en formell kollektivavtalsrelation som räknas, att arbetstagarens anställningsavtal ostridigt normerades av kollektivavtalet spelade ingen roll. Omplaceringen är ogiltig eftersom den strider mot anställningsavtalet, men arbetstagaren får låta sig nöja med ekonomiskt skadestånd (organisationen blir helt utan). Hur bastubadarprincipen hamnat i anställningsavtalet får möjligen förklaras med något annat än den dubbla konstruktionen,⁶³⁸ men begränsningarna i påföljdsfrågan följer den dubbla konstruktionen.

⁶³⁶ Se Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören s. 261. Tore Sigeman konstaterar att konstruktionen är knäpphändigt motiverad, men att den kan motiveras med rättspolitiska argument, ”främst behovet av en kännbar sanktion.” Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 252 f.

⁶³⁷ AD 1989 nr 67.

⁶³⁸ Arbetsdomstolen är i AD 1978 nr 89 inte fullständigt klar i fråga om hur principen grundas. Arbetsdomstolen talar om hur lagstiftningen utvecklats (det vill säga tillkomsten av anställningsskyddslagen 1974 och vissa regler i (62 §) medbestämmandelagen 1976) och att sakliga skäl med hänsyn till den utvecklingen talar för en möjlighet att pröva vissa omplaceringar rättsligt. En sådan möjlighet skulle stänga en otillfredsställande lucka i rättsskyddet för den enskilde arbetstagaren, och principen borde till synes kunna stå för sig själv. Arbetsdomstolen stannar dock inte där utan lägger till: ”Det bör tilläggas att kollektivavtalen numera i allmänhet är slutna med anställningsskyddslagens regelsystem och synsätt som bakgrund, varför det kan vara naturligt att såsom ett utflöde av anställningsskyddet i avtalen intolka en prövningsrätt beträffande sådana omplaceringar som till sina verkningar för den enskilda arbetstagaren är jämförliga med uppsägning.” Skrivningen öppnar för att utdöma skadestånd för brott mot kollektivavtal som påföljd för en rättsstridig omplacering, men den skapar samtidigt en viss osäkerhet i fråga om kopplingen till kollektivavtalet behövs. Om rationaliteten bakom principen är arbetstagarnas rättsskydd borde svaret vara att kollektivavtalet inte behövs, eftersom det skulle innebära att arbetstagare på arbetsplatser som saknar kollektivavtal skulle sakna det skydd som eftersträvas – vilket vore särskilt märkligt mot bakgrund av kopplingen till anställningsskyddslagen som omfattar alla arbetstagare och inte litar till att anställningsskydd finns i kollektivavtal.

Att införa ”den dubbla konstruktionen” eller någon annan teoretisk modell har inte varit en uppgift vare sig lagstiftaren eller rättsvetenskapen har förelagt sig, däremot har ambitionen varit att avskaffa den.⁶³⁹ Teorier är, liksom rättsområden (se ovan vid n. 83), främst en angelägenhet för rättsvetenskapen. Det som förenar den svenska doktrinen genom historien mer än något annat är inställningen att *förneka* teorierna (därmed inte sagt att den svenska doktrinen är mindre teoretisk). Östen Undéns inställning 1912 har redan berörts (se vid n. 608) liksom Olin och Åkermarks 1907 (se n. 589). Svante Bergström vill 1948 avskaffa ”den dubbla konstruktionen” eftersom den inte behövs då den har onödiggjorts av en rättsregel.⁶⁴⁰ Därtill är den, enligt Bergström, onödigt komplicerad.⁶⁴¹ Så mycket mer svårsmält blir den för Bergström som den har en ”tydligt metafysisk anstrykning”.⁶⁴²

⁶³⁹ Se särskilt Bergström, Kollektivavtalslagen s. 69 f. (också Bergström, ”Vår juridiks fyrtiotalister” s. 503 f.), Westerberg, Edlund och Gustafssons reservation till SOU 1975:1 s. 947 (också prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 144), Arbetsdomstolens remissvar i prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 145 f. Jfr Petrén, Arbetsrätten inför vetenskapens forum 244 f. och Petrén, Arbetsrätten och vetenskapen än en gång s. 512 f. i replikskifte med Bergström).

⁶⁴⁰ Bergström, Kollektivavtalslagen s. 66 ff., särskilt s. 69 f. I Bergströms uppfattning ligger att teorier, principer och regler skall ha ett praktiskt värde, se Bergström, Kollektivavtalslagen s. 53 (f.), särskilt n. 3. Se också 61 f., särskilt n. 8 a och vid densamma. Två år senare upprepas att den dubbla konstruktionen för svensk rätts vidkommande helt bör lämnas åt sitt öde, Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål I s. 72.

⁶⁴¹ Bergström, Kollektivavtalslagen s. 65.

⁶⁴² Bergström, Kollektivavtalslagen s. 66. Tiderna förändras. I en text från 1948 framstår Svante Bergströms inpass närmast som ett lite pittoreskt inslag, och som en tidsstämpel (Bergström står inte ensam, Hjalmar Karlgren finner till exempel för gott att förtydliga: ”Uttrycket ’bindande för domaren’ användes givetvis här icke i någon metafysisk mening!”, Karlgren, Kutym och rättsregel s. 29 n. 1). Vi vet nu att rättsrealisternas kamp mot begreppsjurisprudensen, metafysiken och annan vidskeplighet ännu inte var över (se replikskiftet mellan Sture Petrén och Svante Bergström, ett replikskifte som från båda håll pekar på generationsskiftet, Petrén, Arbetsrätten inför vetenskapens forum s. 243 f., Bergströms replik, Vår juridiks fyrtiotalister s. 494 och s. 502 samt slutrepliken Petrén, Arbetsrätten och vetenskapen än en gång s. 514). Se också Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige s. 24, om den extraopposition av Petrén vid Bergströms disputation som föregick debatten i SvJT.

Idag är striden över, och ett inpass som Bergströms skulle i en juridisk vetenskaplig text anno 2010 antagligen framstå som malplacé om det gjordes på fullt allvar (med något undantag, jfr Glavä, Arbetsrätt s. 19: ”Det vi kallar rättskällor är i enlighet med vad som nu sagt inte källor till rätten i en positivistisk eller metafysisk mening.”). Rättsrealisterna avgick med segern, och därför åberopar vi, om vi tittar närmare på saken, samma argument som Bergström gjorde 1948, och det känns alldeles naturligt (se till exempel reservanterna i SOU 1975:1 s. 947). Vi åberopar de reella skälen, de ekonomiska realiteterna och sakens natur. Det enda vi avhåller oss från är angreppet på metafysiken, och det med goda skäl, ty den fienden är besegrad. Då blir det onödigt och egendomligt (orealistiskt

Överhuvudtaget tjänar teorierna framförallt till att förklara hur kollektivavtalet kan binda, för att därmed inpassa det i rättsordningen och därmed legitimera bindningsmodellerna. I den sentida svenska doktrinen tycks dock sådana förklaringar till bundenheten föra en tynande tillvaro. Kanske kan en del förklaras med att den dominerande slaget av doktrin är läroboken, ett format som kanske inte inbjuder till teoretiserande.⁶⁴³ Men i läroböckerna ges samtidigt ett konkret uttryck för hur man tycker att arbetsrätten bäst lärs ut, och därmed för hur man tycker att arbetsrätten ser ut, hur en bild av den bäst tecknas. Samtidigt innebär det att den dubbla konstruktionen (och andra teorier, konstruktioner, tankemodeller eller vad man nu vill kalla dem) plöjs ner i det undermedvetna. Genom att beskriva och bekräfta den gällande rätten kommer den dubbla konstruktionen att vårdas och bevaras, men utan att det görs uttryckligt. Bilden innehåller den dubbla konstruktionen, men den syns inte i sig själv utan bara som en förutsättning för att bilden skall harmoniera.

Vid MBL:s tillkomst hänfördes problemen kring den dubbla konstruktionen till en bristande samordning i påföljdssystemet. Problemet skulle främst bestå i att teorin leder till att arbetsgivaren får en (som det får förstås önskad) valrätt mellan olika påföljder (arbetsgivaren kan till exempel i ett visst fall antingen upplösa anställningsförhållandet eller kräva sanktioner enligt kollektivavtal, eller båda delar), vilket är en följd av att arbetstagarens arbetsskyldighet enligt den dubbla konstruktionen följer av både kollektivavtalet och anställningsavtalet. I förarbetena görs klart att det är den bristande samordningen i påföljdssystemet som varit föremål för kritik, inte ”den dubbla konstruktionen i egentlig mening”.⁶⁴⁴ Att avskaffa konstruktionen blir i lagstiftningsarbetet en fråga om att ändra det grundläggande synsättet, snarare än att bekräfta eller avskaffa ”den dubbla konstruktionen”.⁶⁴⁵ Man skulle också kunna se Svante Bergströms försök att slopa den dubbla konstruktionen som just ett sådant medvetet

kanske man vill säga) att fortsätta striden (också där kan man ibland snubbla över något enstaka undantag, se Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap n. 42: ”En annan sak är den välgörande utrensning av metafysik och annan bråte som kom till stånd under 1900-talet tack vare den skandinaviska rättsrealismen”). Det heliga kriget är vunnet och vi lever i den sekulariserade realismens tidevarv. Se också Bruun, Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet s. 32.

⁶⁴³ Jfr dock Anders Agell som efterlyser läroböcker skrivna med rättsvetenskapliga perspektiv, Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen s. 243 och s. 245, se också Glavå, Arbetsrätt s. 398 och s. 407.

⁶⁴⁴ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 291 f.

⁶⁴⁵ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 293. Se också SOU 1975:1 s. 310 f., i vilken arbetsrättskommittén inte funnit anledning att frångå det synsätt som man ansåg ligga till grund för den då gällande Kollektivavtalslagen. Jfr dock Arbetsdomstolens remissvar, prop. 1975/76 Bilaga 1 s. 145 f.

försök.⁶⁴⁶ Det lyckades dock inte, inte heller har tystnaden alldeles kvävt den. Tvärtom har den dubbla konstruktionen blivit den ”traditionella rättsliga förklaringen” till kollektivavtalets efterverkan (i meningen att de normer som fanns i ett kollektivavtal även efter detta avtals upphörande tar över dispositiv lagstiftning).⁶⁴⁷

Det finns också andra diskursiva strategier att ta till. Eftersom teorierna inte utan vidare kan tänkas bort, kan den diskursiva strategin att förläna dem ett (blott) pedagogiskt värde användas.⁶⁴⁸ Den dubbla konstruktionen kan degraderas från grundläggande tanke för lagstiftningen till att vara ”en av pedagogiska skäl uppställd tankemodell” från vilken man ”givetvis inte okritiskt [skall] dra rättsliga slutsatser”.⁶⁴⁹ Den beskrivna strategin kan kombineras med en strategi som bygger in historien men utan att hänvisa till den. Strategin går ut på att hänvisa till de rådande förhållandena, det vill säga beskrivningar om hur det ”ofta” eller ”det vanliga” är bärande argument.⁶⁵⁰ En sådan beskrivning är självfallet också normativ, det är en beskrivning av hur det är, med de sanningsanspråk som det innebär. En pedagogiskt betingad ”tankemodell” är inte möjlig att dra rättsliga slutsatser av, däremot är det möjligt utifrån en sedvana på arbetsmarknaden. Som uttryck för en sådan är ”den dubbla konstruktionen” etablerad.

Om man inte tycker att det är tillfredsställande med en teoretisk konstruktion som den legitimerande figuren kan man vilja ta till positiv lagstiftning, som också omfattar efterverkan (se nedan 8.4.3), och fjärrverkan (8.4.4). Rättstekniskt kan man tänka sig att ett system med utsträck-

⁶⁴⁶ Om försöket var tjänligt eller inte kan diskuteras, se särskilt Petréns kritik, Arbetsrätten inför vetenskapens forum s. 244 ff. och Arbetsrätten och vetenskapen än en gång s. 512 f., men ett försök är det ändock.

⁶⁴⁷ Bergqvist, Medbestämmandelagen s. 123.

⁶⁴⁸ Se ovan 2.2.2 vid n. 79.

⁶⁴⁹ Sigeman, Arbetsrätten s. 108. Också på andra håll får den dubbla konstruktionen sina tjuvnypp, till exempel av Lunning och Toijer i dessas kommentar till LAS s. 120 f. Frågan är om semidispositiva regler i LAS skall reglera anställningsförhållandet vid kollektivavtalslöst tillstånd, och man avslutar resonemanget med att, med hänvisning till 1997 års kommentar till MBL, att man ”uttalat sig till förmån för att det görs en *tolkning* av den omtvistade lagregelns roll i det enskilda anställningsavtalet i stället för att man låter sig fångas av någon på förhand given tolkningsmodell, såsom exempelvis den ’dubbla konstruktionen’.” På vad sätt man egentligen tänker sig att den dubbla konstruktionen är en ”tolkningsmodell” eller hur den står emot att varje omtvistad lagregel måste tolkas för att avgöra om den skall tillämpas spelar tydligen ingen avgörande roll. Poängen med uttalandet får förstås vara att markera mot den dubbla konstruktionen – vilket samtidigt befäster dess roll.

⁶⁵⁰ Se under 5.4.1.2. Se också till exempel SOU 1994:141, särskilt s. 329 andra stycket. Beskrivningen handlar om kollektivavtalets efterverkan.

ning av kollektivavtal eller allmängiltigförklaring införs. Ideologiskt är en sådan tanke mer fjärran.

Dock inte så fjärran att varje sådant krav skulle vara uppenbart oförenligt med den svenska rättsordningen enligt principen om *ordre public*. I AD 2007 nr 2 var fråga om tillämpning av bahamansk rätt, enligt vilken en arbetstagarorganisation skall vara representerad av mer än 50 % av arbetstagarna på en arbetsplats eller inom en "bargaining unit". Arbetsdomstolen konstaterade att bestämmelsen visserligen kunde medföra begränsningar för arbetstagarorganisationer jämfört med svensk rätt vad gäller möjligheten att träffa kollektivavtal, men att regleringen inte tedde sig "omöjlig eller direkt stötande att tillämpa i Sverige."

Det är dock en betydande skillnad att tillämpa en utländsk regel i ett enskilt fall jämfört med att införa en bestämmelse i den egna rättsordningen. Den främmande regeln skiljs ut från den inhemska rätten. Den i AD 2007 nr 2 diskuterade regeln innehåller en begränsning jämfört med svensk rätt (den inhemska rätten används som jämförelse, som måttstock), kravet för att *inte* tillämpa sätts högt (det skall vara omöjligt eller direkt stötande att tillämpa bestämmelsen), slutligen lägger Arbetsdomstolen till att det inte *har framkommit* att rätten till medlemskap i fackliga organisationer i Bahamas "på något sätt" skulle vara begränsad (hur det verkligen står till med den saken lämnas osagt), vilket torde hänga samman med att innehållet i utländsk rätt inte förutsatts vara känt av domstolen, utan att denna kan anmana part att förebringa bevisning därom, 35 kap. 2 st. RB). "På något sätt" framstår bara det som en mycket hög tröskel, då det tycks omfatta hinder såväl *de jure* som *de facto*. Nu spelar precisionen i uttalandet knappast någon roll för lösandet av den fråga som är framför ögonen, men för berättelsen är den avgörande – man kan ta till i överkant eftersom det inte spelar någon roll, samtidigt som det markerar ett avstånd.

Ett system med utsträckning av kollektivavtal skulle rubba balansen mellan aktörerna på ett sätt som bara kan motiveras och förklaras genom att något mer iögonfallande missförhållande uppenbarar sig. Ett sådant missförhållande finns naturligtvis alltid latent i parternas retorik, genom att motsättningen är inbyggd i systemet.⁶⁵¹ Retoriken synes dock sällan gå ut på att lagstiftaren skall få större inflytande, något som blir fallet om utsträckning eller allmängiltigförklaring tillgrips. Istället går förändringsförslagen ut på att en proportionalitetsprincip för stridsåtgärder behövs.⁶⁵² Att en sådan princip juridifierar parternas relationer och ger

⁶⁵¹ Se 5.5.1.2.

⁶⁵² En allmän proportionalitetsprincip har tidigare förnekats i svensk rätt, AD 1998 nr 17. Även om debatten tidvis varit intensiv har den inte lämnat avtryck i lagstiftning, och de konkreta förslagen har inte heller varit många, se motion 2009/10:A442 och motion 2008/09:A221 (vilka härrör från samma förslagsställare). Se också SOU 1998:141 s. 402 ff. vari en proportionalitetsprincip föreslogs, jfr s. 254 f.

Arbetsdomstolen mer inflytande har kanske inte uppmärksammats. I förlängningen av sjunkande medlemstal i arbetstagarorganisationer kan däremot införandet av en sådan figur i och för sig tänkas (även om den inte är en nödvändig följd). Detsamma kan tänkas i förlängningen av internationaliseringen, det vill säga om kollektivavtalet skall anpassas till en internationell rättsordning som uttryckligt eller underförstått kräver statlig inblandning.⁶⁵³

6.2.4 Den tripla konstruktionen?

Om man trots allt kan tycka att det kunde vara fruktbart för rättsvetenskapen att intressera sig för de teorier (förklaringsmodeller eller vad man nu vill kalla det) som ligger invävda i de rättsliga figurer vi laborerar med är situationen en annan för lagstiftaren (och för den delen andra juridiska praktiker).⁶⁵⁴ Denne behöver förstås inte bry sig om vilken teori som anses vara förhärskande. Tvärtom står det självfallet lagstiftaren fritt att föreslå vilka lösningar som helst. Hur lösningen kommer att tas emot av det befintliga rättssystemet kan dock de rådande teorierna i någon mån förutse, eftersom det är upp till den rådande teorin att avgöra vad som är en anomali. En sådan anomali är det förslag som den så kallade Lavalutredningen givit av innebörd att en utstationerad arbetstagarare skall kunna åberopa ett kollektivavtal mellan en svensk arbetstagarorganisation och en i ett annat EES-land etablerad arbetsgivare som utstationerat sagda arbetstagarare till Sverige även om inte arbetstagararen ifråga är medlem i den avtalslutande organisationen.⁶⁵⁵

Avhandlingen handlar om kollektivavtalet nu, men i just den här frågan råkar ämnet ha en alldeles särskilt brännande aktualitet (och avhandlingen riskerar kanske i motsvarande mån att redan vara föråldrad). Det står lagstiftaren fritt att införa vilka lösningar denne vill, men i fråga om Lavalutredningens förslag har regeringen (som väl kan betraktas som lagstiftarens företrädare på det stadium utredningen nu befinner sig), åtminstone initialt, genom att inte föra vidare förslaget till lagrådet reagerat som systemet, om det vill upprätthålla sig, skulle förvänta.⁶⁵⁶ Flera remissinstanser påpekade också att förslaget är just systemfrämmande

⁶⁵³ Se särskilt vid n. 255.

⁶⁵⁴ Se om skillnaden mellan rättsvetenskapen och den juridiska praktiken – en skillnad som man åtminstone kan argumentera för, och som kan ha betydelse för den verksamhet man bedriver, Graver, Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger, s. 149 f., se också Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 219.

⁶⁵⁵ SOU 2008:123 s. 36 f. och 317 ff.

⁶⁵⁶ Se Lagrådsremiss, Åtgärder med anledning av Lavaldomen s. 49 ff.

eller annars avviker från vad som är etablerat i den svenska modellen.⁶⁵⁷ Det systemfrämmande momentet tillsammans med en viss negativ särbehandling av utländska arbetsgivare i förhållande till svenska arbetsgivare, vilket också påståtts av en remissinstans, åberopas av regeringen. Det huvudsakliga skälet bakom att inte införa en möjlighet för en utanförstående arbetstagarare att åberopa ett kollektivavtal synes dock vara ett annat.

Departementschefen utgår till att börja med från att principen att en arbetsgivare är skyldig att tillämpa ett kollektivavtal också på utanförstående arbetstagarare är allmänt gällande.⁶⁵⁸ En kontraktuellt grundad princip (*"genom kollektivavtalet"* [min kursiv], se n. 658) ges alltså status av generell regel, till synes utan hänsyn till att kollektivavtalets parter kan disponera över den – eftersom den tillhör just avtalet.⁶⁵⁹ Skulle kollektivavtalsparterna av någon anledning mellan sig bestämma att motsatt ordning skall gälla, rämnar grunden för lagrådsremissens förslag. Det låter sig i förlängningen visserligen sättas ifråga om en tillämpning av sådana avtal skulle komma i konflikt med den negativa föreningsfriheten såsom den kommer till uttryck i art. 11 EKMR,⁶⁶⁰ men det är dels ett tveksamt argument i sig, dels är det ett ganska ömtåligt resonemang som bygger på ett oklart rättsläge i ett ytterligare steg. Särskilt som det är EU som skall biddas är det vanskligt, ett EU som tidigare i samma process efterfrågade just förutsebarhet och transparens.⁶⁶¹

Regeringens argumentation vilar, kan det synas, på en ganska osäker grund. Förutom att den åberopade principens omfattning inte är så klar som den framställs (att Arbetsdomstolen med stöd i den nu diskuterade Lagrådsremissen skulle betrakta den som en rättsregel utanför kollektivavtalen får hållas för uteslutet) vilar dess genomdrivande på arbetsmarknadens parter: "Det saknas anledning anta annat än att den kollektivavtalsbärande organisationen bevakar att så sker."⁶⁶² Det är möjligt att det är ett helt riktigt antagande, men det är fullt möjligt att EU själv inte delar den svenska regeringens slutsats att den Svenska regleringen uppfyller EU-

⁶⁵⁷ Lagrådsremiss, Åtgärder med anledning av Lavaldomen s. 50.

⁶⁵⁸ "Enligt fast praxis från Arbetsdomstolen gäller nämligen att arbetsgivaren i förhållande till arbetstagarorganisationen genom kollektivavtalet är skyldig att tillämpa dess villkor även på arbetstagarare som inte är medlemmar i facket." Lagrådsremiss, Åtgärder med anledning av Lavaldomen s. 49, se också s. 50.

⁶⁵⁹ Se omfattande om kollektivavtalets verkan för utanförstående arbetstagarare Malmberg, Anställningsavtalet s. 144 ff.

⁶⁶⁰ Därmed är den svensk lag (genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁶⁶¹ C-341/05, styckena 110–111.

⁶⁶² Lagrådsremiss, Åtgärder med anledning av Lavaldomen s. 50.

rättens krav även utan den av Lavalutredningen föreslagna regeln. Problemet är inte egentligen att EU skulle misstro de svenska fackföreningarnas vilja eller förmåga att bevaka de utstationerade arbetstagarnas rättigheter enligt utstationeringsdirektivet, utan för att sättet inte passar i den EU-rättsliga berättelsen. EU-rätten förutsätter det offentliga inblandning för att betrakta en lösning som legitim, kanske inte uttryckligen, men berättelsen går inte riktigt ihop annars.⁶⁶³ EU-rättens skyddsobjekt är den enskilde individen, och just där märks en rättskulturell skillnad mellan den i huvudsak liberalistiskt grundade EU-arbetsrätten och den svenska arbetsrätten, sprungen ur en sammansmältning (eller om man så vill kamp) mellan två jämförelsevis jämnstarka ideologier; den liberalistiska och den socialistiska (se ovan 2.2.4).

Att studera Lavalutredningens förslag, även om det eventuellt alltså inte blir mer än ett förslag, kan ge tillfälle att lära något om det egna systemet, eftersom det kan belysa varför det är en anomali. Motivet bakom förslaget är en strävan att uppfylla EU-rättens (i detta sammanhang utstationeringsdirektiv⁶⁶⁴) krav. Att en tredje man kan grunda rätt på ett avtal utan att avtalets parter kan disponera över det är en säregen lösning i det befintliga systemet. Det är en ny konstruktion också i förhållande till det etablerade kollektivavtalet som i sig är en säregen figur. Lavalutredningens förslag innebär, om det går igenom, att vad som skulle kunna kallas en "trippel konstruktion" skapas. Det finns naturligtvis inga rättsliga hinder för lagstiftaren att göra just det, poängen är inte någon annan än att vi vet att lösningen är en särlösning när vi jämför den med våra invanda bindningsmönster – det vill säga de rådande teorierna.⁶⁶⁵

Oavsett hur det blir med just det nu diskuterade förslaget (som i någon form kan komma att behöva tas tillbaka) är det intressant att se vilken uppgift lagstiftaren står inför – och därmed varför det bjuder motstånd att faktiskt föreslå en sådan lösning. Samtidigt som lösningarna skall tillgodose praktiska behov skall den svenska modellen skyddas, och balansen på arbetsmarknaden bevaras (att säga att det i sig är ett praktiskt behov löser upp den logiska motsättningen, men det löser inte lagstiftarens problem). De invanda partsbindningsmönstrena, och därmed den dubbla

⁶⁶³ Se ovan vid n. 255.

⁶⁶⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁶⁶⁵ Om ordet "teori" stör kan man förstås också här istället kalla dem tankemönster, förklaringsmodeller eller något annat. Att "förklara" klingar nog bättre än att "legitimera" i den moderna arbetsrättsliga vetenskapen. Att förklara anknyter till verkligheten, medan legitimera för tankarna till teorier och värderingar. Den skillnaden är viktig för kollektivavtalsrättens självbild, se nedan 7.2. Den anknyter i sin tur till en distinktion mellan "*process of discovery*" och "*process of justification*", se ovan n. 411.

konstruktionen, har med den svenska modellen att göra. Därför måste lösningen föras in med försiktig hand. En strategi är att ge lösningen en karaktär av särlösning, en lösning för en speciell situation. En sådan lösning kan lättare accepteras av det befintliga systemet om den är praktiskt oviktig, eller i vart fall av begränsad betydelse.⁶⁶⁶ Man kan till exempel peka på att ett visst problem och därmed dess lösning omfattar förhållandevis få arbetstagare.⁶⁶⁷ I kombination med att förändringens drivkraft kommer utifrån, i fråga om Laval från EU-rätten, kan lösningen vinna legitimitet som en särlösning.

Lavalutredningens förslag har också bäring på frågan om kollektivavtalet är att likna vid lag eller vid avtal. Den rådande dubbla konstruktionen föranleder att det är närliggande att likna kollektivavtalet vid lag, men den håller alltjämt sin identitet av avtal. Det är således avtalsparterna som äger tolkningen, och det är avtalsparterna som kan uppträda som parter inför Arbetsdomstolen i tvister om avtalets tillämpning. Med en konstruktion som ”den trippla konstruktionen” bär kollektivavtalet i ännu högre grad egenskaper som är typiska för generella normer. Att någon i domstol kan grunda en självständig rätt på en norm till vilken hon inte har någon del i ursprunget eller någon annan legitimerande koppling får onekligen den normen att likna vad man skulle kalla lag, snarare än avtal.

Den föreslagna lösningen skall lösa ett uppkommet, praktiskt, problem. Den svenska rätten skall anpassas till EU-rätten. Förändringstrycket kommer alltså *utifrån*.⁶⁶⁸ Lösningen kan mycket väl fylla sitt syfte, även om den frågan förstas ytterst avgörs av EU-domstolen. På ytan, för att anknyta till en bekant metafor,⁶⁶⁹ påverkar den föreslagna talerätten bara just den speciella situationen. Så fungerar lagstiftningsverksamheten, som till sin natur är funktionalistisk, lite förenklat enligt modellen ett problem – en (sär)lösning. Från ett rättsvetenskapligt perspektiv kan man dock, utan att lägga något klander mot lagstiftaren däri, se att tekniken oundvikligen leder till att rättsområdet i viss utsträckning blir

⁶⁶⁶ En variant brukas av departementschefen inför införandet av medbestämmandelagen beträffande den känsliga frågan om ”kvarlevande stridsrätt” (se 44 § MBL): ”Jag är för min del benägen att anse att man i debatten har haft en tendens att överdriva betydelsen av de regler om kvarlevande stridsrätt som har föreslagits av kommittén.” Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 242.

⁶⁶⁷ Se SOU 2008:123 s. 16 och s. 219 f. En konsekvens av det privaträttsligt orienterade systemet är att det är svårt att få fram exakta siffror, men Lavalutredningen tycks presentera sitt förslag mot bakgrund av att den kommer att omfatta på sin höjd ett par tusen arbetstagare, det vill säga en försvinnande liten del av den totala arbetsmarknaden och även en liten del av de aktuella branscherna (främst byggnads- och elektrikerbranscherna).

⁶⁶⁸ Se särskilt kap. 3 och kap. 4.

⁶⁶⁹ Se ovan n. 447.

fragmentariskt. I vilken utsträckning är antagligen inte minst beroende på hur mycket tid som lagstiftaren och förberedande instanser har till sitt förfogande, eftersom lagstiftningen ändå idealt strävar efter enhetlighet (det är lagrådets uppgift enligt 8 kap. 18 § 3 st. RF att granska hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt). En lösning som löser ett problem på ytnivån kommer, även om det vid införandet är oöverskådligt hur, att få effekter på rättsområdet, när det letar sig ner i rättens djupare lager. Förslaget utgör ett undantag i två led, dels genom att den medger talerätt för någon som inte är avtalspart i frågor som härleds till avtalet, dels genom att den som ges talerätt inte ens behöver vara medlem i den avtalslutande organisationen. Till illustration kan det som (än så länge) är huvudregeln, det vill säga att bara kollektivavtalets parter kan föra talan i tvister om dess innehåll, med ett fokus som relaterar till första ledet, diskuteras närmare.

6.3 Kollektivavtalets tillgänglighet – en berättelse om fragmentisering

Diskussionen har hittills till stor del gått ut på frågan hur kollektivavtalet kan förklaras och inlemmas i den rättsliga berättelsen. Mer eller mindre uttryckligt har en sådan diskussion att göra med en strävan efter koherens och enhetlighet. Samtidigt vet vi ju dock att berättelsen är splittrad och inte hänger ihop fullständigt, rätten är *fragmentiserad*.⁶⁷⁰ Strävan är dock att hålla rätten icke-fragmentiserad, och att dela upp rätten i rättsområden är ett sätt att rädda rättens helhet. Rättsområden blir koherenta helheter inom en ytterligare helhet, och därmed kan rätten lättare tåla den splittring som vi trots allt vet finns.

Frågan hur det formkrav som kollektivavtalet är underkastat skall motiveras ger i sig en splittrad bild, men det kan, åtminstone till viss del, motiveras av att kollektivavtalets normer träffar också andra än avtalspar-

⁶⁷⁰ Fragmentisering (eller fragmentering) kunde vara en egen tendens, jfr kap. 3. Den är dock inte så utpräglat arbetsrättslig på det sätt som de tendenser som behandlas där. ”Fragmentering är mera vidsträckt [än att avse den rörelsefrihet man har när man fattar juridiska beslut] och kan ses som en egenskap hos rätten som ett tankesystem.” Karhu, *Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället* s. 352. Se också Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt* s. 194. Fragmentiseringen i den meningen kopplas av Wilhelmsson och Karhu samman med en ökad *flexibilitet*. Med flexibilitet avses i det sammanhanget ”rättens kapacitet att i beslutsfattandet interagera olika och också nya argument som aktualiseras i enskilda fall” Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt* s. 194, se också Karhu, *Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället* s. 352. Jfr om den arbetsrättsliga flexibiliseringen ovan 3.3.

terna (se särskilt 5.3.3 och 7.3.1). Om man mot den bakgrunden ställer frågan huruvida en enskild arbetstagare har någon rättslig möjlighet att få ta del av det kollektivavtal som normerar dennes anställningsavtal kan det intuitivt framstå som självklart att så borde vara fallet.⁶⁷¹ Det framgår av lagstiftningen att arbetsgivaren i förekommande fall skall upplysa arbetstagare om tillämpligt kollektivavtal, 6 c § 2 st. 6 LAS. Uppgiftsskyldigheten enligt bestämmelsens ordalydelse är knappast vidare än att upplysa om att ett tillämpligt kollektivavtal finns och i så fall vilket, därtill är sanktionen för brott mot uppgiftsskyldigheten bara skadestånd, 38 § LAS. Något sätt att rättsligt kräva ut själva kollektivavtalet finns inte, och det är knappast förutsatt att det skall vara ett problem. Det är vid ett närmare påseende inte lätt att finna en kollektivavtalsrättslig princip som ger att arbetstagaren kan kräva att få ta del av ett kollektivavtal.

Frågan ligger i kollektivavtalsrättens gränsland. Den handlar om förhållandet mellan en medlem och dennes organisation, och den är såtillvida associationsrättslig.⁶⁷² Och, det associationsrättsligt intuitiva svaret är det rakt motsatta mot det arbetsrättsliga. Den associationsrättsliga utgångspunkten är att en medlem bara genom ett stämmobeslut kan driva igenom att få ta del av associationens avtal, för det fall associationens styrelse motsätter sig att avtalet lämnas ut.⁶⁷³ Frågan blir då om det

⁶⁷¹ Henning Jakhelln angriper frågan från ett något annorlunda håll när han konfronterar kollektivavtalsrätten med upphovsrätten. Han finner därvid att kollektivavtal bör kunna publiceras utan hinder av (till exempel) upphovsrätt är enligt Jakhelln ett ändamål som kollektivavtalet delar med lagstiftning, se Jakhelln, Tariffavtalsers opphavsrettslige vern s. 256. Samma ändamål delas också av standardavtal i allmänhet, till vilka kollektivavtal kan hänföras, eller åtminstone räkna ett visst släktskap (Jakhelln s. 263, Schmidt och Neal, International Encyclopedia of Comparative Law s. 9, också Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 141), se Jakhelln s. 278 ff. Om man ser likheter eller skillnader beror som alltid från vilket håll man tittar och vad man fokuserar på, och vilken historia man berättar (den avtalsrättsliga, den upphovsrättsliga och så vidare).

Författningar är undantagna från upphovsrätt, se 9 § Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Självfallet måste det omtvistade verket också uppnå kraven för att vara upphovsrättsligt skyddat, men i detta sammanhang kan vi låta oss nöja med att kollektivavtal i och för sig torde kunna uppfylla de kraven.

⁶⁷² Jakhelln skriver att "organisasjonen måtte være forpliktet til å sørge for at hvert medlem kan få gjøre seg kjent med tariffavtalen i sin helhet [...] Slik forpliktelse må også sies å foreligge i forhold till tariffmotparten". Tariffavtalsers opphavsrettslige vern s. 286. Vidare "Overfor uorganiserte arbeidstakere, med arbeidsavtale som innebærer at de tariffavtalte villkår skal følges, vil likeledes arbeidsgiver måtte være forpliktet til å sørge for at de har anledning til å få gjøre seg kjent med tariffavtalen", Jakhelln a. st.

⁶⁷³ Svante Johansson säger att en medlem i en ideell förening (däribland, får man anta, fackföreningar) "[t]rots bristen på direkta lagbestämmelser måste [...] anses ha vissa positiva befogenheter, även om de ej är angivna i stadgarna. Han bör sålunda kunna av styrelsen begära och erhålla svar på rimliga frågor rörande föreningens förhållanden eller rörande fråga som skall förekomma på stämman, såframt inte utlämnande av begärd

finns någon arbetsrättslig princip som ger medlemmar rätt att ta del av de avtalsbestämmelser som bestämmer innehållet i deras anställningsavtal, och om en sådan princip i så fall tar över den associationsrättsliga.

Möjligen kan man tänka sig att arbetstagaren i relation till sin motpart i anställningsavtalet skall ha en på det avtalet följande rätt att få del av alla de (i vart fall de nedskrivna) bestämmelser som arbetsgivaren anser ingår i anställningsavtalet. Stödet för en sådan princip är dock inte lätt att finna. En annan sak är att det borde vara svårare att skilja arbetstagaren från sin tjänst på grund av brott mot en bestämmelse som denne inte fått tillgång till. Särdeles stötande skulle det väl bli om arbetstagaren faktiskt, men utan framgång, försökt få tillgång till den aktuella bestämmelsen.

Den ställda frågan kan också, om man så vill, tjäna om en illustrativ tillämpning på de teorier som beskrivits ovan. En sådan övning blir schematisk och kortfattad, men den kan ändå ha sitt värde. *Intuitionen* duger ju inte som grund för att för att avgöra frågan, utan *sakliga* skäl krävs. Teorierna i sig är inte sakliga skäl, men de beskriver den rationalitet på vilken frågorna och dess lösningar vilar. Eftersom problemet inte handlar om vilka subjekt som binds av kollektivavtalet, och hur, blir frågan förskjuten ett steg från en direkt ”tillämpning”. Övningen utgår istället från att teorierna placeras in i kollektivavtalet i ett civilrättsligt sammanhang. Vilket sammanhanget är kommer att ge vissa associationer, och därmed vara bestämmande för vilka skäl som kan vara sakliga.

Man kan i sammanhanget flika in att diskussionen rör sig kring medlemmars rätt, det vill säga organiserade arbetstagare. Om associationsrätten inte erbjuder någon princip som ger medlemmar rätt att ta del av associationens avtal är förstås en icke-organiserad arbetstagare som inte ens binds av avtalet enligt den arbetsrättsliga lagstiftningen ännu längre ifrån att omfattas av en sådan princip. I praktiskt hänseende kan den utanförstående ha samma intresse av att få tillgång till kollektivavtalet som den organiserade eftersom kollektivavtalets normer de facto till stor del kan bestämma innehållet också i den utanförstående arbetstagarens anställningsavtal. Men, kollektivavtalsrätten har inte (bara) arbetstagar-skydd för ögonen (vilket skiljer den från den individuella arbetsrätten)

uppgift i undantagsfall skulle vara till allvarlig skada för föreningen.” Johansson, Nials svensk associationsrätt s. 201. Att en medlem efterfrågar en normativ bestämmelse i ett kollektivavtal synes inte vara vad Johansson (eller Nial) har för ögonen, och om inte det skall vara utgångspunkten att en sådan uppgift utlämnas bör det väl rimligen oftast vara en ”rimlig fråga.” Något mer auktoritativt stöd kan dock inte presenteras, utan frågan hänger tydligen på ”rimlighet”. Man kan tycka att ”rimligheten” är ett klenst stöd, eller rent av att användningen av en sådan figur borde ge upphov till en viss misstänksamhet beträffande vilken tyst kunskap eller vilken oartikulerad värdegrund som ligger bakom, se Andersson, Likhetsargumentation – analogi och metamorfos s. 23.

utan dess främsta intresse rör regleringsmodellen. Det leder till att den organiserade arbetstagaren, utan att det stör systemet, kan ha ett försteg framför den icke-organiserade.

Om organisationsteorin vore den underliggande teorin och det innebär att associationsrättsliga principer träder i förgrunden skulle frågan om medlemmarna har en rätt till att få tillgång till organisationen, som antytts, var närmast att besvara nekande. Enligt associationsrättsliga principer har medlemmar endast undantagsvis rätt att få information om organisationernas rättsliga förbindelser.⁶⁷⁴ Då måste medlemmens rätt att få ta del av information särskilt motiveras, och den ställs mot ändamål som anknyter till organisationens bästa snarare än medlemmens intresse i varje enskilt fall.

Om vi istället skulle hänföra oss till fullmaktsteorin skulle en skyldighet att informera medlemmarna om de slutna kollektivavtalens innehåll kunna hänföras till den uppgiftsskyldighet som åligger syssломannen i de regler som omger sådana förhållanden,⁶⁷⁵ se till exempel 18 kap. 1 § HB och 7 § KommL (jfr 2 kap. AvtL). Ingen av dessa regler är direkt tillämplig, men mot bakgrund av det syssломannaliknande uppdraget som vi då skulle finna att arbetstagarorganisationen vore underkastad skulle vi kunna betrakta en informationsskyldighet som inbyggd i själva den rättsliga fullmaktskonstruktionen. Om vi fann oss i en sådan berättelse vore det antagligen mer inbäddat i denna att tänka sig en informationsskyldighet än att förneka en sådan. Informationsskyldigheten följer den (retoriska) logik som ger att ett undantag måste motiveras särskilt, medan huvudregelns lösning motiveras redan av att vara just en sådan.

Det gällande alternativet, den dubbla konstruktionen, ger ingen ledning på samma sätt som organisationsteorin och fullmaktsteorin. Man kan förstås, och det vore konsekvent med kollektivavtalsrättens inställning till teoretiserande,⁶⁷⁶ slå sig till ro med att det mest ändamålsenliga är att en informationsskyldighet finns, och att det inte kräver någon (ytterligare) teoretisk förankring. Den dubbla konstruktionen svarar inte på den frågan, och ändamålet förslår där intuitionen inte gör det. Eftersom positiva regler ger en bundenhet för en viss grupp av kvalificerade tredje män kanske man kan acceptera en lojalitetsplikt för avtalsparterna i relation till dessa tredje män. Gott så, kunde man tycka, och varför skall man pådyvla en teori en uppgift den inte är skapad för?⁶⁷⁷ Att teorin ser

⁶⁷⁴ Se Johansson, Nials svensk associationsrätt i huvuddrag s. 167 f. och 197 f.

⁶⁷⁵ Se också ovan 6.2.2.

⁶⁷⁶ Se ovan vid n. 589, också nedan vid n. 1080.

⁶⁷⁷ Just denna invändning riktar, för övrigt, Ulf Holmbäck mot Folke Schmidt, Holmbäck, Avtalsstolkning. En replik till professor Folke Schmidt s. 620. Se för den debatten vidare 7.3.

ut just som den gör är dock belysande för kollektivavtalsrätten. I kontrast med att "välja" en av två teorier som an knyter till varsin civilrättslig figur, men som inte låter sig förenas med endera av två lösningar som kollektivavtalsrätten behöver väljer kollektivavtalsrätten en mellanväg, en *kombinerad* teori. Kollektivavtalsrätten kommer således att vila på sin egen särsklösnig, samtidigt som den an knyter till de befintliga strukturerna.⁶⁷⁸

Den kollektivavtalsrättsliga mellanvägen förklarar den dubbla bundenheten, men till priset att den inte ger ledning i en fråga som de båda andra alternativen skulle göra (det kan därför i och för sig ifrågasättas om de borde behandlas som varandra uteslutande alternativ, men så har de i vart fall förstått). Frågan kommer därmed, kan man notera, att bli undertryckt i kollektivavtalsrätten, och den behandlas å ena sidan således inte i (till exempel) läroböcker. Eftersom juridiken inom respektive rättsområde väljer sina frågor och skapar sina problem själv kommer frågor på vilka området inte har något svar gärna hamna i skymundan.⁶⁷⁹ Å andra sidan har, mig veterligen, inte heller någon tvist i frågan nått de allmänna domstolarna, så kanske är det inget praktiskt problem, och det borde därför kunna läggas åt sidan. Å tredje sidan (metaforen, som den brukar användas, tillåter egentligen inte någon tredje sida – den är alltså diskursens verkliga skuggsida, skulle man kunna säga) kan det, eftersom kollektivavtalets omvärld förändras, vara svårt att förutse vad som kommer att vara praktiska problem.⁶⁸⁰ Att någon av de förändringar som sker kan komma att förändra fackföreningarnas förhållande till sina medlemmar kan knappast uteslutas. En sådan förändring motverkas av att arbetsrättsjurister uppfostras i doktrinens problemformuleringar, men lika mycket som doktrinen formar praktiken formar praktiken doktrinen.⁶⁸¹ Berättelsen kan inte vara statisk, utan förändringar kommer att ske (vi vet bara inte vilka).

Den dubbla konstruktionen ger inte någon ledning i frågor utöver den om partsbundenheten, varför denna andra fråga måste besvaras av en annan princip som får skapas för ändamålet när behov uppkommer.

⁶⁷⁸ Just det är en strategi som skapar och definierar kollektivavtalsrätten som rättsområde, se 2.2.5 vid n. 142.

⁶⁷⁹ Frågan huruvida man verkligen kan dö av sorg (se n. 391) till exempel. Man kan också fråga sig hur tomten, om vi nu accepterar berättelsen om att han finns, hinner dela ut alla julklappar på en natt. Vi kan ana att lösningen följer en annan logik än den vi är vana vid, men vi kan inte riktigt få kläm på vilken den är. Om frågan ändå ställs får vi problem därför att vi, om vi vill rädda berättelsen (och det vill vi i allmänhet, se under 2.3.3.2 särskilt vid n. 71) måste berätta så att frågan besvaras inom berättelsens interna logik. Se också 4.5.

⁶⁸⁰ Se ovan vid n. 473.

⁶⁸¹ Se ovan n. 592.

Denna ordning skapar en fragmentisering av den berättelse som bygger upp rättsområdet och som gör att vi kan orientera oss.⁶⁸² Varje detaljfråga löses (i förlängningen) av en egen princip som bara svarar på just den frågan och inte har något att säga om någon annan fråga.

Man kan också tänka sig en annan väg för argumentationen, en väg som tar utgångspunkt i att kollektivavtalet liknas vid lag. Frågan får då en konstitutionellrättslig dimension. Som ett grundläggande krav på rätts-säkerhet i en rättsstat har hävdats att normer skall vara tillgängliga.⁶⁸³ En sådan konstitutionellrättslig princip kan dock inte utan vidare överföras på en civilrättslig figur som kollektivavtalet. Någoting måste till för att göra en konstitutionellrättslig princip operationaliserbar på den fråga som nu diskuteras. Skall liknelsen användas för att motivera kollektiv-avtalsparternas skyldighet att göra kollektivavtalet tillgängligt så måste något motivera att partsautonomin får träda i bakgrunden, tillsammans med parternas intresse att själva besluta om deras avtal skall bli kända för andra än avtalsparterna. Det finns också kollektivavtalsrättslig lagstiftning som pekar i den riktningen. Enligt 47 § 3 st. MBL är arbetsmarknadsens parter skyldiga att, på begäran, inge en kopia av träffade kollektiv-avtal till Medlingsinstitutet. Uppgifter i dessa kollektivavtal kan enligt 36 kap. 3 § 2 st. offentlighets- och sekretesslag (2009:400) vara belagda med sekretess hos Medlingsinstitutet. Det praktiskt betydelsefulla området för sekretess är antagligen begränsat.⁶⁸⁴ Det intressanta, åtminstone i det här sammanhanget, är dock att bestämmelsen ger uttryck för tanken att kollektivavtalsparterna kan ha ett legitimt intresse av att skydda uppgifter i kollektivavtal. Ännu starkare talar kanske det intresset i fråga om avtalsförslag och utkast under förhandlingsgångarna.⁶⁸⁵

Några slutsatser om vad som gäller i förhållande till medlemmar eller utomstående arbetstagare kan dock inte omedelbart dras. Bestämmelsen ifråga reglerar bara kollektivavtalsparternas förhållande till en myndighet.

⁶⁸² Om kartan som metafor se 2.1.

⁶⁸³ Frändberg, Begreppet rättsstat s. 33 f.

⁶⁸⁴ För sekretess krävs att uppgiften rör parts-, affärs- eller driftsförhållanden eller en annan enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden. Därutöver krävs att det kan antas att parten eller den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs, 36 kap. 3 § 2 st. offentlighets- och sekretesslag.

⁶⁸⁵ Se Jakhelln, Tariffavtalsers opphavsrettslige vern s. 290. Jakhelln talar utifrån frågan om upphovsrättsligt skydd, men ändamålsresonemangen synes vara desamma. Man kan rentav frestas att hävda att Jakhellns diskussion, ehuru med upphovsrätten som avstamp avslöjar sig som arbetsrättslig. Skälet till att utkast och förslag skall ha upphovsrätt synes vara att upphovsmannen kan ha ett berättigat intresse av att utkasterna inte skall spridas okontrollerat på den grund att de i efterhand kan framstå som ogenomtänkta. Det är alltså det ideella intresset som skall skyddas, inte möjligheten att göra ekonomisk förtjänst på offentliggörandet.

Bestämmelsens (eller bestämmelsernas, om 47 § 3 st. och 36 kap. 3 § 2 st. offentlighets- och sekretesslag ses i ett sammanhang) rätt oprecisa ursprung kan snarast hänga ihop med just att det trots allt är fråga om ett åliggande för ett enskilt rättssubjekt i förhållande till det allmänna. Reglerna synes främst vara betingade av intresset att Medlingsinstitutet skall kunna fullgöra sin uppgift, bakgrunden till skyldigheten för parterna att lämna in kopior på slutna kollektivavtal får sökas i en önskan att Medlingsinstitutet skall kunna agera tidigare än vad det tidigare förlikningsmannainstitutet kunde.⁶⁸⁶ Reglerna innebär att parterna, om de fullgör sin uppgiftsskyldighet, får lämna bedömningen om kollektivavtalen till myndigheten, och därmed i förlängningen till domstol.⁶⁸⁷ De innebär såtillvida en *juridifiering* av kollektivavtalsrätten, men de löser inte fullständigt frågan om kollektivavtalsbestämmelser måste hållas tillgängliga för medlemmarna.⁶⁸⁸

Om ändå det civilrättsliga spåret väljs, och en skyldighet att hålla kollektivavtal tillgängliga istället är en skyldighet emanerande ur själva kollektivavtalet blir saken annorlunda. Då blir den en inskränkning i parternas autonomi, en inskränkning som kanske inte utan vidare behöver tålas. Låt säga att kollektivavtalsparterna, av någon anledning, mellan sig avtalar om att kollektivavtalet i sin helhet skall hållas otillgängligt. Något måste då motivera inskränkning i partsautonomin och motivera ett förbud för parterna att disponera över den frågan. Kanske kan figuren ”god sed på arbetsmarknaden” användas. Det är en arbetsrättslig figur, den är alltså bekant.

Det kan tänkas vara sed (antagligen en god sådan) att hålla kollektivavtal tillgängliga. Kanske beror det dock på vilken typ av bestämmelser man har för ögonen. Kollektivavtalsrätten har på detta sätt en fragmenteringsmekanism inbyggd. Den definierar kollektivavtalsrätten som område genom att skapa behov av speciella lösningar, samtidigt som den underminerar rättsområdet genom att splittra det inifrån. Eftersom rättsområdet definieras och upprätthålls av gemensamma principer, tankemönster eller liknande kommer en mekanism som för varje situation förordar en egen princip att i förlängningen splittra rättsområdet. Kollektivavtalsrät-

⁶⁸⁶ Se prop. 1999/2000:32 s. 47 f. Se också delbetänkandet SOU 1997:164 s. 156 till vilket slutbetänkandet hänvisar, SOU 1998:141 s. 342.

⁶⁸⁷ En myndighets (här: Medlingsinstitutets) beslut att avslå en begäran om att ta del av allmän handling (vilket en till Medlingsinstitutet inlämnad kopia av ett kollektivavtal blir enligt reglerna i 2 kap. TF) kan överklagas till kammarrätten, se 6 kap. 7 § offentlighets- och sekretesslag. Frågan om inflytandet över kollektivavtalets spridning kan alltså inte kontrolleras oinskränkt av parterna. Frågan, eller en del av den, kan i vissa fall flyttas till (förvaltnings)domstol.

⁶⁸⁸ Se också ovan n. 253.

ten, som jag målar upp den, är resultatet av en sådan splittring, liksom indelningen i rättsområden är en fragmentisering av rättsordningen som helhet.⁶⁸⁹ Fragmentiseringsmekanismen är samtidigt, från kollektivavtalsrättens horisont, en förändringsmekanism.

Man kan förstås avskrika frågan med att kollektivavtalsparterna sällan eller ännu hellre aldrig skulle ha anledning att inte låta medlemmarna ta del av kollektivavtalets villkor. Om individualiseringen leder till att kollektivavtalen i än högre grad kommer att innehålla mer allmänt formulerade bestämmelser om kriterier för lönesättning kanske den tendensen inte innebär något här. Att det kan bli problem för arbetstagarorganisationer att kontrollera kollektivavtalens efterlevnad är en annan sak. Om individualiseringen däremot drar i en annan riktning kan berättelsen utmanas, såväl rättsligt som i fråga om vilken inställning som kan förväntas från arbetsmarknadsparterna.

⁶⁸⁹ Häri visar sig också historiens funktion att öka precisionen. För samtiden är nog rätten alltid fragmentiserad, oavsett när samtiden är. Se till exempel Reuterskiöld, Om det systematiska värdet av balkindelningen i 1734 års lag s. 12 "Att balkindelningen i förmögenhetsrättsligt afseende icke kan anses fullständig för vår tids samhälle, är redan framhållet." och s. 13: "Orsaken, hvarför det ändock icke [i balksystemet enligt 1734 års lag] införts, utan ofta med upphäfvande af lagens motsvarande föreskrifter lösbrutits och friställts i egna författningar, ligger sålunda uppenbart icke i innehållet, men den ligger istället i det ökade behofvet af en detaljerade reglering, som icke kunnat tillgodoses med det begränsade yttre utrymme, som lagen [det vill säga balksystemet] genom sin uppställning erbjudit och icke kunnat utan en allmän revision utvidga."

7 Om fastställande av kollektivavtalets innehåll

7.1 Inledning

Kollektivavtalsrätten bygger på arbetsmarknadsparternas autonomi, en autonomi som vilar på lagstiftarens tolerans.⁶⁹⁰ Dess förverkligande är dock också beroende av Arbetsdomstolens sätt att tolka de akter som är utflödet av parternas autonomi att själva reglera arbetsmarknaden. Partsautonomin kommer alltså att förverkligas mot bakgrund av domstolens verksamhet, inte minst då i tvister om tolkning av kollektivavtal.

Ovan har hävdats att det främsta intresset bakom lagstiftningen om kollektivavtalet varit intresset av att garantera arbetsfred. Inrättandet av Arbetsdomstolen är ett led i samma lagstiftning, men man kan med fog säga att tolkning av kollektivavtal sedan Arbetsdomstolen inrättades varit en huvuduppgift för densamma.⁶⁹¹ Också bakom Arbetsdomstolen skymtar dock intresset av arbetsfred. Att arbetsmarknadsparterna var obenäga att vända sig till tillgängliga rättsliga instanser (det vill säga, utöver skiljedomsförfarande, de allmänna domstolarna) tänktes nämligen leda till att förhållandena skulle komma att regleras antingen genom strid, eller, om styrkeförhållandena var ojämna, genom att den ena parten till följd av sin underlägsenhet skulle underlåta att framställa också i och för sig berättigade anspråk.⁶⁹² De mest framträdande faktorerna bakom

⁶⁹⁰ Se vidare nedan 8.2.

⁶⁹¹ Se Eklund i Schmidt m.fl. Facklig arbetsrätt s. 187, jfr Sigeman i Schmidt m.fl. Facklig arbetsrätt s. 75.

⁶⁹² Prop. 1928 nr 39 s. 134 f. Med användning av pendelmetaforen (se särskilt 4.5) kan man notera att argumentet att styrkeförhållandena är ojämlika, och att ena parten därför är (typiskt sett) underlägsen och därför måste foga sig i motpartens vilja återigen dyker upp. Det nya (eller nygamla, vilken part som typiskt sett är den svagare kan nog ha bytt identitet, även om propositionen från 1928 inte yppar något på den punkten) läget beror på den förändring som samhället genomgått. Se, för nedslag, Karlsson och Lindberg, Vägval på arbetsmarknaden: Sönderfall, omreglering, avreglering eller modernisering, särskilt s. 95 (med hänvisning till Moberg) och Moberg, Lockout, strejk och blockad, särskilt s. 55 ff.

parternas agerande angavs därvid vara, förutom kollektivavtalets oklara rättsliga status, vilken avsågs undanröjas genom kollektivavtalslagen, dels en misstro mot de allmänna domstolarnas sakkunskap på det aktuella området, dels att förfarandet inte var snabbt nog för att rättsligt lösa konflikter före det att de skulle komma att leda till strid.⁶⁹³ Risken för konflikt vid meningsskiljaktigheter om kollektivavtal skulle också, tänkte man sig, vara större beträffande kollektivavtalet än det individuella arbetsavtalet. I takt med att kollektivavtalet utvecklades till att i allt större mån reglera "arbetsavtalets alla detaljer" skulle också behovet av sakkunskap öka, för att skapa trovärdighet för den rättsliga regleringen (och därmed garantera dess legitimitet bland arbetsmarknadsparterna). Endast om den rättsliga bedömningen skulle komma att upplevas som trovärdig kunde parterna förväntas lösa tvistigheter rättsligt istället för genom strid.⁶⁹⁴

7.2 Kollektivavtalsstolkningen och dess särdrag

Det sägs ibland att tolkning av avtal är beroende av vilken avtalstyp det är fråga om.⁶⁹⁵ Därför kan det vara intressant att se hur tolkning av kollektivavtal skapas som ett område, och vad som gör det speciellt.⁶⁹⁶ "Den allmänna avtalsrätten" används som jämförelseobjekt. Det är möjligt att det är orättvist att tillskriva denna en enhetlig och etablerad tolkningslära, men från det angränsande området, kollektivavtalsrätten, ser det ut så. För att fungera som jämförelseobjekt måste den allmänna avtalsrätten framstå som enhetlig och koherent, men det är en egenskap som den tillskrivs från det jämförande rättsområdet, det vill säga kollektivavtals-

⁶⁹³ Prop. 1928 nr 39 s. 134 f., och Sigeman i Schmidt m.fl. Facklig arbetsrätt s. 74 f.

⁶⁹⁴ Prop. 1928 nr 39 s. 135.

⁶⁹⁵ Se till exempel Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 14. Folke Schmidt talar om olika typfall, se Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 519. Schmidt räknar upp ett antal typfall, såsom kollektivavtal, fastighetsköp, växel och check. Kanske skulle listan idag se annorlunda ut (fastighetsköp och kollektivavtal skulle nog vara kvar, växel och check skulle nog vara utbytta mot mer moderna betalningsformer), men idén är alltså gångbar.

⁶⁹⁶ Uppgiften är att teckna en bild av kollektivavtalet, vilket blir att teckna en bild av dess särdrag. Strategin att jämföra en företeelse med det nationella system i vilket den verkar har av Jonas Malmberg benämnts "det internt komparativa perspektivet", en, tror jag, väl avvägd term, se Malmberg, Anställningsavtalet s. 36 ff. Malmberg är inte ensam om att dra nytta av komparativ rätt i ett nationellt sammanhang. Stig Strömholm ställer en *diakronisk* jämförelse (en jämförelse mellan olika tider), mot en *synkronisk* jämförelse (samtida tillstånd men geografiskt, nationellt eller kulturellt olika), se Strömholm, Tre lagböcker s. 894 med hänvisning till "andra humanistiska och samhällsvetenskapliga discipliner" samt "liknande språkvetenskapliga sammanhang."

rätten. Däremot är det inte nödvändigtvis en egenskap den (det vill säga den allmänna avtalsrätten) i sig själv besitter. Gränsöverskridande studier har ett generaliserande drag, där det ena området generaliseras; det område som huvudsakligen tjänar som jämförelseobjekt. Den rättsliga kartan med gränser och rättsområden förutsätter att studien tillhör ett visst område varifrån det närmar sig ett annat, vilket också metaforen *gränsöverskridande* gör.

Då och då blossar debatter upp i doktrinen, debatter som kan sägas ha sin grund i att rättsområden möts, antagligen inte sällan genom att någon medvetet eller omedvetet försöker överskrida en gräns. Från kollektivavtalsrättens håll är det särskilt intressant att uppmärksamma den debatt Folke Schmidt inledde för snart ett halvt sekel sedan.⁶⁹⁷ I den debatten som följde kan anas hur kollektivavtalsstolkningen skiljer ut sig från den allmänna avtalsstolkningen, och därmed hur kollektivavtalsrätten får en egen identitet. Folke Schmidt hävdade att en allmän culparegel för avtalsstolkning bättre beskrev rättsregelsystemet än såväl vilje- som tillitsteorin och därtill vad Schmidt kallar den *objektiva teorin* (enligt vilken avtalstexten skall vara utgångspunkten).⁶⁹⁸ Debatten fick inledningsvis ett momentum av att det visar sig att terminologin inte är gemensam. Ulf Holmbäck invände mot Schmidts terminologi, särskilt mot den av Schmidt benämnda objektiva teorin, genom att förklara att den objektiva teorin i Norden vanligen benämns förklarings teorin, alltmedan såväl denna som tillitsteorin är objektiva (att jämföra med viljeteorin, som då är subjektiv).⁶⁹⁹ Holmbäck's inlägg verkar i den delen i sin tur främst vara en reaktion på vad Folke Schmidt påstår om Holmbäck's användning av termen objektiva tolkningsteorier, nämligen att dessa tillämpas så snart inte bedömningen avser just löftesgivaren eller löftesmottagaren, utan en förständig man i hans ställe, en inställning som skulle få till följd att skillnaderna mellan teorierna väsentligen skulle vara utsuddade.⁷⁰⁰

Folke Schmidt analyserar de rådande teorierna utifrån tanken att tolkningen sker i två etapper. Den första utgår från det fall att man antar att en gemensam partsavsikt föreligger, den andra från det fall att parterna inlagt olika betydelser i avtalet (dissens).⁷⁰¹ Schmidt tänker sig att doma-

⁶⁹⁷ Tiden i sig är kanske inte särskilt intressant, mer än att debatten allttjämt är relevant, vilket i sin tur beror på att diskursen i princip är sammanhängande sedan dess (och längre tillbaka än så). Man bör inte heller underskatta det faktum att det är just Folke Schmidt som driver debatten, se nedan n. 788.

⁶⁹⁸ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 497 ff. på vilka Schmidt beskriver de rådande teorierna (viljeteorin, tillitsteorin och den objektiva teorin).

⁶⁹⁹ Holmbäck, Avtalsstolkning. En replik till professor Folke Schmidt s. 620 f.

⁷⁰⁰ Schmidt, En culparegel vid avtalsstolkning s. 426.

⁷⁰¹ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 504.

ren i den första etappen undersöker vardera partens viljeförklaring för sig för att se om de sammanfaller.⁷⁰² Domaren kan visserligen förväntas sträva efter att lösa tolkningstvisten på detta sätt, men ibland låter det sig inte göras. I dessa fall går tolkningen över till etapp två.⁷⁰³ För att undersöka hur de rådande teorierna (vilje- och tillitsteorierna samt den objektiva teorin) löser den frågan konfronterar Schmidt dem med fall av dissens.⁷⁰⁴ Hans slutsats blir att såväl viljeteorin som tillitsteorin för de fallen ”vägrar att göra tjänst”.⁷⁰⁵ Såväl viljeteorin som tillitsteorin kan möjligen räddas något genom att de pekar ut endera anbudet (viljeteorin) eller accepten (tillitsteorin) som bestämmande för tolkningen, men lösningen blir slumpartad, särskilt som det ofta efter en förhandling med en gemensamt utarbetad avtalstext inte går att säga vad som är anbud och vad som är accept.⁷⁰⁶

Folke Schmidt kan inte acceptera att det inte av tolkningsteorin framgår vad som skall vara avgörande eftersom domaren till synes slumpmässigt måste avgöra vilken rättshandling som skall vara bestämmande för innehållet, likaväl som att det inte bör förekomma att saken avgörs som om en gemensam partsavsikt förelegat trots att parterna vid avtalstillfället haft olika uppfattningar i den uppkomna frågan. Schmidt anför att: ”[e]n sådan fiktion kan tänkas dölja, att avgörandet grundats på fritt skön. [...] En domare bör öppet redovisa på vilka grunder han bygger sitt avgörande.”⁷⁰⁷ Den objektiva teorin har enligt Schmidt potential att vara öppnare, men den lider av att ”[det förefaller] som om den objektiva teorins anhängare varit bundna av viljeteorins grepp över tanken.”⁷⁰⁸

Folke Schmidts analys utmynnar i att han föreslår en allmän culpaprincip, som han menar bättre än de rådande teorierna beskriver tolkningen då parterna inlagt olika innebörder i avtalet. Schmidts teoretiska utgångspunkt, det krav han ställer på en (bra) teori, är nämligen att teorin skall *beskriva* praktiken, det vill säga i det sammanhanget vad domaren gör.⁷⁰⁹

⁷⁰² Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 504 f.

⁷⁰³ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 508 f.

⁷⁰⁴ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 509 ff. samt 512 f.

⁷⁰⁵ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 511 (f.).

⁷⁰⁶ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 512.

⁷⁰⁷ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 509.

⁷⁰⁸ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 518.

⁷⁰⁹ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 515, också s. 504, vidare Schmidt, En culpapregel vid avtalstolkning s. 427. Se också Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehåller, särskilt s. 491 där det sägs att det traditionella synsättet i vissa fall ”kommer till korta”. Samma inställning tycks för övrigt (även om den inte artikuleras) skymta hos Kurt Grönfors, se Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, särskilt s. 22, s. 50 (i polemik med Folke Schmidt hänvisar Grönfors till hur det *verkligt* går till på transportavtalets område), s. 126 och s. 129.

Culpa-regeln har förtjänsten att den enligt Schmidt kan samla de andra teorierna till en gemensam teori, en teori som dessutom har ytterligare fördelar.⁷¹⁰ De andra teorierna har enligt Schmidt nämligen den bristen att de bara tar hänsyn till endera partens handlande åt gången, varför den ena partens klandervärda beteende kan hamna utanför bedömningen medan den andres blir avgörande för utgången.⁷¹¹

Schmidts förslag fick, som antytts, inte stå oemotsagt. En allmän culpaprincip för tolkningen låter sig inte inordnas i den traditionella tolkningsläran och flera författare visade sig ovilliga att bereda plats för den. Till saken hör Schmidts anspråk på att utifrån Arbetsdomstolens praxis kunna säga något om den allmänna avtalstolkningsläran; Schmidt betraktar dem inte som skilda företeelser. Den grundläggande utgångspunkten artikuleras till exempel med hänvisning till Arbetsdomstolens praxis: "AD har givit en från allmän avtalsrättslig synpunkt värdefull komplettering av HD:s sparsamma praxis."⁷¹² Ulf Holmbäck gör ett försök att påpeka olikheterna mellan kollektivavtal och avtal i allmänhet, och ger en antydning om att man bör betrakta kollektivavtalsrätten som ett eget område: "[m]an bör se [Folke Schmidts förslag] mot bakgrunden av kollektivavtalsrätten".⁷¹³

Inte bara Ulf Holmbäck angriper Folke Schmidts inlägg. Hjalmar Karlgren ägnar en not i "Kutym och rättsregel" åt Folke Schmidts uppsats (Typfall, partsavsikt och partsculpa).⁷¹⁴ Kritiken är inte mild. Schmidt har, påstår Karlgren, missuppfattat rättsläget på flera centrala punkter. Tillitsteorin innebär enligt Karlgren inte, vilket Schmidt tillskrivit denna som en särskild olägenhet, att den ena kontrahentens handlande bedöms utan att hänsyn tas till den andres handlande. Läget måste tvärtom bedömas ifrån båda parterna synpunkt. Ett andra steg inträder när ena par-

⁷¹⁰ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 519.

⁷¹¹ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 516 och s. 519.

⁷¹² Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 128. Schmidt ger i det avseendet uttryck för samma grundinställning som Bert Lehrberg, som, i vart fall inte uttryckligt, gör någon principiell skillnad på tolkning av kollektivavtal och tolkning av andra avtal (Lehrberg, Avtalstolkning). Det är dock bara i just det avseendet som Schmidt och Lehrberg gör gemensam sak – Lehrberg förnekar existensen av en culpaprincip av det slag Schmidt förordar, se Lehrberg, Avtalstolkning s. 168 ff. För att ytterligare skilja dem båda åt bygger Lehrberg på distinktionen mellan tolkning och utfyllning (se till exempel Lehrberg, Avtalstolkning s. 15 ff.), en distinktion som Schmidt å sin sida förnekar nyttan av, Schmidt, Model, Intention, Fault s. 179 n. 1. Den nu behandlade debatten förs visserligen på 1960-talet, men om Bert Lehrberg ändå skall placeras in i den hamnar han på motståndarsidan i relation till Folke Schmidt. Det möter inte alltför mycket motstånd att placera in en nutida författare som Bert Lehrberg i debatten – den har alltså aktualitet.

⁷¹³ Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal s. 333 (f).

⁷¹⁴ Karlgren, Kutym och rättsregel s. 32 n. 4.

ten misstagit sig på innehållet. Misstagsreglerna (främst 32 § 1 st. och 6 § AvtL) ger då antingen att avtalet blir ogiltigt, eller att det blir gällande enligt misstagskontrahentens (den part som misstagit sig) mening, försåvitt motparten är i ond tro om misstaget. Dessutom hyser Schmidt enligt Karlgen missuppfattningen att ett avtal kan bli bestående om båda parter har lika mycket eller lika lite fog för sin (sinsemellan oförenliga) tolkning. Följden i ett sådant läge är, tvärtemot vad Schmidt antagit, att något avtal överhuvudtaget inte kommit till stånd – avtalet, säger Karlgren, ”strandar, helt naturligt, på dissensen.”⁷¹⁵

Lennart Vahlén ställer sig, i polemik med Schmidt, på Ulf Holmbäcks och Hjalmar Karlgrens sida. Någon allmän tolkningslära av det slag som Schmidt skisserat ger rättskällorna, enligt Vahlén, inte stöd för. Inte heller kan han acceptera att vare sig misstagsreglerna i avtalslagen eller gällande tolkningsprinciper bygger på ett culpateori.⁷¹⁶ Vahlén antyder också en principiell åtskillnad mellan olika avtalstyper: ”Diskussionen har också fortsatt efter nya linjer, särskilt därigenom att i många arbeten viktiga bidrag lämnats till precisering av tolkningsreglerna genom belysning av olika tolkningsspörsmål vid särskilda avtalstyper.”⁷¹⁷ Karlgren angriper Schmidt ännu en gång, och ännu en gång i notapparaten.⁷¹⁸ I sin anmälan av Lennart Vahléns *Avtal och tolkning* ägnas noterna 3–6 åt att kritisera Schmidts förslag.⁷¹⁹ Debatten berör vidare kretsar än de mest aktiva deltagarna. Den finske juristen Curt Olsson passar på att röra vid debatten, i sin anmälan av Karlgrens Kutym och rättsregel.⁷²⁰ Kanske antyder han ett försvar för Schmidts uppfattning: ”Det är möjligt, att en dylik culpateori, om den accepterades, skulle erbjuda en bättre ’förklaring’ till kutymernas giltighet än hittills gängse tolkningsteorier.”⁷²¹ Också Axel Adlercreutz hann beröra debatten innan decenniet (det vill säga 1960-talet) var över.⁷²² Av Adlercreutz får man förstå att denne betraktar Schmidts uppfattning

⁷¹⁵ Karlgren, Kutym och rättsregel s. 32 n. 4.

⁷¹⁶ Vahlén, *Avtal och tolkning*, särskilt s. 181 f.

⁷¹⁷ Vahlén, *Avtal och tolkning* s. 192, med hänvisning till Folke Schmidt (och Jan Hellner).

⁷¹⁸ Det är förvisso inget fel i att använda notapparaten – Karlgrens teknik för att hålla två samtal igång samtidigt förtjänar uppskattning, en uppskattning som verkar delas av Lennart Vahlén: ”En av Karlgrens specialiteter är ju att i noter och i texten icke så sällan göra små exkurser med synnerligen intressanta utvecklingar av frågor som är av stort intresse men som ofta försummas av andra författare, därför att de ligger något utanför de vanliga tankelinjerna.” Vahlén, *Anm. av Hjalmar Karlgren: Passivitet*. s. 363.

⁷¹⁹ Karlgren, *Anm. av Lennart Vahlén, Avtal och tolkning* s. 214.

⁷²⁰ Olsson, *Anm. av Hjalmar Karlgren, Kutym och rättsregel* s. 296 f.

⁷²¹ Olsson, *Anm. av Hjalmar Karlgren, Kutym och rättsregel* s. 297.

⁷²² Adlercreutz, *Ny regel om avtalslut?* s. 750 n. 1.

(i fråga om hur man går tillväga för att lösa den fråga som uppstår om parterna hävdar var sitt avtalsinnehåll) som avvikande mot den mening som ”väl får anses vara förhärskande i doktrin och praxis”,⁷²³ även om Adlercreutz själv nog egentligen inte tar ställning.

Debattens verkningar är dock inte slut i och med decenniet. Carl Martin Roos anknuter i en uppsats, *Tvetydigheter i avtal*, till debatten mellan Schmidt och Karlgren, Vahlén och Holmbäck.⁷²⁴ I uppsatsen tillskrivs Arbetsdomstolen en egen metod, kallad den arbetsrättsliga culpa-regeln.⁷²⁵ Roos härleder visserligen regeln ur en begränsad mängd fall,⁷²⁶ men han tänker sig (antagligen på goda grunder) att de valda fallen belyser en tes som skulle styrkas av ett större material.⁷²⁷ Roos riktar kritik mot såväl den allmänna avtalstolkningen (förklaringsmisslagsregeln) som den arbetsrättsliga culpa-regeln, men han behandlar dem alltså som två skilda regler, eller snarare metoder för tolkningsverksamheten. Däremot tycks han inte, vilket är en del av legitimiteten för kollektivavtalsrättens särdrag, mena att kollektivavtalstolkningen principiellt behöver skilja sig från annan avtalstolkning. Tvärtom kan enligt Roos allehanda tolkningsproblem av ”en semantiskt skolad konfliktlösare” lösas ”med stöd av typfall och gott omdöme.”⁷²⁸ En arbetsrättslig bekantskap, Anders Victorin, kommenterade Roos uppsats, i vilken han bland annat kritiserade Roos förslag för att vara vagt.⁷²⁹ Roos hade vidare kritiserat den arbetsrättsliga culpa-regeln för att kunna leda till att parterna får ett incitament att ”lurpassa” på varandra, rakt motsatt det önskade incitamentet att förämla klarhet och ärlighet.⁷³⁰ Victorin anför mot Roos farhåga hur parterna faktiskt agerar, i verkligheten – arbetsmarknadsparterna betar sig ”[e]nligt de informationer som står till buds från det arbetsrättsliga fältet” inte så som Roos insinuerar.⁷³¹ Skälen för det är såväl diplomatiska (dålig förhandlingsmoral skulle äventyra relationerna på arbetsmarknaden) som rättsliga (den medvetet felande parten skulle riskera att bli genomskadad

⁷²³ Adlercreutz, Ny regel om avtalsslut? s. 749.

⁷²⁴ Roos, *Tvetydigheter i avtal*, särskilt s. 625 n. 1.

⁷²⁵ Roos, *Tvetydigheter i avtal* s. 628 f. och s. 630 ff. Folke Schmidt har tidigare, i en artikel som anknuter till den refererade debatten, pläderat för att Arbetsdomstolens tolkningsprocedur i mål om kollektivavtalstolkning skall anammas av de allmänna domstolarna, Schmidt, *Domaren forskar efter avtalsinnehållet*, särskilt s. 488 och s. 491 f.

⁷²⁶ AD 1934 nr 7, AD 1946 nr 2 och AD 1950 nr 29.

⁷²⁷ Roos, *Tvetydigheter i avtal* s. 639.

⁷²⁸ Carl Martin Roos skulle, för att föregripa händelserna, lite senare i debatten hävda att skillnaderna mellan handelsrätt och arbetsrätt inte är så stora att olika regler behövs, Roos, Behövs det nya grepp i tolkningsläran? s. 154.

⁷²⁹ Victorin, *Dissens och tolkning* s. 56.

⁷³⁰ Roos, *Tvetydigheter i avtal* s. 638.

⁷³¹ Victorin, *Dissens och tolkning* s. 60.

av Arbetsdomstolen). Dessutom skulle, tänkte sig Victorin, det sociala trycket på arbetsmarknaden avhålla arbetsmarknadsparterna från att föra en sådan tvist till Arbetsdomstolen.⁷³² Victorins kritik fick Carl Martin Roos att tämligen omedelbart replikera i uppsatsen *Behövs det nya grepp i tolkningsläran?* Roos ser sig knappast besegrad av Victorins ganska aggressiva angrepp, men hans försvar är mer undvikande än polemiskt – kanske kunde det därför bilda en effektiv slutpunkt på debatten. Han tonar ner ambitionerna i sitt förslag som bara var ”ett tankeexperiment ’de lege ferenda’”.⁷³³ De ”rättspolitiska” (*sic.*) värderingarna bakom Roos förslag redovisas kortfattat i punktform men frågorna ”är komplicerade och svårbedömda” och ”tål att tänkas på.”⁷³⁴ Roos invänder inte (i vart fall inte uttryckligen) mot Victorin att förslaget inte handlar om realiteterna (hur arbetsmarknadsparterna verkligen betar sig), utan om reglernas incitament. Därmed undviker han (medvetet eller omedvetet) att framkalla ytterligare en reaktion från Victorin, en reaktion som skulle kunna utlösas av att en hänvisning till verkligheten inte accepteras som den mest auktoritära hänvisningen, som debattens trumfess.⁷³⁵

Efter att krutröken lagt sig kan det kanske synas tveksamt om debatten egentligen ledde någonvart. Man kan förstås ta ställning och välja att Schmidt hade rätt och att Karlgren, Vahlén och Holmbäck därmed hade fel, eller vice versa. Debatten kan förvisso ha bidragit till att tolkningsläror formulerats på ömse sidor, men framförallt visar den, även om den här återgivits i komprimerad form, att kommunikationen på punkt efter punkt bryter samman. Det är inte meningsfullt att sluta sig till att den ena sidan läst bättre än den andra sidan, men däremot att den läst annorlunda. Mer intressant än debattens sakinnehåll är att kollektivavtalsstolkningen som en egen disciplin, skild från den allmänna tolkningsläran, springer fram med Folke Schmidts artikel, och den därpå följande debatten. Folke Schmidt själv antyder att Arbetsdomstolen och kollektivavtalsrätten är särpräglade, men betraktar dem som ett föredöme för de allmänna domstolarna och den allmänna avtalsstolkningen.⁷³⁶ Det finns drag av medveten revolution i Folke Schmidts artikel. Han är radikal i

⁷³² Victorin, *Dissens och tolkning* s. 60.

⁷³³ Roos, *Behövs det nya grepp i tolkningsläran?* s. 153.

⁷³⁴ Roos, *Behövs det nya grepp i tolkningsläran?* s. 154.

⁷³⁵ Se kap. 9.5.

⁷³⁶ Folke Schmidt kommer något senare att hänföra större delen av sin gärning till arbetsrätten, med ”åtskilliga utvikningar till andra områden”, av vilket han särskilt framhåller den allmänna rättsläran. Att han skulle ha gjort några betydande insatser inom den allmänna avtalsrätten vill han tydligen inte själv framhålla. Se Schmidt, *Från socialism till löntagarmakt*, särskilt s. 526.

det att han vill ”kasta tillitsteorin överbord”, likaväl som han vill ”söka bygga upp något annat att sätta i stället för det gamla.”⁷³⁷

Det är nog inte heller någon slump att arbetsrättsligt bekanta namn återkommande dyker upp, nästan entydigt på den ena sidan i debatten. Arbetsrätten skiljer ut sig, genom hur praxis har kommit att utvecklas i Arbetsdomstolen respektive i de allmänna domstolarna (främst företrädde av Högsta domstolen). På denna punkt i den nu refererade debatten möts de båda traditionerna och skillnaden artikuleras akademiskt. Skillnaden är dock inte bara slumpmässig, utan också rationell. Den faller tillbaka på förhållanden som gör att man kan skilja ut kollektivavtalsstolkning från ”vanlig” avtalsstolkning. I det följande skall behandlas förhållandet mellan kollektivavtalets ingående och kollektivavtalets innehåll (7.3), tolkningsverksamhetens syfte (7.4) och den processrättsliga ramen inom vilken tolkningsverksamheten i Arbetsdomstolen bedrivs.

7.3 Förhållandet mellan ingående av avtal och avtalets innehåll

7.3.1 I kollektivavtalsrättens historia

Det formkrav som kollektivavtalet är underkastat har i första hand att göra med avtalets ingående (5.3). Det finns dock beröringspunkter också med avtalets innehåll. I några av de tidiga förslagen till kollektivavtalslag föreslogs ett uttryckligt stadgande av innebörd att ”[v]id tolkning af kollektivafval skall tagas hänsyn ej blott till den upprättade handlingens innehåll utan äfven till hvad som förekommit vid förhandlingar rörande aftalets tillkomst eller eljest skäligen kan tjäna till ledning i fråga om tolkningen.”⁷³⁸ Bestämmelsen skulle enligt förslaget utgöra ett andra stycke till den bestämmelse som skulle fastslå formkravet (2 §). Förslaget infördes på inrådan av lagrådet, sedan detta uttalat att det förelåg en risk att alltför stor vikt skulle kunna komma att läggas vid ”dess bokstaffiga innehåll”, även om det skulle avvika från vad som vore åsyftat av kontrahenterna. En sådan ordning vore enligt lagrådet särskilt betänkligt mot

⁷³⁷ Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 518. Det sistnämnda presenteras närmast som en moralisk plikt, och i den metaforen och i den känslan kan man nog spåra ett modernistiskt konstruktivt drag i Folke Schmidts gärning. Det skall dock besinnas att det inte är någon kritik i och för sig – och Folke Schmidt var själv väl medveten om metaforens retoriska kraft: ”De metaforer vi använder för att orientera oss i det rättsliga materialet är hårt inpräntade.” Schmidt, En culparegel vid avtalsstolkning s. 421. Se också kap. 2.1.

⁷³⁸ Prop. 1910 nr 96, s. 3 (jfr a prop. s. 119).

bakgrund av att ett kollektivavtal skulle gälla för fler än just kontrahenterna.⁷³⁹ Lagrådets inställning, och som det får förstås departementschefens, är möjligen lite förvirrande i det att inställningen tycks gå på tvärs med vad som kan motivera själva skriftkravet; förutsebarhetsintresset för den som träffas av regleringen utan att vara part i avtalet. Lagrådet tycks mena att en fara med skriftlighetskravet, om det bara formuleras som ett krav på skriftform, är att det kan leda tolkningen fel. Felet skulle bestå i att domstolar kan frestas att fästa för stort avseende vid ordalydelsen, på bekostnad av vad som förevarit vid avtalsslutet.⁷⁴⁰ Denna inställning ger uttryck för tanken att kollektivavtalet är ett civilrättsligt avtal, och att det som sådant skall hämta sitt innehåll inte bara från partsviljan såsom den kommit till uttryck i ett skriftligt dokument, utan av vad som överhuvudtaget kan utrönas om parternas beteenden och andra omständigheter.

När departementschefen inför lagstiftningen 1928 stannar för att avstå från att föreslå ett formkrav faller naturligen frågan om tolkningens relation till just skriftkravet bort.⁷⁴¹ Även om ett sådant krav sedermera infördes förblev det odiskuterat i förarbetena. Inte heller har ett stadgande som den av lagrådet föreslagna anvisningen för tolkningen uppträtt inför senare lagstiftning. Att frågorna försvinner behöver inte betyda att de fått svar, istället kan det tas till intäkt för att rättsområdet vant sig vid att formkravet finns som en del av kollektivavtalet, och att kollektivavtalsrätten därmed kommer att hysa vissa inneboende frågor.

7.3.2 I den rättsvetenskapliga debatten

7.3.2.1 Ett kommunikationssammanbrott

Kollektivavtalstolkningens särdrag kan sökas i den rättsvetenskapliga debatt som refererades strax ovan (7.2). Kollektivavtalet skiljer dock inte bara ut sig, utan det ansluter också till den allmänna avtalsrätten. Ett avtal består, i princip, av de överensstämmande viljeförklaringar som avtalsparterna avgivit.⁷⁴² Som en närmast logisk konsekvens följer att avsaknad

⁷³⁹ Se prop. 1910 nr 96, särskilt s. 148. Förslaget är kvar oförändrat och okommenterat i prop. 1911 nr 43 (s. 2 och s. 120).

⁷⁴⁰ En jämförelse med det typiska formbundna avtalet, fastighetsköpet, kan ge att säljarens felansvar var mer "formalistiskt" före 1970 års jordabalk i den meningen att i princip inga andra fel kunde göras gällande än beträffande egenskaper som var uttryckligt utfästa i det skriftliga avtalet, se till exempel NJA 2007 s. 86. För fastighetsköpet skulle alltså utgångspunkten vara just den som lagrådet 1910 befarade skulle kunna drabba kollektivavtalstolkningen om ett krav på skriftkrav infördes.

⁷⁴¹ Se 5.3.3, särskilt vid n. 490.

⁷⁴² Se till exempel Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 18, Lehrberg, Avtalstolkning s. 13 ff. Modellen härleds från motiven till 1 kap. AvtL.

av gemensam partsavsikt innebär att inget avtal, åtminstone inte i den delen, kommit till stånd. Avtalets själva tillblivelse faller på dissensen.⁷⁴³ Det innebär i sin tur till att tolkning och ingående systematiskt, i princip, är samma fråga. En fråga som inte besvaras av avtalet är, helt enkelt, en olöst intressefråga mellan parterna.⁷⁴⁴

Folke Schmidt vill först avgöra avtalets bestånd, därefter dess innehåll.⁷⁴⁵ På just denna punkt angrips Folke Schmidt av Ulf Holmbäck, bland annat med argumentet att Schmidts metod innebär en motsatt tågordning mot den etablerade.⁷⁴⁶ Vidare invänder kritikerna att Schmidts resultat, att de etablerade teorierna (viljeteorin, tillitsteorin och den objektiva teorin) vägrar göra tjänst, beror på att han prövar dem på en situation de inte är avsedda för.⁷⁴⁷ Den situationen, som Folke Schmidts förslag utgår ifrån, är fall då avtalet *skall bestå*, men där detta avtal är *oklart*.⁷⁴⁸ Schmidt hävdar å sin sida att kritikerna (i detta avseende främst Karlgren), när de vill använda reglerna om förklaringsmisstag som ogiltighetsgrund gör sig skyldiga till ett tankefel. En användning av misstagsreglerna förutsätter att domstolen först genom att tolka avtalet fastställer dess ”objektivt” riktiga innehåll, för att därefter bestämma vem av parterna som begått ett misstag, i det att denne inlagt en annan betydelse i förhållande till detta objektivt riktiga innehåll. Därför måste man också anta att ett misstag förelåg redan från början, vid avtalets slutande. Tankefelet består, enligt Schmidt, i att man antar att avtalstexten har en självständig innebörd som låter sig fastställas av sig själv, ”utan hjälp av rättsregler”, och att man därför ”i strid mot verkligheten [utgår] från antagandet, att ett misstag förelåg redan från början.”⁷⁴⁹ Man kan notera detaljerna: Folke Schmidt kursiverar det

⁷⁴³ Att ett avtal i den aktuella frågan överhuvudtaget inte kan ha kommit till stånd om det inte finns samstämmiga viljeförklaringar verkar vara vad Karlgren har i tankarna när han avfärdar Folke Schmidts förslag. Se också Karlgren, Anm. av Lennart Vahlén, Avtal och tolkning n. 5 (s. 215) och Vahlén, Avtal och tolkning s. 163 (ff.). Jfr Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 512 och Schmidt, En culpapregel vid avtalstolkning s. 428 n. 23.

⁷⁴⁴ Se till exempel Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal s. 330 f.

⁷⁴⁵ Frågan om avtals bestånd och frågan om avtals innehåll har, vidgår Folke Schmidt, visserligen samband, men de är likväl i viktiga avseenden självständiga, och domstolarnas procedere i avtalstolkningsfrågor borde därför hålla isär dem, Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet s. 488.

⁷⁴⁶ Holmbäck, Förklaringsmisstag och oklara avtal s. 326.

⁷⁴⁷ Holmbäck, Avtalstolkning. En replik till professor Folke Schmidt s. 620 f. Karlgren, Anm. av Lennart Vahlén, Avtal och tolkning s. 214 n. 5.

⁷⁴⁸ Schmidt, Typfall partsavsikt och partsculpa s. 497 f. och s. 512. Se också Schmidt, En culpapregel vid avtalstolkning s. 422 och 428 f.

⁷⁴⁹ Schmidt, En culpapregel vid avtalstolkning s. 425. Folke Schmidts kritik liknar Kurt Grönfors resonemang 35 år senare, när denne av effektivitetsskäl föreslår att man, i vart

som strider mot verkligheten, nämligen att ett misstag förelegat redan vid avtalslutet, trots att ingen av parterna i och för sig behöver ha föreställt sig ett avtalsinnehåll i enlighet med det av domstolen sedermera framtolkade avtalsinnehållet (eller ett innehåll överhuvudtaget). Däremot passerar påståendet att antagandet strider mot verkligheten utan att markeras särskilt. Att det är en avgörande kritik mot antagonisternas synsätt är i sig ett grundantagande i Schmidts argumentation, och därmed har man också identifierat ett kommunikationssammanbrott, eller en gräns mellan två paradigmen. Skillnaden mellan Folke Schmidt och hans antagonister skulle (lite tillspetsat) kunna beskrivas så att Folke Schmidts världsbild bygger på att teorierna skall *beskriva* verkligheten, medan motståndarsidan utgår från att teorierna *är* verkligheten.

Debatten mellan Folke Schmidt å ena sidan och Hjalmar Karlgren med flera å den andra är nog alltså inte bara en fråga om meningsskillaktigheter i sak, även om debatten naturligen förs i replikform, som om man talade just om samma sak. På punkt efter punkt bryter förståelsen mellan å ena sidan Schmidt, å andra sidan Ulf Holmbäck och Karlgren samman. Lite senare uppträder samma fenomen mellan Lennart Vahlén, Anders Victorin och Carl Martin Roos. Folke Schmidt vill inte acceptera att de etablerade teorierna inte beskriver tolkningsverksamheten. Hans motståndare vill inte acceptera att Schmidt särställer dissensituationen på ett sätt som inte kan inordnas i den allmänna avtalsrättens lära. Schmidts misstag i kommunikationshänseende är, kan man säga, att han vill diskutera om man verkligen kan dö av sorg när berättelsen bygger på att drottningen gjort just det.⁷⁵⁰

Några år efter det refererade replikskiftet kvarstår Schmidts ovilja, eller oförmåga, att förstå varför inte den allmänna avtalsrätten vill acceptera hans förslag och varför inte de allmänna domstolarna "icke velat antaga det synsätt som med framgång tillämpats under en lång följd av år."⁷⁵¹ Schmidt framhårdar i att Arbetsdomstolens procedere i tolknings-

fall vid långtidsavtal, bör utgå från "den omvända modellen" jämfört med "den klassiska modellen". Om man skall följa den senare konstrueras avtalsramen i efterhand med sikte på tidpunkten för avtalet. Den faktiska situationen vid bedömningstidpunkten jämförs med den sålunda framkonstruerade avtalsramen, inklusive parternas föreställningar om utvecklingen från avtalsstillfället. "En svårighet därvid är, att ramen måste konstrueras i efterhand med sikte på tidpunkten för avtalets ingående; hur mycket den aktuella verkligheten avviker från den i efterhand konstruerade ramen kan bli svårt att avgöra, eftersom själva konstruktionen i sig innebär en osäkerhet." Grönfors, Avtal och omförhandling s. 96.

⁷⁵⁰ Se ovan vid n. 391 och nedan 9.4.

⁷⁵¹ Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet s. 491.

frågor är mer ändamålsenligt är de allmänna domstolarnas, och att han ”skulle önska en debatt i syfte att klargöra vad det kan finnas för hinder att allmänt erkänna detta procedere.”⁷⁵² Att Hjalmar Karlgren avfärdat Schmidts invändning mot att ett avtal strandar på dissensen om ingen part har mer fog än den andra för sin uppfattning om ett avtals innehåll (Schmidts invändning är, säger Karlgren, ”med förlov sagt, ett god-dag-yxskaf”⁷⁵³) har tydligen inte fått Schmidt att ge upp sin ståndpunkt (det vill säga, Schmidt vidhåller tanken på att man har att räkna med att ett avtal skall bestå trots dissensen).⁷⁵⁴

Den allmänt avtalsrättsliga historien har inte heller, får man nog säga, givit Schmidt rätt.⁷⁵⁵ I den allmänna avtalsstolkningläran har tanken på en sådan culparegel i princip avvisats.⁷⁵⁶ Folke Schmidts förslag ligger alltså jämt lite vid sidan av, som om det handlade om en annan berättelse. Den allmänt avtalsrättsliga berättelsen gäller alltså, och Arbetsdomstolens skrivsätt (som tyder på en culparegel, se nedan 7.6.2.5) kan hänföras till ett särdrag som innebär att den ”har en tendens att omskriva flertalet tolkningsprinciper i culpatermer.”⁷⁵⁷ Högsta domstolens verksamhet bildar utgångspunkt, Arbetsdomstolens blir jämförelseobjektet, och därmed samtidigt det avvikande. Den avtalsrättsliga berättelsen räddas genom att avvikelsen tillskrivs skrivsättet, inte egentligen juridiken. Men för att den räddningen skall fungera måste juridiken tillhandahålla en uppdelning

⁷⁵² Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet s. 492.

⁷⁵³ Karlgren, Kutym och rättsregel s. 33 n. 4.

⁷⁵⁴ Axel Adlercreutz konstaterar, med hänvisning till AD 1934 nr 123 att Arbetsdomstolen sedan länge förutsatt att en dissens enligt vilken avtalsparterna lagt olika meningar i en bestämmelse utan att motparten vetat om det måste lösas genom tolkning av avtalet, och att en sådan tolkning görs under fredsplikt, se Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 224. Också Fohlin, se strax nedan n. 755, ställer som en förutsättning för culparegeln upp att ingen av parterna hävdar att avtalet skall vara ogiltigt. Fohlin, Avtalsstolkning s. 115. Jfr Lehrberg, som konstaterar att om båda parterna är överens om att avtal föreligger, kan man ”i regel” bortse från möjligheten att anbud och accept inte föreligger, Lehrberg, Avtalsstolkning s. 14.

⁷⁵⁵ Paolo Fohlin beskriver 1989 existensen av en allmän culparegel för avtalsstolkning, se Fohlin, Avtalsstolkning s. 81 ff., men han är nog rätt isolerad i den uppfattningen, och boken har inte fått någon uppföljning.

⁷⁵⁶ Se exempelvis Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 127 ff. och Lehrberg (i polemik med Fohlin), Avtalsstolkning s. 52 ff., särskilt s. 55 f. Frågan röner visst intresse i debatten. Till exempel uppmärksammar, och diskuterar något, två anmälare just det spörsmålet, se Agell, Anm. av Lehrberg, Avtalsstolkning s. 746 och Madsen, Anm. av Lehrberg, Avtalsstolkning s. 190, n. 2. Palle Bo Madsen påpekar att idén om en culparegel för tolkningen kan spåras längre tillbaka (a st), men för kollektivavtalsrättens vidkommande kan den ändå tillskrivas Folke Schmidt. Se vidare 7.6.2.5.

⁷⁵⁷ Lehrberg, Avtalsstolkning s. 169.

mellan ”skrivsätt” och ”juridik”, där ”skrivsättet” är hur jurister uttrycker sig och ”juridiken” vad som finns bakom skrivningarna, det vill säga vad som *verkligen* sker.⁷⁵⁸

7.3.2.2 Ett kollektivavtalsrättsligt särdrag

Partiell ogiltighet eller överksamhet är inte något främmande för den allmänna avtalsrätten.⁷⁵⁹ Det kan uppstå frågor om när avtalet inte längre blir meningsfullt om en viss del faller bort, men något principiellt problem är det knappast. Inte heller för kollektivavtalets del är partiell ogiltighet eller överksamhet uteslutet, och man skulle ju kunna tycka att en sådan uppkommen lucka lätt kunde fyllas genom utfyllning, särskilt som kollektivavtalsrätten är bemängd med så kallade utfyllande regler. Ändå ligger det nära till hands att anta att om en avtalsbestämmelse skall anses icke gällande,⁷⁶⁰ vare sig totalt eller partiellt, är det oftast ett resultat av tillämpning av en viss lag.⁷⁶¹ Medan såväl total som partiell ogiltighet är

⁷⁵⁸ Det artikuleras i en tidigare debatt mellan Folke Schmidt och Hjalmar Karlgren. Några år tidigare har Karlgren kritiserat en undersökning av Schmidt, och därvid uttryckt uppskattning för Schmidt som debattmotståndare ”[...] så angenäm som prof. Schmidt är att ha vetenskapliga meningsutbyten med.” Karlgren, Anm. av Skadeståndsrättsliga spörsmål s. 244. Meningskiljaktigheten den gången gällde culpabegreppet, men också vetenskapliga metoder. Folke Schmidt invänder i sitt genmäle mot Karlgrens recension att det culpabegrepp Karlgren själv arbetar med ”är ganska intetsägande.” ”Allvarligare är dock” fortsätter Schmidt, ”att det inte täcker verkligheten.” Schmidt, Om culpabegreppet s. 468.

För ytterligare exempel på jargongen mellan Folke Schmidt och Hjalmar Karlgren, se debatten vid det 24:e nordiska juristmötet utifrån Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? Hjalmar Karlgren uttrycker visserligen uppskattning över Schmidts skrift, men tillåter sig att ”göra några kritiska anmärkningar.” Han uttrycker också en viss besvikelse över att de radikala framstötarna i Schmidts rapport inte blev så många som han hoppats, Karlgren i diskussionen till Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s. 197. Schmidt å sin sida förutskickar att han någon gång i framtiden skall skriva en karakteristik över Hjalmar Karlgren som forskare, vilken skall bli ”en mycket lovordande karakteristik, en mycket positiv karakteristik, sannolikt väsentligt mera positiv än den han givit mig idag” Schmidt i diskussionen till Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s. 208. Hjalmar Karlgren kan nog, utan att själv ha skrivit en enda arbetsrättslig rad, ha utövat ett ganska stort inflytande på den kollektivavtalsrättsliga tolkningsläran.

⁷⁵⁹ Därmed inte sagt att partiell ogiltighet är en vanlig följd, se Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 194 om ”mera sällan förekommande partiell ogiltighet”. Jfr också Lehrberg, a.a. s. 195 om verkan av 36 § AvtL.

⁷⁶⁰ Terminologin kan bli lite vansklig – blir en uttryckt bestämmelse överksam på grund av dissens är det en sak, blir den ogiltigförklarad är det en annan. Se n. 555 och 8.3.3.8.

⁷⁶¹ Se till exempel 36 § AvtL (som skall tillämpas med försiktighet på kollektivavtalets område, men på grund av att partsställningen anses jämställd – inte på grund av att partiell överksamhet skulle vara en önskad följd) och 5 kap. 3 § 1 st. DiskL. Samma gäller

fullt acceptabla i den allmänna tolkningsläran är den följden inte önskvärd i kollektivavtalsssammanhang.⁷⁶² Anledningen är att om en fråga är en olöst intressefråga mellan parterna omfattas den inte av fredsplikt. Det är möjlig skillnad mellan en bestämmelse som fallit bort på grund av att den blivit ogiltig såsom stridande mot tvingande lag och en bestämmelse som fallit på dissensen och därför i någon mening blivit icke-avtalad. Den sistnämnda skulle kunna betraktas som en olöst intressefråga, vilket i sin tur skulle betyda att stridsåtgärder vore lovliga (trots att båda parter avsett att reglera frågan).⁷⁶³

Den kollektivavtalsrättsliga kulturen är kanske alltför särpräglad för att den kollektivavtalsrättsliga tolkningsläran skulle räddas inom det allmänt avtalsrättsliga systemet. Avtalsparterna är genom systemet jämställda i rättsligt hänseende och i allmänhet också *de facto* i erfarenhet av förhandlingar och så vidare. Kollektivavtalsrättens rationalitet bygger på att den ena parten (arbetsgivaren) säljer en del av sitt inflytande mot fredsplikt. Den idén kunde lyftas in i en avtalsrättslig matris genom en doluskonstruktion. Arbetsgiversidan kan, skulle tankegången då gå, förväntas vilja ha alla frågor inom ramen för kollektivavtalsförhållandet lösta, vilket arbetstagersidan i sin tur måste inse. Därmed skulle också frågor som förblivit obehandlade omfattas av kollektivavtalet, och fredsplikt skulle gälla. Ramen för kollektivavtalsförhållandet skulle ges av MBL:s tillämpningsområde.⁷⁶⁴

Fredsplikt är en utpräglat kollektivavtalsrättslig figur utan motsvarighet på andra områden. Det är alltså lätt att peka på en speciell egenskap hos just kollektivavtalsrätten som gör att den skiljer sig från den allmänna avtalsrätten. Berättelsen kan inte, som i den allmänna avtalsrätten, sluta lyckligt med att en fråga inte anses vara avtalsreglerad. Parterna i ett kollektivavtal är ändå knutna till varandra, oavsett om en viss fråga råkar hamna utanför avtalet. Det är, kan invändas, också parterna i ett "vanligt" avtalsförhållande så snart detta är lite mer komplicerat än typavtalet (ett avancerat kommersiellt kontrakt avviker också mycket från typavtalet i detta avseende). Det stämmer också, men den allmänna avtalsrätten saknar ett moment som kollektivavtalsrätten har; fredsplikten. I kollektivavtalsrätten är en lösning som innebär att en fråga har lämnats oreglerad egentligen inget slut, utan snarare en öppning för stridsåtgärder. Situationen efter ett sådant avtal är alltså en annan än den efter ett typ-

för övrigt de tvingande delarna av semidispositiv lagstiftning, se till exempel 2 § 2 st. LAS jämförd med 3–4 st. samt 2 § 1 st. semesterlagen.

⁷⁶² Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 131, Eklund i Facklig arbetsrätt s. 189, se också Hasselbalch, Arbejdsrett s. 344.

⁷⁶³ Se vidare vid n. 791.

⁷⁶⁴ Se under 5.5 särskilt vid n. 531.

avtal som inte är fullständigt, då luckan får fyllas genom att parterna förhandlar och kompletterar (det vill säga sluter ett nytt) avtal.⁷⁶⁵ Istället för att konflikten lösts (vilket ju är hela vitsen med att gå till domstol – stridigheterna parterna emellan skall få ett slut) riskerar den att fördjupas. Arbetsmarknadsparterna är ju, som kollektivavtalsrättens persongalleri kommit att se ut, i någon mening dömda att ha en relation med just varandra. På den punkten avviker kollektivavtalet också från andra varaktiga avtal, där parterna i allmänhet i större omfattning torde kunna välja andra avtalsparter.⁷⁶⁶

7.3.2.3 *En dold legitimitetsfråga och kommunikationens avslutande – till verket!*

Även om det inte artikuleras i debatten kan en skillnad i teorisyn, och ytterst i vetenskapssyn, spåras mellan vad som skall bli kollektivavtalsrätten (Schmidt) och den allmänna avtalsrätten (i den inledande debatten företrädd av Holmbäck, Karlgren och Vahlén). Schmidt kräver uttryckligen av en teori att den skall vara *rättvisande*.⁷⁶⁷ Några sådana krav ställer inte den traditionella avtalstolkningläran. Teorin skall fullgöra en uppgift, den utgör närmast ett eget regelverk.⁷⁶⁸ Den teoretiska diskussionen går ut på ett val mellan i grund och botten två möjliga regler, *viljeteorin*

⁷⁶⁵ Att jämföra med kollektivavtalsrätten är att sådana förhandlingar torde föras under en kvalificerad lojalitetsplikt, vare sig de leder till ett avtal i delen eller inte. Vilka principer som skulle motivera ett skadeståndsansvar är dock en komplicerad fråga. Se om grund för ansvar på grund av lojalitetsplikt Björkdahl, Lojalitet och kontraktstliknande förhållanden, särskilt s. 290 ff. (jfr a.a. del II, också s. 460 f.). I kollektivavtalsrätten får, på grund av fredspliktsfigurens närvaro, lojalitetspliktsresonemang inte samma utrymme. Utanför kontraktförhållande har parter rätt att vidta stridsåtgärder (2 kap. 17 § RF), en rätt som upphör med att kollektivavtalet sluts (2 kap. 17 § RF och 41 § MBL).

⁷⁶⁶ Det finns antagligen mängder av undantag, till exempel på hyresmarknaden, men det jämförelseobjekt som rättsområdet ställer upp är abstrakt, utan att ta hänsyn till förekomsten av dylika avtal i det praktiska rättslivet eller någon annanstans.

⁷⁶⁷ Samma inställning tillskrivs Kurt Grönfors av Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 79. Se också ovan n. 709.

⁷⁶⁸ Folke Schmidts teorisyn synes besläktad med den som Jan Hellner senare ger uttryck för. Hellner tar just "viljeteorin" och "tillitsteorin" som exempel på den betydelse av "teori" som innebär att teorin är "en allmän grundsats av obestämt omfång", det vill säga en regel. Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s. 148. Till Hellners diskussion om betydelser av begreppet "teori" hör den bakgrund mot vilken den förs – en bakgrund som markerar avståndet mellan rättsvetenskap och rättsteori (se särskilt a.a. s. 18 f), som markerar den juridik som syftar till att bedrivas i domstolar som den primära (se särskilt a.a. s. 18 f), och som betonar de funktionella sambanden samtidigt som enkelhet och användbarhet av framställningen är viktiga syften (a.a. s. 172). Den andra huvudsakliga betydelsen av "teori" är hos Hellner "en förklarande sammanställning av ett antal olika

och *tillitsteorin*. Stridens objekt är om viljan eller tilliten till en given viljeförklaring skall vara det rättsskapande momentet. Valet gjordes för svenskt vidkommande i princip med avtalslagen 1915. Också mot den bakgrunden blir Schmidts förslag lite vid sidan av. Han ger sig inte in i diskussionen om vad som skall vara det rättsskapande momentet, han bryr sig till synes inte om frågan som en legitimitetsfråga.⁷⁶⁹ Istället söker han en praktisk lösning.

Det gör förvisso också den moderna avtalsrätten, vill man kanske säga. Kurt Grönfors, en av den allmänna avtalsrättens centralfigurer, vill nyskapa den allmänna avtalsrätten, genom att bredda dess matris.⁷⁷⁰ Behovet av en nyorientering har skapats av förändringar i det praktiska rättslivet.⁷⁷¹ Alternativet till den traditionella läran, avtalsgrundande rättsfakta, är tänkt att vara ett bättre alternativ – ett alternativ som inte (för att lyfta fram några metaforer) är en tvångströja på utvecklingen,⁷⁷² och som inte leder in den rättsliga bedömningen i återvändsgränder.⁷⁷³ Avtalsgrundande rättsfakta vill vara en teori som är bättre och mer användbar än en teori som utgår från viljeförklaringen som rättsskapande moment.⁷⁷⁴ Också avtalsgrundande rättsfakta handlar dock om vad som skall konstituera avtalet – det vill säga en legitimitetsfråga.⁷⁷⁵

Kollektivavtalsrätten behöver inte själv hantera legitimitetsfrågan, det räcker med att (kollektiv)avtalet är ett *avtal*. Den kollektivavtalsrättsliga diskursen kan alltså parasitera på den allmänna avtalsrättsliga diskursens legitimitet (genom att utgå från att legitimiteten är förankrad där). Legitimiteten för samlösningarna kan däremot hämtas inifrån kollektivavtalsrätten, till exempel i partsautonomin eller i arbetsrättens inneboende arbetstagar skydd.

rättsregler”, en definition som synes ligga nära de krav Folke Schmidt ställde på en teori, Hellner, a.a. s. 147.

⁷⁶⁹ I vart fall inte i rättslig mening. Däremot avfärdar Folke Schmidt viljeteorin på naturvetenskaplig grund när han säger att ”den klassiska viljeteorin inte kan anses som vetenskapligt hållbar.” Schmidt i diskussionen till Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s. 187. Ett sådant avfärdande, med det anspråk på sanning som ligger i hänvisningen till (natur)vetenskapen, kan genom senmoderna ögon synas vara ett oförargligt tidsdokument (se också ovan n. 642). Faran skall dock inte underskattas. Att man på fullt allvar har kunnat hävda ”att kvinnans hjärna bevisligen icke hade tillräcklig vikt eller tillräckligt många vindlingar för att sätta henne i stånd att ta en doktorsgrad” är ett annat exempel, med andra konsekvenser, se Ekeberg, Elsa Eschelsson. Vår första kvinnliga rättsvetenskapare s. 669. Historien innehåller som bekant fler exempel.

⁷⁷⁰ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, särskilt s. 29 och s. 123 ff.

⁷⁷¹ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, särskilt uttryckligt på s. 10 och s. 125.

⁷⁷² Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 131.

⁷⁷³ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 130.

⁷⁷⁴ Se särskilt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 126.

⁷⁷⁵ Se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 102 f.

Folke Schmidts rättsvetenskapliga strävan är alltså att beskriva domstolarnas (det vill säga främst Arbetsdomstolens) tolkningsverksamhet. Man skall nog dock inte förstå diskussionen så att rättsvetenskapen i Schmidts tappning skulle sakna normativa inslag, lika lite som den traditionella avtalstolkningläran skulle sakna beskrivande inslag. Förhållandet kan närmast vara det motsatta. På grundval av de beskrivande insatserna kan man nämligen hävda en *bättre* lösning. Hur det faktiskt förhåller sig, i realiteten, kan tjäna som måttstock mot vilken man kan hävda att en lösning är bättre än en annan.⁷⁷⁶ Den bästa och mest effektiva tolknings-teorin är då den som bäst beskriver praktiken. Den allmänna avtalsrätten gör inte nödvändigtvis samma anspråk. Skillnaden ligger i utgångspunkt, och debatten tjänar till att polarisera de båda ståndpunkterna.

Här börjar man närma sig relevansen av debatten för kollektivavtals-tolkningen just nu. Den beskrivande ansatsen suddar ut skillnaden mellan lära och beskrivning. Eftersom vetenskapen i Schmidts tappning skall beskriva domstolarnas verksamhet kommer en ordning byggas där domstolarna står överst. Abstraktioner och systematiseringar av domstolens domar kan då gärna uppfattas som, eller vara att se som, handlingsregler för parternas verksamhet. Det är särskilt tilltalande för den sentida diskursen, eftersom rättsvetenskapen då kan vara praktiskt användbar, *nyttig*.⁷⁷⁷

7.4 Tolkningsverksamhetens syfte

Folke Schmidt inleder den ovan (7.2 och 7.3.2) refererade debatten med att definiera avtalstolkningen som ”den rättsliga verksamheten att fastställa avtalets innehåll med utgångspunkt från de ord eller andra symboler som utgör avtalet.”⁷⁷⁸ Definitionen står i viss kontrast till en allmänt avtalsrättslig definition som går ut på att ”den verksamhet, genom vilken en rättshandlings innehåll och rättsverkningar fastställs” benämns avtalstolkning, medan under detta tolkning i snäv mening (jämfört med utfyllning) definieras ”som det förfarande, genom vilket den *betydelse* av en rättshandling som skall läggas till grund för fastställandet av dess rätts-

⁷⁷⁶ Se Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 34. Tuori anknuter (se också ovan n. 147 och n. 357) till Max Webers rationalitetskoncept, vilket bygger på att ingenting är rationellt i sig, utan bara i relation till en viss måttstock.

⁷⁷⁷ Strävan efter att vara nyttig är ett av den moderna arbetsrättsliga vetenskapens mest framträdande drag, lätt identifierbart när kollektivavtalsrättens självbild skall tecknas. Se vidare 9.5.

⁷⁷⁸ Schmidt, *Typfall partsavsikt och partsculpa* s. 497.

verkningar bestäms.⁷⁷⁹ I nutida arbetsrättsliga läroböcker ägnas, följdriktigt att kollektivavtalsrätten inte ser den som en fråga som angår denna, knappt en rad åt en definition av tolkningen.⁷⁸⁰

En annan infallsvinkel är att tolkningen, särskilt när den bedrivs i en domstol eller i en skiljenämnd, primärt syftar till att slita tvisten mellan avtalets kontrahenter. Ytterligare ett syfte för tolkningen utgår också från domstolarnas verksamhet, särskilt de högsta instansernas, nämligen att tolkningen skall tjäna till att formulera regler för bedömningen av framtida, liknande fall. I vart fall för kollektivavtals-tolkningen kan man formulera ytterligare ett syfte för tolkningen, nämligen att den skall tjäna som rättesnöre för arbetsmarknadsparternas förhandlingar på det aktuella området.⁷⁸¹ Ändamålet bakom ett sådant syfte kan skifta. Till exempel anknyter Axel Adlercreutz och Johann Mulder till tanken på en lojalitetsplikt, enligt vilken man vill undvika att parterna "lurpassar" på varandra under förhandlingar.⁷⁸²

⁷⁷⁹ Formuleringarna är Lehrbergs, Avtals-tolkning s. 15 f. Den definitionen ligger nära den Lennart Vahlén anför med hänvisning till Henry Ussing och Hjalmar Karlgren: "Med *tolkning* avses här – liksom vanligen i nordisk doktrin – det förfarande, varigenom man fastställer den betydelse i varje särskilt fall av en rättshandling eller ett avtal, som skall läggas till grund för fastställandet av rättshandlingens eller avtalets rättsverkningar." Vahlén, Avtal och tolkning s. 193 (och n. 11). Lehrbergs och Vahléns definition bygger på en skarp skillnad mellan tolkning och utfyllning, en skillnad som Schmidts definition inte är lika nog med, se Schmidt, Typfall partsavsikt och partsculpa s. 507 f. n. 31.

⁷⁸⁰ Folke Schmidt spökar dock i mer sentida texter. Se Eklund i Facklig arbetsrätt s. 189 (jfr Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 130 f.). I det aktuella stället kan Schmidts debatt med Holmbäck, Karlgren och Vahlén spåras, dels genom jämförelsen mellan tolkningen av kollektivavtal och andra avtal (kollektivavtalet motiveras av sin egen rationalitet), dels genom hänvisningen till den traditionella läran och dess lösning av fall av bristande partsvilja, nämligen att något avtal inte kommit till stånd eller, och här kan man iakta en glidning från den allmänna avtalsrätten till kollektivavtalsrätten, "att den omvistade punkten lämnats oregerad och därför utgör en olöst intressefråga."

⁷⁸¹ Se Eklund i Facklig arbetsrätt s. 189 och Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 131, Glavå, Arbetsrätt s. 148.

⁷⁸² Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 92. Adlercreutz och Mulder hänvisar i sammanhanget till AD 1977 nr 164 med formuleringen "[f]örhandlingarna mellan parterna måste underlättas om parterna vet med sig att utformningen av avtalstexterna får stor betydelse vid en eventuell rättslig prövning rörande avtalens innebörd." Mot att den stora vikt Arbetsdomstolen lagt vid ordalydelsen skulle vara "ett ganska formellt betraktelsesätt" förklaras att betraktelsesättet upp bärs av "starka ändamålssynpunkter", såsom att "[a]rbeitsmarknadens parter har intresse av att det råder ordning och reda i deras inbördes relationer." Arbetsdomstolen utvecklar att "[d]et måste vara i allas intresse att man kan utgå från att avtalsförslag, som lämnas av motparten, i princip har den innebörd som framgår vid en läsning av förslaget." Tydligt är det viktigt att motivera ordalydelsens (såsom den kommit till uttryck i det skriftliga avtalet) framträdande position i kollektivavtals-tolkningen med ändamålsskäl, och ingen har väl egentligen heller påstått att det skulle vara på annat sätt (diskussionen skulle kunna anknyta till den allmänt avtalsrätts-

Spåren av debatten mellan Folke Schmidt å den ena sidan och Holmbäck och Karlgren (och Vahlén) å den andra, eller i vart fall av de ståndpunkter den röjde, syns på andra ställen än de som är omedelbart berörda av debatten. Folke Schmidts slutsatser för avtalstolkningens vidkommande är även efter replikskiftet runt 1960 byggd på de tankar han utvecklat i debatten. I *Kollektiv arbetsrätt* heter det, utan uttryckliga hänvisningar till någon av antagonisterna, sålunda:

I betydande utsträckning har tolkningsreglerna karaktären av normer för parternas insatser vid avtalets uppbyggande. Denna synpunkt, att *tolkningsreglerna är förhandlingsregler*, kan också anläggas på de bevisregler som kommer till användning, då domstol prövar parts påstående att det förelegat en gemensam partsavsikt. Synpunkten äger för övrigt tillämpning även på åtskilliga fall, då domstolen kläder sin tolkningsverksamhet i förutsättningslärans dräkt. Många gånger blir frågeställningen, vem som bär den huvudsakliga skulden till att missförstånd uppkommit.⁷⁸³

Folke Schmidts beskrivning av Arbetsdomstolens tolkningsverksamhet utgår alltså från att Arbetsdomstolen klär ”tolkningsverksamheten i förutsättningslärans dräkt”. Genom den hänvisningen kan culparesonemang finna sin plats i tolkningsverksamheten, eftersom insiktskravet för att tillmäta bristande förutsättningar rättslig relevans är att B åtminstone skall *bort* ha inse att A utgick från en viss förutsättning och förutsättningens bestämmande inverkan.⁷⁸⁴ Resonemang, det retoriska avstampet, förutsätter dock antagligen att man inte betraktar tolkningen som ett sätt att ge förutsättningen *positiv relevans*, det vill säga att förutsättningen får komplettera avtalet. För sådana fall uppställs enligt Adlercreutz ett ”*skärpt subjektivt rekvisit* av innebörd att motparten inte endast bort inse utan verkligen insett eller ’måste antagas ha insett’ förutsättningens förhandenvaro och innehåll ävensom dess väsentlighet för den rättshandlande”.⁷⁸⁵

Culparegeln förstärker också sin position mot bakgrund av att tolkningsreglerna uppfattas som handlingsnormer för parternas förhandlingar.⁷⁸⁶ Tolkningsreglerna får därmed funktionen av utgångspunkt för culpa-

liga frågan om tillitsprincipen eller viljeprincipen (jfr den i kap. 7.2 och 7.3.2 refererade debatten), men det är knappast det Arbetsdomstolen har för ögonen).

⁷⁸³ Schmidt, *Kollektiv arbetsrätt* 4 uppl. s. 131.

⁷⁸⁴ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s. 281 och, ingående om höjden på förutsättningslärans insiktskrav i olika situationer, Lehrberg, *Förutsättningsläran* s. 294 ff.

⁷⁸⁵ Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt* II s. 149. Angående möjligheterna till en sådan positiv relevans, jfr Lehrberg, *Förutsättningsläran* s. 124. Här handlar det dock inte om förutsättningsläran i och för sig, utan om den retoriska väg för kollektivavtalstolkningen som hänvisningen till den öppnar.

⁷⁸⁶ Se också Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 169, som ser en fördel i Arbetsdomstolens tendens att ”omskriva tolkningsprinciper i culpatermer” (se ovan n. 757 och nedan 792),

bedömningen. Den som handlat i strid med de regler som uppställts för avtalsförhandlingar riskerar att tolkningsfrågan utfaller till nackdel för denne, eftersom denne brutit mot den culpgrundande handlingsnormen.⁷⁸⁷ Samtidigt finner synen på tolkningsreglerna som handlingsnorm sin naturliga plats mot bakgrund av culpregeln. Culpregeln för avtals-tolkning och tanken på att tolkningsreglerna är rättsnören för parternas beteenden vid förhandlingar är olika sidor av samma mynt; det kollektivavtalsrättsliga.

Det är näppeligen oviktigt för utvecklandet av det kollektivavtalsrättsliga särdraget att Folke Schmidt står för vad som torde vara den mest inflytelserika läroboken i den svenska arbetsrättens historia.⁷⁸⁸ Det här redovisade utdraget är förvisso samtida med debatten och kan därför tänkas vara om inte omedelbart betingat av denna så i vart fall färgat. Oav-

nämligen att "slutsatserna ger grund för att utforma domar som rekommendationer om hur parter bör förfara vid förhandlingar om kollektivavtal." Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 169.

⁷⁸⁷ Axel Adlercreutz ser Arbetsdomstolens uttalanden om försumlighet i avtalsförhållanden som en uttrycklig strävan efter att "främja omsorg och lojalitet gentemot motparten vid handhavandet av avtalsinstrumentet", se Adlercreutz, Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet s. 382. Jfr Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 407 (n. 4): "Lojalitetsplikt mellan kollektivavtalsparter omtalas mera sällan." Munukka hänvisar vidare till ett fall från den danska Arbejdsretten, i vilket domstolen inte "hänförde sig till lojalitetsplikt, trots att parterna diskuterade begreppet."

⁷⁸⁸ Frågan om doktrinen, inte minst läroböckers, betydelse för den praktiska juridiska verksamheten berörs här och var. Se till exempel Agell, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen* s. 243; Bengtsson, *Om rättsvetenskapen som rättskälla* s. 14 f.: "kanske [kan, ännu mer än resonemang i specifika spörsmål,] den allmänna attityden hos inflytelserika rättsvetenskapsmän verka i det fördolda. Speciellt lär det gälla många läroböcker av högre kvalitet, som kan ge bestående effekter på juristens allmänna sätt att resonera." David Doublet utvecklar tanken enligt följande: "Den rättsvetenskapliga tolkning er hvarken bindande eller förpliktande för domstolene. Likefullt preger rättsvetenskapen rättsanvändelsen i den forstand at rettanvendernes rettsforståelse er preget av den etablerede rättsvetenskap og det rättsvetenskapelige uddannelsessystem." Doublet, *Hermeneutikken og rättsvetenskapen* s. 596 (se också s. 597 och 599 f.). Se också Kleineman, *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla* s. 623 n. 6: "Säkerligen ligger i själva verket rättsvetenskapens största återverkningar på den praktiska rättsliga hanteringen just i det enkla faktum att i ett rättssystem där det är obligatoriskt för den blivande praktikern att genomgå sin utbildning i ett av vetenskaplig metod präglad förhållningssätt detta formar även praktiker som måhända ser sig själva som tämligen vetenskapligt indifferent pragmatiker." Vidare Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 48 (med hänvisning till Max Weber); White, *Justice as translation* s. 92 och s. 215.

Se också Claes Sandgren som jämför Folke Schmidts betydelse för den svenska arbetsrätten med Alf Ross betydelse för den danska rättsvetenskapen: "Varje dansk rättsvetenskapare tycks ha behov att förhålla sig till Ross som alltså utövar ett ständigt inflytande trots att han inte har anhängare längre", Sandgren, *Rättsvetenskap och samhällsnytta* s. 9 och s. 9 n. 27.

sett hur det står till med Schmidts bevekelsegrunder och inspiration står det klart att kärnan i Schmidts tanke har överlevt:

I betydande utsträckning synes AD:s tolkningsregler ha karaktären av normer för parternas insatser vid avtalets uppbyggande. På detta sätt blir tolkningsreglerna en slags förhandlingsregler. Många gånger blir frågeställningen, vem som bär den huvudsakliga skulden till att missförstånd uppkommit.⁷⁸⁹

Att tolkningens resultat så uttryckligt kan beskrivas i termer av handlingsregler för parterna på just kollektivavtalsrättens område kan härledas till ett par särdrag i kollektivavtalets rättsliga miljö. Till att börja med är adressaterna för handlingsreglerna jämförelsevis homogena. Man verkar inom ett område med samma typ av avtal och man är vana såväl vid varandra som vid den domstol som har att formulera reglerna (jämfört med de allmänna domstolarna som hanterar allt från momentana köpeavtal till varaktiga hyresavtal, avtal mellan privatpersoner och mellan kommersiella parter och så vidare). I samma riktning verkar att parternas avtalsrelation oftast skall bestå även efter det att den aktuella tvisten slitits – och att man ofta måste räkna med att avtalet skall bestå trots dissens var ju också en av Folke Schmidts grundvalar för sitt förslag, och en punkt i vilken motsättningen mellan honom och motståndarsidan i debatten artikulerades.⁷⁹⁰ För kollektivavtalet tillkommer dessutom att parterna inte kan förväntas vilja att dissens skall leda till att avtalet faller ens i den aktuella frågan.⁷⁹¹

Arbetsdomstolens egen inställning har, kan man anmärka, inte egentligen med de ovan nämnda syftena att göra. Mer än att det skulle vara fråga om en speciell domskrivningsstil är det fråga om en speciell läsart, en fråga om vad man letar efter.⁷⁹² Kollektivavtalsparterna kan förväntas

⁷⁸⁹ Eklund i Facklig arbetsrätt s. 189. Se också Bergqvist m.fl., Medbestämmandelagen s. 304 med en snarlik beskrivning.

⁷⁹⁰ Se ovan vid n. 754.

⁷⁹¹ Se under 7.3.2.1. Om ett kollektivavtal före en tvist har en lucka kan man möjligen oftast räkna med att frågan, oaktat den förbigåtts med tystnad, ”genom samförstånd kan anses förd ur stridslinjen” som Sigeman med en metafor uttrycker saken, Sigeman, Arbetsrätten s. 95. Om samma tanke kan användas då parterna uttryckligen reglerat en fråga men lagt in olika innebörd i regleringen är mer oklart. Se vidare nedan 7.8.3.

⁷⁹² Jfr Lehrberg, som inte vill erkänna en culpapregel, trots tecken på en sådan: ”Stöd för en från oklarhetsregeln fristående culpapregel finns främst i Arbetsdomstolens praxis avseende tolkningen av kollektivavtal. I ett mycket stort fall antyds möjligheten av att tillämpa en culpapregel ifall en part varit i ond tro i en situation där hans tolkning prioriterats på mer eller mindre objektiva grunder. Den främsta förklaringen till detta uttrycksätt är antagligen att arbetsdomstolen har en tendens att omskriva flertalet tolkningsprinciper i culpatermer.” Lehrberg, Avtalsolkning s. 169. (Se också ovan n. 757 och 786).

leta efter dylika handlingsregler. Parterna kan också förväntas anpassa sitt handlingsmönster mot bakgrund av de handlingsregler som kan utläsas, eftersom det inte är någon idé att betinga sig ett avtal som man vet eller kan förvänta inte kommer att stå sig i en tvist i domstol.

Att undersöka Arbetsdomstolens praxis i kollektivavtalsstolkningsmål har också vissa metodologiska implikationer. Om tolkningsreglerna är handlingsregler för parternas avtalsverksamhet blir det för det första inte alls missvisande att tala om "tolkningsregler". Det kunde det vara, om man med tolkning menar att utläsa och förstå innebörden i något (till exempel en kollektivavtalsbestämmelse). Om betoningen läggs på att *förstå* en innebörd jämfört med att *bestämma* en innebörd (se Schmidts definition strax ovan vid n. 788), låter sig den tolkande verksamheten däremot inte sammanfattas av eller lösas genom uppställandet av regler. Ett problem med ett sådant synsätt är att "tolkningsreglerna" själva måste tolkas, och så vidare i en oändlig kedja.⁷⁹³ Det problemet möter man genom att betrakta tolkningen som en konst, något som man tillägnar sig genom övning, och som inte låter sig beskrivas i termer av regler.⁷⁹⁴ Uppdelningen tangerar den allmänna avtalsrättens uppdelning mellan tolkning och utfyllning, där den sistnämnda är rättslig medan juristen för den förstnämnda tar hjälp av språkvetenskap, psykologi, logik och så vidare.⁷⁹⁵

För frågan om tolkningen egentligen låter sig fångas i regler kan den föreliggande studien göra halt. För fortsättningen tar den istället fasta på att jurister, såväl domare som akademiker, gärna uttrycker sig i form av regler, en benägenhet som torde bli än tydligare om tolkningen primärt uppfattas som handlingsregler för framtida fall, och endast sekundärt som en lösning av det föreliggande enskilda fallet.⁷⁹⁶ Uttrycken strävar

⁷⁹³ Det spörsmålet är föremålet för Stanley Fishs kritik av Owen Fiss tanke att juristen skulle vara bunden av så kallade *disciplining rules*, se Fish, Fish vs. Fiss, *Doing what comes naturally*. Se också n. 411.

⁷⁹⁴ Märk väl, man vill säga att tolkningen *är* en konst, att jämföra med att den *är som* en konst. Den sistnämnda formuleringen tar, ehuru närliggande, inte riktigt påståendet på allvar, den måste markera att det är en liknelse. Tolkning är tolkning, konst är konst, och likhetstecknet är försett med en reservation.

⁷⁹⁵ Se Lehrberg, *Avtalsstolkning* s. 18. Jfr (och se för tankens ursprung) Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s. 213 ff.

⁷⁹⁶ Inte bara kan Arbetsdomstolens tolkningsverksamhet uppfattas som riktad till arbetsmarknadens parter, Arbetsdomstolen kan också sägas formulera regler i relation till sig själv. "AD har ansetts vara relativt starkt prejudikatbunden", Sigeman i Schmidt, *Facklig arbetsrätt* s. 85 med hänvisningar. Arbetsdomstolens roll som prejudikatinstans kan också motivera att den tar god tid på sig för att avfatta domar, Fahlbeck i *Rättegången i arbetsrätt* s. 169 (f.). I samband med att den arbetsrättsliga lagstiftningen reformerades i mitten på 1970-talet blev Arbetsdomstolen högsta instans för hela arbetsrätten (inte bara beträffande kollektivavtal), en utveckling som enligt Johan Lind "mjöjligen" kan ha understrukt vikten av arbetsdomstolens prejudikatbildande verksamhet, Lind, *Materiell*

efter en viss grad av generalitet. Detta ger berättelsen om tolkning av kollektivavtal viss form. Den formen kan utnyttjas för att analysera och systematisera Arbetsdomstolens praxis i mål om tolkning av kollektivavtal. Att tolkningen kan få betydelse för framtiden, som regel för lösningen av senare tolkningsfall i Arbetsdomstolen eller som regler för parternas avtalsverksamhet förtar självfallet inte dess syfte att avgöra just det enskilda fallet. Att domarna själva naturligtvis kan bekymra sig för det ena, det andra eller något tredje är en annan sak.

7.5 Den processuella ramen för tolkningsverksamheten

Att teckna en bild av den kollektivavtalsrättsliga tolkningen låter sig kanske inte göras utan att det, åtminstone kort, uppmärksammas att den utvecklas mot bakgrund av en egen processordning. Den processrättsliga ramen för tolkningen av kollektivavtal är, jämfört med det allmänna domstolssystemet, särpräglad. Bakom inrättandet av Arbetsdomstolen som specialdomstol skall ha legat bland annat att de allmänna domstolarna inte ansågs ha tillförlitliga kunskaper om industrin.⁷⁹⁷ De allmänna domstolarna utgör utgångspunkten för den ”normala” processen, varifrån framförallt specialdomstolar, men antagligen även förvaltningsdomstolar, utgör undantaget.

Folke Schmidt, vars debattinlägg jag påstått markera en källa till kollektivavtalstolkningen som en egen disciplin, vänder på utgångspunkterna. Han har tydligtvis läst in sig särskilt på just Arbetsdomstolens praxis, och han tar den som utgångspunkt för sin kritik av den allmänna avtalstolkningen. Före Folke Schmidts artikel har ju Arbetsdomstolen dömt i kollektivavtalstolkningstvister i 30 år.⁷⁹⁸ Att peka ut debatten mellan Folke Schmidt och Ulf Holmbäck, Hjalmar Karlgren och Lennart Vahlén som skiljelinjens källa skulle mot den bakgrunden kunna te sig i bästa fall anakronistiskt, i värsta fall historielöst. Det är dock just i den debat-

processledning i Arbetsdomstolen s. 307. Arbetsdomstolen skall alltså ha varit prejudikatbildande redan tidigare, men genom att fler mål fördelas till Arbetsdomstolen markeras ställningen av slutinstans, särskilt som bara mål av särskilt principiell arbetsrättslig betydelse var tänkta att föras från tingsrätt till Arbetsdomstolen som sista instans (Lind, a. st. med hänvisning till prop. 1974:77 s. 108). Att fullföljdsfrekvensen ändå är, eller i åtminstone har varit, hög i mål som avgörs av Arbetsdomstolen som fullföljdsinstans (se Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 75 med hänvisningar) är en annan sak.

⁷⁹⁷ Malmberg, Arbetsdomstolen och arbetsrättens autonomi s. 829.

⁷⁹⁸ Den mångårige ordföranden i Arbetsdomstolen Arthur Lindhagens betydelse har därvid lyfts fram särskilt, se ovan n. 99.

ten skiljelinjen artikuleras, och det är därmed den blir till. Den formas av Schmidts (med efterföljande debattörer på samma sida) inlägg och motståndarsidans mothugg. Motståndarsidan lät inte Schmidt gå ur debatten med att ha formulerat någon huvudregel. De lyckades emellertid inte heller kväva det frö till undantagsregel som Schmidt kom att odla i en mer tillbakadragen form; i Arbetsrätten. Generationer av arbetsrättare har således kommit att växa upp med Folke Schmidts syn på (kollektiv) avtalstolkning mer eller mindre närvarande.⁷⁹⁹

Den fråga domstolen har att avgöra ställs alltid i ett enskilt fall, med två av parterna presenterade motstående tolkningsalternativ. Arbetsdomstolen kan uttala sig mer eller mindre generellt, och domskrivningen i olika fall kan synas mer eller mindre dikterad av en ambition att ge en generell regel, snarare än att bara slita tvisten i det enskilda fallet. En distinktion mellan principavgöranden (en dom som antages vara vägledande vid framtida avgöranden) och avgöranden som bygger på det individuella avtalet tycks dock, i den mån den funnits, ha övergivits.⁸⁰⁰ Domstolen är i princip begränsad av de presenterade tolkningsalternativen. Begränsningen följer av att kollektivavtalstvister följer processen för dispositiva tvistemål.⁸⁰¹ Den så kallade dispositionsprincipen är uppenbarligen så självklar att den kan nämnas i förbigående.⁸⁰² I de flesta avseenden tar den arbetsrättsliga processen över den allmänna processrättens principer,⁸⁰³ men med ett avsteg i fråga om just dispositionsprincipen.⁸⁰⁴ Om ett kollektivavtal som slutits av andra än parterna i målet kan ha betydelse för avgörandet av den tvist domstolen (det vill säga Arbetsdomstolen eller tingsrätt) har att pröva skall domstolen, enligt 5 kap. § 2 st. LRA, bereda det avtalets parter tillfälle att yttra sig. I fråga om vilket material som skall ligga till grund för Arbetsdomstolens dom fanns i 1928 års lag om arbetsdomstol ett antal särdrag jämfört med allmän domstol, av vilka avsteget från dispositionsprincipen var ett av två som ansågs berättigat att föra över

⁷⁹⁹ Se ovan n. 788.

⁸⁰⁰ Se Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 136 f., jfr Eklund i Facklig arbetsrätt kap. 9.

⁸⁰¹ Se t.ex. inledande konstateranden i prop. 1974:77 s. 43, s. 79 och s. 120.

⁸⁰² I introducerande processrättslig litteratur hänförs principen till urminnes tider, närmare bestämt (men fortfarande ganska obestämt) den juridik som utvecklades i Italien under medeltiden, se Ekelöf, och Boman, Rättegång I s. 52 f. Om tekniken att legitimera rättsfigurer med historiska hänvisningar, se 2.2.2.

⁸⁰³ Den arbetsrättsliga regleringen om domstolsprocessen är, sägs det, begränsad till frågor av mer teknisk art. Se prop. 1974:77 s. 137. Se också till exempel Lind, Materiell processledning i Arbetsdomstolen s. 303.

⁸⁰⁴ Se prop. 1974:77 s. 192 och Lind, Materiell processledning i Arbetsdomstolen s. 309.

till 1974 års lag om rättegången i arbetstvister.⁸⁰⁵ Möjligheterna att meddela föreläggande om skriftligt bevis och att självmant kalla vittne, skulle istället kunna lösas genom materiell processledning, vilket också ansågs ha varit den lösning som begagnats i praktiken.⁸⁰⁶ De praktiska frågorna har främst att göra med tvister om hängavtal och tvister i vilka kollektivavtalets innehåll av någon anledning är av betydelse för innehållet i ett enskilt anställningsavtal. Det arbetsprocessrättsliga särdraget är konsekvent med, och understödjer, att kollektivavtalsparterna bestämmer innebörden av avtalet, även om de inte är parter i tvisten (se vidare 7.6.2.1).

Det andra arbetsprocessrättsliga särdraget som överfördes var att Arbetsdomstolen inte skulle vara bunden till vad som förekommit vid huvudförhandlingen, utan också vad handlingarna innehåller kunde läggas till grund för domen.⁸⁰⁷ Den regeln upphävdes i och med en ändring i Rättegångsbalken vilken ansågs göra den arbetsprocessrättsliga regeln onödig.⁸⁰⁸ Arbetsdomstolen skulle enligt förarbetena till 1974 års lag om rättegången i arbetstvister rent av kunna beakta material som inkommit efter huvudförhandlingens avslutande, så länge det kan antas vara ostridigt eller att motparten beretts tillfälle att yttra sig över materialet.⁸⁰⁹ Enligt senare förarbeten har dock det arbetsprocessrättsliga undantaget till synes ha uppfattats som mindre omfattande: ”Innebörden av den sistnämnda regeln [dåvarande 4 kap. 3 § 1 st. LRA om vad som fick läggas till grund för dom] har ansetts vara att man vid huvudförhandling i arbetsdomstolen inte nödvändigtvis måste läsa upp all skriftlig bevisning.”⁸¹⁰ Att Arbetsdomstolen efter avslutad huvudförhandling skulle kunna uppmana parterna att ge in material kan knappast rymmas inom ramen för den förståelsen av bestämmelsen.⁸¹¹ Det arbetsprocessrättsliga särdraget motiveras med att materialet ifråga kan behövas för domsskrivningen⁸¹² – ett logiskt sett ganska förbryllande motiv bakom en regel som bestämmer just vilket material som får användas. Att det material som *behövs* skulle

⁸⁰⁵ Se prop. 1974:77 s. 83.

⁸⁰⁶ Se prop. 1974:77 s. 83 och s. 122. Se också Lind, Materiell processledning i Arbetsdomstolen s. 317.

⁸⁰⁷ Se prop. 1974:77 s. 169 f.

⁸⁰⁸ Prop. 1991/92:84 s. 22. Ändringen avsåg 43 kap. 8 § 3 st. RB vilken sedan ändrats genom SFS 2005:683. Den ändringen skall dock inte inskränka möjligheterna att hänvisa till material som inte företetts vid huvudförhandlingen utan tvärtom utöka den mängd material till vilket hänvisning får ske, se prop. 2004/05:131 s. 246.

⁸⁰⁹ Prop. 1974:77 s. 170, Lind, Materiell processledning i Arbetsdomstolen s. 309. Jfr a prop. s. 122 f.

⁸¹⁰ Prop 1991/92:84 s. 22.

⁸¹¹ Jfr prop. 1974:77 s. 170, Lind, Materiell processledning i Arbetsdomstolen s. 309.

⁸¹² Prop. 1974:77 s. 122 och s. 170, Lind, Materiell processledning i Arbetsdomstolen s. 309.

vara ett annat än det som får åberopas kan knappast gå ihop. Tanken måste bygga på en annan logik än att reglerna som styr processen garanterar korrekta domar, och något måste förklara det arbetsprocessrättsliga särdraget. Grunden för det kan inte sökas någon annanstans än inom arbetsrätten själv. Den processrättsliga ramen för kollektivavtalsrätten bygger alltså, även om den stegvis närmats den allmänna processrätten, på sin egen självgrundande cirkel (se 9.4).

Den kanske mest iögonfallande skillnaden mellan processen i Arbetsdomstolen och processen i de allmänna domstolarna är skillnaden i fråga om instansordning. Arbetsdomstolen är första och sista instans i mål som har att göra med kollektivavtalsstolkning. Genom 4 kap. 7 § 1 st. LRA är det en förutsättning för att Arbetsdomstolen skall ta upp saken till prövning att parterna först förhandlat på lokal och central nivå, eller enligt en förhandlingsordning i kollektivavtal. Arbetsdomstolen kan avvisa talan om förhandlingskravet inte uppfyllts, vare sig förhandlingsskyldigheten beror på att reglerna i MBL eller i ett kollektivavtal inte iakttagits.⁸¹³ Arbetsdomstolen har intagit en tämligen icke-formalistisk inställning. Den partssida som, ehuru felaktigt, kallas till förhandling och faktiskt förhandlar kan inte utan vidare senare invända att rättegångshinder föreligger.⁸¹⁴

Mot bakgrund av kravet på förhandlingar mellan parterna före det att tvisten tas upp i Arbetsdomstolen kan man uppfatta Arbetsdomstolen som sista instans i en ordning med tre instanser (lokal förhandling, central förhandling, Arbetsdomstolen).⁸¹⁵ Någon instansordning i annan mening än att tvistefrågan dryftas flera gånger innan den når sista instans torde det dock knappast vara fråga om. Arbetsdomstolen *dömer* som första och enda instans i kollektivavtalstvister. Däremot kan förhandlingsomgångarna tjäna till att sova i vilka fall som faktiskt förs till domstolen, och renodla argumenten i dessa fall.⁸¹⁶

Arbetsdomstolen kan inte, som Högsta domstolen, inskränka sin verksamhet till att pröva prejudicerande frågor. Därtill är 4 kap. 7 § 1 st. LRA dispositiv, parterna kan alltså själva (men gemensamt) bestämma

⁸¹³ Se AD 2004 nr 80 med hänvisningar.

⁸¹⁴ Se AD 1992 nr 22 (som rörde bristande behörighet för en statlig myndighet) och AD 2003 nr 57 (som rörde fel svarande enligt en förhandlingsordning i ett kollektivavtal). Arbetsdomstolen behandlade inte sistnämnda fall som en tolkning av förhandlingsordningen i det tillämpliga kollektivavtalet utan som en fråga om tillämpning av LRA eller av principer för förhandlingsskyldighet (med hänvisning till just AD 1992 nr 22).

⁸¹⁵ Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 118.

⁸¹⁶ Se Fahlbeck i Rättegången i arbetstvister s. 206, Glavå, Arbetsrätt s. 95 f. och Sigeman, i Facklig arbetsrätt s. 91 ff. Den ursprungliga tanken på vilka mål som skulle sovas bort är kanske dock snarare mål på grund av enskildas anspråk än mål i vilka kollektivavtalsparterna har olika uppfattning om innebörden av avtalet, se Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt s. 17 och s. 284 med hänvisning till prop. 1928:39 (s. 192).

om förhandlingar verkligen skall föras innan saken prövas av Arbetsdomstolen.⁸¹⁷ Det vore ju också svårt, om inte omöjligt, för domstolen att tvinga parterna att förhandla, om de är överens om att de av någon anledning vill låta domstolen avgöra saken.⁸¹⁸ I detta sammanhang kan uppmärksammas att kollektivavtalsparterna ändå kan kritiseras för att inte fullgöra sin förhandlingsplikt nöjaktigt. Arbetsdomstolens ordförande Michaël Koch tar till exempel uppgiften att 43 procent av målen i Arbetsdomstolen 2003 förlitades till intäkt för att parterna inte förhandlar tillräckligt.⁸¹⁹ I fråga om huruvida kritiken är rättvis eller inte är jag uppfattningsfri, men samma statistik kan också uppfattas som ett tecken på att tvisteförhandlingar i avtalsparternas regi inte har samma funktion som en domstolsbehandling av samma fråga.⁸²⁰ Det kan också vara en fråga på gränsen mellan *juridifiering* och *dejuridifiering*.⁸²¹

7.6 Kollektivavtalsstolkning

7.6.1 Något om procederet

Arbetsdomstolens praxis i kollektivavtalsstolkningstvister kan systematiseras efter olika principer.⁸²² Oavsett vilka systematiseringsprinciper man väljer står det klart att den juridiska tolkningsverksamheten inte utan vidare låter sig presenteras utifrån en enkel mall. Lika klart står det dock att verksamheten inte är obunden, utan att den följer vissa former, till exempel att argumenten prövas i en viss ordning, och att de viktas på vissa sätt.⁸²³ Också i Arbetsdomstolens domskrivning i mål om kollektivavtalsstolkning kan vissa dylika former iakttas.

⁸¹⁷ Fahlbeck i Rättegången i arbetstvister s. 222.

⁸¹⁸ Reinhold Fahlbeck konstaterar att avtalsfriheten ”i viss mån” strider mot syftet med förhandlingsreglerna, men att det mot bakgrund av förhandlingsskyldighetens innehåll (eller snarare brist på innehåll) ”i allmänhet [skulle] vara föga meningsfullt att förvägra centrala parter direkt tillträde till AD.” Fahlbeck i Rättegången i arbetstvister s. 223.

⁸¹⁹ Se intervju med Michaël Koch i Lag och Avtal nr 2/2004 s. 21.

⁸²⁰ Arbetsdomstolen har sina rötter i organ som liknar skiljenämnder mer än domstolar, närmast dem danska *Den faste Voldgiftsret*. Vissa drag, till exempel att majoriteten av ledamöterna utses på förslag av arbetsmarknadens parter och att ledamöterna utses för en begränsad tid, påminner alltjämt om skiljenämnder. Se Sigeman i Rättegången i arbetstvister s. 30.

⁸²¹ Se ovan n. 253.

⁸²² Det behöver inte innebära vare sig att man fjärrar sig från en rättsdogmatisk uppgift eller att valet mellan olika principer för systematiseringen är godtyckligt, se Wilhelmsson, Social civilrätt s. 26 f.

⁸²³ Däremot är det inte lika klart på vilket sätt juristen och den juridiska argumentationen är bunden. Det kan hävdas att juristen behöver fasta, precisa, och uttryckliga regler.

Ett avtal består i princip av två med varandra överensstämmande viljeförklaringar. Kollektivavtalstolkningen går därför, liksom i princip all avtalstolkning, ut på att fastställa innebörden i dessa viljeförklaringar. Avtalet uppstår därvid vid en viss tidpunkt, och det är viljeförklaringarnas innebörd vid just den tidpunkten som, även om avtalet är varaktigt (för momentana avtal uppstår i princip inte det problemet) skall normera parternas förhållande under avtalets giltighetstid.⁸²⁴ Arbetsdomstolens praxis siktar dock inte alltid till att återföra avtalets innebörd på just avtalsstillfället. I det följande delas behandlingen upp i strategier som syftar till att härleda tolkningen till en kritisk tidpunkt (7.6.2) och strategier som låter tidsligheten spela en aktiv roll i tolkningen (7.6.3).

7.6.2 Strategier för att återföra tolkningen på en (kritisk) tidpunkt

7.6.2.1 *Gemensam partsavsikt*

Kollektivavtalet avviker från "det vanliga avtalet" ifråga om ingående (formkravet i 23 § MBL) och rättsverkningar (den normativa verkan, 26 § MBL). I fråga om fastställande av innehåll skiljer det sig dock i princip inte från andra avtal.⁸²⁵ Det går att identifiera vissa antydningar

För en plädering för detta synsätt, se Fiss, Objectivity and Interpretation. Problemet är att samma problem uppkommer beträffande de föreslagna tolkningsreglerna (vilka regler som skall gälla för att tolka tolkningsreglerna, och så vidare i en oändlig regress). Ändå kan jurister förstå varandra, och enhetlighet i argumentationen är inte blott en chimär. Se för denna invändning mot Owen Fiss så kallade "disciplining rules" Fish, Fish v. Fiss (se också n. 411). Syftet med att hänvisa till just (och bara) Stanley Fish angrepp på Owen Fiss är att visa ett exempel, och det är i sin polemiska form belysande. Diskussionen kan föras vidare tillbaka på Hans Kelsens *Grundnorm* och Herbert Harts *Rule of Recognition*, men då har man flyttat sig långt utanför kollektivavtalsrättens domäner. Se för en tillgänglig beskrivning med vidare hänvisningar Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 119 ff. (om Kelsen) och s. 133 ff. (om Hart).

⁸²⁴ Kollektivavtalet är inte unikt i det avseendet att det drabbas av en spänning mellan den momentana utgångspunkten och att det är utsträckt i tiden. Kurt Grönfors berör några strategier för att "trolla bort tidsdimensionen" (som han uttrycker saken) vid i tiden utsträckta avtal. Beträffande transportavtalet används tekniskt komplicerade köpeklausuler, reburs och konossement som "särskilda konstgrepp" för att återställa samtidigheten i prestationerna. Ju mindre definitiva prestationerna är i tiden (särskilt avtalets bortre gräns är besvärlig), desto svårare är det dock att just "trolla bort tidsdimensionen". Grönfors, Avtal och omförhandling s. 44 f. (citatet på s. 45).

⁸²⁵ Kollektivavtalet skiljer sig inte heller på det sätt att gränsen mellan ingående och innehåll kan vara oklar. Se AD 1995 nr 95, i vilket avtalsparterna var ense om avtalets innebörd i en viss fråga, och de instämde medlemmarna i den avtalslutande arbetsgivarorganisationen därmed bundna av den tolkningen. Arbetsgivarparten, som var instämd i målet, ville dock lämna öppet (och till Arbetsdomstolens bedömning) huruvida kollek-

om en hierarki i kollektivavtalsstolkningen i Arbetsdomstolens domar.⁸²⁶ Mest uttryckligt kanske är att det i första hand är vad avtalsparterna gemensamt åsyftat vid kollektivavtalets tillkomst som bestämmer avtalets innehåll.⁸²⁷ Den vanliga formen är att den gemensamma partsavsikten utreds men befinns inte föreligga. Eftersökandet av den gemensamma partsavsikten har ändå en viktig funktion – det grundar kollektivavtalets legitimitet som avtal, och därmed arbetsmarknadsparternas autonomi i normgivningshänseende.

I fråga om att den gemensamma partsavsikten är det primära målet för tolkningen avviker inte kollektivavtalet från det vanliga avtalet. Det kan särskilt betonas att det är *kollektivavtalsparternas* gemensamma avsikt som skall fastställas. Arbetsdomstolen har upprepade gånger uttryckligen fränkännt enskilda medlemmars uppfattning relevans för tolkningen av kollektivavtalet.⁸²⁸ I konsekvens med det blir den enskilde medlemmen bunden av kollektivavtalsparternas samstämmiga uppfattning om hur kollektivavtalet skall förstås.⁸²⁹ Däremot avviker den situation som föranleder tolkningen på så sätt att "avtalsparterna" inte alltid är desamma som de parter som tvistar. Exempelvis är det vanligt att arbetsgivarparten utgörs av ett bolag som genom medlemskap i en arbetsgivarorganisation är bunden av det omtvistade kollektivavtalet. Situationen kan också vara den att arbetsgivaren är bunden vid ett hängavtal. Arbetsgivaren är i det fallet bunden till avtalsparternas tolkning.⁸³⁰ Någon egentlig motivering till principen innehåller inte domarna, utan det konstateras blott att kollektivavtalsparternas tolkning av ett avtal får anses binda också parterna i det omtvistade hängavtalet. I AD 1943 nr 34 hänvisas till AD 1940 nr 84, men annars tycks principen motiveras av sig själv. I AD 1964 nr 11 anknys principen till partsavsikten – närmare bestämt parterna

tivavtalets bestämmelser i aktuellt hänseende rättsligt "satts ur spel" av ett utbildningsavtal mellan [arbetstagarernas] gymnasium och arbetsgivarparten.

⁸²⁶ Se kanske särskilt uttryckligt i AD 1989 nr 140, AD 1993 nr 191, AD 1994 nr 113, AD 1995 nr 9, AD 1995 nr 46 och AD 2003 nr 9. Man bör i och för sig inte dra för stora växlar på uttryckssätt i domskrivningen. En egenhet för Arbetsdomstolen, jämfört med till exempel Högsta domstolen och Regeringsrätten, är det begränsade antalet ordföranden. En följd av det är att den som läser ett stort antal domar kan uppleva att flera av ordförandena blir bekanta. Den känsla av igenkänning som det frammanar kan bidra till att forma rättsområdet som ett eget sådant. Se också Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 210: "Givetvis har ADs olika ordförande satt viss prägel på rättstillämpningen."

⁸²⁷ Just den formuleringen är hämtad från AD 2005 nr 50.

⁸²⁸ AD 1940 nr 16, AD 1947 nr 66, AD 1950 nr 65, AD 1989 nr 51.

⁸²⁹ Se till exempel AD 1986 nr 11 och AD 1997 nr 43.

⁸³⁰ Se AD 1991 nr 52 med hänvisning till äldre praxis ("bl.a. AD 1940 nr 84, 1943 nr 34 och 69, AD 1957 nr 7, jfr AD 1964 nr 11").

i hängavtalets avsikt. Regeln formuleras så att ”det måste [...] antagas ha varit parternas avsikt, att – om ej särskilda omständigheter föranleda annat – bestämmelser, som utan ändring överförs från [ett visst avtal] till [ett annat avtal], däri skola ges samma innebörd.” Möjligen kan finnas en öppning för en annorlunda tolkning om parternas tolkning avviker från det allmänna inom branschen, eller om den av hängavtal bundne arbetsgivaren klargjort sin uppfattning om avtalets innebörd för den andra parten.⁸³¹ Därtill kommer att den berörde i många tvister är en arbetstagarare som är bunden genom sitt medlemskap i en arbetstagarorganisation, vilken företräder arbetstagararen i rättegången. Det innebär, måhända, särskilda förhållanden för utrönandet av gemensam partsavsikt när det gäller kollektivavtal. Spörsmålet kan också ha bäring på liknelsen mellan kollektivavtal och lag.⁸³² Jämfört med lagstiftarens inflytande över hur lagstiftningen förstås och tillämpas har kollektivavtalsparterna ett direkt inflytande.

Det har sagts att ”[t]raditionellt har tolkning av avtal betraktats enbart som en fråga om att fastställa den gemensamma partsavsikten”, men att ”[m]ot det traditionella synsättet kan man emellertid invända, att verkligheten ofta kommit att döljas av fiktioner.”⁸³³ Verkligheten döljs av fiktioner, avtalslutet går inte till så som den traditionella läran föreställer sig, och avtalet får inte sitt innehåll på det sättet. Folke Schmidts inställning kan kanske förklaras mot bakgrund av två historiska förhållanden. Det första är att han i tiden verkar nära den nordiska rättsrealismen, och dess jakt på fiktioner (det andra har med Folke Schmidts föreslagna culpa-modell för tolkningen att göra, se ovan 7.2 och 7.3 samt nedan 7.6.2.5). Senare versioner av texten har också ett delvis annat utseende: ”Traditionellt har tolkning av avtal betraktats enbart som en fråga om att fastställa den gemensamma partsavsikten”.⁸³⁴ Den uttryckliga invändningen har försvunnit ur texten, men inte därmed nödvändigtvis grundinställningen. Istället kan uttryckets försvinnande vara betingat av att vi vant oss vid den så mycket att dess tydligaste uttryck känns överdrivna.⁸³⁵ Samtidigt kanske man kan ana en glidning i inställningen. Vi, den nutida kollektivavtalsrätten, behöver inte bekymra oss över om något är en fiktion som

⁸³¹ Vissa sådana resonemang förekommer i AD 1991 nr 52, se också AD 1964 nr 11.

⁸³² Se särskilt n. 69.

⁸³³ Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 130 (en grundbult för Folke Schmidts övertygelse i tolkningsfrågor var att teorier skall vara *beskrivande*, se 7.3).

⁸³⁴ Eklund i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 189.

⁸³⁵ Se n. 642, där jag också påstår att vi lever i den sekulariserade realismens tidevarv, och därmed att vi, det vill säga den samtida juridikens utövare, är sekulariserade realister.

döljer något annat, det tillhör i princip en svunnen tid.⁸³⁶ Vi är, skulle man kunna säga, nöjda om diskursen känns hemtam, om den *fungerar*. Då kan vi också vända oss, inte till rättsvetenskapen (vilket man gör om man avslöjar något som en fiktion, det är en vetenskaplig upptäckt) utan till praktiken och diskutera lösningar på rättsliga problem, lagstiftnings-tekniska eller rättstillämpningsfrågor.

Det som skall utrönas, eller snarare fastställas, är motpartens befogade uppfattning om viljan, inte ”viljan som sådan”, eller liknande.⁸³⁷ Det fastställandet är en utpräglad rättslig uppgift, kollektivavtalsstolkning skiljer sig i det avseendet knappast principiellt från ”vanlig” avtalsstolkning. Kanske kan det rättsliga i uppgiften bli än mer uppenbart när det gäller kollektivavtal, eftersom de tvistande parterna inte alltid själva (det vill säga åtminstone på arbetstagsarsidan genom behöriga företrädare) har författat avtalets ordalydelse (se om detta särdrag 7.6.3.2). Den avgörande betydelse som domstolen tillmäter den gemensamma partsavsikten är, som sagt, ett utflöde av, eller en förutsättning för – beroende på från vilket håll man betraktar saken – partsautonomin, parterna äger avtalet och dess bestämmelser.⁸³⁸ Därför blir den gemensamma partsavsikten det som i första hand skall bestämma avtalets innehåll.⁸³⁹

När tvisten står mellan två avtalsparter kommer den typiskt sett ha uppkommit just därför att man inte tänkt på den sedermera uppkomna situationen, eller utgått från olika tolkningar utan att detta blivit klart vid avtalslutandet.⁸⁴⁰ Partsställningen i en tvist kan dock vara en annan än den i det kollektivavtal som tvisten rör sig kring. Tvister om hängavtal kan föranleda sådana tvister, liksom tvister i vilka enskilda arbetstagare vill driva ett eget krav, vid sidan av de kollektiva parterna. Ett exempel erbjuder AD 1964 nr 13, i vilket en arbetstagare som ansåg sig inte ha

⁸³⁶ Med något undantag, undantag som står ut som sådana, se n. 1335 och 1336.

⁸³⁷ Det är tydligen värt att förtydliga vid den tid då den kollektivavtalsrättsliga tolkningsläran börjar ta sin egen form, se till exempel Karlgren, Tolkning och omtolkning s. 162, med hänvisning till Almén och ”otaliga andra författare”.

⁸³⁸ Uttryckligt i AD 1994 nr 113.

⁸³⁹ Uttryckligt i till exempel AD 2007 nr 54. Se också AD 2007 nr 81 ”Som domstolen många gånger framhållit är det vad parterna gemensamt äsyftat vid avtalsförhandlingarna som är avgörande för avtalets innehåll.”

⁸⁴⁰ Enligt Folke Schmidt utmärker sig mål om tolkning av kollektivavtal i Arbetsdomstolen på det viset att parterna öppet medger att de från början haft skilda meningar om avtalets innebörd eller inte föreställt sig den situation som föranlett tvisten, Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet s. 482. I mål om tolkning av köpeavtal finns det dock för någon av parterna typiskt sett, tänker sig Schmidt, anledning att hävda att ett avtal inte över huvudtaget kommit till stånd, varför den ena parten kommer att yrka ogiltighet på grund av dissens, Schmidt a.a. s. 491.

fått rätt semesterersättning riktade, utan bistånd av sin arbetstagarorganisation (som var part i kollektivavtalet), anspråk mot sin arbetsgivare (som var bunden av kollektivavtalet genom ett hängavtal). I fråga om en bestämmelse i kollektivavtalet med innebörd att skadestånd för brott mot kollektivavtalet endast tillkom fackförbundet var kollektivavtalsparterna ense om tolkningen. Utgången gick i arbetstagarens favör, men inte genom en tolkning av kollektivavtalet, därvid tycks avtalsparternas inställning godtagits, utan genom att avtalskonstruktionen inte stod sig mot semesterlagen (den tolkningsoperationen tog avstamp i att semesterlagen var semidispositiv till arbetstagarens fördel).

Före det att en tvist om kollektivavtalets innehåll kan anhängiggöras i Arbetsdomstolen skall frågan enligt 4 kap. 7 § LRA gå igenom lokala och centrala förhandlingar eller förhandlingar enligt förhandlingsordning i kollektivavtal. Antagligen kommer, mot bakgrund av dessa, en gemensam partsavsikt endast undantagsvis att låta sig uttrönas. Tvister där parterna själva kan komma fram till en gemensam partsavsikt kommer knappast att föras vidare till Arbetsdomstolen. AD 1996 nr 126 erbjuder exempel på ett undantag.⁸⁴¹ Domen är samtidigt ett exempel på att den kollektivavtalsrättsliga tolkningen avviker från den vanliga tolkningsläran (se kap. 7.2). Arbetsdomstolen uttrycker sig, efter att mot ena partens invändning ha fastslagit att förhandlingskravet enligt 4 kap. 7 § LRA var uppfyllt, så att intrycket blir att den gemensamma partsavsikten är upp till parterna att åberopa: "Arbetsdomstolen konstaterar inledningsvis att inte någon av parterna hävdar att det föreläggat en gemensam partsavsikt i den omtvistade frågan när ackordsöverenskommelsen slöts."

Vokabulären avviker från vad som kan passas in i den vanliga tolkningsläran. Just här går också gränsen mellan kollektivavtalsstolkningen och den "vanliga" avtalsstolkningen. Gränsen markeras framförallt på två sätt. För det första är den kollektivavtalsrättsliga praktiken homogen på så vis att såväl arbetsmarknadsparterna som Arbetsdomstolen utgår från att kollektivavtalet ändå gäller också i den omtvistade frågan och inte i den delen faller på dissens (jfr ovan, för gränsen mellan kollektivavtalsrätten och den allmänna avtalsrätten särskilt 7.3.2.1 n. 753). För det andra har kollektivavtalsrätten en inneboende strävan efter att frågor inte skall vara oreglerade mellan arbetsmarknadsparterna, en strävan som botten i intresset av fredsplikt (se vidare särskilt nedan 7.8.3).

⁸⁴¹ Se också AD 1994 nr 107.

7.6.2.2 Avtalets ordalydelse

Ordalydelsens plats i tolkningen

I de flesta etablerade läroböcker om svensk arbetsrätt presenteras frågan om hur den gemensamma partsavsikten förhåller sig till ordalydelsen tidigt i avsnittet om tolkning av kollektivavtal.⁸⁴² Med "ordalydelsen" avses den skriftliga avtalstexten. Det återkommer ofta att kollektivavtalet är ett avtal med egenskaper som får det att liknas vid lag (se n. 69). Liknelsen kan, beroende på sammanhang ha skilda syften, men den kan också föranleda synpunkten att avtalets ordalydelse bör vara den primära utgångspunkten för tolkningen.⁸⁴³ Kollektivavtalet ger innehåll åt anställningsavtal, det vill säga åt avtal i andra relationer än mellan kollektivavtalsparterna. Av förutsebarhetsskäl skulle det då vara rimligt att ge ordalydelsen företräde. Anställda och arbetsgivare skulle, kan tanken vara, ha lättare (eller i vart fall lika lätt som avtalsparterna själva) att utläsa vad som ingår i anställningsavtalet.⁸⁴⁴ Skriftlighetskravet skulle också om inte i sig motivera, så i vart fall ligga i linje med, en tolkningsprocedur som innebär att ordalydelsen har försteg.⁸⁴⁵ Men, eftersom kollektivavtalet är just ett avtal har då den gemensamma partsavsikten företräde, även

⁸⁴² Adlercreutz, och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 91, Eklund i Facklig arbetsrätt s. 187, Glavå, Arbetsrätten, s. 147. Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 166, Sigeman, Arbetsrätt s. 76. Också i läsningen av böckerna röner frågan intresse. Se till exempel Fougner's anmälan av Sigemans Arbetsrätten, TfR 1997 s. 554 f.

⁸⁴³ Se Glavå, Arbetsrätten s. 147 för denna synpunkt, vidare Bergqvist m.fl. Medbestämmandelagen s. 304 med hänvisning till arbetsmarknadsparternas intresse av "ordning och reda i deras inbördes relationer". Se också Kristiansen, Den kollektive arbejdsrett s. 259. Jfr Jacobsen, Kollektiv arbejdsret s. 96, också Illum, Den kollektive arbejdsrett s. 104. Man kan också finna stöd i Arbetsdomstolens praxis för att det är just så man ser på saken, se till exempel AD 1977 nr 164: "När det gäller frågor om tolkning har arbetsdomstolen i sin rättstillämpning ofta fäst stor vikt vid ordalydelsen i omtvistade avtalsbestämmelser. [...] Den praktiska tillämpningen av avtalen ute på arbetsplatsen skulle självfallet också försvaras, om inte de lokala parter, som har att tillämpa avtalet utan någon närmare kännedom om vad som förekommit vid avtalsförhandlingarna, normalt kunde utgå från avtalstexten i sin avtalstillämpning." Se också AD 1991 nr 103.

⁸⁴⁴ Gränsen mellan offentlig rätt och civilrätt gör sig gällande (se 2.2.2 och 2.3.1), en gräns som kollektivavtalet, genom att liknas vid lag (n. 69), gör anspråk på att överskrida. Förutsebarhetsargumentet hör dock främst hemma i relationen mellan det allmänna och den enskilde. På civilrättens, och därmed kollektivavtalets, område är förutsebarhetsargumentet inte lika "självklara" eller "naturliga" att inlemma i tolkningen. Jfr det korta påpekandet i Lehrberg, Avtalstolkning, s. 59.

⁸⁴⁵ På samma tema kan tolkningsdata som an knyter till själva texten upplevas böra ha företräde framför sådana som an knyter till parternas beteende och övriga omständigheter, se Roos, Tvetydigheter i avtal s. 636.

om ordalydelsen närmast pekar i en annan riktning.⁸⁴⁶ Skriftlighetskravet sätter dock en gräns såtillvida att tolkningen måste kunna härledas till innehållet.⁸⁴⁷ Utöver detta finns de så kallade dolda klausulerna, som inte uttrycks i avtalstexten, men som ändå anses vara avtalsinnehåll, se vidare nedan kap. 7.8.3.

Ordalydelsen som utgångspunkt för tolkningen

När någon gemensam partsavsikt inte kan utrönas får tolkningsfrågan avgöras med ledning i avtalets ordalydelse.⁸⁴⁸ Kollektivavtalet är dock alltså just ett avtal, varför avtalets ordalydelse systematiskt förhåller sig till den gemensamma partsviljan så att ordalydelsen är ett uttryck för vad som får uppfattas som den gemensamma partsviljan.⁸⁴⁹ Också om tolkningen syftar till att utreda vad motparten borde ha uppfattat om partens avsikt är ordalydelsen ”typiskt sett den säkraste hållpunkten”.⁸⁵⁰ Det förhållande att kollektivavtalet är underkastat ett formkrav innebär en gräns för hur långt den gemensamma partsavsikten kan ge avtalet innehåll.⁸⁵¹

Tolkningsalternativ som överhuvudtaget inte kan härledas till ordalydelsen kan inte komma ifråga.⁸⁵² Vad som muntligt utfästs eller eljest

⁸⁴⁶ AD 1955 nr 13, se också AD 1994 nr 100. Jfr dock Adlercreutz, som i en hierarkisk ordning som nummer ett ställer ordalydelsen före den gemensamma partsavsikten, se Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 226

⁸⁴⁷ Se under. 7.6.2.1.

⁸⁴⁸ Se för nedslag (formulerade av olika ordföranden, jfr n. 826): ”Frågan är då om någon ledning kan hämtas i bestämmelsens ordalydelse”: AD 2004 nr 67, AD 2005 nr 50: ”Någon gemensam partsavsikt förelåg alltså inte i den fråga som är aktuell i målet. Under nu angivna förhållanden måste enligt arbetsdomstolens mening ordalydelsen av de överenskomna lokala bestämmelserna tillmätas en särskild betydelse.” AD 1996 nr 138: ”Någon gemensam partsavsikt i denna del kan alltså inte utrönas. Mot den bakgrunden blir givetvis avtalets ordalydelse av stor betydelse.”, se också i AD 1998 nr 6. Jfr dock AD 1995 nr 46.

Se också Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten s. 135 med talrika hänvisningar till dansk rättspraxis.

⁸⁴⁹ Se uttryckligt i AD 2004 nr 76.

⁸⁵⁰ Se AD 1993 nr 131.

⁸⁵¹ Se AD 1983 nr 1: ”Vidare tillmäts vid tolkning av kollektivavtal avtalstexten en alldeles särskild betydelse. Detta är en ofrånkomlig konsekvens av att skriftlighet är ett formkrav för denna avtalstyp”. Se också AD 1980 nr 98: ”När ett kollektivavtal såsom i detta fall har en entydig lydelse leder skriftlighetskravet till att det fordras tungt vägande skäl för att avtalet skall kunna ges en från avtalets lydelse avvikande innebörd. Detta gäller vare sig fråga är om tolkning av avtalet eller om part vill få avtalsinnehållet jämkat på avtalsrättslig grund.”

⁸⁵² Se till exempel AD 1994 nr 60. Jfr dock AD 1991 nr 51: ”Vad som anförts från arbetsgivarsidan ger mot bakgrund av vad som nu anförts inte tillräckligt stöd för att frångå den i och för sig helt klara ordalydelse som bestämmelsen har.” Uttalandet före-

förevarit vid avtalsförhandlingarna inte får verkan som avtalsinnehåll, med mindre det kan härledas till avtalstexten. Den ena sidan i AD 1994 nr 3 hade förklarat sig berett att tillämpa en viss ordning i praktiken, varpå motparten lät kravet på kollektivavtal i just den frågan falla. Förklaringen, som alltså inte fästes i kollektivavtal kunde inte grunda någon kollektivavtalsenlig skyldighet för den part som gjort utfästelsen. Det skulle, utan att det anförs som grund för Arbetsdomstolens resonemang i AD 1994 nr 3, undergräva formkravet, och kan således inte accepteras.⁸⁵³ Vad som kan härledas till ordalydelsen är dock naturligtvis i sig en tolkningsfråga, en fråga som Arbetsdomstolen har sista ordet i, under förutsättning att Arbetsdomstolen tillfrågas. Utanför processen har avtalsparterna i princip en oinskränkt autonomi i tillämpningsfrågor.⁸⁵⁴ Om arbetsmarknadens parter skulle missbruka sin makt, med (från lagstiftarens synpunkt) oacceptabla konsekvenser, kan lagstiftaren finna för gott att ingripa.⁸⁵⁵ En reaktion från lagstiftaren kan förstås också utlösas av att förhållandena ändras så att maktbalansen ändras, till exempel genom att den ena sidan förlorar medlemmar.⁸⁵⁶ En tredje möjlighet är att lagstiftarens, det vill säga Riksdagens, sammansättning ändras så att den finner vad som nu är acceptabla förhållanden oacceptabla. Samtliga dessa tre grovt skisserade scenarier sker dock snarare på den politiska än på den juridiska arenan.

gicks av olika uppfattningar ifråga om den omtvistade bestämmelsens syfte, och får ses i ljuset av det. Det antyds att den klara ordalydelsen kunnat frångås om den tappande sidan haft fog för sin uppfattning om bestämmelsens syfte om den andra sidans (den för vilken ordalydelsen talade) uppfattning saknat annan grund än just ordalydelsen, men eftersom den sidan hade stöd för sin uppfattning (det låg, konstaterade Arbetsdomstolen, inte "något orimligt i arbetstagsidans ståndpunkt") ställdes saken inte på sin spets. Arbetsdomstolens argumentation ger försteg åt partsavsikten framför ordalydelsen (bestämmelsens syfte). Dessutom behöver Arbetsdomstolen inte ge företräde åt en orimlig tolkning. En normativ hållning till avtalstolkningen kan alltså anas från Arbetsdomstolens sida.

⁸⁵³ När inte vare sig en gemensam partsuppfattning eller ordalydelse ger tillräckligt stöd för en tolkning kan formkravet sluta resonemanget. Så användes formkravet till exempel i AD 1993 nr 61. Frågan gällde om en bilförmån kunde tolkas in i kollektivavtalet. Frågan besvarades nekande, med hänsyn också till att varje förmån i anställningsavtal också skulle bli skyddad av kollektivavtal, och att gränsen dessa avtal emellan skulle bli oklar.

⁸⁵⁴ Jfr dock Lavalutredningens förslag SOU 2008:123, av innebörd att en utstationerad arbetstagarare skall kunna åberopa ett kollektivavtal mellan en svensk arbetstagarorganisation och en i ett annat EES-land etablerad arbetsgivare som utstationerat sagda arbetstagarare till Sverige även om inte arbetstagararen ifråga är medlem i den avtalslutande organisationen, se ovan 6.2.4.

⁸⁵⁵ Arbetsmarknadsparternas autonomi vilar på lagstiftarens tolerans, se vidare 8.2

⁸⁵⁶ Se för en översiktlig sammanställning Medlingsinstitutets årsrapport Avtalsrörelsen och lönebildningen 2008 s. 25 ff. Enligt den rapporten har den fackliga organisationsgraden minskat de senaste åren, till 71 % för hela arbetsmarknaden i oktober 2008 (a.a. s. 30). För arbetsgivarsidan finns inga motsvarande siffror.

”Den gemensamma partsviljan” må i sig själv bygga på en konstruktion, men i fråga om att utröna den har man faktiska förhållanden att hålla sig till. Resonemang i fråga om ordalydelsen strävar efter att utröna vad parterna har avsett med avtalet (gemensam partsavsikt), men fokus har förflyttats från (förment) faktiska förhållanden till normativa. Se till exempel följande skrivning: ”Domstolens bedömning måste därför [ingen bevisning hade förts rörande den närmare innebörden av kollektivavtalsbestämmelsen, det vill säga om den gemensamma partsavsikten] i första hand ta sin utgångspunkt i avtalets ordalydelse och vad som enligt ett naturligt betraktelsesätt kan antas ha varit avsikten med denna.”⁸⁵⁷ Det blir då också rimligt att använda tidigare avgöranden som prejudikat beträffande en bestämmelsens innebörd.⁸⁵⁸

Ordalydelsen som utgångspunkt för beviskrav

Arbetsdomstolen formulerar ibland sin tolkningsverksamhet i termer av beviskrav. Ordalydelsen bildar utgångspunkt för resonemangen, men den gemensamma partsavsikten har försteg. Kravet för bevisning för en annan innebörd kan då ställas högre eller lägre, och man kan på detta sätt styra resonemangen. Med ett högre beviskrav för avvikelse från ordalydelsen kan en högre grad av förutsebarhet uppnås,⁸⁵⁹ men kravet kan också utgöra ett incitament för parterna att skriva avtalet på ett visst sätt (se vidare 7.6.2.6). För det fall avtalsparterna inte tänkt på den aktuella frågan ger bevisbörderegeln en normativ utgångspunkt för hur frågan skall regleras. Ett exempel på en dylik bevisbörderegeln är kollektivavtalsbestämmelser om fredsplikt.⁸⁶⁰ Stridsrätten synes i dessa sammanhang vara ett intresse som enligt domstolens praxis bara kan inskränkas uttryckligen.⁸⁶¹

⁸⁵⁷ AD 1999 nr 48.

⁸⁵⁸ Se nedan 7.6.4.2 om prejudicerande avtalstolkning.

⁸⁵⁹ Det argumentet är nog egentligen rätt svagt. Förutsebarheten mellan avtalsparterna kan dock i och för sig vara ett beaktansvärt intresse i avtalstolkningen, Lehrberg, Avtalstolkning s. 59.

⁸⁶⁰ Se till exempel AD 1991 nr 24. Enligt Arbetsdomstolen fanns, med hänvisning till äldre praxis, skäl att ställa stränga krav på bevisning till stöd för att fredsplikt skall följa av ett kollektivavtal när det inte framgår av dess lydelse.

⁸⁶¹ Det kan möjligen anses följa av 2 kap. 17 § RF, som enligt AD har ”civilrättslig verkan”, se AD 2003 nr 46. Den mest konkreta konsekvensen av den ”civilrättsliga verkan” Arbetsdomstolen tillskriver 2 kap. 17 § RF verkar dock vara ”att Arbetsdomstolen inte får införa någon begränsning i den fackliga stridsrätten som inte har stöd i lag eller avtal” – det vill säga ”den civilrättsliga verkan” synes primärt vara en normgivningsbestämmelse riktad till Arbetsdomstolen själv. Särskilt osäker är omfattningen av den ”civilrättsliga verkan” eftersom den begränsning i sin egen kompetens Arbetsdomstolen läser ut väl framgår uttryckligen av 2 kap. 17 § RF i sig. Jfr AD 1991 nr 25 samt AD 1947 nr 35 och AD 1965 nr 6.

Den regel som innebär att den part som hävdar att bestämmelsen har en vidare innebörd än vad ordalydelsen ger vid handen har bevisbördan för sitt påstående.⁸⁶² Avtalets ordalydelse anger utgångspunkten för processen på det vis att en klar ordalydelse lägger bevisbördan för att avtalet skall ha någon annan innebörd på den som hävdar denna andra innebörd.⁸⁶³ En ordalydelse kan vara ”klar” i den meningen, även om den omtvistade bestämmelsen först behövt tolkas.⁸⁶⁴ Arbetsdomstolen har upprepade gånger slagit fast att den som hävdar att ett kollektivavtal innebär något annat än vad som följer av ordalydelsen enligt allmänt språkbruk eller språket på det aktuella avtalsområdet, har bevisbördan för sitt påstående.⁸⁶⁵ Vägledande för bedömningen kan också bli hur en lagtext av motsvarande innehåll uppfattas.⁸⁶⁶

Det är, slutligen, ordalydelsen såsom den uttrycks i själva kollektivavtalet som är utgångspunkten för tolkningen. Det mest lättillgängliga materialet för den enskilde arbetstagaren torde vara de kommentarer som stundom upprättas. I den mån dessa inte får status av kollektivavtal har de emellertid ingen bindande verkan för avtalsparterna. I AD 1993 nr 109 var arbetstagarpartens ståndpunkt att kommentaren skulle uttrycka parternas, vid avtalets ingående, gemensamma partsavsikt. Det avfärdades emellertid av Arbetsdomstolen. Det var också ostridigt att arbetsgivar sidan inte velat ge kommentartexten status av kollektivavtal och att arbetstagar sidan accepterat detta. Det innebär följdriktigt att den text som på grund av den ena partens ovilja inte fått status av kollektivavtal inte kan vara utgångspunkt för en tolkning av den text som fått status av kollektivavtal. Resultatet blir snarare det omvända, eftersom det är närliggande att, såsom domstolen gjorde, konkludera att skrivningar som ena sidan inte velat godta som avtalsförpliktelser och som saknar motsvarighet i en avtalstext *inte* utgör avtal.

Närmare om det språkbruk som läggs till grund för tolkningen

I fråga om att fastställa innebörden i en viss bestämmelse kan olika förståelser av samma bestämmelse grunda sig i att den läses mot bakgrund av olika språkbruk (”positiv rätt” betyder i juridiskt språkbruk inte ”bra rätt”, för att ta ett exempel). Det är i sig trivialt, men det kan motivera

⁸⁶² Se till exempel AD 1990 nr 51.

⁸⁶³ AD 1989 nr 140, AD 1990 nr 51, AD 1995 nr 106.

⁸⁶⁴ AD 1990 nr 79. Begreppet ”tolkning” används här i en snävare mening än den som följer av att alla bestämmelser, och överhuvudtaget alla utsagor för att förstås måste tolkas (att tolka är i den meningen synonymt med att förstå). Se också Karlgren, Tolkning och omtolkning (särskilt) s. 164, som kallar denna första tolkning *prima-facie-tolkning*.

⁸⁶⁵ Se t.ex. AD 1971 nr 4, AD 1973 nr 39 och AD 1976 nr 84.

⁸⁶⁶ AD 1995 nr 46, jfr AD 1978 nr 132.

att man tittar närmare på vilket språkbruk Arbetsdomstolen hänför dig till. I spänningsfältet mellan att kollektivavtalsregleringen är avtalsparternas angelägenhet och att den är det dominerande medlet att normera enskilda anställningsavtal kan olika språkbruk i och för sig tänkas. I diskussionen om ordalydelsens plats i tolkningen underförstås ett gemensamt språkbruk. Redan en översiktlig genomgång av vilket språkbruk Arbetsdomstolen anknyter till ger dock en disparat bild. Avtalets eget språkbruk har en särställning. Särställningen, som är konsekvent med förverkligandet av partsautonomin, yttrar sig i en benägenhet att tidigt i avtalstolkningsprocederet fråga efter avtalsinterna definitioner.⁸⁶⁷ Först om parterna inte hänfört sig till någon gemensam partsavsikt, eller den inte påstås vara annan än att det omtvistade begreppet har i en större kontext, faller Arbetsdomstolen tillbaka på en förståelse av ett begrepp som utvecklats i praxis.⁸⁶⁸ Man kan också märka frågor efter ett branschspecifikt språkbruk.⁸⁶⁹

Frågan om vilket språkbruk Arbetsdomstolen har att hålla sig till kan inte frikopplas från den processuella ramen (7.5). Dispositionsprincipen gör att det språkbruk parterna hänför sig till kommer att bli avgörande.⁸⁷⁰ Att tvister ändå då och då kommer att stå mellan olika språkbruk, beror på att parterna själva kan utgå ifrån eller åberopa tolkningar utgående från olika språkbruk. Ibland erkänns också, om än närmast antydningssvis, ett språkbruk utanför parternas åberopanden.⁸⁷¹ Slutligen kan hänvisning ske till ett etablerat språkbruk som i sig är avgränsat av arbetsrätten.⁸⁷² Då måste man dock avse en viss retorisk användning, eftersom all språk-användning som sker inom ett visst område i och för sig är avgränsat av

⁸⁶⁷ Se till exempel AD 1995 nr 106, AD 1996 nr 126 (om betydelsen av "ackord") och AD 2004 nr 5.

⁸⁶⁸ Se AD 1990 nr 73 om betydelsen av ordet "skiftarbete".

⁸⁶⁹ Se till exempel AD 1988 nr 102. Fallet rörde förståelsen av utpräglat branschspecifika (i flygbranschen) uttryck, såsom "flight deck-besättning". Se också AD 1989 nr 45, där den omtvistade termen var "joint operations".

⁸⁷⁰ Se för ett exempel AD 1990 nr 38, vari uttryckligen hänvisas till "vedertaget språkbruk vid avtalsförhandlingar och avtalsuppgörelser inom det privata tjänstemannaområdet". Språkbruket ifråga (betydelsen av "generellt tillägg") var omtvistat, arbetstagarparterna ville hänvisa till AD-praxis (AD 1985 nr 68) för en annan uppfattning än arbetsgivarparterna. Det specifika språkbruket var alltså ett bevisstema i fallet, avgörande för avtalets innebörd. Det var också preciserat till ett visst område, och tycks därvid avvika från ett annat språkbruk, utgående från vad generellt tillägg betyder "i vedertagen mening."

⁸⁷¹ Se till exempel AD 1990 nr 75 angående innebörden av "avlönade med timlön", och AD 1993 nr 123 angående innebörden av ordet "serie".

⁸⁷² Se till exempel AD 1992 nr 124 angående innebörden av uttrycket "att uppta förhandling".

detsamma (det gemensamma språkbruket bidrar till att göra området till ett område, se vidare n. 411).

Ibland hänvisar Arbetsdomstolen uttryckligen till ett "allmänt" eller "vanligt" språkbruk,⁸⁷³ eller till ett "normalt" språkbruk.⁸⁷⁴ Någon gång antyds att för normativa regler, i vart fall sådan som har med arbetstagares ersättning att göra ligger en tolkning i enlighet med allmänt språkbruk nära till hands.⁸⁷⁵

Bland annat beroende på att frågan, åtminstone till viss del, är avhängig de tvistande parternas mer eller mindre medvetna dispositioner är det svårt att finna någon gemensam linje i Arbetsdomstolens användning av språkbruket. Man kan dock stanna upp inför vissa reflektioner. Det kan till exempel å ena sidan konstateras att även det "allmänna" språkbruket i Arbetsdomstolens tappning är tämligen juridiskt, i vart fall i den mening som att fråga är om att konstruera en regel för just det aktuella fallet.⁸⁷⁶ Å andra sidan kan det knappast vara på något annat sätt. Arbetsdomstolens uppgift är att slita tvisten i det enskilda fallet, och att legitimera sin lösning. Det område inom vilken lösningen skall accepteras är kollektivavtalsrätten, som omvänt definieras av Arbetsdomstolens sätt att legitimera sina lösningar. Även om man talar om "allmänt språkbruk" görs juridik av jurister för jurister, och kollektivavtalsrätt av kollektivavtalsrätten för kollektivavtalsrätten. Kollektivavtalsrätten kommer därmed att vila på sin egen, självgrundande, cirkel (se 9.4).

En andra reflektion utifrån Arbetsdomstolens användning av olika språkbruk är att man kan iakttä en tendens att "harmonisera" arbetsrätten, vilket bidrar till att skapa arbetsrätten till ett enhetligt rättsområde med sina uttryck och sina egna argumentationsvägar. Särskilt tydligt blir

⁸⁷³ Se AD 1992 nr 116. I Arbetsdomstolens argumentation var en särskild utgångspunkt att avtalet skulle tolkas utifrån "objektiva grunder". Se också AD 1993 nr 39 (där "allmänt" och "vanligt" språkbruk används synonymt), vidare AD 1993 nr 131 och AD 1990 nr 75. Se också AD 1994 nr 148 angående betydelsen av "upprätta andra flygbolag".

⁸⁷⁴ AD 1992 nr 143 och AD 2003 nr 78 angående innebörden i en bestämmelse att "granskningsarvode skall erläggas av arbetsgivaren." Se också AD 1993 nr 128 angående innebörden av "omfördelning av arbetstiden".

⁸⁷⁵ Se AD 1995 nr 64 angående innebörden av "särskild kompensation vid overtidsarbete".

⁸⁷⁶ Se till exempel AD 1993 nr 39. Arbetsdomstolens tolkning av "förflyttning" mynnade ut i slutsatsen att då "[o]bjektivt sett" enda skillnaden för arbetstagaren var ett bortfall av en beredskapsersättning var förändringarna så begränsade att det inte kunde vara en förflyttning i "vanlig" mening. Att det var fråga om samma arbetstider utom beredskap var sjätte vecka och samma arbetsuppgifter, samma arbetsplatser och samma arbetsgemenskap var avgörande. En viss förståelse av "förflyttningsbegreppet" skapas alltså, utifrån vissa hållpunkter varav grundlön, ordinarie arbetstid, arbetsplats och arbetsgemenskap tycks vara de mest framträdande.

det när ett uttryck som överensstämmer med ett rekvisit i lagtext. Ytterligare tydligare blir det om avtalets ursprung är kopplat till lagtextens ursprung.⁸⁷⁷ Det kan också finnas skäl att anta att kollektivavtalsparternas makt över begreppens betydelse i kollektivavtal inte är oinskränkt, även om utgångspunkten är att de äger avtalets innebörd.

Kollektivavtalsparterna kan låta ett kollektivavtal omfatta vissa arbetstagare, eller vissa typer av arbeten. Om ett visst arbete eller en viss arbetstagare omfattas av en viss bestämmelse om ett kollektivavtals tillämpning är i princip en tolkningsfråga som vilken som helst.⁸⁷⁸ Den typen av tvister kommer dock sällan till Arbetsdomstolens bedömning, vilket torde ha att göra med att kollektivavtalsparterna bestämmer innebörden i tillämpningsbestämmelserna. Tvister om huruvida ett visst kollektivavtal är tillämpligt på ett visst arbete är istället ofta frågan om vilket av två kollektivavtal som skall tillämpas (se särskilt 8.3.4). I detta avseende blir huvudsakligen fråga om vilka delar av arbetsmarknaden som skall regleras av vilka parter.

Arbetsmarknadsparternas möjlighet att utfärda regler genom kollektivavtal begränsas dock inte bara sinsemellan, utan också av vilken omfattning de kan ge sitt regleringsinstrument; kollektivavtalet. I fråga om begreppet *arbetstagare* utgår Arbetsdomstolen in dubio från att det i kollektivavtal betyder "det civilrättsliga arbetstagarbegreppet", däremot inte *beroende uppdragstagare* enligt 1 § 2 st. MBL (se ovan n. 177). Samtidigt är 23 § MBL tvingande i den meningen att avtalsparterna inte kan disponera över kollektivavtalets följder, om det avtal de slutit uppfyller kraven på ett kollektivavtal, den tvingande verkan motiveras med att fredspliktsreglerna i sin tur är tvingande lag.⁸⁷⁹ Kollektivavtalsrättens

⁸⁷⁷ Se till exempel AD 1992 nr 130, vari fråga var om turordning vid uppsägning. Den i målet aktuella bestämmelsen (§ 2 mom 5 andra stycket AB 89) var utformad med citationstecken kring det kritiska rekvisitet ("*verksamhet*"). Domstolen avfärdade, i huvudsak på grund av det sammanhang i vilket bestämmelsen var upptagen, visserligen att det var fråga om en direkt hänvisning till det i anställningsskyddslagen befintliga, likalydande, rekvisitet. Istället såg AD till bestämmelsens historia, och fann på grund av att det vid tiden för tillkomsten av 1974 års anställningsskyddslag (vars ikraftträdande var orsaken till regelns ursprungliga tillkomst) låg nära till hands att använda uttrycket på ett visst sätt, samt att uttrycket använts i såväl propositionen som lagtexten. Jfr AD 2008 nr 49, i vilket Arbetsdomstolen fann att skillnaderna mellan lagtexten och den omtvistade kollektivavtalsbestämmelsen, som enligt en kommentar till avtalet ändrats för att en ändring i lagtexten skulle återspeglas i kollektivavtalet, talade för att avtalet ändå inte i alla avseenden avsetts spegla lagtexten.

⁸⁷⁸ Se till exempel Allmänna Bestämmelser för Byggnadsplåtslageri 1 april 2007 t.o.m. 31 mars 2010 § 1.2: "Detta avtal omfattar allt förekommande byggnadsplåtslageri och takarbeten inklusive lättbyggnadsteknik med plåt som huvudkomponent, allt med därtill hörande och närliggande arbeten."

⁸⁷⁹ AD 1978 nr 72, se ovan vid n. 453.

intresse av att upprätthålla fredsplikt torde innebära att det inte finns något hinder mot att kollektivavtalsparterna kan *utvidga* tillämpningsområdet för ett kollektivavtal genom att låta arbetsstagarbegreppet omfatta en större kategori än den gängse, men att kollektivavtalsparterna däremot *inte* kan *inskränka* kollektivavtalets tillämpningsområde genom att låta "arbetstagare" avse en mindre kategori än det civilrättsliga arbetsstagarbegreppet. Skulle kollektivavtalsparterna fritt få bestämma arbetsstagarbegreppets innebörd skulle det samtidigt innebära att de kunde disponera över fredspliktens omfattning, vilket alltså tydligen inte kan godtas. Så, om tolkningsreglerna stämmer överens med de grundläggande intressena i kollektivavtalsrätten har de den innebörden.

Varför fredspliktsintresset har denna ställning är mer oklart, särskilt som parterna ändå kan disponera över fredspliktens omfattning, och det just genom att träffa kollektivavtal. *Varför* inte parterna i samförstånd skulle kunna ge träffade kollektivavtal en mindre omfattande fredspliktsverkan mellan sig framgår inte av diskussionen.⁸⁸⁰ Kollektivavtalsrätten utgår från att ett träffat kollektivavtal innebär fredsplikt mellan avtalsparterna, och att den fredsplikten följer av själva avtalet, inte egentligen dess innehåll (utöver att avtalets innehåll måste vara av ett visst slag för att avtalet skall vara ett kollektivavtal, se 5.5). Kollektivavtalsrätten skapar alltså en skillnad mellan ingående och innehåll, även om den inte vilar på starkare skäl än att det är en eftersträvd ordning och att man, numera, utgår från att det är så det ligger till.⁸⁸¹ Kollektivavtalsrättens intresse av fredsplikt och kollektivavtalets funktion av fredspliktsinstrument gör att kollektivavtalet avviker från typavtalet, som har till syfte att förverkliga den gemensamma partsviljan.

7.6.2.3 Om tolkningens rimlighet som argument

Kollektivavtalet är ett avtal, men det liknar på vissa sätt lag (se n. 69). Att kollektivavtalet är ett avtal ger att parternas gemensamma vilja skall bestämma dess innehåll. I utrönandet av den viljan, särskilt när man inte kunnat fastställa någon gemensam partsavsikt, kan tolkningens *rimlighet*

⁸⁸⁰ Kollektivavtalsparterna kan i samförstånd lämna en fråga i stridslinjen, se n. 791. I vilken omfattning det är möjligt inom ramen för ett slutet kollektivavtal är oklart, liksom varför det inte skulle vara helt godtagbart om parterna är överens.

⁸⁸¹ I kollektivavtalsrättens barndom var saken inte given. Hjalmar V. Elmquist argumenterar för att fredsplikten skall anses vara *naturale negotii* i ett slutet kollektivavtal även om detta inte uttryckligen stadgar fredsplikt. Argumentet anknyter till att arbetsgivaren förpliktar sig att ge arbetstagarna vissa villkor under en viss tid mot att arbetsstagarorganisationerna verkar för att dess medlemmar inte vidtar stridsåtgärder. Elmquist, Den kollektive arbetsöverenskomst s. 129.

bli avgörande. Eftersom det är Arbetsdomstolen som avgör vad som är en rimlig tolkning öppnar sig möjligheten för ett normativt anslag i tolkningsverksamheten.

Ordalydelsen, åtminstone inte i snäv mening, räcker inte för att skapa en godtagbar tolkningsberättelse, vilket kan hänga samman med att parterna inte behöver vara intresserade av att komma ifrån bundenhet av sin viljeförklaring.⁸⁸² Inte sällan för parterna resonemang om rimligheten i respektive tolkning.⁸⁸³ Till samma kategori kan resonemang om bestämmelsers naturliga syfte och oskäligen konsekvenser hänföras.⁸⁸⁴ Avtalsbestämmelsers rimlighet, naturlighet eller följdriktlighet kan också identifieras som hänsyn för domstolen att falla tillbaka på.⁸⁸⁵ Det är i och för sig tveksamt om de kan passas in som en egen typ av argument, om man skulle försöka.⁸⁸⁶ I en hierarkisk ordning kommer dock den "naturliga avtalstolkningen" utan tvekan efter gemensam partsavsikt och ordalydelse.⁸⁸⁷ De ger dock domstolen en betydande frihet i vad som tas in i tolkningen.

För att avgöra vad som är "rimligt" i det enskilda fallet behövs en måttstock. Måttstocken kan variera, exempelvis kan övervägandet utgå från vilken kompensation arbetstagaren får enligt olika tolkningar.⁸⁸⁸

⁸⁸² Just här tycks en skiljelinje mellan Folke Schmidt och (bl.a.) Hjalmar Karlgren ha gått. Se ovan, särskilt vid n. 753.

⁸⁸³ Se till exempel AD 1989 nr 140, AD 1992 nr 110, AD 1993 nr 131, AD 1994 nr 113 och AD 2005 nr 50.

⁸⁸⁴ Se AD 1995 nr 64.

⁸⁸⁵ Se Sigeman, Arbetsrätten s. 84.

⁸⁸⁶ I AD 1993 nr 68 placeras de i precederet mellan ordalydelsen (i sin tur efter gemensam partsavsikt, båda under var sin rubrik) och frågan om vem som bör bära ansvaret för att den omtvistade bestämmelsen blivit så oklar – ett resonemang som bär prägeln av ett culparesonemang, se vidare nedan kap. 7.6.2.5. De resonemang som båda parterna fört om konsekvenserna av respektive tolkning avisades på grund av att det inte ens mot bakgrund av en stor utredning om effekterna för arbetstagare skulle gå att dra säkra slutsatser om vilken tolkning som vore den mest rimliga. Det kan noteras att frågan om tolkningens rimlighet och frågan om vem som borde bära ansvaret för oklarheten fick dela rubrik ("[v]em bör bära ansvaret för oklarheten?").

⁸⁸⁷ Se AD 2005 nr 84, i vilket Arbetsdomstolen efter att ha konstaterat att ordalydelsen inte gav någon ledning fann sig hänvisad till "vad som förefaller vara en naturlig avtals-tolkning." Se också AD 1951 nr 37.

Se också Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten s. 136: "*Mangles også sikkert holdepunkt i ordlyden, må man bygge på bestämmelsens overordnede formål.*" Se vidare s. 136 f. för diskussioner om ordalydelsens förhållande till avtalets syfte, med talrika hänvisningar till dansk rättspraxis.

⁸⁸⁸ Se AD 1990 nr 75. Arbetsdomstolen laborerade för tolkningen av en bestämmelse om helgdagsersättning enligt det så kallade lageravtalet mellan Elektriska Arbetsgivareförbundet och Handelsanställdas förbund med olika förhållanden mellan fast och rörlig lön, och därpå följande grad av kompensation.

Övervägandet kan också utgå från rent organisatoriska överväganden på arbetsgivarsidan, till exempel syftet med att lägga en viss verksamhet i ett dotterbolag.⁸⁸⁹ Överhuvudtaget kan syftet med den omtvistade bestämmelsen läggas som bakgrund för tolkningen av vad som är rimligt.⁸⁹⁰ Den gemensamma partsavsikten knyts alltså också i detta argumentationsspår till bestämmelsens innebörd, men på ett annat sätt.

Avtalsbestämmelser är inte sällan av äldre datum. Särskilt då kan gemensam partsavsikt vara svår att utröna, till exempel eftersom inte längre någon vittnesbevisning finns att tillgå. Även av andra skäl, tidsrelaterade eller andra, kan parter vilja åberopa skäl som inte direkt anknyter till avtalet, vare sig dess tillkomst eller dess uttryckliga innehåll, utan som får beteckningen ”allmänna rimlighetsöverväganden” eller liknande. Sådana skäl är hierarkiskt uttryckligen underställda avtalets ordalydelse.⁸⁹¹ Under vissa förutsättningar, till exempel just när vittnesberättelser från avtalets tillblivelse saknas, kan dock åberopade rimlighets skäl få mer självständig betydelse som tolkningsfaktor.⁸⁹² Tolkningsregeln kan då uppfattas närmast som en bevisbörderegeln, den part som hävdar att avtalet skall ges en annan innebörd än ordalydelsen har att styrka denna. Det kan dock inträffa att Arbetsdomstolen vidtar mer fria överväganden.⁸⁹³

Om kollektivavtalets innehåll förstås mot bakgrund av vad som i en viss situation är det mest ändamålsenliga innebär det att en utanför avtalet liggande norm blir avgörande. Det innebär samtidigt att lösningen legitimeras av något annat än den gemensamma partsavsikten. Det är en konsekvens om båda parterna är överens om att det föreligger ett avtal, men Arbetsdomstolen har konstaterat att någon gemensam partsavsikt inte finns beträffande den omtvistade frågan. Det hänger också samman med att kollektivavtalsrätten tänks ha en viss *funktion*, nämligen att reglera arbetsmarknaden.

⁸⁸⁹ Se AD 1994 nr 107.

⁸⁹⁰ Se till exempel AD 2005 nr 50.

⁸⁹¹ Jfr dock AD 1989 nr 140, där Arbetsdomstolen tillmäter den omtvistade bestämmelsens ålder (närmare tjugo år) betydelse så att rimlighetsöverväganden skulle få mer självständig betydelse.

⁸⁹² AD 1989 nr 140.

⁸⁹³ Se till exempel AD 1995 nr 88. Efter att ha kommit fram till att arbetsgivaren, för att behöva betala sjuklön från första sjukdagen, kunde begära ett så kallat förstadaysintyg utfärdat av en anvisad läkare bedömde Arbetsdomstolen den situationen att läkaren vägrat utfärda sjukintyg trots att arbetstagaren såvitt visades i rättegången var sjuk. Enligt domstolen kunde det inte antas att det vore förenligt med kollektivavtalet att låta arbetsgivaren freda sig från kravet på att betala sjuklön med hänvisning till att arbetstagaren inte presenterat ett dylikt, när denne följt arbetsgivarens anvisning men ändå inte erhållit något intyg.

7.6.2.4 Den obligationsrättsliga utgångspunkten; Dolusregeln

Om avtals ingående och avtals innehåll är samma fråga (två eller flera parter är överens i en viss fråga) blir det systematiskt konsekvent att det för fastställande av innehållet gäller samma krav som för ingående.⁸⁹⁴ Schematiskt är figuren ganska enkel. Avtalet består av samstämmiga viljeförklaringar. I konsekvens med tillitsprincipen (jämfört med viljeprincipen) blir kontrahenternas befogade uppfattning om motpartens avsikt avgörande för vilket innehåll en viljeförklaring skall anses ha. Det finns alltså ett skydd för en godtroende motpart, om motparten däremot inser vad den som avger viljeförklaringen menar blir den sålunda ondtröende bunden av sitt intryck. Eftersom vad som inses är en bevisfråga är det subjektiva rekvisitet justerat till att avse vad motparten *måste* inse. Regeln härleds från 6 § 2 st. AvtL, men den har fått vidare tillämpning än den ganska begränsade situation som lagregeln är direkt tillämplig på.⁸⁹⁵ Den har fått en omfattande tillämpning i rättspraxis, också i Arbetsdomstolens.⁸⁹⁶

Kollektivavtalsrätten har en gränsyta mot associationsrätten (se 5.4.1.2) och fullmaktsläran ifråga om vem som skall anses vara partsföreträdare och därmed vems insikt som skall tillräknas parten. Ätminstone på arbetstagersidan, men ofta också på arbetsgivarsidan, är parten alltid en juridisk person som måste företrädas av någon. En situation som knappast är unikt kollektivavtalsrättslig men ändå lite säregen uppkommer när två eller flera parter uppträder på ena sidan i en förhandling om samma

⁸⁹⁴ Gränsen är inte skarp. Se till exempel AD 1993 nr 109 som gällde frågan om en kommentar till ett avtal påverkat innehållet i avtalet. Eftersom det enligt Arbetsdomstolen *måste ha stått klart* [min kursiv] för den ena sidan att den andra sidan inte ville binda sig i enlighet med kommentartexten (som saknade motsvarighet i kollektivavtalstexten) kunde vad som framgick av kommentartexten inte grunda någon skadeståndsskyldighet.

⁸⁹⁵ Se Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 132 f., Lehrberg, Avtalsstolkning s. 44. I AD 1978 nr 124 fick Arbetsdomstolen anledning att ställa frågan om 6 § 2 st. AvtL var direkt eller analogt tillämplig i fråga om kollektivavtal. Arbetsdomstolen konstaterade därvid att 6 § 2 st. AvtL byggde på samma tanke som Arbetsdomstolens egen praxis sedan länge vilat på, nämligen att den part som inser att motparten missförstår innebörden av ett avtalsförslag inte får utnyttja missförståndet till sin fördel. Arbetsdomstolen tillägger i samma andetag att den som inser motpartens missförstånd skall påpeka missförståndet. Däremot fyller Arbetsdomstolen inte på med sista ledet i 6 § 2 st., det vill säga att den som inte påpekar ett missförstånd får vidkännas att ett avtal kommer till stånd i enlighet med den (miss)uppfattning som motparten hyste. Rättsföljden har att göra med att 6 § AvtL handlar om avtals ingående vid så kallad oren accept, vilken enligt huvudregeln i 6 § 1 st. är att se som avslag på det givna anbudet i förening med nytt anbud. I kollektivavtalsrättsliga sammanhang är dock just den följderna typiskt sett inte relevant, eftersom parterna ostridigt har, och skall ha, en avtalsrelation med varandra.

⁸⁹⁶ Se för en redovisning av framförallt äldre praxis, se Lehrberg, Avtalsstolkning s. 47 ff.

kollektivavtal. Systematiskt borde kanske, utifrån den allmänna avtalsrättens perspektiv, resultatet betraktas som flera kollektivavtal eftersom parterna är egna subjekt i förhållande till varandra. Kollektivavtalsrätten behandlar dock, till synes utan att problematisera saken närmare också ett sådant avtal som *ett*, vilket skymtar i 29 § MBL, och praktiskt föreligger en gemensam avtalstext, framförhandlad gemensamt. Arbetsdomstolen uppställer en regel som lyder ”att motparten till de gemensamt förhandlande parterna är berättigad att utgå från att sådant som motparten *uttryckligen* har klargjort i fråga om den av honom avsedda innebörden av en avtalsbestämmelse också har blivit känt för den andra av de gemensamt förhandlande parterna”.⁸⁹⁷ Av skrivningen får anses framgå motsatsvis, vilket intryck förstärks av kursiveringen, att underförstådda eller annars icke artikulerade uppfattningar inte tillräknas den gemensamma partens kunskap. Regeln modifieras av en culparegel, nämligen att en part i det enskilda fallet inser eller borde inse att en av de gemensamma parterna svävar i okunskap om vad som klargjorts beträffande sin gemensamma parts uppfattning. Möjligen kan en öppning för att tillämpa den uttalade huvudregeln även om parten är i ond tro i aktuellt avseende finnas i och med att Arbetsdomstolen säger att regeln *i vart fall* bör gälla så länge inte ond tro föreligger.

7.6.2.5 *Det kollektivavtalsrättsliga culparegeln*

Den ovan behandlade dolusregeln är konsekvent med den allmänna avtalsläran, eftersom det krävs insikt, *dolus*, för ett visst avtalsinnehåll skall vara förhanden. Ett sänkt beviskrav förändrar inte utgångspunkten (jfr strax ovan 7.6.2.4). Det gör dock ett sänkt insiktskrav, så att det inte krävs insikt, utan att det räcker med att ett visst förhållande borde ha insetts, *culpa*. En generell culparegel accepteras inte, åtminstone inte förbehållslöst, i den allmänna avtalsrätten. I den allmänt avtalsrättsliga diskursen kritiserar Bert Lehrberg såväl Paolo Fohlins resonemang om en självständig culparegel,⁸⁹⁸ som Anders Agells uttalande att Arbetsdomstolen har ”en större benägenhet att låta avtalstolkningen påverkas av om en avtalspart varit oaktsam vid avtalets ingående eller bort inse den andra partens uppfattning om avtalsinnehållet.”⁸⁹⁹ ”I de få fall ’culporegeln’ har tillämpats”, säger Lehrberg, ”har det emellertid skett på grunder, som lika

⁸⁹⁷ Se AD 1993 nr 148 där två arbetstagarorganisationer uppträdde gemensamt på arbetstagar sidan, och förhandlingarna mynnade ut i likalydande avtal. Se också 1994 nr 100.

⁸⁹⁸ Jfr Fohlin, Avtalstolkning s. 81 ff.

⁸⁹⁹ Agell, Anm. av Lehrberg, Avtalstolkning s. 746.

gärna hade kunnat anföras som stöd för uttrycksorienterad tolkning”.⁹⁰⁰ Axel Adlercreutz däremot hänvisar till ett ”rikt rättsfallsmaterial i AD:s praxis” men att fallen i HD är ”ganska fåtaliga.”⁹⁰¹ Det låter sig tänkas att Axel Adlercreutz, som arbetsrättare, har närmare till hands att acceptera Schmidts tankar på en culpaparegel.⁹⁰² Oavsett hur det står till med just den saken är dock tydligen inte den allmänna avtalsrätten helt enhetlig i frågan.⁹⁰³

Utan att striden behöver (eller kan) avgöras kan man för kollektivavtalsrättens del intressera sig för vad den står om, eftersom den tydligen äger rum på gränsen till kollektivavtalsrätten. Axel Adlercreutz, Paolo Fohlin och Bert Lehrberg hänvisar culpapregeln främst till Folke Schmidt, den ovan refererade debatten lever alltså kvar.⁹⁰⁴ Tolkningsreglerna uppfattas dock inte i första hand som härledda ur doktrinen. I det avtalsrättsliga systemet härleds dolusregeln från 6 § 2 st. AvtL, medan stöd för en culpaparegel kan härledas från 32 § 1 st. AvtL. De kan dock inte utan vidare samexistera. Räcker culpa onödiggör i princip dolusregeln.⁹⁰⁵

Även om det i och för sig kunde accepteras möter här också gränsen mellan *tolkning* och *utfyllning*. Den distinktionen bygger på att tolkningen är icke-rättslig, medan den rättsliga värderingen sker inom ramen för utfyllningen.⁹⁰⁶ Problemet med culpamodellen är då att den förutsät-

⁹⁰⁰ Lehrberg, Avtalsstolkning s. 169 f. Se också a.a. s. 52 ff. och s. 167 ff.

⁹⁰¹ Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 134 f. Se också Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 227: ”Vad angår tillämpning av denna culpaprincip förefaller således AD ha varit pionjär i svensk avtalsrätt.”

⁹⁰² Se Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 227 f. med hänvisningar till Folke Schmidt. Adlercreutz har inte heller några invändningar mot att Paolo Fohlin behandlar culpapregeln som en tolkningsregel i raden av de gängse, se Adlercreutz, Om avtalsstolkning s. 582.

⁹⁰³ Från den allmänna avtalsrätten kan det observeras en tanke på att förflytta culpapregeln bort från den allmänna avtalsrätten (kanske för att hålla denna ”ren”), till arbetsrätten. Bert Lehrberg låter förstå att en från oklarhetsregeln fristående culpaparegel eller culpamodell som innebär inte bara att en part bort uttrycka sig tydligare utan också att det kan få betydelse för tolkningsfrågan att en part bort inse motpartens avvikande uppfattning inte är otänkbar i och för sig, men att ”[d]etta sätt att uppfatta tolkningsreglerna har särskilt utvecklats inom arbetsrätten” Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 274. Lehrberg talar då om ”rättsliga prioriteringsregler under huvudrubriken ”uttrycksorienterad tolkning”, jfr n. 905.

⁹⁰⁴ Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 128 f., Fohlin, Avtalsrätt s. 81 n. 1 och Lehrberg, Avtalsstolkning s. 168 (n. 183). Jfr dock ovan n. 756.

⁹⁰⁵ Det går inte ihop systematiskt med den allmänna avtalsrätten, eftersom ett avtal inte kan komma till stånd på den grunden att den ena parten endast *bort inse* (*culpa*) motpartens uppfattning, för avtalsverkan krävs *insikt* (*dolus*). Det leder till att ”[n]ågon culpaprincip gäller inte inom ramen för den partsorienterade tolkningen.” Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 250.

⁹⁰⁶ Lehrberg, Avtalsstolkning s. 18 ff., Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 213 ff.

ter att det sker en juridisk värdering (vad som bort inses är en *rättslig fråga*) inom ramen för tolkningen. Dolusmodellen förutsätter däremot motsatsen (vad som insetts eller måste ha insetts är en *bevisfråga*). Fakta särskiljs från norm, sakfråga från rättsfråga, bevisfrågan från rättsfråga.⁹⁰⁷ Distinktionen mellan tolkning och utfyllning är en gränsdragning mellan fakta och norm, striden om culpamodellens existens som fristående tolkningsmodell är alltså en strid om att upprätthålla gränsen mellan fakta och norm. Kollektivavtalsrättens beredvillighet att acceptera culparegeln för tolkningen kan bero på att gränsen mellan tolkning och utfyllning går på ett annat ställe i kollektivavtalsrätten. I kollektivavtalsrätten är också den figur som (ibland) går under namnet "utfyllande regler" ideologiskt hänförliga till *tolkningen* eftersom de härleds ur kollektivavtalen (som "tysta klausuler" eller liknande), se vidare 7.8.3.

Att de måste härledas ur kollektivavtalen (tolkning) beror på det kollektivavtalsrättsligt säregna intresset av *fredsplikt*. Om en fråga inte är reglerad i ett avtal riskerar den att hamna utanför fredsplikten. Om det däremot är oproblematiskt att det finns ett kollektivavtal om den berörda frågan (och fredsplikten alltså är säkrad) kan däremot rättsliga värderingar, i vart fall när de är till ledning för sunda relationer mellan arbetsmarknadsparterna (jfr 7.4), accepteras inom ramen för tolkningen. Medan kollektivavtalsrätten är ganska ointresserad av gränsen mellan tolkning och utfyllning hyser den en motsvarande distinktion, som anknyter till just fredsplikten; distinktionen mellan *intressefrågor* och *rättsfrågor*. Skiljelinjen mellan intressefrågor och rättsfrågor går inte primärt mellan vad som är fakta och norm, utan mellan vad som är parternas angelägenhet att avgöra i förhandlingar, om de så vill understötta av stridsåtgärder, och vad som skall hänskjutas till Arbetsdomstolen om inte förhandlingarna ger resultat.⁹⁰⁸

Att gränser går på olika ställen, eller att distinktionerna är andra, betyder inte att det är fel på vare sig kollektivavtalsrätten eller den allmänna avtalstolkningssläran. Jag har också ovan (7.6.2.1) framfört att Folke

⁹⁰⁷ Det är en uppräknning av bekanta dikotomier, som alla går tillbaka på samma grundläggande behov – (det vetenskapsideologiska) behovet att skilja på fakta och norm. Tolkningen har med fakta att göra, och verksamheten utmärks av att den är ojuridisk, medan utfyllningen har med värderingar att göra, och den är därför juridisk (Lehrberg, Avtalstolkning s. 18).

⁹⁰⁸ Tvisten kan också, med vissa begränsningar, hänföras till skiljenämnd, 1 kap. 3 § LRA. Också i distinktionen mellan rättsfrågor och intressefrågor kan dock distinktionen mellan fakta och norm anas. Rättsfrågorna skall besvaras av Arbetsdomstolen som skall avgöra hur ett visst avtal rätteligen skall förstås (en faktafråga, motsvarande tolkning i snäv mening), medan intressefrågan skall besvaras av arbetsmarknadsparterna genom förhandlingar (det är alltså fråga om att sammanjämka en värdefråga, en norm).

Schmidts påstående att den traditionella modellen för avtalstolkning, som innebär att denna går ut på att den gemensamma partsavsikten skall fastställas, bygger på en fiktion som döljer verkligheten har med hans culpamodell för avtalstolkning att göra. Kopplingen är att det påståendet öppnar vägen för något annat än den traditionella modellen. Om verkligheten döljs av fiktioner, och en sådan fiktion är identifierad (här: den gemensamma partsavsikten) måste det finnas något annat bakom fiktionen – något verkligt.⁹⁰⁹ Det verkliga är, i Folke Schmidts värld (sådan den ter sig för oss, nu), culpamodellen.⁹¹⁰

I en uppsats som följer på den ovan behandlade debatten pläderar Schmidt för att Arbetsdomstolens tolkningsprocedere bör anammas av allmänna domstolar.⁹¹¹ Några belägg för att de allmänna domstolarna hört sammat Schmidts propå finns knappast. Inte heller finns några egentliga belägg för att Arbetsdomstolen medvetet beaktat den doktrinära debatten, och vare sig anslutit sig till eller tagit avstånd från Folke Schmidts tanke. Men, och det är nog inte oviktigt, Schmidt står för vad som torde vara den mest inflytelserika läroboken i den svenska arbetsrättens historia.⁹¹² I den har Folke Schmidt mer ostört kunnat ge sin syn på tolkningen av kollektivavtal, en syn som generationer av arbetsrättsare sålunda har vuxit upp med (se ovan n. 788).

Det är mycket möjligt att den lärdom som kan dras av debatten är att det är omöjligt att *bevisa* existensen av en viss tolkningslära.⁹¹³ Vad man ser är alltför mycket av en ideologisk fråga. Från det ena hållet (Karlrens med flera) kommer Arbetsdomstolens språkbruk att vara principiellt felaktigt, eller i vart fall egenartat, eftersom tolkningsverksamheten ”kläs i en annan dräkt” (eller liknande metafor) än den förväntade. Från det andra hållet (Schmidts) är Arbetsdomstolens språkbruk *verkligen* uttryck för att det finns en culpaparegel. Det rättvisa resultatet av tolkningen dikteras av praktiska skäl i det enskilda fallet. Utan anspråk på att avgöra lärostriden kan man försöka spåra en culpapprincip för kollektivavtalstolkningen i Arbetsdomstolens terminologi. Se till exempel AD 1991 nr 25, vari följande tolkningsresonemang anförs:

”Inte heller har det i övrigt framkommit några omständigheter som kan leda till slutsatsen att man på EA:s sida insett *eller bort inse* [min kursiv]

⁹⁰⁹ Se också Samuelsson, Tolkning och utfyllning, särskilt s. 437 ff.

⁹¹⁰ Om Folke Schmidts krav på en teori att den skall vara *beskrivande*, se vid n. 709.

⁹¹¹ Schmidt, Domaren forskar efter avtalsinnehållet, särskilt s. 491.

⁹¹² Se ovan kap. (7.4) vid n. 788.

⁹¹³ Bert Lehrbergs inställning är belysande. ”Möjligheten att efter omständigheterna tillägga parts culpa självständig betydelse i speciella situationer bör inte hållas för utslutna. Men någon etablerad regel av generell natur finns inte. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 251.

att SEF för sin del ansåg sig ha uppnått även en sådan särskild fredspliktsöverenskommelse avseende inkasseringsavtalet som SEF har påstått i målet. Vad som från SEF:s sida har gjorts gällande därom, att 1986 års ändringar i inkasseringsavtalet eljest varit meningslösa och att EA därför *bort förstå* [min kursiv] att SEF åsyftade även en sådan fredspliktsöverenskommelse som nyss nämnts, kan arbetsdomstolen mot Björn Tibells uppgifter inte godta. Det måste beaktas att SEF i 1986 års avtalsrörelse stod inför en situation i vilken inkasseringsavtalet skulle upphöra att gälla inom installationsavtalets område den 8 april 1986 och i vilken man löpte risk att inkasseringsavtalet på det avtalsområdet inte skulle komma att förnyas. Mot den bakgrunden kan den säkerhet mot framtida uppsägningar av inkasseringsavtalet, som SEF genom 1986 års ändringar i avtalet ostridigt fick till stånd, självfallet inte uppfattas som en så obetydlig framgång att man på EA:s sida redan med hänsyn därtill *bort inse* [min kursiv] att SEF hade ett längre gående syfte med de nämnda ändringarna i avtale:.”

Se också AD 1991 nr 51:

”Mot denna bakgrund *borde arbetsgivaren ha förstått* [min kursiv] både att SPF åsyftade en ändring och att denna ändrings innebörd var att [...]. Med hänsyn till detta kan det inte läggas arbetstagsarsidan till last i tolknings tvisten att Peter Fabik besvarade arbetsgivar sidans allmänt hållna fråga om kostnaderna på det sätt som han själv uppgett att han kan ha gjort. Det kan alltså inte anses utrett att Peter Fabik genom att lämna ett oriktigt svar om verkningarna av de föreslagna ändringarna skulle ha vilselett arbetsgivar sidan om förslagens innebörd.”

Ytterligare ett exempel ger AD 1991 nr 94:

”Inte heller har det blivit visat att klubbens företrädare vid förhandlingarna har klargjort sina utgångspunkter på ett sådant sätt, att motparten har förstått eller *bort förstå* [min kursiv] att de inte räknade in ett eventuellt utfall av den senare prisutvecklingsgarantin i sina förhandlingsbud och i den uppgörelse som träffades”.

AD 1992 nr 110 kan dock möjligen uppfattas som ett avståndstagande från en culparegel:

”Utredningen ger emellertid inte belägg för att någondera sidan vid det tillfället [då förslaget till avtalstext lades fram] *insåg* [min kursiv] att motpartens grundade sitt ställningstagande på en motsatt ståndpunkt än den egna och att det därmed skulle ha uppkommit en skyldighet att klargöra den egna ståndpunkten för att undgå en bundenhet av motpartens uppfattning om överenskommelsens innehåll. *En annan sak* [min kursiv] är att man i efterhand kan anse att föreningens förhandlare *borde* [min kursiv] ha satt sig närmare in i den punkt ur vilken SAS ville hänvisa och att SAS *borde* [min kursiv] ha haft en enhetlig syn på nattuppvärderingsfrågan under förhandlingarna.”

Ett efterföljande, i tiden närliggande, fall ger dock inte intryck av att ta avstånd ifrån en culpapregel, snarare tvärtom, AD 1992 nr 143:

”Vid sådant förhållande får det tilläggas avgörande betydelse för tolkningen av avtalet, vad parterna *bort inse* [min kursiv] rörande varandras ståndpunkter.” Förhållandena ifråga var de att parterna utgått från skilda innebörder i avtalet, och att skiljaktigheten inte blivit klargjord mellan parterna (vid avtalstillfället, får förmodas). Tolkningsresonemanget mynnade ut i att ”tvärtom *borde man* [min kursiv], från bolagets sida, om man ägnat avtalstexten *tillbörlig uppmärksamhet* [min kursiv], ha förstått att bolagets uppfattning inte var förenlig med avtalets lydelse och därmed haft skäligen anledning räkna med att denna uppfattning inte delades av förbundet.”

Vidare AD 1993 nr 79: ”Vidare ger utredningen inget stöd för att Per Olov Strandberg insåg eller ens *borde insett* [min kursiv] att Tore Hamnegård och Stig Lindqvist misstog sig på hans avsikter.”

Man kan notera att Arbetsdomstolen i flera av de anförda fallen kommer till negativt resultat i fråga om någon part varit vårdlös, och att man brukar avråda från att göra motsatsslut från domskäl. Att parterna (se strax ovan AD 1991 nr 25) hänför sig till vissa uttryck som anspelar på *culpa* istället för till *dolus* kan man kanske inte heller dra några slutsatser av i och för sig. Men, eftersom Arbetsdomstolen inte ens antyder att culpa inte skulle räcka utan istället uttryckligen säger att culpa inte förelåg är det närmare till hands att dra slutsatsen att den avgörande normen i det aktuella fallet verkligen är partens *culpa*. Terminologin ger, som den föreligger, uttryck för ett gemensamt kollektivavtalsrättsligt språkbruk i den aktuella frågan.

Av genomgången kan man nog, förutom att exemplen är ganska begränsade i tiden,⁹¹⁴ inte dra några slutsatser som ger vare sig Hjalmar Karlgren (med flera) eller Folke Schmidt rätt. Däremot kan man dra slutsatsen att Arbetsdomstolen inte bryr sig om att göra en skarp åtskillnad mellan *måste inse* och *borde inse*.⁹¹⁵ Man kan fråga sig vad som egentligen står på spel, vad debatten gällde, och varför den dröjer sig kvar. Praktiskt sett är svaret kanske; ingenting. Det beror på att man inte, för varje enskilt fall, kan säga hur utgången skulle ha blivit om inte den valda

⁹¹⁴ Uppräkningen av fall gör inte anspråk på att vara uttömmande, men det kan tänkas att den relativt begränsade förekomsten i tiden betyder något. Vad det i så fall skulle betyda är svårare att säga. Att det skulle gå att peka ut någon praxisändring eller tendens i någon riktning kan man knappast finna stöd för heller i senare praxis. Se dock också till exempel AD 1951 nr 37.

⁹¹⁵ Det gäller i och för sig inte bara Arbetsdomstolen. Tolkningsläran är en rättsvetenskaplig konstruktion, och domstolarna kan överhuvudtaget vara ointresserade av gränsen mellan tolkning och utfyllning, se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 236 (och s. 212).

argumentationsvägen stått till buds. Det finns alltså ingen måttstock att mäta med. Kollektivavtalsrätten kan, i kraft av sin särart, hålla sig med egna tolkningsregler, men den delar kunskapsideologisk utgångspunkt med den allmänna avtalsrätten.

Culparesonemangen i fråga om kollektivavtalsstolkning är alltså speciella för just den verksamheten, men särarten kan förklaras med ett sakligt rationellt skäl. Tolkningsläran kan därför också, åtminstone i princip, hållas enhetlig, en inställning som förenar Folke Schmidts och Bert Lehrbergs syn på (kollektiv-)avtalsstolkning.⁹¹⁶ Det sakliga skälet har att göra med att tolkningsverksamheten har delvis olika syften. I tolkning av vanliga avtal skall tvisten slitas med hjälp av vedertagna metoder, i den mån tolkningen skall säga något för framtiden är det i form av prejudikat vilket i första hand är adresserat till domstolarna själva (det vill säga Högsta domstolen adresserar underrätterna). I kollektivavtalsstolkning riktar sig tolkningen till arbetsmarknadsparterna, tolkningen blir riktlinjer för deras kollektivavtalsverksamhet.⁹¹⁷ Kollektivavtalsstolkningens särdrag att ta hänsyn till culpa i avtalsstolkningen motiveras av att tolkningens syfte är speciellt. Särarten motiveras av särarten, i vad som utgör en självgrundande cirkel (se nedan 9.4).

7.6.2.6 Den kollektivavtalsrättsliga oklarhetsregeln

Den civilrättsliga oklarhetsregeln...

”Den arbetsrättsliga culparegeln” har behandlats som om den vore en konstaterbar, någorlunda enhetlig, regel.⁹¹⁸ Naturligtvis innebär det för-
enklingar att abstrahera tolkningsverksamheten under vissa rubriker. Särskilt att den kollektivavtalsrättsliga culparegeln förklaras mot bakgrund av att Arbetsdomstolen utformar sin kollektivavtalsstolkningsverksamhet som handlingsregler för arbetsmarknadsparternas avtalsverksamhet får den att flyta ihop men en annan kollektivavtalsrättslig tolkningsstrategi, oklarhetsregeln.⁹¹⁹ Oklarhetsregeln innebär att den part som står närmast

⁹¹⁶ Se ovan n. 712.

⁹¹⁷ Se ovan kap. 7.4. Se också Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 227, enligt vilken ”AD [tidigt började] tillämpa en sådan *culpaprincip* som anknyter till bedömningen av hur parterna borde ha betett sig vid förhandlingen.”

⁹¹⁸ Paolo Fohlin är annars den som med störst precision givit sig i kast med att formulera en regel, se Fohlin, Avtalsstolkning, särskilt s. 88.

⁹¹⁹ AD 1995 nr 29 kan få tjäna som exempel: ”De minnesanteckningar från överläggningarna som åberopats talar inte heller entydigt för att parterna varit överens om att traktamentsbeloppen på detta sätt helt skulle följa de skattefria nivåerna. Utredningen ger inte heller stöd för att Hans Holmberg av Göte Laissons agerande förstätt eller *bort förstätt* [min kursiv] att denne uppfattade situationen så att man på denna punkt var överens om

att bära skulden för att oklarheten inte undanröjts får vidkännas en tolkning i motpartens favör. Den som formulerar en avtalstext ligger typiskt sett närmast att bära skulden för oklarheten.⁹²⁰

Oklarhetsregeln är en bekant figur i den allmänna avtalstolkningsläran, och har således, jämfört med culpapregeln, en "självklar" legitimitet. Med oklarhetsregeln närmar man sig också gränsen mellan fakta och norm, eftersom oklarhetsregeln, inte minst i Arbetsdomstolens tappning, kan uppfattas som en culpapregel.⁹²¹ Bert Lehrberg antyder till exempel, i samband med att oklarhetsregeln behandlas, att Arbetsdomstolen i vissa situationer ger uttryck för culparesonemang, och att det är just i Arbetsdomstolens praxis de främst kan spåras.⁹²² Tolkningen av ett kollektivavtal mynnar inte sällan ut i att vare sig någon gemensam partsavsikt kan fastställas eller att ordalydelsen ger någon (eller i vart fall tillräcklig) ledning.⁹²³ Oklarhetsregeln är systematiskt underställd den gemensamma partsavsikten och ordalydelsen, varför oklarhetsregeln bara kan komma ifråga när andra försök att fastställa innebörden i avtalet inte givit resultat.⁹²⁴

Båda parter i ett kollektivavtal har typiskt sett åtminstone ett incitament att träffa ett avtal med just varandra. Arbetsgivaren främst för att garantera fredsplikten, arbetstagersidan för att uppnå det inflytande kol-

den tolkning som Metall nu gör gällande i målet." Vid angivet ställe förs resonemanget som att "bort inse" vore utbytbar med "måst inse". I nästa stycke förs resonemanget att det kommit an på Metall att, om deras uppfattning vore den riktiga, se till att avtalstexten förtydligats. Där får man, om argumentationen skall hänföras till en viss regel, snarare intrycket av att oklarhetsregeln tillämpats.

⁹²⁰ Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 111; Lehrberg, Avtalstolkning s. 151 med vidare hänvisningar (bland annat till den romerska rätten och till och med detaljerade ställen i *Digestan*, jfr n. 174). Se vidare en omfattande redovisning av äldre praxis från Arbetsdomstolen, Lehrberg, a.a. s. 158 ff. och Fohlin, Avtalstolkning s. 177 f.

⁹²¹ Se till exempel AD 1993 nr 68, där ena parten inte klargjort effekterna av den tolkning man gjorde, samtidigt som man borde ha insett att motparten inte räknade med dessa effekter. Motparten hade däremot, mot bakgrund av diskussioner som förts, fog för sin uppfattning om avtalets effekter. Jfr också Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 113, med hänvisning främst till försäkringsrättsliga fall. Se också Adlercreutz och Gorton, a.a. s. 110: "Om ett uttryck eller en bestämmelse i ett avtal ger utrymme för olika tolkningar eller är, som ofta är fallet, en vag bestämmelses tillämplighet i ett särskilt fall osäker, ökar av naturliga skäl domstolarnas frihet vid avtalstolkningen."

⁹²² Se Lehrberg, Avtalstolkning s. 158 och 169. Lehrberg erkänner dock inte en självständig culpapregel för avtalstolkning, se särskilt vid n. 898 och följande n.

⁹²³ Någon gång uttalar sig Arbetsdomstolen så att ordalydelsen visserligen talar i en viss riktning, men att situationen är sådan att det inte räcker för fastslå att tolkningen skall utfalla med det resultatet, se AD 1988 nr 73.

⁹²⁴ Se Lehrberg, Avtalstolkning s. 149 f. Oklarhetsregeln är i den systematik Lehrberg företräder en "rättslig prioriteringsregel", som används för att lösa tolkningsfrågan när inte tolkningen av bestämmelsen i dess kontext givit svar.

lektivavtalsförhållandet ger. Man kan därför tänka sig att parterna kan komma att, mer eller mindre medvetet, skjuta en oklarhet framför sig, eftersom det varit viktigare att få till stånd ett avtal överhuvudtaget än att lösa just den tvistefrågan.⁹²⁵ Även om detaljen i fråga till och med skulle komma att utgöra en oreglerad intressefråga som inte omfattas av fredsplikt, är det nära till hands att tänka sig att parterna ofta kan låta detaljer bero för att inte stranda hela avtalet. Risken för arbetsgivaren att en fråga under löpande kollektivavtalsförhållande senare skulle visa sig inte omfattad av fredsplikt är nog, givet den arbetsrättsliga lagstiftningens historiska identitet av fredspliktslagstiftning (se särskilt 5.3.3), inte särskilt stor. Dessutom kan, i det kollektivavtalsrättsliga systemet de olösta intressefrågorna, om de överhuvudtaget skulle komma att aktualiseras, förväntas lösas genom förhandlingssystemet. Förhandlingar skall ju, som ovan behandlats (7.5) föregå en domstolsprövning (4 kap. 7 § LRA).

... blir den kollektivavtalsrättsliga klarhetsregeln

Mot bakgrund av att kollektivavtalsstolkningen skall syfta till att uppställa riktlinjer för arbetsmarknadsparternas avtalsverksamhet och att oklarhetsregeln (därför) kan innehålla ett moment av culpabedömning ligger det nära till hands att formulera sig i termer av plikt för avtalsparterna att i vissa fall handla aktivt, till exempel i form av en *klargörandeplikt*.⁹²⁶ En sådan plikt är också konsekvent med den traditionella beskrivningen av oklarhetsregeln.⁹²⁷ Att vara medveten om motpartens inställning, i vart fall om fråga är om en avtalsändring som innebär en nyordning, kan innebära att den sålunda medvetne parten får bära klagörandeplikten.⁹²⁸ Därifrån kan oklarhetsregeln också formuleras som en klagörandeplikt,

⁹²⁵ Se Adlercreutz, Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet s. 380 f., som också tänker sig att anledningen till att tvister i vilka parterna hävdar vardera sin tolkningsversion är "ganska vanliga" i AD är just att enighet, och därmed arbetsfred, ofta bara kan uppnås genom "en dunkel kompromiss." Se också Bergqvist m.fl., Medbestämmandelagen s. 304, enligt vilka "det inte är alldeles ovanligt att öppen oenighet har 'söpts under mattan' i förhoppningen att tvister inte skall behöva uppstå eller att de skall kunna lösas från fall till fall." Att medvetet lämna en oklarhet i ett kollektivavtal har dock också betecknats som "livsfarligt", se Ahlberg och Edling, Vad säger kollektivavtalet? s. 4.

⁹²⁶ Se uttryckligt Adlercreutz, Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet s. 381, Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis s. 228 (närmast i en diskussion om culparegeln). Se också Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? s. 36 (också s. 34 med hänvisning till Karlgren, Passivitet).

⁹²⁷ Se Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 113 som, utifrån främst försäkringsrättsliga fall (se strax ovan n. 921) drar slutsatsen oklarhetsregeln har "nära samband med *klargörandeprincipen*". Sambandet grundar sig på en rättspolitisk strävan att ge försäkringsgivaren incitament att vara omsorgsfull vid utformandet av försäkringsvillkoren (Adlercreutz a st). Se också Lehrberg, Avtalsstolkning s. 167.

⁹²⁸ Se AD 1995 nr 29.

i den meningen att den part som har denna plikt men inte uppfyller den får vidkännas en tolkning till motpartens fövör.⁹²⁹ Plikten läggs på den parten som presenterar ett förslag med långtgående konsekvenser, som motparten kan förväntas reagera på. Uppfattad så blir oklarhetsregeln en tämligen bred regel, som praktiskt taget kan beskriva Arbetsdomstolens hela tolkningsverksamhet.⁹³⁰ Ett sådant synsätt ligger i linje med tanken på att Arbetsdomstolen i sin tolkningsverksamhet, mer än sliter enskilda tvister, utformar handlingsdirektiv för parternas avtalsverksamhet. Redan utan det särskilda syftet kan oklarhetsregeln vara ett rationellt sätt att lösa tolkningstvister. En oklarhet i avtalet, parat med det rättvisa i att den som bär skuld till oklarheten eller annars är närmast att avhjälpna den får bära risken för densamma ger en hanterbar och legitim regel. Om oklarheten istället paras med tanken på att tolkningsreglerna skall fungera som rättesnöre för parternas avtalsverksamhet kan avkomman bli en vidare regel än en oklarhetsregel som rättslig prioriteringsregel vars enda funktion är att slita tvisten i det enskilda fallet.

Arbetsdomstolen kan också i olika situationer ge uttryck för vad som liknar en grundläggande princip av innebörd att en rättslig oklarhet som inte endera parten är skuld till inte läggs en part till last, utan att risken för oklarheten istället fördelas mellan parterna.⁹³¹ De parter som avses är

⁹²⁹ Se Adlercreutz, Svensk arbetsrätt s. 61, som uttryckligen uppfattar Arbetsdomstolen på detta sätt, likaså Eklund i Packlig arbetsrätt s. 190 f. Se också Sigeman, Arbetsrätten s. 84. Detsamma synes vara Jens Kristiansens uppfattning för danskt vidkommande, se Kristiansen, Den kollektive arbejdsrett s. 266 f., en uppfattning som delas av Ole Hasselbalch, se Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten s. 141 f. med talrika hänvisningar till dansk praxis.

Se också till exempel AD 1991 nr 51, AD 1993 nr 35, AD 1996 nr 138 och AD 1998 nr 143.

⁹³⁰ Sättet att uppfatta oklarhetsregeln kanske inte kan motiveras inom ramen för en snävare definition av oklarhetsregeln, även om en vidare definition i och för sig inte verkar ovanlig. Man har enligt Bert Lehrberg ”ofta velat formulera om oklarhetsregeln till att innebära att en oklar avtalsklausul skall tolkas till nackdel för den som borde ha uttalat sig tydligare eller eljest har skuld till oklarheten eller som i vart fall haft störst möjlighet att avvärja oklarheten. En sådan regel får emellertid en något annorlunda innebörd.” Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 272.

⁹³¹ AD 1993 nr 55 rörde frågan om en uppsägning av ett så kallat bonusavtal stod i strid med ett överordnat kollektivavtal. I det aktuella kollektivavtalet fanns också bestämmelser som åtminstone i förlängningen innebar att förslag till nytt ackord skulle lämnas av arbetsgivaren, vilket vid tvistens avgörande inte hade skett. Arbetsdomstolen fann, efter att ha konstaterat att någon tidsfrist för ett ackordsförslag inte gick att utläsa ur kollektivavtalet, att omständigheterna i den aktuella situationen gjorde att ett ackordsförslag visserligen skulle kunna lämnas, men att någon överenskommelse knappast kunnat åstadkommas eftersom parterna var oense om den rättsliga bakgrund som skulle ligga till grund för förslaget och överenskommelsen (vilken var upprinnelsen till huvudtvisten i just AD 1993 nr 55).

kollektivavtalets parter. Det är dessas vilja som skall förverkligas, också genom oklarhetsregeln. Det innebär att något utrymme för att ta särskild hänsyn till arbetsrättens svagare part, den enskilde arbetstagaren, inte finns.⁹³² Några särskilda hänsyn till skydd för arbetstagare tas sålunda inte av Arbetsdomstolen, tvärtom avvisas implicit sådana tankar.⁹³³ Även vid "vanlig" avtalstolkning kan, typiskt sett när ena avtalsparten är konsument, liknande principer ställas upp, i form av ett krav på att den starkare parten klargör avtalsvilkors innebörd.⁹³⁴ I fråga om lagtolkning finns principer som styr tillämpningen i någon riktning, typiskt sett till fördel för den part som uppfattas som den svagare. Sålunda kan uppställas tolkningsmaximer enligt vilka betungande offentlighetsregler vid tvivelsmål tolkas generöst till den enskildes fördel.

Att uppställa ett särskilt krav på tydlighet kan, som sagt, ges en vidare funktion än att slita tvisten i det enskilda fallet. Det rymmer också en retorisk manöver ägnad att ge en viss lösning en bättre ställning, till exempel den lösning som lagstiftaren genom (semi-)dispositiv lagstiftning anvisat för oreglerade fall.⁹³⁵ Oklarhetsregeln medger också att den som presenterar ett förslag som innebär en inskränkning av den rätt som ges av dispositiv lag får bära en klargörandeplikt.⁹³⁶ För andra bestämmelser än sådana som innebär att parterna disponerar över det semidispositiva området är regeln dock snarare den motsatta. Kollektivavtalsförfattare använder ibland en teknik genom vilket ett kollektivavtal tillfogas en

⁹³² Arbetsrätten är speciell genom att de avtalsrelationer som avgör arbetstagarens rättsställning finns på två olika plan. Kollektivavtalsrätten hamnar i ett annat läge jämfört med "vanlig lagstiftning till skydd för svagare part, till exempel konsumentlagstiftning (se till exempel Lehrberg, Avtalstolkning s. 155 f. med hänvisningar). Man kan också, i anslutning till den liknelse som liknar kollektivavtalet vid lag (se särskilt n. 69), jämföra med principer för lagtolkning, till exempel att lag som innebär åligganden för enskilda mot det allmänna skall tolkas generöst till förmån för den enskilde (som, om en civilrättslig terminologi skulle överföras på den offentliga rätten, otvivelaktigt är svagare part i den relationen).

⁹³³ Arbetsdomstolen har inte explicit tagit upp frågan, men dissidenterna i AD 2000 nr 6 (ordföranden med de båda representanterna för arbetstagarparten) ville uppställa ett krav på tydlighet om man i ett kollektivavtal vill åstadkomma en reglering som innebär en avvikelser från vad som annars (utan kollektivavtal, med stöd av dispositiv lagstiftning) skulle gälla och vad som *man som part i ett anställningsförhållande kan förvänta sig*. Majoritetens domskäl innehåller ingen motsvarande skrivning.

⁹³⁴ Se Lehrberg, Avtalstolkning s. 155 f. med hänvisningar.

⁹³⁵ Se till exempel särskilt uttryckligt i AD 1999 nr 127: "Enligt arbetsdomstolens mening finns det anledning att uppställa ett krav på tydlighet när det gäller att genom kollektivavtal göra avvikelser från vad som annars skulle ha gällt enligt lag."

⁹³⁶ AD 1994 nr 62. Se också AD 1995 nr 46, där principen dock inte kopplas till ett oklarhetsresonemang.

hänvisning till en regelmassa utanför själva kollektivavtalet.⁹³⁷ Arbetsdomstolen har då uppställt en regel som innebär att hänvisningen, för att regelmassan skall anses bli avtalsinnehåll, i sådana fall måste göras tydlig.⁹³⁸ Ursprungligen tycks principen ha avsett situationen att hänvisningen sker till en lag, men den har senare kommit att gälla regelkomplex utanför kollektivavtalet generellt.⁹³⁹ Motivet bakom regeln tycks också ha genomgått en förändring. I AD 1946 nr 67 III motiveras regeln med att Arbetsdomstolen är behörig domstol för det fall en viss lagstiftning samtidigt är innehåll i kollektivavtal, annars inte. I senare domar som hänvisar tillbaka till AD 1946 nr 67 III (se n. 939) motiveras den med att Arbetsdomstolen slagit fast regeln, men utan att göra skillnad på lag eller andra "regelkomplex". Senare vilar regeln snarare på att på att tekniken är ovanlig (hänvisningen bör *därför* göras tydlig).⁹⁴⁰

Den gängse avtalspraxisen (eller mer korrekt – Arbetsdomstolens uppfattning om den) på hela arbetsmarknaden blir alltså normgivande. Den som tänker sig att en bestämmelse har en innebörd som skulle begränsa förekomsten av vad som är vanligt inom det aktuella avtalsområdet har att klargöra det för sin motpart.⁹⁴¹ Motsvarande gäller om en part tänker sig en vidare tillämpning av ett begrepp än det har enligt etablerat språkbruk på avtalsområdet.⁹⁴² Den som vill ge en avtalsbestämmelse eller ett uttryck en annan innebörd än vad det har enligt sedvanlig arbetsrättslig terminologi har att klargöra detta för sin motpart.⁹⁴³ Ett krav på

⁹³⁷ En regelmassa som då alltså i princip blir en del av kollektivavtalet. Att tala om en regelmassa utanför kollektivavtalet är Arbetsdomstolens sätt att uttrycka saken (se till exempel AD 1988 nr 73). Uttryckssättet ger också en bild av en tanke på ett kollektivavtalets enhet, det vill säga en avtalstext med parternas underskrifter som är "kollektivavtalet".

⁹³⁸ Se AD 1988 nr 73 med hänvisning till AD 1977 nr 87 och AD 1985 nr 136.

⁹³⁹ Se AD 2009 nr 5, AD 2001 nr 78 och AD 1998 nr 4 (med hänvisning till AD 1946 nr 67 III, AD 1973 nr 19 och AD 1977 nr 87).

⁹⁴⁰ AD 1988 nr 73. Arbetsdomstolen kan här (AD 1988 nr 73) också sägas dra upp en gräns mellan materiella regler och policybestämmelser (se 7.8.2), eftersom det närmare till hands att uppfatta en sådan hänvisning som den omtvistade som en erinran om att också andra regler gäller mellan parterna. En sådan bestämmelse skulle kunna få verkan i en tolkningsvist eller i en tvist om skadestånd på så sätt att den felande parten genom erinran är (ännu) närmare att bära ansvaret fullt ut för sitt avtalsbrott.

⁹⁴¹ Se AD 1984 nr 28. Frågan gällde om ett kollektivavtal skulle ges en tolkning som skulle begränsa förekomsten av deltidсанställningar, en anställningsform som såvitt upplöst var "utomordentligt vanlig" på det aktuella området.

⁹⁴² Se AD 1989 nr 45. I det fallet hade dessutom den part som tänkte sig den avvikande tolkningen själv fört in termen i avtalet utan att klargöra sin uppfattning om dess innebörd för motparten.

⁹⁴³ AD 1992 nr 124. Se också ovan om språkbruk under 7.6.2.2. Det skulle också kunna behandlas i samband med dolusregeln eftersom det etablerade språkbruket ger en part

tydlighet kan också förenas med partsautonomins förverkligande. Mot bakgrund av tydlighetskravet kan parterna i sin avtalsverksamhet sträva efter just tydliga regler, med belöningen att deras normgivningsverksamhet ges fullt utslag. Sanktionen mot oklara regler är att en annan aktör, Arbetsdomstolen, tolkar reglerna och därmed ger dem innehåll. Finns det dispositiv rätt på området löper parterna därtill risken att lagstiftarens lösning blir gällande.⁹⁴⁴

En situation där lagstiftning, som dock inte är semidispositiv, möter kollektivavtal är i frågor om kollektivavtalsbestämmelser som påstås innebära en längre gående fredsplikt än enligt lag (jfr 41 § MBL) (se också nedan 7.8.3). Arbetsdomstolen har för sådana fall formulerat en princip som innebär att ”stränga krav måste ställas på den bevisning som åberopas till stöd för att ett kollektivavtal, när det inte framgår av dess lydelse, har avsetts innebära ett längre gående förbud mot fackliga stridsåtgärder än som skulle följa direkt av lag.”⁹⁴⁵ Ändamålet bakom regeln skiftar något genom de hänvisade fallen. I AD 1947 nr 35, där regeln inte formuleras som en bevisregel, hanteras frågan som en tolkning av kollektivavtalet. Arbetsgivarsidan, vars tolkning skulle innebära att fredsplikten utökades, måste enligt Arbetsdomstolen ha förstått att arbetstagersidan inte utan vidare skulle gå med på en sådan utvidgning. Vad arbetsgivarsidan måste insett kopplas i resonemanget samman med att arbetstagersidan vid kollektivavtalslagens tillkomst 1928 motsatte sig en legal fredsplikt. Att den skulle utvidgas genom kollektivavtal fordrar då ett särskilt uttryck. Avtalsparterna i det specifika fallet tillskrivs alltså den inställning som arbetstagar- respektive arbetsgivarsidan som kollektiv betraktade har givit uttryck för. Den i kollektivavtalsrätten inbyggda motsättningen mellan arbetstagersidan och arbetsgivarsidan får på detta sätt ett tydligt avtryck i den praktiska kollektivavtalstolkningen. Avtrycket finns kvar genom att regeln finns kvar, men motiveras på andra sätt (dock med hänvisning till AD 1947 nr 35). I AD 1965 nr 6 är frågan om längre gående fredsplikt enligt kollektivavtal än vad som följer av lag blott ett exempel på situationer då det är särskilt viktigt att innehåll som går längre i någon fråga

grundad uppfattning att motparten menar en viss sak, och motparten måste inse det. I förlängningen skulle all avtalstolkning (i snäv mening, jfr utfyllning) kunna systematiseras under rubriken gemensam partsavsikt, eftersom avtalstolkningen i vart fall ideologiskt syftar till att fastställa vad som skall anses vara den gemensamma partsavsikten.

⁹⁴⁴ Det kan till och med tänkas att lagstiftaren medvetet skulle lagfästa en oönskad lösning för att stimulera arbetsmarknadsparterna att sluta kollektivavtal, se Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 163, jfr n. 1136.

⁹⁴⁵ Se AD 1991 nr 52, med hänvisning till ”flera tidigare domar, [...] senast AD 1991 nr 24 med hänvisningar.” Se vidare AD 1991 nr 24, AD 1965 nr 6 och AD 1947 nr 35.

än det uttryckliga innehållet ger vid handen. I AD 1991 nr 24 har regeln blivit en bevisregel som tycks stå för sig själv, stödd på äldre praxis (det vill säga AD 1965 nr 6 och AD 1947 nr 35).

Stridsåtgärder är visserligen speciella, men samma resonemang går att applicera på andra bestämmelser där arbetsrättslig lagstiftning och kollektivavtal täcker samma område. I AD 1993 nr 67 var fråga om tillåtna säsonganställningar, vilka enligt en semidispositiv bestämmelse i LAS endast fick förekomma om behovet föranleddes av arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet. Arbetsdomstolen fann, med hänvisning till AD 1981 nr 152, att eftersom anställningsskyddslagen endast gav ett begränsat utrymme för säsonganställningar bör det krävas ett klart stöd i kollektivavtalet för ytterligare begränsningar.

Vilka slutsatser som kan dras på grundval av den trots allt *in casu*-inriktade praxis som föreligger är kanske, för varje specifik fråga osäkert. Ett sammanhållande moment finns i vilken fråga som tvisten handlar om (se nedan kap. 7.6.4.2 om prejudicerande avtalsolkning), men varje fråga har sin egen berättelse.⁹⁴⁶ Resultatet är ett annat än att det kan fastslås hur varje fråga i detalj kommer att hanteras. Det sätt på vilket Arbetsdomstolens praxis förhåller bestämmelser i kollektivavtal till bestämmelser i lag ger de sistnämnda ett försteg. Därsom lagen ger en begränsning ligger det nära till hands att kräva ett uttryckligt, klart, stöd i kollektivavtal för att detta skall kunna ge ytterligare begränsningar. Det kommer då att ligga nära till hands att i tolkningen (eller som ett resultat av ett visst tolkningsresonemang) betrakta kollektivavtalets regler som i sak överensstämmande med lagstiftningen.⁹⁴⁷ Det kan ske uttryckligt, men också genom att den part som hävdar en avvikande lösning måste visa stöd för att kollektivavtalet skall tolkas så att det ger utrymme för avsteg från lagens lösning.⁹⁴⁸

⁹⁴⁶ Jfr till exempel AD 2004 nr 73, i vilken Arbetsdomstolen uttrycker sig generellt om bevisbördans placering, men helt utan att antyda att särskilda krav skulle gälla: "Eftersom tillsvidareanställning är huvudregel måste den som hävdar att ett avtal avser något annat kunna bevisa det."

⁹⁴⁷ Se AD 1993 nr 67.

⁹⁴⁸ Se AD 1990 nr 84. Saken gällde giltigheten av överenskommelser som en arbetsgivare ingått inför en anställning, på arbetsgivarens initiativ och där överenskommelsen framstod som en förutsättning för anställningen. Det fanns alltså ett skydd för den anställde inbyggt i resonemanget i just det fallet. Däremot "undviks" en konflikt mellan lagen och kollektivavtalet. Vill man upprätthålla lagen och kollektivavtalet som skilda rättskällor kan man antagligen resa invändningar mot att lagstiftarens syfte med vissa bestämmelser i semesterlagen (om arbetstagarens frihet att välja mellan ledighet och arbete respektive permittering) direkt påverkar tolkningen av kollektivavtalet.

Kanske har EU-rätt samma funktion, se AD 2008 nr 49.

Partsa autonomi är förvisso eftersträvansvärd i kollektivavtalsrätten (annars vore den inte kollektivavtalsrätten, såsom vi känner den), men antagligen närmare besett inte i sig själv. Den är, skulle man kunna säga, ett primärmål för att uppnå ultimärmålet – effektiva och sakligt motiverade regler (tanken är att arbetsmarknadsparterna bäst vet vad arbetsmarknaden behöver).⁹⁴⁹ Vill man därför se ett ändamål utanför partsautonomin i sig för att motivera tydlighetskravet skulle det kunna hämtas i att tydliga regler gynnar insyn. Om den regleringsmassa som finns i kollektivavtal skulle vara tydlig och lättillgänglig skulle det till exempel antagligen kunna underlätta statens möjlighet att förutse och styra den ekonomiska utvecklingen.⁹⁵⁰ Eftersom kollektivavtalet har hämtat det mesta av sin identitet från avtalet (det är ett avtal som på vissa sätt påminner om offentligrättsliga normer) så har nog ett sådant ändamål varit främmande för kollektivavtalsrätten. I förlängningen av det förändringstryck som *internationaliseringen* (se 3.2) medför kan ett skifte skönjas. Alltmer gemenskapsrätt på det område som varit arbetsmarknadsparternas område att reglera innebär, till synes, en ökad förväntan på offentligrättslig inblandning, om än uttryckligen bara i fråga om hur reglerna legitimeras. Legitimiteten, om den skulle utmanas, lär dock uppbäras av sakskäl. En effekt, utan att den behöver vara eftersträvad, kan alltså bli att lagstiftaren förväntas ha insyn i regelmassan, en förväntan som alltså förutsätter att reglernas tillämpning går att förutse för en aktör utanför avtalsförhållandet.

Internationaliseringen kan också flytta frågornas fokus över tid. Östen Undén har i sin avhandling, 1912, ett avsnitt om "[d]et territoriella tillämpningsområdet." För Undén är frågan nationell, och handlar om inom vilka geografiska områden inom Sveriges gränser kollektivavtal på olika nivåer kan förväntas vara tillämpliga.⁹⁵¹ Undén behandlar särskilt två problem. Ett sådant erbjuder branscher och situationer där arbetstagarna inte är stationära utan arbetar på olika ställen. Andra problem erbjuds av frågan om vad som sker med kollektivavtalsrelationerna i fall då verksamheter flyttas eller slås samman inom ett område.⁹⁵² Framförallt det första problemet känns igen i den nutida diskussionen, med den

⁹⁴⁹ Uppdelningen i "primärmål" och "ultimärmål" är lånad från Jan Hellner, se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen* s. 91 (ff.).

⁹⁵⁰ Även om grundideologin bygger på att arbetsmarknadsparterna är bäst skickade att kontrollera lönebildningen upplevs ibland ett behov av mer aktiv styrning, särskilt i "kris-tider". Det så kallade "Rehnbergavtalet" som syftade till att stabilisera lönebildningen t är ett exempel från tidigt 1990-tal (se vidare AD 1992 nr 70 och nedan 7.6.3.3).

⁹⁵¹ Undén, *Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt* s. 133 ff.

⁹⁵² Undén formulerar problemen i två grupper, Undén, *Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt* s. 135 f.

modifikationen att det är arbetstagare som flyttar över landsgränser som är i fokus. Frågan om ett visst kollektivavtal eller en viss bestämmelse skall tillämpas eller inte, med hänvisning till det territorium inom vilket det aktuella arbetet sker behandlas som en tolkningsfråga, i princip vilken som helst.⁹⁵³ Partsautonomin är oinskränkt, och frågan har ingen särställning som kan motivera att någon särskild tolkningsprincip skall gälla. Den tolkningsmaxim som tillämpats av Arbetsdomstolen är att svenska kollektivavtal som en utgångspunkt inte är tillämpliga på arbete som utförs utomlands.⁹⁵⁴ Om parterna avsett att avtalet skall tillämpas utomlands, förväntas de således uttryckligt reglera detta. Grunden för den tolkningsmaximen anges vara att "det brukar motiveras med att de svenska riksavtalen är anpassade till förhållandena inom riket".⁹⁵⁵ Arbetsmarknadsparternas kollektivavtalsverksamhet och därmed kollektivavtalsfloran antas (eller antogs vid tidpunkten för 1999 års avgöranden) alltså alltjämt vara nationell.⁹⁵⁶ Arbetsdomstolen har inte heller senare fått anledning att ändra det antagandet, i vart fall inte så att det skulle påverka utgångspunkten för den kollektivavtalsrättsliga oklarhetsregeln i detta avseende.

7.6.3 Strategier i tolkningen att hantera tidsligheten

7.6.3.1 Inledning

Avtalstolkningen i det enskilda fallet sker momentant, idealt med beaktande av förhållandena vid en kritisk tidpunkt.⁹⁵⁷ Utgångspunkten framgår till exempel av att det, enligt 39 § AvtL, krävs särskilda skäl för

⁹⁵³ Frågan har inte uppträtt på länge i Arbetsdomstolens praxis. För ett nedslag kan nämnas AD 1990 nr 59, där ena parten hävdade att en geografisk begränsning av kollektivavtalets tillämpningsområde var avtalad. När det aktuella avtalet inte befanns ha ett sådant innehåll lät Arbetsdomstolen frågan falla tillbaka på 29/29-principen, utan att ta någon hänsyn till geografiska eller territoriella förhållanden. Tillämpningsfrågor som har att göra med att arbetstagare är rörliga, såsom frågor om rätt till traktamenten, restidsersättningar och så vidare är dock vanliga, men då är ju inte fråga om kollektivavtalets territoriella tillämpning i och för sig.

⁹⁵⁴ Se AD 1999 nr 89 och AD 1999 nr 99.

⁹⁵⁵ AD 1999 nr 89 och AD 1999 nr 99 med hänvisning till Bogdan, Den svenska internationella arbetsrättens grunder. Arbetsdomstolen lägger för egen del till att det inte är ovanligt att parterna uttryckligen reglerat att kollektivavtalet skall tillämpas på arbeten utomlands. De faktiska förhållandena (såsom de anses vara) ligger alltså till grund för regeln. Det faktiska blir det normativa, och sedvanan får därmed en viktig ställning i kollektivavtalsrätten.

⁹⁵⁶ Se också Seth, Svensk internationell arbetsrätt s. 243 ff.

⁹⁵⁷ Att anbuds- och acceptmodellen till utgångspunkt för tolkningen tar "ett tunt *tvärsnitt* ut tidsaxeln på en enda punkt och lägger detta på objektsglaset som ett preparat,

att andra hänsyn än de vid avtalstidpunkten kända skall, när en regels tillämpning är beroende av vad parterna kände till eller borde känna till, tillerkännas relevans. Kollektivavtalet avviker dock från typavtalet dels genom att vara ett varaktigt avtal (till skillnad från det momentana typavtalet) dels genom att avtalsrelationen typiskt sett är längre än själva avtalet. Där utmärker sig kollektivavtalet också mot andra varaktiga avtal, till exempel hyresavtalet (som torde kunna betraktas som det varaktiga "typavtalet") men också mot anställningsavtalet.⁹⁵⁸ Särdraget markeras av "varandra avlösande kollektivavtal" eller liknande skrivningar som ofta inleder Arbetsdomstolens domar i tvister där parterna är bundna av kollektivavtal i förhållande till varandra. Inte sällan läggs också "sedan länge" eller liknande till, en upplysning vars relevans egentligen är rätt oklar. Tydligen, om man utgår från att inget Arbetsdomstolen skriver är meningslöst, har avtalsrelationens utsträckning i tiden *någon* betydelse.

Sammantaget kan kollektivavtalets särdrag motivera att kollektivavtalsrätten inte håller tidsaspekten borta. Det kanske inte heller andra varaktiga avtal gör, tidsaspekten kan till exempel yttra sig i en vårdplikt om det förhyrda, men det får motiveras på sitt sätt. Den kollektivavtalsrättsliga tolkningen måste för att motivera sitt särdrag hålla sig med strategier för att hantera spänningen mellan avtalstolkningens momentana karaktär å ena sidan och kollektivavtalets varaktiga karaktär å den andra. Två sådana strategier skall diskuteras i det följande, dels användningen av avtalsbestämmelsers historia i tolkningen (7.6.3.2), dels användningen av avtalets tillämpning efter avtalsslutet (7.6.3.3).

7.6.3.2 *Avtalsbestämmelsers historia*

Kollektivavtalet utmärker sig på det sätt att avtalsbestämmelser kan uppnå hög ålder, och att de "ärvs" från kollektivavtal till kollektivavtal. För att fastställa innebörden i en viss bestämmelse blir då inte sällan fråga om att utreda bestämmelsens ursprung. Metoden att utreda en avtalsbestämmelses historia är inte i sig främmande för den allmänna avtalstolkningen, men den kommer ifråga för andra avtalstyper än typavtalet.⁹⁵⁹ I anslut-

vilket sedan analyseras i rättsvetenskapens mikroskop och föranleder bestämda slutsatser" är enligt Kurt Grönfors en av dess stora brister, Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 128.

⁹⁵⁸ Dessa två avtalstyper anges av Axel Adlercreutz som exempel på avtalsförhållanden som kan uppkomma genom faktiskt handlande, se Adlercreutz, *Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler* s. 312.

⁹⁵⁹ Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 110, nämner helt kort att en avtalsbestämmelses förhistoria kan få betydelse för dess tolkning. Metoden aktualiseras, påpekar Lehrberg, främst i fråga om kollektivavtal och standardavtal, vilket har att göra med att all tolkning syftar

ning till det momentana typavtalet syftar den ideologiskt till att utreda den gemensamma partsavsikten vid avtalstillfället, men med den praktiska komplikationen att man söker i avtalets historia 1944,⁹⁶⁰ 1954,⁹⁶¹ eller varför inte 1919.⁹⁶² I en ännu äldre bestämmelse, en bestämmelse om ackord med rötter i verkstadsavtalet av 1905, kunde dock Arbetsdomstolen med ledning av kommentaren till ett utkast till verkstadsavtalet från 1903 konstatera att det var ”höjt över tvivel” vad avtalets författare avsett i en viss fråga.⁹⁶³

”Avtalstillfället” för just den omtvistade bestämmelsen kan förstås också vara att söka vid någon tidpunkt mellan det första avtalet och nu, om inte samma kollektivavtal varit oavbrutet gällande sedan dess. Strategin att härleda innehållet till bestämmelsers historia anknuter också till den allmänna avtalsrätten genom att den har funktionen att den gör tolkningen till tolkning, det vill säga till en deskriptiv verksamhet (till skillnad från utfyllning).⁹⁶⁴ Eftersom strategin sålunda syftar till att utreda faktiska förhållanden förutsätter den att utredningar, inte sällan omfattande, om den omtvistade bestämmelsens historia presenteras.

Apropå faktiska förhållanden är förstås problemet, från ett praktiskt perspektiv, att den ursprungliga partsavsikten till en viss bestämmelse kan vara omöjlig att utreda.⁹⁶⁵ Belysande som exempel är AD 1993 nr 55 angående ett mellan Sveriges Skogsindustrieförbund och Svenska Pappersindustriarbetareförbundet sedan länge för tid efter annan slutet kollektivavtal av riksavtals natur. ”Av naturliga skäl har parterna inte kunnat förebringa någon utredning om vad som ursprungligen avsetts med bestämmelsen och om betydelsen av de stora förändringar som gjorts i övrigt i samma paragraf.” I nästa led härleds, den i och för sig abstrakta, gemensamma partsavsikten alltså konkret till avtalsförfattarnas avsikter: ”Någon gemensam partsavsikt kan alltså inte fastställas.” Den legitimitet som följer på den gemensamma partsavsikten härrör alltså från

till att utröna den gemensamma partsavsikten. Någon relevant historia kan då sällan tillskrivas det typavtal man väl ofta tänker på, det momentana köpeavtalet.

⁹⁶⁰ Som till exempel installationsavtalet, AD 1999 nr 149.

⁹⁶¹ Sjuklönerregler i avtalet om allmänna anställningsvillkor inom massa- och pappersindustrin, AD 1997 nr 94.

⁹⁶² Se AD 1977 nr 49, tvisten gällde ett avtal mellan Elektriska Arbetsgivareföreningen och Svenska Elektrikerförbundet från 1975. Den omtvistade bestämmelsen var från 1922 då den hade avlöst en bestämmelse från 1919. Arbetsgivarsidan konstaterar också att det inte var uteslutet att finna någon vägledning i avtalets tillkomsthistoria.

⁹⁶³ AD 1988 nr 69.

⁹⁶⁴ Se särskilt ovan 7.6.2.5.

⁹⁶⁵ Här stöter man på en gräns för tolkningen. Problemet kan också formuleras som en bevisvetenskaplig fråga. Se till exempel AD 1994 nr 100, om förhandlingar som förts tio år före det att avtalet var uppe till Arbetsdomstolens bedömning.

just avtalsförfattarna (eller, antagligen, för det fall det skulle vara någon skillnad, snarare undertecknarna). Avtalsparterna är dock, åtminstone på arbetstagsarsidan men oftast också på arbetsgivarsidan, en juridisk person – som ju inte i sig själv kan ha någon åsikt. Den gemensamma avsikten vilar alltså redan från början på en abstraktion, och det finns knappast några skäl som kan motiveras av annat än traditionen till att den abstraktionen skall knytas till avsikten (det vill säga några företrädares avsikt) vid ett visst tillfälle. Den gemensamma partsavsikten är ideologiskt knuten till en viss tidpunkt (det är en egenskap kollektivavtalet som avtal delar med typavtalet), och tolkningsdiskursen måste skapa en strategi för att hantera bestämmelser med en tidslighet, ett problem som accentueras av att bestämmelsen ifråga överförs från avtal till avtal under lång tid. Något *sakligt* skäl för att inte istället fråga sig vad avtalsparterna menar vid tidpunkten nu finns egentligen inte.⁹⁶⁶

Den nu behandlade tolkningsstrategin hanterar tidsligheten i kollektivavtalsrätten, men den rymmer också en kamp mellan Arbetsdomstolen och arbetsmarknadsparterna. I spänningsfältet mellan att den gemensamma partsavsikten (om bestämmelsen i fråga inte tidigare varit föremål för tolkning) ideologiskt avgörs vid en tidigare tidpunkt och att den faktiskt avgörs nu öppnas en möjlighet för Arbetsdomstolen att ta kontroll över historieskrivningen. Parterna kan dock behålla inflytandet genom att diskutera bestämmelsernas innebörd vid kollektivavtalets nytecknande.⁹⁶⁷

Genom att härleda bestämmelsers betydelse från vad som systematiskt är tidigare avtal kommer tolkningen att ha en konserverande funktion. Genom att (vad som systematiskt är) tidigare avtalsparterers gemensamma partsavsikt tillmäts avgörande betydelse kommer partsavsikten från gamla bestämmelser, som utan att ändras eller diskuteras förts vidare genom

⁹⁶⁶ Inte något annat skäl än att vi inte skulle känna igen en sådan strategi som godtagbar avtalstolkning – och vilket starkare skäl kan vi egentligen tänka oss?

⁹⁶⁷ Här kan säkert invändas att den här bilden av maktkampen överdrivet polariserad. Och polariserad är den, men det är också arbetsmarknaden. Bilden är tänkt att visa meningsvillkoren så som de ser ut, inte så som vi tänker oss dem. Samfällt strävande mot ett gemensamt mål hade då varit bildens huvudsakliga motiv och budskap.

Det förtjänar dock möjligen att förtydligas att det inte är fråga om någon ”öppen” maktkamp, så att kollektivavtalsparterna skulle ha något intresse av att vid omförhandling av ett kollektivavtal tillfoga en anteckning av innebörden att ”avtalsparterna har diskuterat samtliga bestämmelser” eller liknande, i syfte att själva, vid en eventuell tvist, få vittna i Arbetsdomstolen. Anledningen till att tvisten överhuvudtaget har hamnat i Arbetsdomstolen beror ju på att parterna själva, i lokala och centrala förhandlingar, inte lyckats enas i frågan. För övrigt kan kollektivavtalets parter, oberoende av om bestämmelsen verkligen diskuteras av parterna till Arbetsdomstolen ge sin uppfattning om vad bestämmelsen skall anses ha för innebörd. Den möjligheten kan de få även om de inte är parter i målet, 5 kap. 1 § 1 st. LRA.

”varandra avlösande kollektivavtal” (se strax ovan 7.6.3.1). Det kommer alltså, så länge Arbetsdomstolen i första hand strävar efter att utreda den gemensamma partsavsikten, ligga närmare till hands att den gamla avsikten blir avgörande. En ”ny” lösning kräver, till skillnad från den ”gamla”, inte att ett progressivt steg tas av Arbetsdomstolen (som därmed också skulle fjärma sig från tanken på tolkningen som en deskriptiv verksamhet). För att ta ett sådant steg utan att uttryckligen ge avkall på att tillämpa avtalsrättsliga principer krävs en förändring som kan motivera förändringen. För att tolkningen alltså skall vara deskriptiv (och inte normativ) krävs att förändringen sker utanför juridiken. Där får samhällsförändringar, till exempel den tekniska utvecklingen (se särskilt 3.6), en plats i berättelsen. En förändrad förståelse av en omtvistad kollektivavtalsbestämmelse kan motiveras av att förutsättningarna för den situation som skall bedömas är annorlunda än jämförelseobjektet, (till exempel) just på grund av den omständigheten att de tekniska förutsättningarna ändrats.⁹⁶⁸

För att den gemensamma partsavsikten vid ett tidigare avtalstillfälle skall tillmätas avgörande betydelse krävs dels att den gemensamma partsavsikten varit obruten sedan avtalstillfället (det vill säga uttrycken för den – kravet inskränker sig rimligen till att inget skall tala för något annat) dels att parterna tillämpat avtalet enligt den ursprungliga gemensamma partsavsikten.⁹⁶⁹ Frågor om partsbruk och om kollektivavtalets tillämpning hör alltså intimt samman med den betydelse kollektivavtalets historia har för tolkningen av bestämmelser däri.

7.6.3.3 *Partsbruk och avtalets tillämpning*

I fråga om vilken betydelse den faktiska tillämpningen av ett kollektivavtal skall ha för tolkningen av dess innebörd gör sig en distinktion mellan praxis mellan avtalsparterna och medlemmarnas avtalstillämpning gällande. Den första kategorin (som kan kallas partsbruk) avviker inte från partsbruk i den allmänna avtalsrätten,⁹⁷⁰ medan den andra (som kan kallas medlemspraxis) är särpräglad för kollektivavtalsrätten. Uppdel-

⁹⁶⁸ Se för ett nedslag AD 1992 nr 110. Frågan gällde tolkning av en bestämmelse i ett kollektivavtal i flygbranschen. Arbetsdomstolen ställdes i ett led av tolkningsoperationen inför uppgiften att söka ledning i den praktiska tillämpningen av en föregångare till den omtvistade bestämmelsen (till ledning av vad parterna kan ha haft för uppfattning om innebörden av just den omtvistade bestämmelsen). Bedömningen komplicerades av att det äldre avtalets tillämpning skedde på andra flygplanstyper än vad som var aktuella i den nu aktuella tvisten.

⁹⁶⁹ Se till exempel AD 2000 nr 6.

⁹⁷⁰ I enlighet med att avtalet får sin innebörd vid avtalstillfället betraktas också i den

ningen, som har sin grund i den säregna egenskapen hos kollektivavtalet att det har bindande verkan i två relationer samtidigt, motsvarar i princip distinktionen den mellan obligatoriska och normativa bestämmelser.⁹⁷¹

Att ta hänsyn till omständigheter efter avtalsslutet utmanar berättelsen, och denna har därför vissa inneboende mekanismer för att lösa den spänning som uppkommer. Om tillämpningen av ett kollektivavtal skall erkännas som argument i tolkningen får tillämpningen i första hand föras tillbaka på parternas gemensamma avsikt vid avtalstillfället. Att peka på ett fåtal situationer då avtalet tillämpats i överensstämmelse med den hävdade tolkningen har inte ansetts vara tillräckligt.⁹⁷² En generell slutsats måste kunna dras, pekandes på den gemensamma avsikten med avtalet.⁹⁷³ I linje med detta ligger ett kausalitetskrav mellan den omtvistade klausulen och tillämpningen.⁹⁷⁴ Idén är att tillämpningen är ett bevisfaktum för vad parterna avsåg vid avtalstillfället.⁹⁷⁵ Strategin har den funktionen att tidsligheten i princip hålls borta från tolkningen.

I princip hålls tidsligheten borta, men funktionen fungerar, skulle man kunna säga, inte perfekt. Den motarbetas redan i det att strategin har med avtalsbestämmelsers historia att göra. Tillämpningen över tid kan, till och med, till synes ändra förståelsen av avtalet.⁹⁷⁶ En sådan verkan är en anomali i kontraktsrätten, som utgår från att avtalet får sitt innehåll vid den kritiska tidpunkten, det vill säga när avtalet sluts. Frågan är då hur den kan motiveras, hur den kan få sin plats i berättelsen. Parterna

allmänna avtalsrätten parternas handlande efter avtalsslutet som bevisfaktum för deras uppfattning om innebörden, se Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 127 ff.

⁹⁷¹ Se om distinktionen mellan obligatoriska och normativa bestämmelser särskilt 5.1.

⁹⁷² AD 1991 nr 51.

⁹⁷³ AD 1993 nr 173.

⁹⁷⁴ AD 1996 nr 147. "Vad som kan konstateras är att anställningar av tjänstemän med sådan arbetstid knappast förekom och en orsak till detta kan ha varit att ingen av parterna såg något skäl för sådana anställningar. Det framgår emellertid inte av utredningen att detta förhållande utvecklades som ett resultat av protokollsanteckningen."

⁹⁷⁵ Se uttryckligt i AD 1996 nr 95. Se vidare Adlercreutz och Mulder, *Svensk arbetsrätt* s. 92 och Éklund i *Facklig arbetsrätt* s. 192. Se också AD 2004 nr 67. Fråga var om ett kollektivavtalsbrott var "ursäktligt" enligt ett överordnat kollektivavtal. Arbetsdomstolen lät det förhållande att svarandeparten så snart avtalsbrottet uppdragats rätat till förhållanden bidra till bedömningen att avtalsbrottet varit ursäktligt. Jfr Adlercreutz, *Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler* s. 312: "Eller också kan efterlevnaden avvika från vad som avtalats och eventuellt leda till omformning av avtalet."

⁹⁷⁶ Se AD 1994 nr 3: "Som Arbetsdomstolen uppfattar saken har den nu berörda tillämpningen av tidlöneformen varit väl känd av avtalsparterna samt förekommit under så lång tid och vunnit sådan utbredning att den numera inte kan anses oförenlig med kollektivavtalet." Vilken ledning som kan fås av en äldre tillämpning kan självfallet variera, se till exempel AD 1992 nr 110.

disponerar över partsbruket. Partsautonomin skyddas också på så sätt att Arbetsdomstolen tycks anse sig ha begränsat mandat att dra normativa slutsatser av att parterna i enskilda fall gjort avsteg från "en strikt avtalstillämpning", när parterna är ense om hur avtalet skall tolkas.⁹⁷⁷

För att tillämpningen skall få betydelse för tolkningen krävs att avtalet har tillämpats på ett visst sätt utan att motparten, trots kännedom om tillämpningen har invänt mot denna.⁹⁷⁸ Överhuvudtaget kan nog sägas att ordalydelsen har ett försteg framför tillämpningen. Även i fall då ett avtal ostridigt tillämpats på ett visst sätt som avviker från den innebörd parten hävdar, och som Arbetsdomstolen fastslagit, har några slutsatser om en förändrad innebörd inte ansetts kunna dras av tillämpningen när parten ifråga lämnat en trovärdig förklaring till varför tillämpningen avvikit från avtalets rätta innebörd.⁹⁷⁹ Ett kollektivavtals rätta innebörd är alltså inte detsamma som dess tillämpning. I samma anda kan inte en parts underlåtenhet att underrätta sig om den faktiska tillämpningen läggas parten till last (i den meningen att parten får anses ha accepterat ett visst avtalsinnehåll), om den tillämpning man utgår ifrån står i överensstämmelse med "avtalets principiella innebörd".⁹⁸⁰ Tillämpningen som

⁹⁷⁷ Se AD 1991 nr 78.

⁹⁷⁸ AD 2007 nr 81.

⁹⁷⁹ AD 2006 nr 5.

Jfr dock AD 1996 nr 138: "Det kan synas vara ett väl formellt betraktelsesätt att i en situation som denna låta ordalydelsen bli avgörande." Tvisten gällde frågan om parterna genom en lokal överenskommelse gjort avsteg från ett centralt avtal. Resonemanget fortsätter: "Särskilt gäller detta med tanke på den mångåriga praxis som tillämpats inom bolaget i fråga om ersättning vid kurser samt på att [det centrala avtalets] reglering hade ändats [...] utan någon större ändring i sak [...]". Den mellan (de lokala) parterna tillämpade ordningen antyds alltså kunna få ett försteg (på materiella grunder, jfr det "väl formella betraktelsesättet" att låta ordalydelsen få försteg) framför ordalydelsen. Men resonemanget vänder igen: "Enligt vad som framkommit var emellertid båda partssidorna väl medvetna om de förändringar i konstruktionen som hade skett i [det centrala avtalet]". På det följer Arbetsdomstolens normativa ställningstagande: "Enligt arbetsdomstolens mening måste det i ett fall som det förevarande ställas ett visst krav på tydlighet i avtalstexten för att parterna skall anses ha tillskapat en från det centrala avtalet avvikande reglering." De lokala parterna hade, enligt Arbetsdomstolen, inte varit tillräckligt tydliga i sin formulering för att åstadkomma ett avsteg från det centrala avtalet, trots att de haft en sinsemellan tydlig praxis. De hade enligt Arbetsdomstolen vidare "uppenbarligen ganska lätt kunnat åstadkomma en klar reglering genom att ansluta till den terminologi som det centrala avtalet innehåller".

⁹⁸⁰ AD 1991 nr 132. Jfr dock AD 2007 nr 81. Den ena parten i tvisten (som var bunden genom medlemskap i den avtalsslutande arbetsgivarföreningen) hävdade att motparten varit skyldiga att hålla sig underrättade om den etablerade avtalspraxis man tillämpade. Arbetsdomstolens tystnad i frågan kan uppfattas som att någon sådan skyldighet inte föreligger.

tolkningsargument vilar alltså på en doluskonstruktion innebärande att motparten skall ha *känt till* tillämpningen.⁹⁸¹

Den gemensamma partsavsikten som bärare av legitimiteten upprätthålls alltså, och därigenom bilden av tolkningen som en deskriptiv, inte en normativ verksamhet. I nästa steg kopplas dock avtalets tillämpning samman med vad som ovan kallats den kollektivavtalsrättsliga oklarhetsregeln och dess klargörandeplikt (se 7.6.2.6). Idén är då att den avtalspart som ser en tillämpning av avtalet i strid med den innebörd denna lagt i avtalet måste reagera mot tillämpningen, vid äventyr att avtalet ges det innehåll som tillämpningen indikerar.⁹⁸² Det medför att normativa inslag från Arbetsdomstolen tar plats i tolkningen, vilket utan motstånd kan accepteras i berättelsen (som, ideologiskt, ytterst går ut på att Arbetsdomstolen skall utröna vad parterna bestämt) *dels* eftersom det passar med ändamålet att parterna skall avhållas från att "lurpassa" på varandra, (se vid n. 730), *dels* eftersom avtalstillämpningen alltjämt hierarkiskt är underställd ordalydelsen.⁹⁸³ Tillämpningens oklara, och kanske underställda, position i tolkningsprocederet markeras också av att Arbetsdomstolen å ena sidan är återhållsam med att tillmäta tillämpningen avgörande betydelse, även om parterna uttryckligen avvikit från avtalets regler.⁹⁸⁴ Tillämpningen kan å den andra sidan användas som ett faktum som gör argumentationen mer "robust", när den stödjer vad som får anses följa av ordalydelsen.⁹⁸⁵

Den hierarkiska ordningen är förstås klarast på rätt generalitetsnivå, den nivå där doktrinära beskrivningar befinner sig (självfallet, och inget

⁹⁸¹ Jfr vidare AD 1996 nr 138. Resonemanget (se strax ovan n. 979) mynnar ut i ett oklarhetsresonemang vilket tangerar ett culparesonemang (se strax ovan 7.6.2.5). Den refererade tolkningsoperationen leds i hamn med att oklarhetsresonemanget fullbordas. "Att ett sådant klargörande inte kom att ske måste enligt arbetsdomstolens mening falla tillbaka på arbetsgivarsidan, som dessutom formulerade de lokala bestämmelserna." (Och som var den part vars talan gick ut på att avtal om avvikelser från det centrala avtalet hade träffats).

⁹⁸² Se Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 92 och Eklund i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 192.

⁹⁸³ Se Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 92. Se också till exempel AD 1990 nr 87. Hur avtalet tillämpats i praktiken stod i överensstämmelse med ena sidans uppfattning om den omtvistade klausulens innebörd. Ordalydelsen gav i fallet dock inte någon bestämd ledning för bestämmelsens tolkning, och även i övrigt fanns en mängd tolkningsdata, varav tillämpningen var ett.

⁹⁸⁴ Se AD 1993 nr 100, där en slags försiktighetsprincip formuleras. "Enligt arbetsdomstolens mening måste man vara försiktig med att av överenskommelser om avvikelser från regler i avtal dra slutsatser om avtalets innehåll".

⁹⁸⁵ Se till exempel AD 1993 nr 54.

klander i det – en karta i skala 1:1 är helt enkelt inte meningsfull).⁹⁸⁶ På en lägre generalitetsnivå, närmare det enskilda fallet, låter sig kollektivavtals-tolkningen inte utan vidare inordnas i hierarkier. Avtalets tillämpning kan nämligen antydningssvis ha en egen betydelse i avtalstolkningen. ”För att praxis skall kunna tillmätas självständig betydelse för tolkningen av en kollektivavtalsbestämmelse bör nämligen som regel krävas att tillämpningen är långvarig och fast etablerad på avtalsområdet samt att den är känd för avtalsparterna på sådant sätt att dessa måste antas ha accepterat tillämpningen (AD 1978 nr 132). Praxis måste ha stor fasthet för att kunna tillmätas betydelse när annat, som i detta fall ordalydelsen, bestämt talar för en viss utgång.”⁹⁸⁷ Som om inte det vore nog antyds att avtalets tillämpning systematiskt är överordnad ordalydelsen: ”Det har inte visats att en gemensam partsvilja förelåg vid avtalsslutet. Ingendera parten kan stödja sig på en klar och entydig praxis. Avtalets ordalydelse får då bli utslagsgivande.”⁹⁸⁸

Avslutningsvis skall nämnas ett rätt säreget fall, AD 1992 nr 70, i vilket Arbetsdomstolen låter ett culparesonemang (se ovan 7.6.2.5) avgöra en fråga där just tillämpningen över tid, om än kort, var i fråga. Parternas förpliktelser enligt avtalet påverkades av att dess tillämpning hade kommit att bli en annan än vad som kunnat förutses. Fallet rörde tillämpningen av det så kallade *stabiliseringsavtal* som träffades för en stor del av den svenska arbetsmarknaden i början av 1990-talet, bland annat för att stävja löneglidningen och möta effekterna av den ekonomiska kris som rådde. Trots att den ena avtalsparten ostridigt inte utfört en viss åtgärd enligt tillämpningsföreskrifter till avtalet fann Arbetsdomstolen att den i och för sig felande parten inte brutit mot sina avtalsenliga förpliktelser, vilka bestod i att leverera vissa statistikuppgifter till ett opartiskt organ, benämnt Förhandlingsgruppen (FHG), ett organ som skulle besluta om vissa lönekorrigeringar åtgärder. Utgången motiverades med flera skäl, bland annat med att också den icke felande motparten varit passiv och att beslutsunderlaget för FHG inte blivit lidande av att statistiken inte levererades enligt avtalet. Utan att det uttryckligen sägs kan man, om man så vill, betrakta Arbetsdomstolens argumentation utifrån ett culpa-perspektiv, där motparten inte är utan skuld till felet och där ingen egentlig skada är skedd.

⁹⁸⁶ En uttrycklig hierarki presenteras av Schmidt, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?* s. 34.

⁹⁸⁷ AD 1995 nr 46.

⁹⁸⁸ AD 1995 nr 46.

7.6.4 Strategier för att återföra tolkningen på en standardlösning

7.6.4.1 Schablontolkning

I den arbetsrättsliga doktrinen talas om schablontolkningar, indubio-tolkningar eller principavgöranden.⁹⁸⁹ Schablontolkningar växer fram genom att en klausul tolkas av Arbetsdomstolen under beaktande av individuella tolkningsdata. När en liknande klausul dyker upp i Arbetsdomstolen kan det sålunda gjorda avgörandet användas som förebild när en liknande klausul skall tolkas. Såsmåningom, när fall läggs till fall, har en fast princip utbildats, en princip som inte frångås om inte starkt stöd talar för just ett frångående. Till samma kategori hänförs regler som ”framträder på ett mer oförmedlat sätt.”⁹⁹⁰

Som kronan bland schablonreglerna kan den så kallade 29/29-principen framhållas.⁹⁹¹ Från början hämtades principen från det då aktuella kollektivavtalet.⁹⁹² I senare praxis bekräftas denna härledning, åtminstone i princip.⁹⁹³ Hos vissa författare är tematiken dock en annan. Där behandlas 29/29-principen utifrån arbetstagarens arbetskyldighet, men utan (i det sammanhanget) särskilt intresse för regelns härledning.⁹⁹⁴ Regeln har också antagits fått ett vidare tillämpningsområde, den har så

⁹⁸⁹ Se till exempel Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 205. Tanken kan, mot bakgrund av att andra framställningar på området inte har tagit upp den systematiken eller den terminologin, tillskrivas Folke Schmidt och Tore Sigeman. Det gör däremot Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 63 (med uttrycklig hänvisning till Tore Sigeman) och s. 166. Se också Malmberg, Anställningsavtalet, till exempel s. 148, där termen ”indubioregel” används. I den arbetsrättsliga doktrinen kan kanske tanken på Arbetsdomstolens schablontolkning betraktas som ett släktdrag (se under 2.2.3).

⁹⁹⁰ Sigeman i Arbetsrätten i utveckling s. 205.

⁹⁹¹ Se till exempel Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 63

⁹⁹² AD 1929 nr 29. ”Vad angår det första stämningssyrkandet, måste kollektivavtalet anses innebära, att därav bunden arbetare 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.”

⁹⁹³ Se AD 1990 nr 59. ”Givetvis kan parterna i ett kollektivavtal, såvitt gäller detta, inskränka eller utesluta tillämpningen av den angivna allmänna tolkningsprincipen. Denna utgör emellertid en hävdvunnen kollektivavtalsrättslig grundsats av stor praktisk betydelse. Enligt arbetsdomstolens mening måste man därför utgå från att ett kollektivavtal är att tolka i enlighet med ifrågakvarande princip, såvida inte annat framgår uttryckligen av avtalsbestämmelser eller vinner klart stöd i andra omständigheter.” Slutsatsen blir i fallet att det inte finns anledning att tolka det aktuella kollektivavtalet annorlunda.

⁹⁹⁴ Se Adlercreutz, Svensk arbetsrätt s. 157 f. och Glavå, Arbetsrätt s. 446 f. Detsamma i Malmberg, Anställningsavtalet s. 259 ff.

att säga släppt sin koppling, mer än möjligen antydningssvis, till kollektivavtalet.⁹⁹⁵

Schablontolkningen hämtar sin legitimitet från parterna, och den anknyter till kollektivavtalets avtalsidentitet (jämfört med lag). Schablontolkningen beskrivs av Tore Sigeman som ”en sorts utfyllnadsregler av mer speciellt slag än de naturalia som anknyter till allmänna avtalstyper.”⁹⁹⁶ Därmed avviker den en del från den prejudicerande avtalstolkning som också kan observeras i Arbetsdomstolens praxis.

7.6.4.2 *Prejudicerande avtalstolkning*

Användningen av avtalsbestämmelsers historia (se 7.6.3.2) i tolkningen har ett konserverande drag, och samma drag uppträder, kanske ännu tydligare, när samma bestämmelse skall tolkas vid olika tillfällen. Eftersom kollektivavtalen finns under lång tid inträffar stundom att en klausul dyker upp upprepade gånger i Arbetsdomstolens praxis. En skillnad är att parternas inflytande över tolkningen efterhand minskar. Tolkningen tycks nämligen då ändra karaktär från att lösa den uppkomna tvisten, genom en situationsanpassad lösning till en generellt formulerad lösning (som ett avtal) som mer liknar normgivning (som lag). Den ger alltså kollektivavtalet ett drag av lag, samtidigt som den kanske stannar i den ambivalenta identiteten som brukar tillskrivas kollektivavtalet (se n. 69).

Här eftersträvas ingen fullständig redogörelse för vilka klausuler som uppnått denna status. Mer intressant är att visa på fenomenet, vilket i och för sig görs med exempel ur Arbetsdomstolens praxis.

AB 89 § 6 mom. 1 andra stycket

AB 89 § 6 mom. 1 andra stycket innehåller följande bestämmelse:

Vid stadigvarande förflyttning av arbetstagare skall beaktas, att vägande skäl skall föreligga för att förflytta arbetstagare mot dennes önskan.

En avtalskaraktären tillhörig egenskap hos kollektivavtalsregleringen är att den förnyas med jämna mellanrum. Systematiskt känner inte svensk rätt något annat än att en förändring av ett avtal, eller en förnyelse, är detsamma som ingående av nytt avtal. På kollektivavtalsområdet måste

⁹⁹⁵ Se särskilt Adlercreutz, Svensk arbetsrätt s. 158 som antar att principen har ett vidare tillämpningsområde, och att den har giltighet även utanför typiskt kollektivavtalsreglerade områden. Särskilt uttryckligt tar Jonas Malmberg ställning för en sådan förståelse, dock utan att finna klart stöd i praxis för sin slutsats, Anställningsavtalet s. 270. Malmberg uttrycker snarare vad alla redan vet, men ingen riktigt sagt.

⁹⁹⁶ Sigeman, i Arbetsrätten i utveckling s. 205. Se också Sigeman, Arbetsrätten s. 164 f.

nog dock rimligen en sådan lära förses med reservationer, i vart fall om den skall göra anspråk på att ge en rättvisande beskrivning av hur kollektivavtalet behandlas i praxis (vilket inte i och för sig behöver vara ägnat att fränkänna läran värde – förhållandet mellan läror och praktik är inte att den ena skall beskriva den andra). ”Varandra avlösande kollektivavtal” (eller liknande) behandlas som en kontinuerlig enhet snarare än ett nytt avtal.⁹⁹⁷ AB 89 ersattes av AB 01, varvid den aktuella bestämmelsen kom att omformuleras något. AB 89 § 6 mom. 1 andra stycket härrörde från en bestämmelse i AB-P 84, som i sin tur föll tillbaka på en bestämmelse i AB 80. Bestämmelsen var såvitt relevant likalydande i samtliga avtal.

AB 01 innehåller i § 8 följande bestämmelse:

Mom. 1 [...]

Vid stadigvarande förflyttning skall beaktas, att vägande skäl ska finnas för att förflytta arbetstagaren mot hennes eller hans önskan.

Det kritiska rekvisitet,⁹⁹⁸ ”vägande skäl”, är dock som synes detsamma, övriga ändringar får antas vara av redaktionell karaktär. Arbetsdomstolen härleder utgångspunkten för bestämmelsen i tidigare praxis.⁹⁹⁹ Den regel som ges för att precisera ”vägande skäl” är flerskiftande. AB 89 § 6 mom 1 ger enligt Arbetsdomstolen (AD 1987 nr 18) uttryck för en intresseavvägning mellan å ena sidan arbetsgivarens rätt att inom ramen för rätten att leda och fördela arbetet organisera sin verksamhet på ett för arbetsgivaren lämpligt sätt och å andra sidan arbetstagarens intresse av att inte behöva förflyttas mot sin vilja. Särskilt skall fall då anställningsvillkoren försämras eller arbetstagaren tvingas lämna en gemenskap beaktas på arbetstagarens sida.¹⁰⁰⁰ På ena sidan står alltså arbetsgivarens organisatoriska skäl, på andra den enskilde arbetstagarens personliga intresse. Arbetstagarens intresse stärks av att det läggs på arbetsgivaren att i första hand försöka uppnå sitt syfte med mindre ingripande åtgärder när det är möjligt. Ändamålet bakom det är att omplacering är en ingripande

⁹⁹⁷ Se ovan 7.6.3.1.

⁹⁹⁸ Det vill säga i de flesta fall. Jfr AD 1993 nr 39, där saken istället rörde en tolkning av rekvisitet ”stadigvarande förflyttning”.

⁹⁹⁹ Där AD 1987 nr 18 blir ”moderfallet” i den senare serien. I AD 1987 nr 18 hänvisas dock till AD 1984 nr 114.

¹⁰⁰⁰ Se AD 1991 nr 72 med hänvisning till AD 1987 nr 18. Se också AD 1993 nr 19 med hänvisning till AD 1991 nr 72 och AD 1987 nr 18.

Jfr AD 1994 nr 26, i vilket den aktuella bestämmelsen, utan närmare motivering, inte ansågs vara tillämplig. Domen får kanske förstås så att AB 89 bara anses gälla förflyttningar inom anställningen, och att anställningsavtalet därmed begränsar området för kollektivavtalsbestämmelsen ifråga.

åtgärd för den enskilde.¹⁰⁰¹ Ett skydd för arbetsuppgifterna byggs alltså in i tolkningen av kollektivavtalet, men legitimiteten härleds alltså till detta.¹⁰⁰²

TurA – S 3 §

TurA – S innehåller i 3 § följande bestämmelse:

I stället för det som föreskrivs i 22 § tredje stycket lagen (1982:80) om anställningsskydd gäller att turordning vid uppsägning skall omfatta arbetstagare med i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter hos myndigheten på den ort där arbetsbristen finns.¹⁰⁰³

AD 1992 nr 90 utgör det första fallet i en lång rad tvister om tolkningen av TurA-S 3 §.¹⁰⁰⁴ Det kritiska rekvisitet i fallet, och i de efterföljande fallen, är ”i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter”. Inledande konstaterar Arbetsdomstolen att den omtvistade bestämmelsen bygger på anställ-

¹⁰⁰¹ Se AD 1994 nr 56 och AD 1995 nr 102 med hänvisning till AD 1987 nr 18.

¹⁰⁰² Se AD 1995 nr 2. För tolkningen av ”förflyttning” i kollektivavtalets mening diskuterar Arbetsdomstolen att arbetstagaren ifråga skulle komma att arbeta utanför det arbetslag denne ingått i (sedan länge), i en annan lokal och under andra former. Därtill lades att den organisationsförändring som föranledde omplaceringen var betingad av personliga skäl, vilket alltså tycks tillskrivas frågan om åtgärden är en förflyttning, snarare än om det finns vägande skäl för den.

¹⁰⁰³ Se utförligt om TurA-S 3 § Calleman, Turordning vid uppsägning s. 245 ff. Catharina Calleman redovisar också en empirisk studie av tillämpningen av TurA-S på tre statliga arbetsplatser, se Calleman, a.a. s. 262 ff. Enligt Calleman tillämpades TurA-S på de undersökta arbetsplatserna så att de arbetstagare som utförde de arbetsuppgifter som ansågs minst kvalificerade blev uppsagda (Calleman a.a. s. 268). Att arbetsgivaren vid en övertalighet rationaliserar bort de arbetsuppgifter som denne anser minst kvalificerade är kanske inte något problem i sig, tvärtom kan en sådan ordning säkert ha goda skäl för sig (man kan till exempel tänka sig att det, så länge arbetsuppgifterna ligger inom arbetskyldigheten för de kvarvarande arbetstagarna, är lättare för arbetsgivaren att fördela okvalificerade arbetsuppgifter på anställda som utför kvalificerade uppgifter än vice versa och att det är lättare att återbesätta okvalificerade tjänster). Det är däremot ett problem om tillämpningen på arbetsplatsen, som Calleman funnit (Calleman, a. st.), ofta får den effekten att kvinnor och invandrare sägs upp i högre grad än, som det får förstås, vore fallet om 22 § LAS tillämpats istället.

Om TurA-S föregångare, den statliga turordningsförordningen, se Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse s. 277 n. 67. Notera särskilt Eklunds kritik mot att normen (som till ordalydelsen var identisk med TurA-S 3 §) ”tillgodoser inget att än det statliga arbetsgivarintresset”, och att staten som lagstiftare undviker effekter som privata arbetsgivare får bära vid tillämpningen av LAS. Det aktuella intresset lyckades staten tydligen tillgodose också som kollektivavtalsbunden arbetsgivare.

¹⁰⁰⁴ AD 1993 nr 85, AD 1993 nr 89, AD 1993 nr 133, AD 1993 nr 138, AD 1993 nr 143, AD 1993 nr 172, AD 1993 nr 220, AD 1996 nr 48, AD 1996 nr 52 (utan hänvisning till tidigare praxis), AD 1996 nr 54 och AD 1998 nr 50 (med hänvisning till AD 1996 nr 48 och där angivna rättsfall).

ningsskyddslagens regler om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Detta inledande konstaterande för, enligt Arbetsdomstolen, med sig att vissa principer gäller för hur turordningsfrågor mellan arbetstagare skall lösas. I första hand skall anställningstiden vara avgörande, i andra arbetstagarnas ålder. Dessutom gäller kravet på tillräckliga kvalifikationer för att ett krav på omplacering skall kunna göras gällande. Därefter går Arbetsdomstolen in på avtalsbestämmelsen, som anges ge en särreglering på statens område vid bestämmande av turordningskretsar. Det inledande, generella, konstaterandet ger alltså ett vidare område, mot bakgrund av vilket undantaget framstår som ett snävt undantagsområde. Denna relation mellan det huvudsakliga, generella, området (området för anställningsskyddslagens principer) och det snävare undantagsområdet (bestämmande av turordningskretsar) blir också utgångspunkten för tolkningen av TurA-S 3 §. Efter en genomgång av TurA-S 3 §:s ursprung konstateras att vad som förekommit vid bestämmelsens tillkomst inte ger ledning för dess tillämpning. Däremot kan det enligt Arbetsdomstolen "iaktas, att ju snävare man tolkar uttrycket 'i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter' desto mer uttunnat blir det skydd för anställningen som följer av en arbetstagares längre anställningstid." Vidare, en tillämpning som överensstämmer med grunderna för anställningsskyddslagen och dess grundläggande regler om anställningsskydd ger att det kritiska rekvisitet skall "ges en relativt vidsträckt tolkning".

Kopplingen till grunderna för anställningsskyddslagen får alltså bestämma utgångspunkten för tolkningen, det vill säga ändamål som inte uttryckligen framgår av avtalets ordalydelse. Kopplingen är dock (naturligtvis) inte tagen ur luften. En utredning om TurA-S ursprung, i domen placerade mellan de båda textställen som kopplar TurA-S till grunderna för anställningsskyddslagen, löser eventuella legitimitetsproblem. Bestämmelsen kan nämligen härledas till en bestämmelse i 41 § i 1974 års stats-tjänstemannalag, vilken senare överfördes till förordningen (1976:685) om vissa turordningsfrågor i statligt reglerad anställning m.m. 1984 upptogs bestämmelsen i TurA-S. Bestämmelsen kan alltså uppvisa en obruten stamtavla från en lagstiftning som vilar på samma grund som anställningsskyddslagen, även om den just här omtvistade bestämmelsen utgör ett avgränsat undantag.¹⁰⁰⁵ Därtill, närmast som en extra möjlighet, kan förarbetsuttalanden i samband med tillkomsten av den bakomliggande lagstiftningen bli användbara.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁵ Se Glavå, Principbefästade undantagslagstiftning – rättskonstruktionistiska reflektioner med utgångspunkt i Britanniaprincipen och Lex Britannia.

¹⁰⁰⁶ Kanske främst i AD 1996 nr 48, vari fråga var om det förhållande att arbetstagare befann sig i olika stadium av domarebanan skulle föranleda att de skulle inplaceras i

I vad som kanske bäst kan uppfattas som domstolens strävan efter enhetlighet i tillämpningen bildar sedan AD 1992 nr 90 utgångspunkt för bedömningen i senare fall om TurA-S 3 §.¹⁰⁰⁷ Med hänvisning till tidigare fall är utgångspunkten att bestämmelsen skall tolkas "relativt vidsträckt". Utgångspunkten utesluter naturligtvis inte att mer konkreta jämförelser mellan fallen kan göras också vad avser arbetsuppgifterna i det enskilda fallet. Dock har tolkningsberättelsen genom utgångspunkten fått en viss början, en början som kommer att påverka slutresultatet.

Avtal på den privata sektorn

Såväl AB 89 som TurA-S är kollektivavtal på den statliga sektorn, med ursprung i offentligrättsliga normer. Inte bara beträffande dessa kan en tendens att harmonisera med anställningsskyddslagen som utgångspunkt iakttas. Se till exempel AD 1989 nr 60.¹⁰⁰⁸ Tvisten rörde en bestämmelse i 1986 års byggnadsavtal (§ 5 b 1) om permitteringslön.¹⁰⁰⁹ Domstolens argumentation bygger på att, ehuru reglerna skulle kunna omfatta en avvikelse från anställningsskyddslagens regler, bestämmelserna enligt dess ordalydelse otvivelaktigt fick antas avsedda att ge uttryck för samma princip som anställningsskyddslagen. Arbetsgivarsidan hade visserligen antytt möjligheten att reglerna i kollektivavtalet innebar en avvikelse,

olika turordningskretsar. Uttalandet att "i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter" tar sikte på "sådana arbetsuppgifter som i stort sett är av samma beskaffenhet och inriktning" (prop. 1974:174 s. 54) kan vara ett led i en argumentation med sikte på att arbetstagares olika status i något hänseende inte är ett, såvitt angår tolkningen av TurA-S, relevant åtskillnadskriterium.

¹⁰⁰⁷ Jfr dock 1996 nr 52.

¹⁰⁰⁸ Se också AD 1994 nr 49. Arbetsdomstolen uppmärksammar inledningsvis, och, såvitt framgår av domen, utan att någon av parterna åberopat det, att en till sin lydelse identisk bestämmelse varit uppe i Arbetsdomstolen (AD 1977 nr 21), men också att Arbetsdomstolen i den domen inte gick in på någon prövning om bestämmelsens innebörd.

¹⁰⁰⁹ Byggnadsavtalets bestämmelser om permitteringslön har flera gånger varit uppe till behandling i Arbetsdomstolen. I AD 1993 nr 31 behandlades permitteringsbestämmelserna i 1989 års byggnadsavtal i relation till ett förarbetsuttalande till en ändring i Anställningsskyddslagen. Utan att det egentligen går att dra några slutsatser av vad det aktuella förarbetsuttalandet (prop. 1984/85:62 s. 13) med innebörd att frågor om kringgående av permitteringsbestämmelser i kollektivavtal är en fråga för rättstillämpningen eller Arbetsdomstolens icke-avvisande inställning till denna uppgift, kan man i förlängningen tänka sig att formulera en lojalitetsplikt i kollektivavtalsförhållanden, innebärande att parter inte utan vidare får anpassa sin avtalstillämpning efter vad som för tillfället råkar vara mest fördelaktigt. I fall som det aktuella, när lagstiftning infördes efter kollektivavtalet ändrat förutsättningarna (så att permitteringslön blivit mer fördelaktigt för arbetstagarna jämfört med väntetidsersättning), skulle då en avtalstillämpning i linje med avtalparternas ursprungliga intentioner kunna krävas, oaktat de inte tänkt på den aktuella situationen mot den aktuella bakgrunden och därför knappast har någon gemensam partsavsikt.

men den hade inte presenterat någon utredning som visade att arbetstagsidan givit arbetsgivarsidan någon befogad anledning att utgå ifrån att man godtagit en avtalsreglering som avvek (på ett principiellt eller annars mer avsevärt sätt) från lagregleringen. Argumentationen styrks dessutom av att avtalet ger uttryck för en princip med innebörden att en tillåten arbetstagarare har rätt till samma lön som om han fått behålla sina arbetsuppgifter. Tolkningen konkluderas med att en tolkning av bestämmelserna i enlighet med arbetstagsidan "ligger väl i linje med den princip som fastslagits i 21 § anställningsskyddslagen". En tolkning som innebär en "betydande materiell avvikelse från vad som följer av den princip som fastslagits i 21 § anställningsskyddslagen" kan däremot, mot arbetstagsidans bestridande, inte biträdas.¹⁰¹⁰ Utifrån synsättet att utflödet av Arbetsdomstolens verksamhet i mål om tolkning kan uppfattas som handlingsregler för parterna vid dessas avtalsverksamhet kan man formulera en regel av innebörd att parterna, om de tänker sig ett annat ändamål eller ett annat syfte med att mellan sig stifta med lag likalydande avtalsbestämmelser än lagen och dess förarbeten ger uttryck för, har att göra detta syfte tydligt.

En fråga på den privata sektorn rör sig om Verkstadsavtalet § 4 mom. 1 tredje stycket. Den nu aktuella bestämmelsen lyder: Kan enighet ej nås, tillämpas rent ackord där detta är möjligt. I övriga fall tillämpas timlön.¹⁰¹¹ Det kritiska rekvisitet, och bestämmelsens erisäpple, är uppenbarligen om det är "möjligt" att tillämpa rent ackord. Den frågan är, kan med visst fog invändas, inte i sig så intressant. Intressant är däremot Arbetsdomstolens sätt att ställa argumentationen i det fall man ha framför sig mot den rättsliga bakgrund som ges av tidigare domar på samma kollektivavtalsbestämmelse.¹⁰¹²

¹⁰¹⁰ Se också AD 1991 nr 92. Ett kollektivavtal med regler om provanställning antogs, utan närmare utredning om parternas avtalsavsikt, vila på samma synsätt som anställningsskyddslagens regler, åtminstone i en viss fråga och i ett visst mål.

¹⁰¹¹ Hela bestämmelsen lyder (§ 4): "Den löneform bör tillämpas som – med hänsyn till arbetets art och arbetsorganisation – bäst beaktar kraven på produktivitet, arbetstillfredsställelse och lönetrygghet.

Vid verkstäder med verkstadsklubb eller motsvarande bör lokal överenskommelse träffas om vilket eller vilka lönesystem som skall tillämpas."

Kan enighet ej nås, tillämpas rent ackord där detta är möjligt. I övriga fall tillämpas timlön.

¹⁰¹² Se AD 1998 nr 125, med hänvisning till AD 1988 nr 69 och AD 1991 nr 77. Det första ger uttryck för ett auktoritativt avgörande om avtalets innebörd i en viss fråga (att den aktuella regeln inte ger någon rätt för arbetsgivaren att "i egentlig mening" välja mellan de i bestämmelserna angivna löneformerna).

7.6.4.3 Etablerade frågor

Inte bara klausuler kan bli etablerade på det sätt att de identifieras som igenkända. Också vissa frågor kan återkomma på så sätt att de har en färdig lösning i Arbetsdomstolens praxis. Genom att låta argumentationen utgå från syftet med en viss typ av avtalsbestämmelse kan tolkningsberättelsen byggas upp kring hur detta syfte bäst tillgodoses. Även om det kanske är ovanligt, kan syftet med bestämmelser flyttas utanför den uttryckta gemensamma partsavsikten, som en utgångspunkt, så länge inte dessa hävdar något annat.¹⁰¹³

Så har till exempel frågan om arbetstagares rätt till ersättning under färdtid identifierats som en och samma fråga, även om den uppkommit under olika avtalsområden.¹⁰¹⁴ Enlighet i tillämpningen kan uppnås genom att frågor behandlas som varandes desamma. Därmed, genom att bestämmas som samma, skall de också få en likartad behandling. Strategin är emellertid inte självständigt grundad, utan den hämtar legitimitet från partsautonomin. Genom att domen AD 1956 nr 22 enligt Arbetsdomstolen haft betydelse såväl för hur parterna i senare fall avtalat som hur de lagt upp sin talan i det då aktuella fallet (AD 1990 nr 4) grundas strategin i parternas egen verksamhet.¹⁰¹⁵ Genom att, retoriskt, koppla den tidigare domstolsbehandlingen till partsautonomin inlemmas de tidigare fallen i berättelsen på ett alldeles naturligt sätt. Att däremot direkt, utan kopplingen till parternas verksamhet, avgöra frågan vore ett iögonfallande normativt grepp av Arbetsdomstolen.

Vissa uttryck kan i Arbetsdomstolens praxis få betydelse av ett etablerat språkbruk. Ett typexempel på ett sådant uttryck är betydelsen av "ackord". Se till exempel AD 2004 nr 91 för frågan om Arbetsdomstolen ger, efter att ha konstaterat att det finns en vedertagen uppfattning om hur begreppet skall förstås, nästan i förbigående, en definition. Därvid kan jämföras med AD 1996 nr 126 i vilket uttrycket *ackord* som en utgångspunkt inte i sig ansågs vara enhetligt. På det steget i resonemanget följer sedan en utredning av huruvida det följer av ackordlöneformens natur att den i målet omtvistade överenskommelsen skall tolkas på ett visst sätt. "Ackordlöneformens natur" synes vara något annat än avtalets

¹⁰¹³ Se till exempel AD 1990 nr 80. Fråga var om en preskriptionsbestämmelse. Ändamålet med en dylik bestämmelse, som fick styra tolkningen, hämtades, utan att det åberopats från partshåll, från äldre praxis, (till exempel) AD 1969 nr 2.

¹⁰¹⁴ Se AD 1990 nr 4, AD 1994 nr 39 samt de äldre fallen AD 1956 nr 22, AD 1967 nr 30, AD 1981 nr 12 och AD 1988 nr 125.

¹⁰¹⁵ Ströd kan häri möjligen hämtas för att uppfatta Arbetsdomstolens praxis som handlingsregler för parterna i deras avtalsverksamhet, se Eklund i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 189.

ordalydelse, den härledd istället från en (av en av parterna formulerad) beskrivning av en ackordslön, försedd med Arbetsdomstolens konstaterande att den aktuella typen av ackordsöverenskommelse efter vad som framkommit i målet är vanlig i den aktuella branschen.

Två iakttagelser kan göras utifrån detta. *Dels* att den sålunda antagna branschinterna definitionen liknar den ”allmänna” definitionen, *dels* att vanligheten inom en bransch kan fås att tjäna som allmän norm. Arbetsdomstolens konstaterande utgör därvid stadsfästade av normen ifråga. Tolkningsresonemanget har också rest sig från att vara härledd ur det aktuella avtalet till att handla om branschens regler. Det slutar dock inte där. Tolkningsberättelsen återknyts med det omtvistade avtalet och omständigheterna i det enskilda fallet (”[e]n prövning av ackordsöverenskommelsens innebörd måste alltså således [efter en jämförelse med AD 1982 nr 68] göras utifrån avtalet och omständigheterna i det enskilda fallet”). Tolkningsoperationen kan på det sättet härledas till och legitimeras utifrån avtalet men mot bakgrund av en norm härledd ur branschen själv. Både kollektivavtalets funktion av att ge arbetsmarknadsregleringen legitimitet och branschlösningarnas normativa tyngd kan på det sättet implementeras i tolkningen. Branschvanligheten och kollektivavtalslösningarna är förstås ofta i princip överensstämmande, och kollektivavtalet kan ju också tjäna som bevis på sedvanan i branschen, men genom den beskrivna operationen slipper man välja mellan att ge kollektivavtalet eller branschvanligheten företräde, med mindre kollektivavtalsparterna tydligt uttrycker en viss vilja (jfr den kollektivavtalsrättsliga oklarhetsregeln, 7.6.2.6).

7.7 Tolkningens gränser – regler ämnade att korrigera

7.7.1 Inledning

Tolkningen betraktas, mer eller mindre uttryckligt, som en verksamhet med syfte att utreda vad en bestämmelse betyder, det vill säga en *deskriptiv* verksamhet. Avtalet skall förverkliga avtalsparternas avtalsfrihet, alltså skall dessa vara de normativt aktiva, inte domstolen (eller någon annan). Det innebär dock att tolkningen kan leda till, för Arbetsdomstolen, önskad resultat. Eftersom Arbetsdomstolen, en aktör utanför avtalet, tillfrågats om avtalets innebörd har domstolen också givits inflytande över dess innebörd.¹⁰¹⁶ Den normativa inblandningen gör då att behandlingen

¹⁰¹⁶ Avtalsparternas autonomi vilar på lagstiftarens tolerans (se 8.2), genom Arbetsdomstolen får det allmänna ett mer direkt inflytande, dessutom ett inflytande i enskilda fall,

i systematiskt hänseende lämnat tolkningen, åtminstone i snäv mening. I konsekvens med det används inte reglerna som en del av tolkningen (till exempel som ”rättsliga prioritetsregler”), utan som ett efter tolkningen följande korrektionsinstrument. I det följande skall två regler beröras, en med en allmänt avtalsrättslig identitet, 36 § AvtL (7.7.2) och en med kollektivavtalsrättslig identitet, god sed på arbetsmarknaden (7.7.3).

7.7.2 36 § Avtalslagen

Avtalslagen är tillämplig på alla avtal som inte är uttryckligen undantagna, alltså också på kollektivavtal. ”Den stora generalklausulen” har sedan den infördes kommit att framstå som den viktigaste grunden för att en viss bestämmelse inte skall tillämpas enligt sin fastställda lydelse, men man kan också tänka sig andra närbesläktade regler, framförallt 33 § AvtL och förutsättningsläran.¹⁰¹⁷ Arbetsdomstolen har också till synes uppfattat just 36 § AvtL som den primära grunden för att korrigera ett visst avtalsläge: ”[d]en närmare innebörden av de rättsgrundsatser som brukar sammanfattas under beteckningen förutsättningsläran är omstridd och utrymmet för deras tillämpning är dessutom begränsat, särskilt sedan den s.k. generalklausulen om oskäliga avtalsvillkor i 36 § avtalslagen infördes.”¹⁰¹⁸ Särskilt kan man därvid notera att 36 § AvtL används för att förklara att utrymmet i förutsättningsläran är begränsat, när det brukar vara utrymmet för 36 § AvtL som är begränsat (se strax nedan).

Enligt 36 § AvtL skall ett avtal eller ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om det är *oskäligt*. Oskäligheten bedöms mot bakgrund av avtalets innehåll, omständigheterna vid dess tillkomst eller senare inträffade förhållanden. Tillämpningen, eller för den delen icke-tillämpning-

jämfört med offentlighetsrättsliga normer, som per definition är generella (se om denna konstitutionellrättsliga fråga Holmberg m.fl. Grundlagarna s. 317 ff. och ovan n. 534). Man kan märka att distinktionen mellan generella normer och beslut i enskilda fall är grundläggande, och principiellt viktig – men oklar. Om man letar efter svaret på varför den är ”principiellt viktig” kommer man nog att finna att det sakliga, rationella skälet inte är så lätt att identifiera: ”Det brukar sägas att en lag måste ha generell giltighet, dvs. den skall inte kunna beslutas med avseende på bara ett enda konkret fall.” (Holmberg m.fl., a.a. s. 324). Att distinktioner är grundläggande men oklara, och att de vårdas genom att ifrågasättas (se vid n. 449), verkar alltså inte vara något kollektivavtalsrättsligt särdrag.

¹⁰¹⁷ Se också om relationen mellan etablerade principer för tolkning av kollektivavtal och 36 § AvtL Sigeman, 36 § avtalslagen och arbetsrätten s. 592. Även inom ramen för tolkningen har Arbetsdomstolen enligt Sigeman ofta möjlighet att komma fram till skäliga resultat, ”utan att tolkningen kan påstås vara så krystad eller skruvad att generalklausulen framstår som ett mer närliggande instrument för att nå ett skäligt resultat.”

¹⁰¹⁸ AD 1997 nr 7. Se också AD 1986 nr 151, vari formuleringen är nästan ordagrant densamma.

en, av 36 § AvtL inleds dock inte sällan med en förklaring att utrymmet för att tillämpa 36 § AvtL på kollektivavtal är mycket begränsat.¹⁰¹⁹ Redan i ingången av resonemanget skiljer alltså ut kollektivavtalet som ett speciellt avtal. Det är ”av lätt insedda skäl” som tillämpningsområdet för 36 § AvtL på kollektivavtal är begränsat.¹⁰²⁰ Vilka de lätt insedda skälen är utvecklas inte närmare, men det förhållande att parterna i ett kollektivavtal är jämställda (jfr 36 § 2 st. AvtL) är en stark kandidat. En kritik skulle kunna riktas mot denna utgångspunkt utifrån spänningen mellan det förhållandet att parterna inte nödvändigtvis är *de facto* jämställda, däremot är de just genom kollektivavtalet *de jure* jämställda.¹⁰²¹ ”[D]et ligger i sakens natur att utrymmet för att med framgång angripa ett kollektivavtal mellan centrala parter med hjälp av avtalslagens ogiltighetsregler är utomordentligt begränsat.”¹⁰²² Det antyds att utrymmet för att tillämpa 36 § AvtL är mindre beträffande centrala avtal än lokala. Några långtgående slutsatser kan kanske inte dras av ett uttalande i ett

¹⁰¹⁹ Det sker gärna med hänvisning till förarbetena, se prop. 1975/76:81 s. 114 samt SOU 1975:1 s. 596 ff. Se till exempel AD 1998 nr 103, AD 1991 nr 38, AD 1993 nr 118, AD 1983 nr 18 och AD 2009 nr 39. Jfr dock AD 1983 nr 141 som istället hänvisar till NJA II 1976 sid 256. Se också AD 1998 nr 143 med hänvisning till AD 1986 nr 26 och AD 1993 nr 131; AD 2008 nr 11 och AD 2005 nr 79 med hänvisning till 1978 nr 83. Jfr dock AD 1992 nr 143, AD 1988 nr 98, AD 1986 nr 134, AD 1986 nr 68, AD 2001 nr 9 och AD 1997 nr 35 som inte säger något särskilt om utrymmet för att använda 36 § AvtL på kollektivavtal. AD 2003 nr 46 uppvisar ytterligare ett sätt att närma sig 36 § AvtL, då Arbetsdomstolen i det fallet snarare vänder på utgångspunkten: ”Det står i och för sig klart att även ett kollektivavtal kan tänkas bli förklarad ogiltigt enligt exempelvis 36 § avtalslagen, låt vara att det i praxis har uttalats att utrymmet för detta i praktiken är begränsat (se bl.a. domen 1986 nr 26).”

Också de allmänna domstolarna tycks upprätthålla samma utgångspunkt när frågan kommer upp där, se för ett sentida nedslag Hovrättens dom T 3574-08 av den 1/12 2009 (jfr tingsrättens dom i samma mål).

¹⁰²⁰ Se AD 1993 nr 131. En sådan formulering som att något är ”av lätt insedda skäl” en stark markör i en argumentation. Den är samtidigt en formulering som ehuru den mer åberopar saklighet än auktoritet i själva verket är mer auktoritär än saklig. Den har ett högt tonläge, den vill inskräpa något och är så tillvida normativ. Också ”självfaller”, ”naturligtvis”, ”det ligger i öppen dag” och liknande kan (men måste inte) användas på detta sätt. Lite lägre tonläge, men på samma tema, kan man se att användningen av ord som ”ju” har. Inte desto mindre har användningen ofta (inte alltid) ett drag av ett fullt knep, ett sätt att ta en genväg i argumentationen. Alltså borde användningen av sådana uttryck vara ägnat att väcka misstankar, och kanske kan man tänka att ju starkare uttryck desto mer finns att dölja, desto större är kanske genvägen. Häri ligger inte nödvändigtvis något klander, att kunna använda sig av, men också att se igenom, dylika tekniker är en del av den juridiska verksamheten, oavsett hur ”ren” vi vill att den skall vara.

¹⁰²¹ Se Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi, s. 105 f. under en redogörelse för paritetsideologin. Jfr från en annan utgångspunkt diskussionen i Ahlberg och Edling, Vad säger kollektivavtalet? s. 1 ff.

¹⁰²² AD 1986 nr 26.

enskilt fall, men ett krympande utrymme allteftersom nivån blir högre vore konsekvent med en tanke på att ju ”centralare” parter, desto mindre utrymme för att överhuvudtaget betrakta dem som icke jämställda i rättslig mening. Något exempel på fall där en oskälighet på central nivå ställs mot en oskälighet på lokal nivå, så att bedömningarna kan jämföras i samma fall, finns dock veterligen inte (och det är måhända svårt att konstruera utan att det blir lite krystat).

En stor del av kollektivavtalets historia och själva existensberättigande ligger just i att den i utgångspunkten svagare arbetstagaren blir jämställd med sin motpart genom kollektivavtalet. Att utan vidare gripa in i ett kollektivavtalsförhållande med en bestämmelse som uttryckligen tar sikte på ojämlika förhållanden låter sig, kanske av lätt insedda skäl (se n. 1020), inte göras. Kollektivavtalet är ju det instrument genom vilket arbetsgivare och arbetstagare *de jure* blir jämställda. Det skall dock framhållas att Arbetsdomstolen inte utesluter en tillämpning på den grunden, formuleringarna tyder snarare på en bedömning *in casu*.¹⁰²³ Från kollektivavtalsrättens horisont kommer 36 § AvtL utifrån, och eftersom den utmanar kollektivavtalsrättens fundament måste den betraktas med en viss misstänksamhet.¹⁰²⁴ Kollektivavtalsrätten förbehåller sig dock rätten att själv bestämma dess roll.

Tillämpningen av 36 § AvtL är förstås inte i och för sig begränsad till vissa typer av klausuler. Vissa frågor och klausul typer tenderar dock att återkomma. En lite särpräglad sådan är frågan om vissa överenskommelser som flygförare anställda vid försvarsmakten ingått med sin arbetsgivare, enligt vilka de förband sig att under en viss tidsrymd (10 respektive fem år) stanna kvar i sin anställning (och därmed inte ta anställning som piloter vid privata flygbolag, om anställningen lämnades inom avtalsperioden skulle minst tre år förflyta innan arbetstagaren tog annan flygtjänst).¹⁰²⁵ Motprestationen till åtagandet var en särskild premie som skulle utgå månadsvis till arbetstagaren. Överenskommelserna hade stöd i kollektivavtal mellan staten och de berörda huvudorganisationerna, i

¹⁰²³ Se till exempel AD 1993 nr 131.

¹⁰²⁴ Den kommer dock inifrån rätten, och den kan därför behandlas av kollektivavtalsrätten annat än som sann eller irrelevant, jfr om utifrån kommande utsagor 4.5. Skillnaden på inifrån rätten kommande fenomen och utifrån kommande markeras nog av att det är svårt att betrakta de förstnämnda som sanna eller falska i någon vettig mening, medan vi inte egentligen kan betrakta de sistnämnda på annat sätt (låt vara att vi inte kan avgöra om de är det ena eller det andra – det är inte en rättslig fråga, alltså kan inte rätten besvara den). Vår moderna rätt vilar på myten om det rättsliga och det verkliga, till den grad att ”[d]et brukar sägas att vetenskapens uppgift är att avmystifiera verkligheten.” Sigeman, Hur en rättslig specialdisciplin etableras s. 521. Jfr till den uppfattningen Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 256 ff.

¹⁰²⁵ AD 1991 nr 38, AD 1992 nr 67 och AD 2002 nr 15.

kollektivavtalet fanns bland annat dels bestämmelser om en premie som skulle utgå till arbetstagaren under åtagandetiden, dels bestämmelser om vite för det fall arbetstagen skulle bryta överenskommelsen. De i avtalen grundade vitesbeloppen, vilka fastställdes av en för ändamålet utsedd nämnd, jämkades med stöd av 36 § AvtL, i olika omfattning beroende på omständigheterna i respektive fall.¹⁰²⁶

Fallen rör sig på gränsen mellan den individuella arbetsrätten och kollektivavtalsrätten.¹⁰²⁷ Till den förstnämnda hör det förhållande att arbetstagaren otvivelaktigt var i en underlägsen position jämfört med arbetsgivaren, ett förhållande som för en jämkning närmare tillhands, också om jämkningen träffar tillämpningen av en kollektivavtalsbestämelse.¹⁰²⁸ Det kunde också synas som att tvisterna i sin helhet avser överenskommelsen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, låt vara att denna hänvisar till kollektivavtalet som en del av sitt innehåll. Så såg dock inte Arbetsdomstolen på saken, utan man fann att ”kollektivavtalet får med det synsätt som tillämpas i andra kollektivavtalsrättsliga sammanhang anses ha blivit direkt bindande i förhållandet mellan parterna i den enskilda överenskommelsen när denna träffades.”¹⁰²⁹ Konstruktionen har måhända att göra med att arbetstagarna åtminstone ansett sig ha sagt upp överenskommelsen, men den innebär till synes också att den dubbla konstruktionen (6.2.3) gör sig gällande (i ”det synsätt som tilläm-

¹⁰²⁶ I AD 1991 nr 38 och AD 1992 nr 67 jämkades åtagandena så att arbetstagarna endast behövde återbetala de premier som uppburits, respektive en del av densamma. I AD 2002 nr 15 förklarade Arbetsdomstolen att arbetstagaren (liksom i 1991 och 1992 års fall) inte var helt obunden av överenskommelsen. Den frågan skulle dock avgöras av tingsrätten. EG-rätten, vilken ju inte var aktuell i de tidigare fallen, ändrade inte bedömningen.

¹⁰²⁷ De rör sig också på gränsen mot andra områden. Till exempel kunde motivet bakom överenskommelserna vara säkerhetspolitiskt, det vill säga tillgodose rikets intresse av att försäkra sig om att ha ett fungerande försvar. Istället kommer dock fallen att handla om arbetsgivarens intresse av att hålla kvar arbetstagare med särskild kompetens mot arbetstagarens intresse av att välja anställning (en intressekonflikt som antagligen är nära det framväxande *kunskapsamhällets* kärna), se (utan den uttryckliga referensen till kunskapsamhället) Källström, Jämkning av kollektivavtal och långtidskontrakt med stöd av 36 § avtalslagen s. 123. Rätten bestämmer inte bara svaren på de rättsliga frågorna, utan också vilka de rättsliga frågorna är (se 4.5 vid n. 425). Inom *rätten* i sin helhet finns *rättsområden*, vilka definieras av sina sätt att ställa frågorna och att konceptualisera de problem de ställs inför. Kollektivavtalsrätten kommer att förrättsliga en viss situation på sitt eget sätt, och där finns tydligen inte plats för att ta hänsyn till rent säkerhetspolitiska motiv, och kanske inte heller andra motiv som inte kan inordnas i förhållandet mellan arbetsgivar- och arbetstagar sidan.

¹⁰²⁸ Kent Källström tillskriver AD 1991 nr 38 en arbetstagar skyddande rationalitet, se Källström, Jämkning av kollektivavtal och långtidskontrakt med stöd av 36 § avtalslagen s. 121 och s. 124.

¹⁰²⁹ AD 1991 nr 38, citatet återkommer i AD 1992 nr 67 och AD 2002 nr 15.

pats i andra kollektivavtalsrättsliga sammanhang”). Konstruktionen (som betecknas som ett ”avtalstekniskt förhållande”¹⁰³⁰) kan också ha att göra med att bestämningen av vitet finns i kollektivavtalet, varför jämkningen, som sagt träffar också en tillämpningen av en kollektivavtalsbestämmelse. Kring frågan uppstår en serie fall, där det i det senaste fallet (AD 2002 nr 15) är närmare till hands att jämka en bestämmelse än annars, även om diskrepansen mellan de båda avtalsparternas åtaganden inte är lika stor som i de fall till vilka hänvisas (AD 1991 nr 38 och AD 1992 nr 67). I 2002 års fall var överenskommelsen slutet mot bakgrund av ett senare tillkommet kollektivavtal än i 1991 och 1992 års fall.¹⁰³¹

Om den ena frågan kring vilken tillämpningen av 36 § AvtL samlar ihop sig i Arbetsdomstolens praxis är begränsad till en bransch och ett ganska säreget avtalsförhållande är situationen som föranleder den andra frågan mer allmänt förekommande; skiljeklausuler.¹⁰³² I AD 2008 nr 11 var fråga om en skiljeklausul i ett kollektivavtal skulle tillämpas, vilket skulle innebära att talan (som fördes av ett fackförbund, CF, om vad som kallades förslagsersättning enligt ett kollektivavtal) skulle avvisas enligt 1 § 3 st. LRA. Till grund för sitt bestridande i avvisningsfrågan åberopade CF att skiljeklausulen skulle lämnas utan avseende med stöd av 36 § AvtL. Utan någon mer utförlig motivering fann Arbetsdomstolen att det inte var fråga om en sådan situation i vilken det kunde komma på fråga att ”förklara skiljeklausulen för ogiltig”.¹⁰³³ I fråga om det begränsade utrymmet för att tillämpa 36 § AvtL på skiljeklausuler i kollektivavtal hänvisade Arbetsdomstolen till AD 1978 nr 83, vilket gällde en skiljeklausul i ett individuellt anställningsavtal. I det målet, som avdömdes i tiden ganska nära införandet av 36 § AvtL, var Arbetsdomstolen för det första noga med att söka utröna lagstiftarens intentioner med 36 § AvtL, intentioner som enligt Arbetsdomstolen också kunde utrönas mot bakgrund av lagstiftarens tystnad i senare tillkomna ändringar i LRA. För det andra jämfördes, i en slags analys av det arbetsrättsliga systemet, den organiserade arbetstagarers ställning med den oorganiserades. Den organiserade har, konstaterade Arbetsdomstolen, visserligen å ena sidan ett stöd av sin organisation i processen inför skiljenämnd som den oorganiserade inte har. Det stödet torde innebära att en tillämpning av 36 § AvtL till förmån för organiserade arbetstagare i princip vore uteslutet.

¹⁰³⁰ AD 1991 nr 38 och AD 1992 nr 67.

¹⁰³¹ Den omtvistade klausulen har till synes på ett litet antal fall (tre) blivit en sådan etablerad klausul som gör den tolkning som Arbetsdomstolen gjort prejudicerande i de senare fallen (se 7.6.4.2).

¹⁰³² Se om 36 § AvtL och skiljeklausuler, inte bara i kollektivavtal, också Sigeman, 36 § avtalslagen och arbetsrätten s. 624 ff.

¹⁰³³ Jfr, i fråga om rättsföljden av 36 § AvtL, ovan n. 554.

Å andra sidan, konstaterade Arbetsdomstolen vidare, har en arbetstaga-
re alltid möjlighet att organisera sig. Det vore därför "egendomligt att
36 § avtalslagen i praktiken skulle få en sådan tillämpning att väsentligen
endast oorganiserade arbetstagare har möjlighet att med hjälp av lagbe-
stämelsen komma ifrån tillämpning av skiljeklausuler." Arbetsdomsto-
lens resonemang kan i och för sig förstås antingen så att en tillämpning av
36 § AvtL borde vara möjlig också på skiljeklausuler som träffar organi-
serade arbetstagare (som binds av skiljeklausulen enligt 26 § MBL), eller
så att inte heller skiljeklausuler som träffar oorganiserade arbetstagare bör
komma ifråga för att lämna utan avseende enligt 36 § AvtL (eftersom
den oorganiserade lätt kan bli organiserad). Domen tyder närmast på det
senare alternativet. Efter att ha försäkrat att avsikten med domen inte
var att helt utesluta en tillämpning av 36 § AvtL på skiljeklausuler på
arbetsrättens område (som exempel anfördes att skiljeklausuler i enskilda
anställningsavtal kunde tänkas ha kommit till under sådana omständig-
heter att det enligt 36 § AvtL vore oskäligt att tillämpa dem) avgjordes att
det aktuella fallet inte var sådant att 36 § AvtL kunde komma ifråga.

Det är också den verkan AD 1978 nr 83 synes ha fått.¹⁰³⁴ Den verkan
(låt vara att orsakssambanden därmed är svårbevisade) kan kanske också
anas i frånvaron av åberopanden om 36 § AvtL på skiljeklausuler i kol-
lektivavtal. Det är inte så att det fullständigt saknas tvister i fråga om
skiljeklausuler, men argumentationen tar ibland andra vägar än den över
36 § AvtL.¹⁰³⁵ Genom resonemangen i AD 1978 nr 83, i förening med
den förståelse de tycks ha fått, ger Arbetsdomstolen ett incitament för
enskilda arbetstagare att organisera sig. Också tillämpningen av en lag-
paragraf som uttryckligen skall vara till skydd för den enskilde, svagare,
parten får alltså i kollektivavtalsrätten en funktion som stöder kollektiv-
avtalsrättens kollektiviserande drag.¹⁰³⁶

¹⁰³⁴ Se särskilt, förutom ovan nämnda AD 2008 nr 11 också AD 2005 nr 59 och
AD 1997 nr 35.

Se också AD 2005 nr 79, AD 2002 nr 72 och AD 1987 nr 137. De båda målen gällde
skiljeklausuler i enskilda anställningsavtal, men med utförliga hänvisningar till AD 1978
nr 83. Situationerna i AD 2005 nr 79 och i AD 2002 nr 72 är också närliggande på det
sättet att den omtvistade skiljeklausulen finns i ett kollektivavtal till vilket en klausul i
ett individuellt anställningsavtal hänvisar. Det är möjligt att det också är situationen i
NJA 1981 s. 1205, men det går inte att utläsa säkert.

¹⁰³⁵ Se till exempel AD 1997 nr 104 och AD 1989 nr 51. Se också AD 1977 nr 35, i vil-
ket 36 § AvtL inte var tillämplig då talan väcktes "för tidigt" (se övergångsbestämmelser
till 36 § AvtL).

¹⁰³⁶ Jfr AD 1987 nr 165, med talrika hänvisningar till praxis från Högsta domstolen i
fråga om skiljeklausuler i avtalsrelationer mellan näringsdikare och konsument.

7.7.3 God sed på arbetsmarknaden

7.7.3.1 Inledning

En *rättsordning* och ett *rättsområde* måste naturligtvis handla om *rättvisa*, i någon mening och på något sätt (vad som *är* rättvist är en annan fråga).¹⁰³⁷ Arbetsdomstolen har dock uttryckligen avvisat tanken på en allmän rättvis princip inom kollektivavtalsrätten, både såvitt avser tolkningen:

”Inom kollektivavtalsrätten erkänns inte som någon allmän princip att ett kollektivavtal skall tolkas på sådant sätt att fullständig rättvisa uppnås mellan skilda arbetstagare eller grupper av arbetstagare”¹⁰³⁸

som tillämpningen av kollektivavtal:

”Inte heller inom kollektivavtalsrätten erkänns någon allmän princip som innebär att kollektivavtal skall av arbetsgivaren tillämpas så att fullständig rättvisa uppnås mellan skilda arbetstagare eller grupper av arbetstagare.”¹⁰³⁹

Det finns alltså inte någon ”allmän rättvis princip”, istället skall rättvisa garanteras genom att arbetsgivarens behandling av arbetstagaren inte får vara diskriminerande eller eljest strida mot lag eller *goda seder*.¹⁰⁴⁰ Normen ”god sed på arbetsmarknaden” är en retorisk figur som Arbetsdomstolen har tillgång till för att kontrollera normer som arbetsmarknadens parter skapar.¹⁰⁴¹ Arbetsmarknadsparternas autonomi vilar generellt på lagstiftarens tolerans (se vidare 8.2), medan figuren ”god sed på arbetsmarknaden” innebär en möjlighet för Arbetsdomstolen att utöva en motsvarande kontroll i ett enskilt fall.

¹⁰³⁷ Det gäller särskilt rätten, men det kan också vara ett påstående om det mänskliga varandet, se Douzinas and Warrington with McVeigh, *Postmodern Jurisprudence* s. 183. Se också Schmidt, *Tysk abstrakt metod* s. 298, som konstaterar att det inte är ett självändamål att rättvisa skipas utan att det sker för att ”fullfölja mänskliga strävanden som t.ex. att skapa fred, att avväga mot varandra stridande intressen, att befordra omsättningen av varor och andra nyttigheter och att skydda bestående sociala positioner.”

¹⁰³⁸ AD 1994 nr 60.

¹⁰³⁹ AD 1996 nr 149.

¹⁰⁴⁰ Se AD 1994 nr 60. Se vidare strax nedan.

Se om begreppen *goda seder* respektive *god sed* Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt* s. 128 ff. I kollektivavtalsrätten görs knappast någon saklig skillnad på begreppen.

¹⁰⁴¹ Se till exempel Sigeman, *Den bastubadande sulfitoperatören* s. 265, under en analys av AD 1978 nr 89: ”Det kan noteras att domstolens hänvisning till sedvänjan framstår som ett kompletterande rättsligt argument, underordnat de tidigare analogiresonemangen. Vad som sägs kan uppfattas som ett led i en avslutande kontroll av om den valda normen är rimlig och praktikabel.”

Följden av att en viss norm befinner sig i strid med god sed på arbetsmarknaden är att den omtvistade bestämmelsen inte tillämpas. Någon "ogiltigförklaring" står dock i princip bara till buds om det finns någon annan regel som ger ogiltighet, till exempel 5 kap. 3 § 1 st. DiskL. Arbetsdomstolen uttrycker sig i och för sig även utan att ibland i just sådana termer.¹⁰⁴² Inte heller kan brottet mot god sed på arbetsmarknaden i sig medföra några andra sanktioner, med mindre det samtidigt utgör ett avtalsbrott eller brott mot lagstiftning. Ett kollektivavtalsbrott skulle kunna konstrueras genom att betrakta den överträdde normen som en *dold klausul* i ett kollektivavtal.¹⁰⁴³

En följd av att en viss bestämmelse inte tillämpas är att det uppstår en lucka i kollektivavtalet som, åtminstone i vissa fall, måste fyllas ut. Det är ofta inte en fråga för samma process vari frågan om ett kollektivavtal avgjorts, varför den följd av regeln är rätt oklar. I ett fall använde Arbetsdomstolen 36 § AvtL för att jämka avtalsurlistor som befunnits upprättade i strid med god sed eftersom de var diskriminerande.¹⁰⁴⁴ Det innebar att Arbetsdomstolen kunde göra om turlistorna (utan det diskriminerande momentet) och förklara att uppsägningarna för de arbetstagarer som då (ostridigt) inte sagts upp inte hade saklig grund enligt 7 § LAS. Det var dock inte syftet att komma åt en viss följd som motiverade Arbetsdomstolens dom, utan att det, med hänvisning till 36 § AvtL, låg "bättre i linje med avtalsrättsliga principer" att jämka överenskommelsen i sådan mån att den inte längre skulle framstå som skälig. Varför det skulle ligga mer i linje med avtalsrättsliga principer än det andra alternativet som Arbetsdomstolen ställde upp, att istället tillämpa 22 § LAS (det vill säga semidispositiv lag), framgår dock inte. Några långtgående generella slutsatser skall nog inte dras av AD 1983 nr 107. Den kan dock tas som en illustration på att gränsen mellan figuren *god sed på arbetsmarknaden* och den strax ovan behandlade 36 § AvtL inte är skarp.¹⁰⁴⁵

Principen god sed på arbetsmarknaden är en allmän arbetsrättslig princip som till exempel kan inrikta sig helt och hållet på enskilda anställ-

¹⁰⁴² Se till exempel 2004 nr 73. "Ogiltigförklaringen" får i sådana fall förstås så att den omtvistade bestämmelsen inte skall tillämpas i just det fallet Arbetsdomstolen har att bedöma. Att en sådan bedömning torde få stor betydelse också för andra liknande fall är strängt taget en annan sak.

¹⁰⁴³ AD 1985 nr 112: "Det kan visserligen inte uteslutas att ett kollektivavtal skulle anses innefatta en dold klausul om skyldighet för part att avhålla sig från vissa åtgärder som kan anses stå i strid med god sed på arbetsmarknaden. Som exempel kan nämnas diskriminerande handlande."

¹⁰⁴⁴ AD 1983 nr 107, se strax nedan 7.7.2.

¹⁰⁴⁵ Se också AD 1994 nr 28.

ningsavtal.¹⁰⁴⁶ Den kan också markera gränsen mellan den individuella arbetsrätten och kollektivavtalsrätten. Också i förhållande till lagstiftning till skydd för arbetstagare har arbetsmarknadsparterna genom semidispositiva bestämmelser ett visst utrymme att disponera för att bestämma materiella normer. Gränsen för arbetsmarknadsparternas autonomi sätts av att de inte får disponera över arbetstagares intjänade rätt (se 7.9.2) och att de inte får kringgå de arbetstagar skyddande reglerna i alltför stor utsträckning.¹⁰⁴⁷ Av AD 1996 nr 12 (se n. 1047) framgår att det i utgångspunkten inte strider mot god sed att arbetsmarknadsparterna använder ett av lagstiftaren givet utrymme. Att arbetsledningsbeslut inte får vidtas i strid med god sed även om de i och för sig har stöd i ett kollektivavtal har dock gamla anor i Arbetsdomstolens praxis.¹⁰⁴⁸ Också i senare domar har Arbetsdomstolen dock varit beredd att underkänna en tillämpning av ett kollektivavtal såsom varandes i strid med god sed.¹⁰⁴⁹ Att partsautono-

¹⁰⁴⁶ Se till exempel Malmberg, Anställningsavtalet s. 251 ff. om arbetsledningsbeslut i strid med god sed. Reinhold Fahlbeck talar om ”regeln god sed” och om god sed i samband med arbetsgivarens arbetsledningsrätt som ”klassisk svensk arbetsrätt”, Fahlbeck, Ora et Labora s. 533.

¹⁰⁴⁷ AD 1996 nr 12: ”Anställningsskyddslagen utgår från förutsättningen att parterna i ett kollektivavtal inte kan förfoga över arbetstagares redan intjänade rättigheter (jfr prop. 1973:129 s. 266). Lagstiftaren har emellertid anvisat parterna möjligheten att före företrädesrådets inträde träffa avtal om avvikelser från anställningsskyddslagens bestämmelser om företrädesrätt till återanställning. Parter som utnyttjar denna möjlighet att träffa sådant avtal kan uppenbarligen därigenom inte anses ha kringgått lagens regler. Förfarandet kan följaktligen inte heller strida mot god sed på arbetsmarknaden.” God sed kommer alltså i det faller att sammanfalla med arbetstagarens intjänade rätt.

¹⁰⁴⁸ Se AD 1935 nr 110. Rätten att fritt avskeda arbetstagare gällde enligt kollektivavtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Arbetsdomstolen konstaterade dock att ”[v]id utövningen av den honom sålunda tillkommande rätten har emellertid [arbetsgivaren] att iakttaga de inskränkningar som kan följa av allmänna rättsgrundsatser.” Att avskeda en arbetstagare som vägrat att utföra en arbetsuppgift som kunde medföra straffrätligt ansvar för honom själv var inte tillåtet.

Ett liknande uttalande görs 60 år senare, i AD 1995 nr 88: Arbetsdomstolen kommer därför fram till att bestämmelserna i § 11 mom. 3 fjärde stycket i 1991 års verkstadsavtal måste förstås så att arbetsgivaren i princip utan begränsning har rätt att begära förstadagsintyg och att arbetaren för att få sjuklön måste styrka sin sjukdom med det begärda intyget. Givetvis ger dock avtalet inte arbetsgivaren en total frihet att kräva förstadagsintyg av en arbetare. Självklart får denne inte utnyttja sin rätt på ett godtyckligt eller annars otillbörligt sätt, t.ex. i syfte enbart att utsätta arbetstagaren för obehag. Detta skulle strida mot god sed på arbetsmarknaden.

¹⁰⁴⁹ AD 1994 nr 49: ”Det kan enligt arbetsdomstolens mening inte råda någon tvekan om att det skulle strida mot god sed på arbetsmarknaden, om en arbetsgivare med stöd av den aktuella avtalsbestämmelsen [en bestämmelse i ett kollektivavtal mellan Flygbranschens Arbetsgivarförbund (FBA) och Svenska Transportarbetareförbundet (flygteknikeravtalet)] tilläts suspendera en arbetstagare utan dennes godkännande i ett fall där det visserligen föreligger en överenskommelse därom mellan de kollektivavtalslutande par-

min inte får utnyttjas så att den urholkar arbetstagarnas skydd enligt lag har upprepade gånger bekräftats i Arbetsdomstolens praxis.¹⁰⁵⁰

7.7.3.2 *Typfallet – avtalsturlistor*

Hittills har principen om god sed handlat om att arbetsledningsbeslut på ett generellt plan, inte heller med stöd i kollektivavtal, får vidtas i strid med god sed och att arbetsmarknadsparterna inte får utnyttja sitt utrymme för avtalsfriheten så att arbetstagarnas skydd urholkas helt. Skall man dock peka ut ett typfall på kollektivavtal som är i fara att befinnas stridande mot god sed på arbetsmarknaden ligger så kallade avtalsturlistor nära till hands. Just avtalsturlistor förefaller nämligen ha en viss särställning i fråga om återopande av god sed på arbetsmarknaden. Regeln kan i dessa situationer formuleras så att en bestämmelse kan underkännas om den är *diskriminerande* eller eljest innebär att *ovidkommande hänsyn tagits*, eller om annan omständighet som föreligger som gör att det skulle *te sig stötande* att tillämpa kollektivavtalet i det aktuella hänseendet. Se AD 2005 nr 53 med hänvisning till AD 1996 nr 114 och AD 1983 nr 107:

I praxis har fastslagits att det enligt allmänna avtalsrättsliga grundsatser även är möjligt att ingripa mot en turordningsöverenskommelse som innebär ett sådant missbruk av den principiella avtalsfriheten att den helt eller delvis framstår som stridande mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt framstår som otillbörlig, t.ex. därför att den innebär en direkt diskriminering av viss eller vissa arbetstagare eller att ovidkommande hänsyn tagits eller att annan omständighet föreligger som gör att det skulle te sig stötande att tillämpa överenskommelsen (se domen 1983 nr 107).

[...]

En avtalsturlista blir utan verkan endast i den mån den är diskriminerande eller annars innebär att ovidkommande hänsyn tagits eller att annan omständighet föreligger som gör att det skulle te sig stötande att tillämpa listan i det aktuella hänseendet (se domen 1996 nr 114).

terna på central nivå men där arbetstagaren inte gjort sig skyldig till någon förseelse av så allvarligt slag att förutsättningarna enligt avtalet för suspension har uppfyllts.”

¹⁰⁵⁰ Se AD 2004 nr 73 med hänvisningar. ”Av Arbetsdomstolens praxis, se AD 1995 nr 108 och AD 1996 nr 20, framgår att det emellertid finns gränser för avtalsfriheten. Om arbetstagaren genom kollektivavtalet t.ex. får ett väsentligt sämre skydd än lagen är tänkt att ge och om följderna blir en otillbörlig urholkning av arbetstagarnas lagstadgade rättigheter kan avtalet förklaras ogiltigt i den del som det går längre än vad lagen kan anses medge.

Se också om AD 1995 nr 108 Calleman, Turordning vid uppsägning s. 295 ff.

Utgångspunkten är alltså avtalsfrihet mellan kollektivavtalsparterna, en avtalsfrihet som dock endast får utövas inom ramen för vad som kan sammanfattas som god sed på arbetsmarknaden.¹⁰⁵¹ Regeln som Arbetsdomstolen formulerar har som första moment ett *diskrimineringsförbud*. Om det diskrimineringsförbudet är ett annat än det som gäller enligt diskrimineringslagen framgår varken uttryckligt eller underförstått. Det är i och för sig inte troligt att Arbetsdomstolen skulle uppfinna fler diskrimineringsgrunder än de som ges i positiv lag, det vill säga i första hand DiskL och lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.¹⁰⁵² Diskriminering på grund av organisationstillhörighet, det vill säga i princip föreningsfrihet såsom den kommer till uttryck i 8 § MBL, skulle också kunna hänföras hit. Från lagstiftarens sida synes rent av intresset av att undvika konkurrens mellan olika arbetstagarföreningar vara den bärande tanken bakom att i förarbetena till anställningsskyddslagen tala om att arbetsmarknadsparternas autonomi inte skulle vara oinskränkt. Det primära skyddsobjektet har därvid varit att se till att inte avtalsurlistor används endast för att slå ut oorganiserade arbetstagare eller arbetstagare tillhöriga andra organisationer.¹⁰⁵³

Det kan också anmärkas att man knappast skall dra några slutsatser av att Arbetsdomstolen i AD 2005 nr 53 talar om *direkt* diskriminering, men inte om *indirekt*. Redan i AD 1983 nr 107 underkände Arbetsdomstolen en avtalsurlista såsom stridande mot god sed på arbetsmarknaden.

¹⁰⁵¹ Se också AD 2002 nr 37, med hänvisningar till såväl äldre praxis som till förarbeten: "Av AD 1983 nr 112 framgår att vida ramar skall gälla för arbetsmarknadens parter då de väljer att genom kollektivavtal själva reglera en turordningssituation på det sätt som de finner lämpligt och därför kan enas om. Som enda exempel på situationer då en turordningsöverenskommelse skulle anses sakna verkan nämns i förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag, vilka i denna del alltjämt har aktualitet, det fall när en sådan överenskommelse går ut på att slå ut andra organisationers medlemmar eller oorganiserade arbetstagare från arbetsplatsen (prop. 1973:129 s. 233). [...] I praxis har, som tingsrätten angett, fastslagits att det enligt allmänna avtalsrättsliga grundsatser även är möjligt att ingripa mot en turordningsöverenskommelse som innebär ett sådant missbruk av den principiella avtalsfriheten att den helt eller delvis framstår som stridande mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt som otillbörlig, t.ex. därför att den innebär en direkt diskriminering av viss eller vissa arbetstagare."

Se också AD 1983 nr 107: "Det föreligger dock därvid inte någon fullständig avtalsfrihet. En avtalad turordning saknar avsedd verkan, om den strider mot god sed på arbetsmarknaden eller eljest är otillbörlig." Som synes använder Arbetsdomstolen en något annorlunda terminologi, men någon saklig skillnad är det knappast fråga om.

¹⁰⁵² Örjan Edström hänför det faktum att diskrimineringslagarna kunnat införas i svensk rätt utan större institutionellt motstånd till att de inte utmanar kollektivavtalsmodellen, se Edström, Svensk arbetsrätt i EU – mellan lag och kollektivavtal s. 94.

¹⁰⁵³ Se prop. 1973:129 s. 233.

Turordningslistan i fråga hade inneburit att arbetsgivarens finsktalande arbetstagare hade hamnat sist i turordningen. Kollektivavtalsparterna hade enligt uppgift med hänvisning till säkerhetsskäl tillämpat ett krav på språkkunskaper för att göra uppräta listan. Arbetsdomstolen underkände turordningslistan eftersom den befanns stridande mot god sed på arbetsmarknaden, då det påstådda språkravet, om det överhuvudtaget var reellt, i vart fall inte var sakligt motiverat.¹⁰⁵⁴ Vid tidpunkten för 2005 års dom skulle Arbetsdomstolen snarare betrakta den diskrimineringen som *indirekt*.¹⁰⁵⁵

Det andra momentet i den formulerade regeln är det som anger att en bestämmelse inte skall tillämpas om ”*ovidkommande hänsyn tagits*”. Det är alltså, får förstås av den språkliga utformningen, fråga om något annat än att diskriminerande hänsyn tagits (vilket kanske också talar för att det första ledet tar sikte på lagfästa diskrimineringsgrunder). Regeln, såsom den är formulerad, ger såtillvida uttryck för att den kan ges innehåll från två olika ”normgivare” – lagstiftaren respektive Arbetsdomstolen. Vad som är ”ovidkommande hänsyn” får sökas i Arbetsdomstolens praxis, eftersom det är denna som givit regeln. Man kommer dock finna att det inte egentligen finns några exempel på ovidkommande hänsyn som inte samtidigt varit diskriminerande.¹⁰⁵⁶ Utgångspunkten är snarare i den delen att de intressen arbetsmarknadsparterna tar inte är ovidkommande. Det kan, säger Arbetsdomstolen, inte komma på fråga att underkänna parternas värdering av olika omständigheter, även om en utomstående betraktare till äventyrs skulle finna en annan viktning av de föreliggande omständigheterna mer motiverad.¹⁰⁵⁷ I den delen kan regeln alltså snarare uppfattas som en markering att Arbetsdomstolen inte är beredd att helt fränhända sig möjligheten att underkänna en avtalsturlista (eller ett kollektivavtal överhuvudtaget) även om det inte skulle råka vara diskriminerande.

Det sista momentet i regeln, att en avtalsturlista inte skall tillämpas

¹⁰⁵⁴ AD 1983 nr 107: ”Nu anförda omständigheter gör att det kan betvivlas att det verkliga var sjösäkerhetsskäl som föranledde bolaget att tillmäta de anställdas språkkunskaper avgörande betydelse i turordningshänseende. Under alla omständigheter har arbetsgivarparterna [som var motpart i processen] inte förmått styrka i målet att ett sådant hänsynstagande har varit sakligt motiverat. Enligt domstolens mening innebär turordningsöverenskommelsen därför en diskriminering av den enbart finsktalande intendenturpersonalen. Överenskommelsen är därmed stridande mot god sed på arbetsmarknaden.”

¹⁰⁵⁵ Se AD 2002 nr 128, AD 2005 nr 98 och AD 2008 nr 47.

¹⁰⁵⁶ Se också Calleman, Turordning vid uppsägning s. 295.

¹⁰⁵⁷ Se AD 1996 nr 114. Särskilt betonar Arbetsdomstolen, till följd av karendens talan kan man anta, att det förhållandet att anställningstiden (det vill säga den semidispositiva lagens utgångspunkt, se 22 § LAS) inte tillmätts tillräcklig betydelse inte kan föranleda att ett kollektivavtal i form av en avtalsturlista fränkänns verkan.

om en tillämpning ”*skulle te sig stötande*” är inte heller lätt att få någon egentlig konkretion i. Det är nog heller inte nödvändigt, momentet kan snarare uppfattas som en extra kontroll för (Arbets)domstolen att hålla kontrollen över arbetsmarknadsparternas tillämpning av sin partsautonomi. Samtidigt som det innebär ett latent hot om ingrepp är lokutionen sådan att det skall till ett flagrant missbruk av partsautonomin för att Arbetsdomstolen skall sätta etiketten ”stötande” på ett visst förfarande. De mest närliggande exemplen kan antagligen formos kring försök att kringgå kravet på saklig grund i 7 § LAS.

7.7.3.3 *I kollektivavtalsrättens gränstrakter*

Det är möjligt att den övning som nu företagits, att dela upp regeln i vissa beståndsdelar kan beskyllas för att göra regelförfattaren, det vill säga Arbetsdomstolen, orättvisa. Man har inte menat att den skall läsas så, som en tredelad (diskrimineringsförbud, förbud mot ovidkommande hänsyn, icke-tillämpning om en tillämpning eljest skulle te sig stötande), men heltäckande, regel. Snarare är det fråga om ett lite utbroderande uttryck av vad som kan sammanfattas under beteckningen ”god sed på arbetsmarknaden”. Det finns ju för övrigt heller ingenting som säger att det inte kan finnas andra moment i en regel om god sed på arbetsmarknaden.

Syftet med att beskriva en regel om god sed på arbetsmarknaden är förstås inte att beskriva Arbetsdomstolens bevekelsegrunder i och för sig. Då skulle man väl också snarare vara inne på dess ledamöters bevekelsegrunder, och då är vi inne på en sociologisk (eller varför inte en psykologisk?) undersökning, snarare än en juridisk. De empiriska studier som genomförs i arbetsrätten handlar ju också om arbetsmarknadsparternas tillämpning av vissa regler, inte om domarna.¹⁰⁵⁸ Man kan förstås också

¹⁰⁵⁸ Ett par av de faktiskt utförda empiriska studierna handlar, kan man notera, om samma problemkomplex, se Calleman, Turordning vid uppsägning och Ulander-Vänman, Företrädesrätt till återanställning. Empiriska studier i juridiska avhandlingar med någon anknytning till arbetsrätten har också genomförts på arbetsmiljöns område av Maria Steinberg, Skyddsombud i allas intresse (s. 141 ff. och s. 243 ff. Se också s. 53) och Olle Rimsten i en studie om rättsligt beslutsfattande i Arbetsdomstolen (se s. 24 f.).

Vad som kan rymmas under beteckningen ”empiri” och ”empiriska studier” är nog inte mer entydigt än vad som kan rymmas under ”rättsdogmatik”. De uttryckligt empiriska arbetsrättsliga verken som räknats upp är ganska sentida, men tidigare exempel finns. Örjan Edström studerar tillämpningen av det så kallade utvecklingsavtalet (UVA) på företagsnivå med hjälp av empiriska studier (Edström, MBL och utvecklingsavtalet särskilt s. 65 ff., s. 73 ff. och s. 184 ff. Se också en genomgång av arbetsrättslig forskning med empirisk inriktning, a.a. s. 66 ff.). Anna Christensen gör också i sin studie om arbetslöshetsersättning (särskilt ärenden om så kallad arbetsvägran) 1980 en ”statistisk undersök-

analysera regeln mot en annan bakgrund. Bakom regeln kan till exempel, utan att det klart utsägs, skönjas ett flexibilitetsändamål bakom parts-autonomin. Lagstiftningen står för det arbetstagar skyddande inslaget i regleringen, medan arbetsmarknadsparternas normgivning skall garantera samhällsekonomin effektivitet.

Nu rör vi oss inom kollektivavtalsrätten, märk väl. Hur till exempel associationsrätten, som hanterar frågor om interna relationer inom organisationerna, egentligen ställer sig till den nu behandlade frågan är en fråga som kollektivavtalsrätten lämnar utanför. Associationsrätten, närmare preciserad till föreningsrätten, rymmer en likhetsprincip som, i grova drag, innebär att medlemmar inte får behandlas olika i lika situationer.¹⁰⁵⁹

ning” av ett omfattande material från arbetslöshetskassorna (Christensen, Avstängning från arbetslöshetsersättning s. 104 ff. och s. 438 ff.), medan det ”empiriska material som föranlett studiens orientering bort från ett rättsdogmatiskt angreppssätt till ett samhällsvetenskapligt i huvudsak verkar vara ett rättsfallsmaterial från det ganska komplicerade system i tre instanser genom vilka de studerade ärendena avgjordes (s. 16 f. och s. 19 ff.). Sten Edlunds ”Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden” från 1967 togfördes inte av författaren som en empirisk studie, även om en sådan etikett skulle passa väl om den satts idag (se särskilt s. 137 ff.). Örjan Edström sätter också just den etiketten på Edlunds studie, och han noterar också att (bland andra) Tore Sigemans Lönefordran, också från 1967 och Anders Victorins Lönenormering genom kollektivavtal från 1974 behandlar ett empiriskt material, Edström, MBL och utvecklingsavtalet s. 66. Det är, såvitt får förstås, de båda verkens bruk av hänvisningar till kollektivavtal som är det empiriska inslaget i respektive studie. Med en sådan definition är nog utrymmet för att bedriva *rättsdogmatik* (i meningen ”tolkning och systematisering av gällande rätt med hjälp av vissa godkända rättskällor”, Edström, a.a. s. 66 n. 1) tämligen begränsat.

Jfr från ett annat område Ställvik, Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal, som med hjälp av en empirisk studie undersöker *domaren* och dennes profession. Bertil Bengtsson föresätter sig också, några år tidigare, ett mindre projekt med ungefär den inriktningen, se Bengtsson, Om rättsvetenskapen som rättskälla. På frågan ”vilken roll rättsvetenskapen *idag* spelar för rättsutvecklingen (Bengtsson, a.a. s. 16) konstaterar Bengtsson att en ”intervjuundersökning naturligtvis skulle vara av värde”, men att ingen sådan kunnat utföras (Bengtsson, a.a. s. 17). Projektets inriktning på domarnas ”verkliga” bevekelsegrunder (snarare än det uttryck de tar i de skrivna domarna) framgår implicit av iakttagelser som att man kan utgå från ”det rimliga antagandet, att domstolarna normalt redovisar de väsentligaste skälen för sitt ställningstagande” (Bengtsson, a.a. s. 18) och att ”om en synpunkt uttryckligen åberopas, då kan man räkna med att uttalandet verkligen haft betydelse.” (Bengtsson, a.a. s. 23). Olle Rimsten diskuterar ”domskäls tillförlitlighet” med sikte på frågan om dess användbarhet som underlag för empiriska studier, Rimsten, Arbetsdomstolen och lagstiftaren s. 276 ff.

¹⁰⁵⁹ Se till exempel Hemström och Giertz, Föreningar. Om ekonomiska och ideella föreningar samt något om stiftelser s. 11.

I praxis (NJA 1989 s. 751, HovR:ns av HD fastställda dom, frågan rörde upphävande av ett stämmobeslut i en ekonomisk förening) har uttalats att ”den föreningsrättsliga likställighetsprincipen [...] i första hand torde avse rent illojala eller på annat sätt otillbörliga fall av gynnande eller missgynnande av vissa föreningsmedlemmar.” Se också NJA 1977 s. 393 där fråga var just om en sådan otillbörlig särbehandling var för handen när en med-

Vad en föreningsrättslig likhetsprincip skulle innebära om den släpptes fri i den kollektivavtalsrättsliga diskursen kan man, från kollektivavtalsrätten som utsiktspunkt dock inte riktigt överblicka. En avtalsturlista kan ju till exempel ha den effekten att den särbehandlar två medlemmar som annars vore i en liknande situation. Från den föreningsrättsliga sidan synes det lika självklart att en sådan princip skall gälla. I introducerande läroböcker ges det mest som en påminnelse.¹⁰⁶⁰ Vad resultatet av en argumentation utgående från föreningsrättsliga principer skulle bli låter sig inte utan vidare förutspås. Det beror bland annat på hur mycket särställning de allmänna domstolarna är beredda att tillerkänna kollektivavtalsrätten. Det finns en mer eller mindre outtalad förutsättning i rätten att den är enhetlig (rätten är det som ger likheten, kanske man skulle kunna säga), men vad det i konkreta fall betyder är inte lika lätt att se.

Detta grundläggande antagande att rätten är enhetlig är en etablerad tolkningsprincip, och en sak som gör den till en berättelse.¹⁰⁶¹ Det är märk väl ett antagande – vi vet att berättelsen inte hänger samman, men vi strävar efter att den skall göra det och tolkar den i enlighet med det som bäst hänger samman. Samtidigt kan vi inte blunda för att berättelsen spricker, och att kollektivavtalsrätten visar sig ha tydliga gränser mot andra rättsområden. Bara det att arbetsrätten håller sig med en egen domstol, med en egen prejudikatsbildning, är ägnat att sätta bilden av enhetligheten starkt ifråga. Kollektivavtalsrätten kan således uppfattas som en egen berättelse, som håller sig med sina egna antaganden om koherens.¹⁰⁶²

lem i en ekonomisk förening uteslöts under återopande att medlemmen vägrat betala medlemsavgiften. Att underlåta att betala medlemsavgift utgjorde ett stadgebrott, men eftersom andra medlemmar som gjort sig skyldiga till samma stadgebrott och något skäl att särbehandla just den uteslutne medlemmen fanns (hon skulle bland annat ha uttryckt att hon inte tänkte betala, medan övriga medlemmar, såvitt utretts, bara underlåtit att betala) förklarades uteslutningen vara utan verkan. Om stadgebrottet i sig kunde motivera att en medlem uteslöts utreddes inte, eftersom föreningens åtgärd i vart fall stred mot likställighetsprincipen.

¹⁰⁶⁰ Se till exempel Hemström och Giertz, *Föreningar, Om ekonomiska och ideella föreningar samt något om stiftelser* s. 33.

¹⁰⁶¹ Se Abbott, *The Cambridge Introduction to Narrative* s. 93 f.

¹⁰⁶² Koherens kan uppfattas som en komponent i en definition av en berättelse (därmed också av ett rättsområde, se kap. 2.3.3.2). Det klassiska exemplet ”The king died, and then the queen died of grief” (se Jfr 4.3 vid n. 391) kan användas för att illustrera det. Vi antar, när vi ställs inför den berättelsen att drottningen ifråga var gift med just den omtalade kungen, och att det är av sorg över kungens död som drottningen dör. Är det på något annat sätt, så att det är en annan drottning än den döde kungens änka som dör behöver vi få veta det, och om hon i själva verket dog av sorg över, låt säga, ett husdjur som också dött behöver det förklaras. Annars skulle kommunikationen misslyckas. Se Chatman, *Story and Discourse* s. 30 f.

7.8 Klausuler som inte passar in (men som ändå finns)

7.8.1 Inledning

Ett avtal består av parternas samstämmiga viljeförklaring, och vardera viljeförklaringen tolkas med sikte på motpartens befogade uppfattning om dess innehåll. På denna, tämligen höga, generalitetsnivå kan kollektivavtalet utan problem inordnas i den allmänna avtalsrättsliga diskursen. Inom dessa helt allmänna ramar, på en lite lägre generalitetsnivå, har ytterligare begränsningar, mer eller mindre specifikt kollektivavtalsrättsliga, utvecklats. En kollektivavtalsbestämmelse förutsätts till exempel vara endera *obligatorisk* eller *normativ*. Ett ingånget kollektivavtal förutsätts garantera arbetsfred. Ett kollektivavtal måste, *per definition*, vara skriftligt, varför avtalsinnehållet förutsätts vara uttryckligt. Och så vidare. Allt detta är konstruktioner som i någon utsträckning definierar kollektivavtalsrätten. Varken Arbetsdomstolens praxis eller kollektivavtalsfloran visar sig dock alltid hålla sig till de kategorier och distinktioner som området, akademiskt definierat, förutsätter. Kring de företeelser som inte riktigt passar in uppstår spänningar. Vilka spänningar som uppkommer och hur de löses kan i sin tur belysa kollektivavtalsrätten. Här skall två sådana fenomen behandlas, nämligen policydeklarationer (7.8.2) och dolda klausuler i kollektivavtal (7.8.3).

7.8.2 Policydeklarationer

7.8.2.1 Inledning

Kollektivavtalet syftar, som vilket avtal som helst (liksom, för den delen, vilken offentligrättslig författning som helst) till att gripa in i rättsförhållandet mellan två eller flera parter. Kollektivavtalet binder inte bara avtalsparterna utan dessutom medlemmar i de avtalslutande organisationerna, varför den i och för sig ifrågasatta kategoriklyvningen mellan obligatoriska respektive normativa kollektivavtalsbestämmelser gärna gör sig gällande (se 5.1). Gemensamt för dessa är att de omedelbart reglerar en rättslig relation, endera mellan de undertecknande avtalsparterna (kollektivavtalets obligatoriska verkan) eller genom 26 § MBL relationen mellan arbetsgivaren och organisationernas medlemmar (kollektivavtalets normativa verkan). Kollektivavtalen innehåller dock ofta bestämmelser av en karaktär som inte utan vidare låter sig kategoriseras som obligatoriska eller normativa. Det handlar då om bestämmelser som i mer svepande ordalag anger inriktningen på samarbetet eller ger allmänna förklaringar om parternas avsikter. "Policydeklarationer" är, trots att de inte låter sig

inordnas i de befintliga kategorierna ingen egen, erkänd, kategori (eftersom inte kategoriklyvningen i två kategorier erkänns, finns det knappast någon anledning att pressa på området en tredje).

Genom policydeklarationerna avviker kollektivavtalet från såväl typavtalet som lag, vilka båda i princip saknar denna typ av bestämmelser (och när de dyker upp är de särlingar, till exempel i 1 kap. 1 § DiskL som uttryckligen anger lagens ändamål). Tekniken påminner snarare om internationella traktater, och liksom i dylika är de tydligaste exemplen kanske att hämta i ingresser till kollektivavtal. Några exempel (som är valda för att vara illustrativa snarare än representativa):

Parterna är ense om att främja utvecklingen av god arbetsmiljö och en väl fungerande företagshälsovård till gagn både för företag och anställda.¹⁰⁶³

[Avtalsparterna] är ense om att viktiga mål för ett fortlöpande och planmässigt jämställdhetsarbete är:

Att kvinnor och män skall ha lika möjligheter till anställning, utbildning, befordran samt utveckling i arbetet;

Att kvinnor och män skall ha lika lön för arbete av lika värde och även i övrigt lika anställningsvillkor;

Att arbetsplatser, arbetsmetoder, arbetsorganisation och arbetsförhållanden i övrigt skall ordnas så att de lämpar sig för både kvinnor och män;

Att en jämnare fördelning mellan kvinnor och män uppnås i sådana sysselsättningar där yrkesval och rekrytering visar sig vara könsbundna; samt

Att förvärvsarbete kan förenas med föräldransvar.¹⁰⁶⁴

Om en definition av ”policydeklarationer” skulle formuleras (som en tredje kategori eller ändå), skulle den i någon utsträckning komma att bygga på en självmotsägelse, om den i sin utgång från en definition av *avtal* som innebär att avtalet skall gripa in i ett visst rättsförhållande.¹⁰⁶⁵ En

¹⁰⁶³ Kollektivavtal om arbetsmiljö och företagshälsovård mellan Sveriges Verkstadsförening och Svenska Metallarbetareförbundet, ingressens första stycke.

¹⁰⁶⁴ Kollektivavtal mellan SAF, LO och PTK, lydelse per 1985.

¹⁰⁶⁵ Några uttryckliga definitioner av avtalet finner man sällan, utan de får ut av beskrivningarna. ”Avtlets uppgift är alltså att reglera avtalsparternas inbördes relationer,” Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt II* s. 13. ”En grundläggande princip inom avtalsrätten är att avtal skall hållas (*‘pacta sunt servanda’*). Det innebär att den som har givit ett rättsligt förpliktande löfte till en annan har förbundit sig att handla så som han lovat. [...] Den som avgivit löftet är med andra ord underkastad rättsliga sanktioner, om han inte uppfyller löftet.” Lehrberg, *Avtalstolkning* s. 11. En definition kan också anknytas till motiven bakom avtalslagen (lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögensrättens område) definition av *rättshandling*: ”Den klassiska definitionen av begreppet

”policydeklaration” blir definitionsmässigt en i ett kollektivavtal intagen skrivning som inte i sig själv kan grunda någon rätt att utkräva något. Motsvarande blir då en bestämmelse av policykaraktär inte en policybestämmelse om ett brott mot den leder till påföljder för avtalsbrott.¹⁰⁶⁶

7.8.2.2 Policydeklarationernas plats i tolkningen

Om policydeklarationerna inte omedelbart reglerar rättsförhållandena mellan avtalsparterna eller medlemmarna måste de ha en annan rättslig betydelse, kanske för att över huvudtaget kunna betraktas som en del av kollektivavtalet.¹⁰⁶⁷ Sett i en konkret tolkningsfråga, har policydeklarationerna sin rättsliga relevans framförallt som ”hjälpfaktum”, som en del av en annan bestämmelses rättsliga kontext. Policydeklarationer kan användas som hjälp för tolkning av ett kollektivavtal i olika stadier av densamma.¹⁰⁶⁸ I AD 1991 nr 77 var fråga hur en ackordsbestämmelse, av Arbetsdomstolen uppfattad som en stupstocksregel skulle tolkas (om enighet i fråga om vilket lönesystem som skulle tillämpas inte kunde uppnås skulle rent ackord tillämpas där det var möjligt).¹⁰⁶⁹ I anslutning till bestämmelsen fanns en protokollsanteckning med följande innehåll fogad:

Parterna har i anslutning till 1983–84 års förhandlingar förklarat sig beredda att vid enskilda verkstäder och i mån av behov medverka till erforderliga åtgärder för att åstadkomma löneformer, lönesystem och regler i anslutning

rättshandling som givits i avtalslagens förarbeten [NJA II 1915 s. 232] omfattar alla viljeförklaringar, som har till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande.” Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 33.

¹⁰⁶⁶ Se AD 1990 nr 34, där domstolen uttalade att ”det starkt kan ifrågasättas om bolaget tagit sin skyldighet enligt avtalet på allvar”, men att den arbetsökande som var förfördelad av bolagets i och för sig (möjligtvis) bristande tillämpning inte kunde grunda någon rätt enligt avtalet. Eftersom talan i just det målet blott omfattade en enskilds rätt att utfä skadestånd på grund av bolagets underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt avtalet kom saken inte att ställas på sin spets. Om man vill följa uppdelningen mellan normativa och obligatoriska bestämmelser kunde tydligen de aktuella bestämmelserna vara obligatoriska men inte normativa.

¹⁰⁶⁷ Betydelsen av begreppet ”avtal” glider lite, kan tyckas (jfr n. 1065), inte minst för kollektivavtalets del. Med ”kollektivavtalet” avses gärna en samling regler snarare än två samstämmiga viljeförklaringar med sikte på en viss fråga. Glidningen har en avgörande betydelse för kollektivavtalsrättens utveckling, inte minst för att debatten om bland annat culpaparels existens mellan Folke Schmidt å ena sidan och framför allt Ulf Holmbäck och Hjalmar Karlgren å den andra kan förstås utifrån den glidningen (se särskilt ovan 7.3).

¹⁰⁶⁸ Se AD 2004 nr 67, där domstolen i ledet att ”allmänna rimlighetskriterier” skall bli avgörande för tolkningen nämner bestämmelser av policykaraktär som bidragande till förståelsen av avtalet. I vilken utsträckning de faktiskt används för tolkningen konkretiseras dock inte.

¹⁰⁶⁹ Se också AD 1998 nr 125.

här till som tillgodoser såväl kraven på produktivitet och flexibilitet som på lönetrygghet och arbetstillfredsställelse och god arbetsmiljö.

I fråga om stupstocksbestämmelsen skulle tillämpas ”mekaniskt” när förutsättningarna i och för sig var uppfyllda (även för enstaka arbetstagare, med beaktansvärda kostnader som följd) eller om tolkningen ”skall ta hänsyn till förhållandena i det enskilda fallet och de särskilda svårigheter som kan uppstå vid övergång från ett lönesystem till ett annat” valdes det senare alternativet. Arbetsdomstolens tolkning vann stöd i (bland annat) protokollsanteckningen och den utveckling av löneformerna på området (bort från arbete på ackord i den ditintills dominerande formen) som protokollsanteckningen ansågs ge uttryck för. Genom protokollsanteckningen, som inte i sig ger någon materiell rättighet för endera parten, kan alltså utvecklingen på avtalsområdet internaliseras konkret i avtalet, och därmed legitimeras med den gemensamma partsavsikten också i det enskilda fallet. Dessutom förde Arbetsdomstolen i sammanhanget mer allmänna rimlighetsresonemang om parternas ömsesidiga intressen (som också är föremålet för protokollsanteckningen ifråga).

7.8.2.3 Policydeklarationernas förhållande till distinktionen mellan normativa och obligatoriska kollektivavtalsbestämmelser

Även om policybestämmelserna inte är vare sig normativa eller obligatoriska kan de nog ofta ändå sägas ta sikte på den ena eller andra relationen (det vill säga den obligatoriska mellan kollektivavtalets parter eller den normativa i förhållande till medlemmarna). Är policybestämmelsen ifråga snarare normativ än obligatorisk blir resonemangen delvis annorlunda. På spel står då rättsverkan för en arbetstagare som inte är avtalspart men som ändå påverkas av avtalets innehåll, och som är bunden av detsamma.¹⁰⁷⁰ Arbetsdomstolen har i ett sådant sammanhang talat om en ”förhållningsregel utan särskild sanktionsreglering.” Beakta till exempel följande skrivning.

Anställd äger ej rätt att under semester eller annan fritid utföra arbete inom yrket.¹⁰⁷¹

¹⁰⁷⁰ Den dubbla konstruktionen (se ovan 6.2.3) förklarar att såväl avtalslutande organisationer som medlemmar i dessa kan vara bundna av kollektivavtalet. Bundenheten som den förklarar handlar för anställningsavtalets del i princip dels om att ett anställningsavtal inte kan slutas i strid med ett kollektivavtal (det vill säga den ogiltighetsverkan som kommit till uttryck i 27 § MBL), dels att normer i kollektivavtal automatiskt flyter in i anställningsavtalet (se särskilt n. 634). Problemet med ”normativa policydeklarationer” handlar då om vad som flyter in i anställningsavtalet.

¹⁰⁷¹ § 12 e Riksavtalet mellan Sveriges Frisörföretagare och Handelsanställdas förbund, se AD 1993 nr 18.

Gränsen mellan policybestämmelser och normativa bestämmelser är hårfin, och antagligen (som de flesta distinktioner, tycks det) varken möjlig eller önskvärd att upprätthålla strikt.¹⁰⁷² Avsaknaden av (särskild) sanktionsreglering skulle då vara det som tydligast ger en sådan bestämmelse dess karaktär av policybestämmelse. Bestämmelsen torde därför inte heller aktualiseras för sig själv, utan vid en prövning av om ett anställningsförhållande skall bestå eller inte (till exempel för att arbetstagaren under semester utfört arbete inom yrket), en fråga som avgörs genom en tillämpning av 7 eller 18 §§ LAS. Eftersom kollektivavtalsbestämmelsen genom den dubbla konstruktionen flutit in i anställningsavtalet kan den knappast fränkännas all relevans, men eftersom 7 och 18 §§ LAS utgör tvingande rätt kan den inte heller bli avgörande. I den gränsyta mellan kollektivavtalet och de principer som utbildats kring arbetstagares lojalitetsplikt tycks också Arbetsdomstolen ge uttryck för att de sistnämnda räcker, i vart fall om de inte säger emot varandra.¹⁰⁷³ Handlar det av någon anledning inte om avtalets bestånd utan om arbetstagarens skadeståndsskyldighet på grund av avtalsbrott blir det i stället fråga om att jämka eller lämna klausulen utan avseende med hänvisning till 36 § AvtL. Kanske kan man, och i så fall särskiljs policydeklarationerna också i det avseendet från normativa bestämmelser, säga att ett intresse av förutsebarhet gör sig gällande med extra styrka i dessa fall.¹⁰⁷⁴

De normativa policydeklarationerna kan också i mer utförliga ordalag ange mot vilken bakgrund kollektivavtalets normativa reglering skall utformas. Ett nedslag:

Lönesättningen ska vara differentierad efter individuella eller andra grunder. Löneskillnader ska vara objektivt och väl motiverade. Lönen ska bestämmas med hänsyn till ansvaret och svårighetsgraden i arbetsuppgifterna och den anställdes sätt att uppfylla dessa. Ett svårare arbete som ställer högre krav

¹⁰⁷² Distinktionen kan vara eller bli en sådan juridisk konstruktion som vårdas i kollektivavtalsrätten genom att ifrågasättas, se n. 449.

¹⁰⁷³ Se AD 2003 nr 21 "Av § 2 [det inom Privatvårdens Arbetsgivarförbund (numera *Värdföretagarna*) gällande kollektivavtalet, vilket ostridigt var tillämpligt på den omtvistade anställningen] framgår följande. Förhållandet mellan arbetsgivare och anställd grundar sig på ömsesidig lojalitet och ömsesidigt förtroende. Anställd ska iakta diskretion rörande arbetsgivarens angelägenheter, såsom driftsförhållanden, affärsangelägenheter o dyl. Av mom 1 i nämnda bestämmelse följer bl.a. att en anställd inte får utföra arbete eller direkt eller indirekt bedriva ekonomisk verksamhet som konkurrerar med arbetsgivaren. Avtalet ger enligt Arbetsdomstolens mening inte uttryck för något annat än vad som även utan uttryckliga regler anses gälla i fråga om lojalitetsplikt i anställningsförhållanden." Juri Munukka konstaterar att kollektivavtalsbestämmelser om ömsesidiga lojalitetsförpliktelser mellan arbetsgivare och arbetstagare är vanliga, och att de funnits sedan 1940-talet, se Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 407.

¹⁰⁷⁴ Jfr till exempel ovan 5.3.3 och 7.6.2.2 vid n. 844.

på skicklighet, ansvar och kompetens ska ge högre lön än ett enklare arbete. Hänsyn ska också tas till arbetsmiljön och förutsättningarna för hur arbetet kan utföras. Även marknadskrafterna påverkar löneavvägningen.¹⁰⁷⁵

I avtalsbestämmelsen ges bestämmelser för vilka principer som skall styra lönesättningen. De är i och för sig tämligen detaljerade och konkreta, och de går att föra rättslig argumentation utifrån dem, men det torde samtidigt vara svårt att nå framgång utom i helt flagranta fall. Att lönesättningen inte är differentierad är kanske ofta lätt konstaterat, liksom att en arbetstagare med chefsposition har ett mer ansvarsfullt arbete (i det avseendet) än en underställd. Vilka löneskillnader som är väl motiverade eller vilket arbete som är svårare kan dock vara mer vanskligt att bestämma. Avtalets parter kan nog förväntas vilja föra talan endast i mer uppenbara fall, och bestämmelsen kan således fungera som en spärr mot att lönen regleras i individuella anställningsavtal på ett sätt som avviker från arbetsmarknadsparternas intentioner. Om, till exempel, lönerna är differentierade är bestämmelsen formulerad så att bevisläget för den som hävdar avtalsbrott antagligen är sådant att endast helt uppenbara fall, där kollektivavtalet helt förbisetts, kan förväntas leda till framgång. Det kan alltså synas ligga närmare till hands att betrakta denna bestämmelse som en policydeklaration än som en obligatorisk bestämmelse (om nu uppgiften är att kategorisera bestämmelser). Den anger riktningen för samarbetet parterna emellan, kanske särskilt på lokal nivå, men parterna kan låta en tvist avgöras av Arbetsdomstolen som då avgör om den är tillämplig eller inte.¹⁰⁷⁶ Så länge inte Arbetsdomstolen tillfrågas har dock parterna oinskränkt inflytande över dess tillämpning (dess praktiska betydelse kan alltså, som antytts, vara att de centrala kollektivavtalsparterna anger riktningen och ramarna för de lokala parternas verksamhet (policydeklarationer kan alltså användas för att kontrollera graden av decentralisering, jfr 3.5).

¹⁰⁷⁵ Teknikavtalet IF Metall 1 april 2007–31 mars 2010. Avtal mellan Teknikarbetsgivarna och Industrifacket Metall (IF Metall).

¹⁰⁷⁶ Se till exempel AD 1991 nr 65. Detaljhandelsavtalet mellan Handelsarbetsgivarnas arbetsgivareorganisation och Handelsanställdas förbund och det därtill fogade jämställdhetsavtalet mellan SAF, LO och PTK ansågs inte innebära att en arbetsgivareföreträdare som utsatt en anställd för sexuella trakasserier därmed kunde ådra arbetsgivaren skadeståndsskyldighet för brott mot kollektivavtalet, emedan kollektivavtalet inte innehöll uttryckliga bestämmelser mot sexuella trakasserier eller liknande beteende.

7.8.3 Dolda klausuler

7.8.3.1 Inledning

Ett genomgående tema för de olika tolkningsstrategierna som berörts ovan har varit att *tydlighet* på ett eller annat vis premieras. De *dolda*, eller *tysta*,¹⁰⁷⁷ klausulerna följer en annan rationalitet, då de anses vara en del av kollektivavtalet utan att de uttryckts i avtalstexten eller överhuvudtaget berörts vid förhandlingarna. Någon positivt uttryckt definition brukar inte förekomma i den svenska doktrinen, utan definitionen görs mer i förbigående. Gemensamt för behandlingen är att de dolda klausulerna är formulerade av Arbetsdomstolen och att de har verkan som kollektivavtalsbestämmelser. Däremot kan beskrivningarna av hur de legitimeras variera.¹⁰⁷⁸ Två frågor möter direkt. *För det första* begränsar det förhållande att kollektivavtalet är underkastat ett skriftlighetskrav (jfr ovan 5.3 och 7.6.2.2) möjligheten att läsa in vad som helst i kollektivavtalet. *För det andra* är det den gemensamma partsavsikten så som den kommit till uttryck och kunnat uppfattas för motparten som skall vara utgångspunkten för tolkningen.¹⁰⁷⁹ De dolda klausulerna är tvärtom just dolda, det vill säga icke uttryckta av parterna.

Parterna torde visserligen uttryckligen kunna avtala en annan ordning mellan sig än vad som skulle gälla enligt en dold klausul, men de innebär också att Arbetsdomstolen kan införa regler som legitimeras med avtalsfiguren trots att parterna inte behöver ha ägnat frågan en tanke. Det kan synas som att man lätt drar för stora växlar på särdraget i de dolda klausulerna. Själva benämningen signalerar *undantag* så starkt att det kan vara svårt att se annat än en anomali. Bestämmelser i avtal skall ju inte vara *tysta* eller *dolda*, tvärtom skall de *uttrycka* avtalsparternas gemensamma vilja. Då sträcker sig de tysta klausulerna inte längre än att placera bevisbördan på ena parten, och att ge den part eller de parter som vill ha ett avvikande innehåll incitament att tydliggöra sina intentioner och se till

¹⁰⁷⁷ Se till exempel Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören s. 261. I samma artikel används också uttrycket *tysta utfyllnadsregler*, se a.a. s. 261 och s. 266. Se också Sigeman, Arbetsrätten s. 85.

¹⁰⁷⁸ Se Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 93 (som talar om Arbetsdomstolens ambition att *skapa* rätt); Glavå, Arbetsrätt s. 148 (som talar om avtalsförutsättningar); Göransson i Facklig arbetsrätt s. 257 (som talar om en tes att de dolda klausulerna influerats i kollektivavtalen); Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 49 och 168 f. (som talar om att klausulerna intolkas i avtalen samt att dolda klausuler ”i realiteten” innebär en analogisk tillämpning av kollektivavtalets rättsföljder); Sigeman, Arbetsrätten s. 85 (som anknyter benämningen till utfyllning, se strax ovan n. 1077).

¹⁰⁷⁹ Se ovan kap. 7.6.2.1, med hänvisning till AD 1994 nr 3, i vilket en uttrycklig, men inte skriftlig, avsiktsförklaring inte fick verkan som kollektivavtal.

att fästa dessa i avtalstext. Ett sådant synsätt skulle ligga väl i linje med ett synsätt som betraktar kollektivavtalsstolkningen som en ordning som syftar till att befärma klarhet i kollektivavtalsfloran, vilket skulle kunna läsas in som ett grundläggande ändamål bakom i stort sett varje ”tolkningsregel” som behandlats ovan.

Så besedda skulle de dolda klausulerna sakligt sett inte vara annat än ett slags av schablon- eller *indubio*-regler (se ovan 7.6.4.1). Ett sådant synsätt skulle ha den fördelen att det teoretiska problem som dolda klausuler innebär undviks, vilket nog vore tilltalande för den kollektivavtalsrättsliga diskursen, som egentligen inte vill veta av teorier.¹⁰⁸⁰ Problemet med ett sådant synsätt är att det inte kan förklara att de dolda klausulerna inte bara verkar på rättsfaktumsidan, utan kanske framförallt på rättsfölgdssidan. Det vill säga, på en dold klausul följer kollektivavtalets särskilda rättsverkningar, det vill säga ideellt skadestånd för kollektivavtalsbrott och fredsplikt.¹⁰⁸¹ I det bekanta bastubadarmålet, AD 1978 nr 89, var syftet, såvitt det får förstås, med att förklara att den omtvistade omplaceringen utgjort ett kollektivavtalsbrott att den formulerade regeln skulle ges en effektiv sanktion i form av ideellt skadestånd till den kollektivavtalsbärande fackföreningen, inte minst i litteraturen är det dock i huvudsak fredsplikten som står i fokus.¹⁰⁸² Det rimmar väl med det intresse av arbetsfred som historiskt legat bakom kollektivavtalet, och det rimmar väl med att arbetsmarknadsparterna enligt svensk rätt genom kollektivavtal kan utvidga fredsplikten mellan sig, men inte inskränka densamma.¹⁰⁸³

¹⁰⁸⁰ Teoretiserandet bedrivs på andra håll i arbetsrätten, och den mer ateoretiska inställningen kan vara tids- (och person)beroende. Den uttrycks också sällan explicit, vilket väl hänger samman med att det ändå vore märkligt för den verksamhet vars existens vilar på att den står för *teorin*, om vi nu av någon anledning skall hålla oss med en distinktion mellan teori och praktik). Inställningen skymtar på andra sätt. Ett exempel: Av tre minnesord som Axel Adlercreutz samlat i *Med civilrätt som verksamhetsfält* talar samtliga (med gillande, självfallet) om att den över vem minnesorden uttalas sätte praktiska resonemang före teoretiska resonemang utan verklighetsanknytning. Se Adlercreutz, *Med civilrätt som verksamhetsfält* s. 88 (minnesord över Hjalmar Karlgren), s. 96 (minnesord över Folke Schmidt) och s. 100 f. (minnesord över Fritjof Lejman). Samma inställning går igen när Adlercreutz beskriver sin egen verksamhet: ”Verklighetsanknytning – inte sofistikerade teorier – var för mig ledstjärnan.” Adlercreutz, *Minnen från min verksamhet som lärare i civilrätt och handelsrätt* s. 64.

¹⁰⁸¹ Se Malmberg, *Anställningsavtalet* s. 252 f. och Sigeman, *Den bastubadande sulfitoperatören* s. 261.

¹⁰⁸² Se Malmberg, *Anställningsavtalet* s. 132 med hänvisningar (n. 65). Se också ovan n. 636.

¹⁰⁸³ Malmberg, *Anställningsavtalet* s. 135. Se också Suviranta, som utgår från att de Svenska arbetsmarknadsparterna har en större möjlighet än i de övriga nordiska länderna (utom Island, som faller utanför Suvirantas studie) att med bindande verkan för sina

Oavsett vilken av kollektivavtalets särskilda verkningar man har för ögonen behöver dock legitimiteten stamma från *avtalet*. Eftersom såväl den fredsplikt som följer av 41 § 1 st. MBL som ideellt skadestånd enligt 54–55 §§ MBL enbart bryr sig om kollektivavtalets existens, men inte alls dess innehåll är inte den allmänt avtalsrättsliga distinktionen mellan tolkning av avtalet och utfyllning relevant i detta sammanhang. Därför kan också den kollektivavtalsrättsliga terminologin glida mellan uttryck som anknyter till tolkning, såsom *dolda klausuler*,¹⁰⁸⁴ respektive till utfyllning, såsom *tysta utfyllningsregler*.¹⁰⁸⁵ Antti Suviranta, som åtminstone av Håkan Göransson tillskrivs de dolda klausulernas akademiska ursprung,¹⁰⁸⁶ talar om ”*invisible clauses*”,¹⁰⁸⁷ vilket översatts till ”dolda klausuler” och sedan tillbaka till ”*hidden clauses*”.¹⁰⁸⁸ Dolda klausuler, eller på den svenska kollektivavtalsrättens engelska *hidden clauses*, har sedan blivit det etablerade uttrycket, trots att det måhända signalerar att klausulerna är *gömda*, som av en viljeakt, mer än att de inte går att se, vilket en översättning till *osynliga klausuler* skulle markera.

7.8.3.2 Kollektivavtalsrättens särdrag

I den allmänna avtalsrätten är, till skillnad mot i kollektivavtalsrätten, distinktionen mellan tolkning (i snäv mening) och utfyllning är grundläggande.¹⁰⁸⁹ Avtalets innehåll fastställs endera genom tolkning, som enligt distinktionens logik går ut på att fastställa *fakta* och därför är av utomrättslig karaktär (man tillgriper, tänker man sig, psykologi, sociologi eller liknande hjälpvetenskaper) eller genom utfyllning, som motsvarande är en utpräglad rättslig, *normativ*, verksamhet.¹⁰⁹⁰

medlemmar utvidga fredsplikten, Suviranta, Invisible Clauses in Collective Agreements s. 195 f.

¹⁰⁸⁴ Se till exempel Glavå, Arbetsrätten, särskilt s. 148, Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktinstrument s. 246 ff. och Malmberg, Anställningsavtalet s. 53 och s. 131.

¹⁰⁸⁵ Sigeman, Arbetsrätten s. 85. Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 53 och s. 131.

¹⁰⁸⁶ Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktinstrument s. 246; Göransson, Hidden Clauses in Collective Agreements s. 95; Göransson i Schmidt m.fl. Facklig arbetsrätt s. 257.

¹⁰⁸⁷ Suviranta, Invisible Clauses in Collective Agreements.

¹⁰⁸⁸ Se särskilt Göransson, Hidden Clauses in Collective Agreements. Glidningen i översättningen från ”osynlig” till ”dold” kommenteras inte.

¹⁰⁸⁹ Gränsen mellan tolkning och utfyllning må vara oklar och svår att fånga in enskilda fall, men för läran är den grundläggande. Se till exempel Lehrberg, Avtalstolkning s. 15 f. som noga upprätthåller skillnaden. Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 55 ff.

¹⁰⁹⁰ Se till exempel Lehrberg, Avtalstolkning s. 18.

En motsvarande distinktion (mellan det rättsliga och det icke-rättsliga) som är kollektivavtalsrättens egen är den mellan *rättsfrågor* och *intressefrågor*.¹⁰⁹¹ Distinktionen sägs visserligen vara grundläggande,¹⁰⁹² men samma energi har inte lagts ner i kollektivavtalsrätten som i den allmänna avtalsrätten beträffande distinktionen mellan tolkning och utfyllning. Det finns knappast något som hindrar att man bygger en systematisk förståelse av kollektivavtalsrätten på distinktionen mellan rättsfrågor och intressefrågor på ungefär samma sätt som att den allmänna avtalsrätten kan (men *behöver* inte nödvändigtvis) byggas upp på distinktionen mellan tolkning och utfyllning.

Det har man dock inte gjort, och distinktionen mellan rättsfrågor och intressefrågor, eller att den är svår att upprätthålla strikt, synes överhuvudtaget inte orsaka mycket huvudbry. Mats Glavå noterar att distinktionen ger upphov till åtskilliga tillämpningsproblem – vilket säkert stämmer om man försöker definiera vad som *är* en rätts- respektive intressetvist och utifrån det dra slutsatser om tvisten ifråga kan behandlas av Arbetsdomstolen eller inte.¹⁰⁹³ Den begreppsliga läsningen uppstår dock inte om begreppen rättstvist respektive intressetvist istället är svaret på en fråga (huruvida en viss tvist kan bli föremål för stridsåtgärder eller inte) som avgjorts på andra grunder.¹⁰⁹⁴ Annars uppstår en begreppslig cirkel av ett slag som *inte* kan hanteras av systemet. Om grunden dock är vad som traditionellt är en förhandlingsfråga (och för vilken stridsåtgärder kan utnyttjas som påtryckningsmedel) respektive en domstolsfråga uppstår istället en sådan självgrundande cirkel som området vilar på (se 9.4).

Oavsett hur distinktionen mellan intressefrågor och rättsfrågor närmare förhåller sig till distinktionen mellan tolkning och utfyllning måste den allmänna avtalsrätten förhålla sig till den sistnämnda. I kollektivavtalsrätten görs inte samma ansträngningar. Det kan, som antytts, ta sig uttryck i ett friare begagnande av termerna, eftersom inte de belastas av samma teoretiska precision.¹⁰⁹⁵ Utgångspunkten för den arbetsrättsliga terminolo-

¹⁰⁹¹ Se ovan, särskilt 7.6.2.5 vid n. 908. Se också till exempel Sigeman, Arbetsrätten s. 76, Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 20.

¹⁰⁹² Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 106.

¹⁰⁹³ Glavå, Arbetsrätten s. 72 f.

¹⁰⁹⁴ Så verkar saken också behandlas, se AD 1986 nr 91. Jfr AD 2006 nr 58, i vilken Arbetsdomstolen uttryckligen avvisade tanken på en allmän rättsprincip som förbjuder stridsåtgärder i rättstvister: "Det finns i Arbetsdomstolens praxis inte något stöd för att den rätt att vidta stridsåtgärder som följer av stadgandet i regeringsformen [2 kap. 17 § RF] kan begränsas till följd av en allmän rättsgrundsats om fredsplikt i rättstvister."

¹⁰⁹⁵ Den säregna arbetsrättsliga användningen kan ges ett ursprung redan i förarbetena till 1928 års kollektivavtalslag, se Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 248, med hänvisning till användningen av begreppet "tolkning" i SOU 1927:4 och prop. 1928:39.

login är en specifik avtalstyp, anställningsavtalet. Medan den allmänt avtalsrättsliga distinktionen ytterst faller tillbaka på skillnaden mellan *fakta* (tolkning) och *norm* (utfyllning), används den kollektivavtalsrättsliga termen ”utfyllande regler” som en beteckning på normer som reglerar ett anställningsförhållande. Däremot är den inte begränsad till att avse den andra delen av tolkning i vid mening, det vill säga utfyllningen. Den arbetsrättsliga användningen av ”utfyllande regler” behöver inte betrakta tolkning och utfyllning som hierarkiskt ordnade, en ordning som i den allmänna avtalsrätten går ut på att tolkningen föregår utfyllningen. I den allmänna avtalsrätten är utfyllningen underställd tolkningen eftersom det då inte är fråga om att förverkliga partsviljan.

På arbetsrättens område är situationen en annan. Ett exempel: Ett köpeavtal som saknar pris är ofullständigt, för att det skall kunna fungera som ett köpeavtal måste luckan tätas, det vill säga avtalet måste fyllas ut.¹⁰⁹⁶ Här har vi systematiskt lämnat avtalets ingående, avtalet behöver inte falla på dissens även om ingen gemensam partsavsikt förelegat om priset. Avtalet fylls ut med ett skäligt pris i enlighet med dispositiv rätt (i detta fall 45 § KöpL). På nästan motsvarande sätt är anställningsavtalet ofta ofullständigt, eftersom det saknar bestämmelse om vilket vederlag som skall utgå.¹⁰⁹⁷ Men medan det typiska avtalet innehåller uttryckliga bestämmelser om vederlag är det typiska anställningsavtalets normaltillstånd det motsatta, det saknar typiskt sett bestämmelser om vederlag. De normer som skall reglera frågan står inte bara färdiga att reglera frågan, de gör anspråk på att ta över eventuella avvikande lösningar i anställningsavtalet (se vidare 8.4.1). Dessa (kollektivavtalsfästa) normer är, till skillnad från den dispositiva köplagen, inte regler som skall ”rädda” en onormal, annars ohanterlig, situation, utan själva normaltillståndet är att de reglerna skall tillämpas.¹⁰⁹⁸ De i arbetsrättslig mening utfyllande reglerna har också en annan funktion, nämligen den att vederlaget skall kunna

¹⁰⁹⁶ Köpeavtalet har kommit att tjäna som utgångspunkt för diskussioner om allmänna avtalsrättsliga regler. Se Malmberg, Anställningsavtalet s. 18 (med hänvisningar).

¹⁰⁹⁷ Exemplet utgår från ett schabloniserat arbetaravtal som hämtar sitt innehåll från ett tariffavtal. Situationen är annorlunda på många områden, och trenden pekar på att den är på väg att bli en undantagsituation, se Nyström, Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad och Glavå, Arbetsrätten. Att underlaget för verklighetsbeskrivningen på detta sätt ändras är dock inte av *omedelbar* relevans för rättsområdet. Rättsområdet (teorin) byggs inte upp av verkliga förhållanden utan av vårt (arbetsrättsligt aktiva (akademiker)) sätt att dela in den. Här är traditionen lösningen. Vi vänjer oss vid att betrakta verkligheten på ett visst sätt. Relevansen av att underlaget för verklighetsbeskrivningen ändras är *medelbar*, vid något tillfälle blir underlaget för verklighetsbeskrivningen så mycket förändrad att man har makt att omformulera rättsområdet (teorin). (se Kuhn, the Structure of Scientific Revolutions).

¹⁰⁹⁸ Se Malmberg, Anställningsavtalet s. 57 och s. 369.

ändras under bestående (anställnings-)avtalsförhållande, det är alltså en särskild poäng med den arbetsrättsliga konstruktionen. Den funktionen har de i allmän avtalsrättslig mening utfyllande reglerna inte. Från ett allmänt kontraktsrättsligt perspektiv skulle det kunna invändas att anställningsavtalet själv kan betraktas som ett köpeavtal, beträffande köp av arbete, men kollektivavtalsrätten kan inte acceptera den invändningen (jfr 2.2.5).

7.8.3.3 *Dolda klausuler som korrigerande strategi*

De befintliga dolda klausulerna låter sig knappast listas, i vart fall inte om listan skall göra anspråk på att vara uttömmande. Dels beror det på att gränserna mellan de olika kollektivavtalsrättsliga figurerna inte är skarpa. Till exempel kan 29/29-principen, som ovan (7.6.4.1 vid n. 991) behandlades som en schablonregel, också beskrivas som en dold klausul.¹⁰⁹⁹ Detsamma torde gälla om det krav som anses ligga på arbetsgivaren att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser på utanförstående arbetstagare.¹¹⁰⁰

Dels beror det på att de dolda klausulerna snarast är fråga om en strategi, en möjlighet för Arbetsdomstolen att in casu främja fredsplikten eller ge en i praxis uppställd regel en verkningsfull sanktion (se strax ovan 7.8.3.1). Det sistnämnda syftet är, åtminstone uttryckligt, sällsynt i Arbetsdomstolens praxis, medan dolda klausuler till främjande av fredsplikten är mer framträdande.¹¹⁰¹ Det är, som sagt (se ovan vid n. 1082), i förhållande till fredsplikten som de dolda klausulerna tilldragit sig det största intresset i de rättsvetenskapliga litteraturen. De dolda klausulernas ursprung i Arbetsdomstolens praxis synes också vara av en dold klausul till främjande av arbetsfreden.¹¹⁰² Dolda klausuler kan också, förutom de

¹⁰⁹⁹ Malmberg, Anställningsavtalet s. 135.

¹¹⁰⁰ Glavå, Arbetsrätt s. 402. Att kollektivavtalets regler skall tillämpas också på utanförstående arbetstagare, om inte annat ges av kollektivavtalet, har länge varit ett intresse för arbetstagsidan, betingat av önskan att det inte skall vara billigare att anställa oorganiserad arbetskraft. Se Illum, Den kollektive arbejdsret s. 133 f. Det skall dock, åtminstone tidigare, framförallt ha gällt arbetaravtal medan tjänstemannaavtal skulle ha motsatt utgångspunkt, se SOU 1988:49 s. 89.

¹¹⁰¹ Håkan Göransson identifierar inte mindre än fem olika kategorier av frågor som blivit underkastade fredsplikt utan att vara uttryckligt reglerade i kollektivavtal. De fem kategorierna samlas under den gemensamma benämningen *dolda klausuler*. Se Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 247 ff. och Göransson, Hidden Clauses in Collective Agreements. Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 134 f.

¹¹⁰² AD 1933 nr 159. I domen befanns den rätt att fritt anta och avskeda arbetstagare som enligt § 23 i SAF:s stadgar tillkom arbetsgivaren gälla även om "den icke uttryckligen bekräftats i avtalet". Därmed var arbetstagsidans stridsåtgärder olovliga, då de

nämnda intressena, ställas upp till exempel med hänsyn till arbetsgivarens arbetsledningsrätt, till exempel arbetsgivarens rätt, inom kollektivavtalets ram, att ensidigt bestämma arbetstidens förläggning.¹¹⁰³

Det finns dock knappast något skäl att tro att de hittills formulerade dolda klausulerna skulle utgöra en fullständig reglering. En mer rättvisande beskrivning än att de dolda klausulerna "finns" i kollektivavtalen (som ett *faktum*) är det en praktisk retorisk figur för Arbetsdomstolen i det enskilda fallet. Möjligheten att tillskriva kollektivavtal dolda klausuler är, i det perspektivet, ett sätt för Arbetsdomstolen att utöva ett avgörande inflytande över kollektivavtalsregleringens verkningar och kollektivavtalens innehåll, och det utan att den modell som bygger på arbetsmarknadsparternas autonomi är rubbad. Legitimiteten härleds ju från kollektivavtalen och därmed från dess parter. Att, åtminstone den första gången en dold klausul utpekas, kollektivavtalets parter inte alla behöver ha tänkt på frågan spelar därvid ingen roll.

Även om inte gränsen för hur de dolda klausulerna kan avgränsas skarpt mot andra strategier skiljer de sig genom att de är *klausuler*, och därför till sin natur någorlunda preciserade. Man kan till exempel jämföra med den strategi som Arbetsdomstolen har att tillgå under begreppet "god sed på arbetsmarknaden" (se 7.7.3). Med hänvisning till god sed på arbetsmarknaden kan Arbetsdomstolen underkänna en viss avtalsbestämmelse, legitimiteten grundas i den goda seden. De dolda klausulerna däremot härleder sin legitimitet från ett visst avtal, och de medför vissa ingripande verkningar (ideellt skadestånd och fredsplikt). Det kan visserligen invändas att det inte är självklart givet varför de "positiva" verkningarna skall anses mindre ingripande än de "negativa" som följer av att en viss bestämmelse inte tillämpas, men en sådan skillnad verkar mer eller mindre uttryckligt vara förutsatt.

stred mot ett förbud i kollektivavtalslagen av 1928 (4 § 1 st. 2) att vidta stridsåtgärd i syfte att åstadkomma ändring i den reglering som skett genom kollektivavtal. Se också Glavå, Arbetsrätt s. 27. Den i AD 1933 nr 159 vidtagna stridsåtgärden stred också, fram till Arbetsdomstolens dom, mot ett förbud i 4 § 1 st. 1 att vidta stridsåtgärd i tvist om avtalets rätta innebörd, vilket ställdes mot "en s.k. intressevist", jfr strax ovan 7.8.3.2.

¹¹⁰³ Se Malmberg, Anställningsavtalet s. 135 och s. 282. Arbetsgivarens arbetsledningsrätt kan, liksom den rätt att antaga och avskeda arbetstagare som var avgörande för stridsåtgärdernas lovlighet i AD 1933 nr 159 (se strax ovan n. 1102), hänföras till arbetsgivarprivilegiet (eller vad man vill kalla dem) enligt § 32 i SAF:s stadgar (från början § 23).

7.9 Kollektivavtalets gränser mot den individuella arbetsrätten

7.9.1 Inledning

Kollektivavtalet är det dominerande sättet att reglera den svenska arbetsmarknaden. Det är dock inte det enda sättet. Arbetsmarknaden regleras också genom offentligrättsliga normer och genom anställningsavtal. I fråga om reglering genom anställningsavtal möter kollektivavtalsrätten den individuella arbetsrätten, och därmed gör sig en uppdelning mellan kollektiv och individuell arbetsrätt gällande, en uppdelning som är förutsatt i svensk doktrin.¹¹⁰⁴

Kollektivavtalsrättens gräns mot den individuella arbetsrätten har redan uppmärksamrats i föregående avsnitt (se särskilt n. 1073). I det följande skall några ytterligare områden där gränsen gör sig gällande belysas.

7.9.2 Arbetstagarens enskilda rätt

Principer om den enskilde arbetstagarens rätt sätter en gräns för vad som är möjligt för kollektivavtalsparterna att, utan medlemmarnas bemyndigande, disponera över genom kollektivavtal.¹¹⁰⁵ De sätter därmed också en gräns för arbetsmarknadsparternas autonomi i fråga om att reglera arbetsmarknaden. Gränsen har, åtminstone såsom den skymtar bakom medbestämmandelagen att göra med "allmänna fullmakts- och föreningsrättsliga regler" i förhållandet mellan organisationen och dess medlem.¹¹⁰⁶ Hänvisningen till associationsrättsliga principer sker dock mest i förbigående. Principen har fått sådan stadga i kollektivavtalsrätten att den gäller enligt "fast praxis", och den ursprungligen associationsrättsliga behörighetsfrågan har sålunda blivit en kollektivavtalsrättslig fråga.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁴ Antagligen är den betingad av pedagogiska skäl, se ovan 2.2.2 vid n. 77.

¹¹⁰⁵ Se för en genomgång av praxis Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 178.

¹¹⁰⁶ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 490.

¹¹⁰⁷ Se till exempel AD 1998 nr 109: "Enligt fast praxis inom den kollektiva arbetsrätten gäller särskilda begränsningar vad avser en facklig organisations behörighet att förfoga över en medlems rätt." Se också tingsrättens dom i AD 1999 nr 57, med hänvisning till förarbeten (prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 432 och s. 532 vari lagrådet explicit utgår från att någon ändring av praxis i fråga om kollektivavtalsparternas möjlighet att disponera över arbetstagarnas enskilda rätt inte avses i den nya lagen, vilket departementschefen bekräftar), doktrin (1982 års upplaga av Lars Lunnings Anställningsskydd) och praxis (som dock snarare avser frågan om giltigheten av handlingar mellan arbetstagaren och arbetsgivaren direkt, inte överenskommelser mellan arbetsgivaren och en arbetstagarorganisation som berör arbetstagaren).

Området för en princip mejslas dock inte ut bara genom att den tillämpas, utan också genom att den *inte* tillämpas. Arbetsdomstolen har i ett antal fall underkänt påståenden om att ett visst förfarande från kollektivavtalsparterna skulle innebära att de disponerat över arbetstagarens enskilda rätt. Till exempel kräver inte arbetstidens förläggning enskild arbetstagares bemyndigande, inte heller när maxarbetstid är fastställd i anställningsavtal.¹¹⁰⁸ Att kollektivavtalsparter genom att besluta om ordningsregler som innebär att arbetstagare måste underkasta sig utpasseringskontroller med syfte att hindra stölder från arbetsplatsen innebär inte, såvitt får förstås, att dessa disponerar över arbetstagarens enskilda rätt.¹¹⁰⁹ Kollektivavtalsparternas dispositioner över ett förhandlingssystem enligt ett kollektivavtal anses inte vara föremål för arbetstagarens enskilda rätt, inte ens när det påverkar medlemmens rätt till skadestånd.¹¹¹⁰

Slutligen (i denna icke uttömmande genomgång) anses inte kollektivavtalsparternas disposition över möjligheten att genom kollektivavtal bestämma över rätten till återanställning på annat sätt än genom 25 § LAS vara föremål för medlemmars intjänade rätt.¹¹¹¹ Däremot anses återanställningsrätten när 25 § LAS aktualiseras vara en intjänad rättighet som kollektivavtalsparterna inte kan disponera över utan arbetstagarens bemyndigande.¹¹¹² När uppsägningen väl är gjord kan alltså inte arbetsmarknadsparterna (trots att 25 § LAS är semidispositiv, 2 § 3 st. LAS) disponera över arbetstagarens rätt till återanställning.¹¹¹³ Det kan upplevas skapa en diskrepans jämfört med platsen i turordningen enligt 22 § LAS, som *inte* anses vara en intjänad rättighet.¹¹¹⁴ Skillnaden innebär att en före detta arbetstagare har en berättigad förväntning på att bli erbjuden återanställning i en viss ordning, medan en arbetstagare inte har en berättigad

I AD 2007 nr 2 uppehöll sig parterna kring frågan om det undertecknade kollektivavtalet (det så kallade ITF-avtalet) enligt svensk rätt utgjorde ett ingrepp i arbetstagarens enskilda rätt. Arbetsdomstolen kom inte att beröra frågan eftersom den fann att bahamansk rätt skulle tillämpas. Parterna utgick dock uppenbarligen från att principen gäller i svensk rätt, i princip också på den aktuella frågan även om de var oense om huruvida avtalet innebar ett ingrepp i de enskildas rätt).

¹¹⁰⁸ AD 1998 nr 70.

¹¹⁰⁹ AD 1997 nr 29. I stället diskuterades där en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att förhindra stölder och arbetstagarnas intresse av personlig integritet.

¹¹¹⁰ AD 1982 nr 4.

¹¹¹¹ AD 1996 nr 12. Företrädesrätten ansågs inte aktualiserad före uppsägningen, och om kollektivavtalsparterna före den tidpunkten disponerat över förutsättningarna för återanställningsrätt disponerade man inte över någon intjänad rättighet.

¹¹¹² Se Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 291 med hänvisning till förarbeten.

¹¹¹³ Prop. 1973:129 s. 266.

¹¹¹⁴ Se Calleman, Turordning vid uppsägning s. 271 ff. och Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser s. 292 ff.

tigad förväntning på att (slippa) bli uppsagd i en viss ordning.¹¹¹⁵ Att betrakta platsen i turordningen som en intjänad rätt redan innan uppsägningar på grund av arbetsbrist skulle dock förutsätta en annan ordning än den rådande med stort inflytande för arbetsmarknadsparterna, eftersom en enskild arbetstagare knappast kan förväntas avstå sin rätt (det vill säga sin plats i turordningen), med mindre att hon får en viss kompensation. Därmed inte sagt att en sådan ordning vore vare sig bättre eller sämre än den rådande, men annorlunda, vilket skulle yttra sig i att den enskilda arbetstagaren skulle få större inflytande, men också större ansvar att förhandla för egen del. På den här punkten står dock tydligen arbetsrätten emot den *individualiseringstendens* (se ovan 3.4) som det alternativa synsättet skulle innebära.

De uppräknade situationerna har det gemensamt att Arbetsdomstolen har svarat nekande på frågan om arbetsmarknadsparterna genom kollektivavtalet disponerat över arbetstagarens enskilda rätt. Det mest frekvent återkommande ämnet över vilken kollektivavtalsparterna inte utan arbetstagarens bemyndigande kan disponera över är arbetstagares *pensionsrättigheter*.¹¹¹⁶ Arbetsdomstolen utvecklade rättsläget i AD 1995 nr 157:

”Med utgångspunkt från att den statliga pensionsrätten är att uppfatta som en form av uppskjuten lön och pensionsförmånerna därmed som hänförliga till området för pensionstagarens ”enskilda rätt” är det en ofrånkomlig konsekvens att man i princip inte erkänner någon förfoganderätt för organisationen över utgående pensionsförmåner utan särskilt bemyndigande från den enskilda medlemmens sida. Detta gäller otvivelaktigt om förfogandet är ägnat att påverka den garanterade pensionsnivån i en för pensionstagaren negativ riktning. Situationen får däremot antas vara en annan, om en ändring är att betrakta endast som en av huvudsakligen tekniska skäl genomförd justering av pensionsbestämmelserna.”¹¹¹⁷

¹¹¹⁵ Jfr Boel Flodgren, som kritiserar den rådande ordningen utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Eftersom den arbetstagarorganisation som förväntas ta tillvara arbetstagarens intresse i en så avgörande fråga som att behålla sin anställning inte behöver något medgivande från den enskilde ens ifråga om att ge upp den rätten riskerar den enskilde att lida en rättsförlust, Flodgren, *Det lokala facket och medbestämmandet* s. 132.

I det avseendet ligger, för att låna ett analytiskt verktyg från Anna Christensen, tydligen den kollektivavtalsrättsliga regleringen närmare ”Det marknadsfunktionella grundmönstret” än grundmönstret ”Skydd för etablerad position, jfr Christensen, *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster* s. 547 (den ligger nog också närmare ”Det marknadsfunktionella grundmönstret” än grundmönstret ”Rättvis fördelning”, a.a. s. 549 f.).

¹¹¹⁶ Se AD 1998 nr 109 och AD 1998 nr 85, båda med hänvisning till AD 1984 nr 128 och AD 1995 nr 157 (med hänvisning till AD 1984 nr 128). AD 1984 nr 128 hänvisar i sin tur till förarbeten, doktrin och äldre praxis.

¹¹¹⁷ Det upprepas i AD 1998 nr 109.

Pensionsrättigheter uppfattas som ”uppskjuten lön”, det vill säga den rätt som avses är direkt hänförlig till anställningsavtalet. I principen antyds också ett ytterligare skydd för arbetstagaren, i det att den framförallt skall skydda en arbetstagare mot att pensionen (”den uppskjutna lönen”) påverkas i negativ riktning. I domen (AD 1995 nr 157) sägs i och för sig inget om vad som skall gälla om pensionen skall påverkas i positiv riktning, först då ställs relationen mellan den individuella arbetsrätten (som primärt skyddar arbetstagaren) och kollektivavtalsrätten (som primärt skyddar kollektivavtalsrelationen) på sin spets. Däremot sägs uttryckligen att inte endast en teknisk justering skall kräva bemyndigande av den enskilde arbetstagaren enligt principen om arbetstagarens enskilda rätt. I den delen garanteras arbetsmarknadsparterna ett visst handlingsutrymme, då det är justeringar som genomförs endast av huvudsakligen tekniska skäl som kräver bemyndigande. Om betoningen läggs på *huvudsakligen* snarare än på *endast* kan kollektivavtalsparterna tydligen till och med låta andra skäl än tekniska påverka justeringarna, så länge de tekniska är de huvudsakliga.

Trots att principen uppenbarligen betraktas som en generell princip uppvisar tillämpningen ett tydligt mönster. I senare praxis, i princip sedan medbestämmandelagens införande, är pensionsrättigheterna rent av *det enda* ämnet som har varit föremål för begränsningar med uttrycklig hänvisning till arbetstagarens enskilda rätt.¹¹¹⁸ Gränserna mellan kollektivavtalsparternas inflytande och arbetstagarnas rättigheter från andra källor verkar alltså, utom såvitt avser just pensioner, avgöras enligt andra argumentationsmönster.

7.9.3 Den personliga integriteten

7.9.3.1 Den tekniska utvecklingens närvaro

Arbetsgivaren kan ha intresse av att i olika avseenden kontrollera arbetstagaren. En sådan önskan kan förstås i och för sig avse praktiskt taget vad som helst, men någorlunda närliggande exempel kan vara arbetstagarens korrespondens, arbetstagarens rörelsemönster på arbetsplatsen, och eventuell droganvändning. Det kan å ena sidan tänkas att den tekniska ut-

¹¹¹⁸ Den äldre praxis till vilken AD 1984 nr 128 hänvisar uppvisar en något mer varierad flora, nämligen rätt till periodiskt skadestånd i form av en lönegaranti (AD 1966 nr 25), redan intjänad rätt till ersättning för övertidsarbete (AD 1958 nr 23 II) samt medgivande av anstånd för motparten med talan (AD 1947 nr 13, vilket synes vara principens ”moderfall”).

vecklingen (se 3.6) medför ökade möjligheter till kontroll. All elektronisk post kan ju å ena sidan, i princip enkelt, läsas av arbetsgivaren. All korrespondens passerar mer eller mindre bildligt talat framför arbetsgivarens ögon, och arbetsgivaren kan själv välja om hon vill titta eller inte (det är självfallet fråga om resurser, men i princip). De gamla stämpeluren ersätts av system som kan logga varje passage genom vilken dörr som helst inom företagets premisser. Den tekniska utvecklingen, kan man tänka sig, medföra att det blir lättare och billigare att både utföra och analysera prover beträffande olika droger.

Å andra sidan kanske inte för stora växlar skall dras på den tekniska utvecklingen. De skillnader den innebär, som vi omedelbart kan se, är en fråga om vilka resurser som behöver läggas ner för en viss mängd kontroll. De tekniska möjligheterna att kontrollera arbetstagarnas post är, utöver hur resurskrävande det är och hur lätt det är att göra utan att den kontrollerade märker att den är kontrollerad, desamma med traditionell post. Passager genom dörrar *kan* bevakas också utan system som automatiskt loggar varje passage, och drogtester har kunnat utföras länge. Skillnaden kanske inte är annan än att det har varit svårare, och därmed mer resurskrävande.

Den tekniska utvecklingen skapar en *kvantitativ* skillnad, snarare än en *kvalitativ*, kanske man kan säga. Den kvalitativa skillnaden ligger däri att det är ett större motstånd mot att bryta ett förseglat kuvert, jämfört med att använda ett pekdon för att läsa elektroniska brev på en datorskärm. Skillnaden är med det perspektivet inbyggt i vår kultur och vår uppfostran snarare än i våra tekniska lösningar, det är "fult" att öppna andras brev, men andras e-post är inte bestämd på samma sätt. Det bär på motsvarande sätt emot att avdela en arbetstagare till uppgiften att observera och anteckna vem som går igenom en viss dörr, om det inte särskilt goda skäl för att bevaka just den dörren, men det bär inte på samma sätt emot att titta på loggarna över hur många gånger ett visst passerkort använts för att öppna samma dörr. Med drogtester kan det förhålla sig på samma sätt. Det skall till särskilda skäl för att testa varje arbetstagare för, låt säga, alkohol – om det inte kan göras opersonligt, till exempel genom så kallade alkoholås som garanterar att den som startar ett fordon inte har någon alkohol i utandningsluften.¹¹¹⁹

¹¹¹⁹ Det kan också träffas kollektivavtal om sådana åtgärder. I AD 2009 nr 36 var bland annat fråga om arbetsgivaren genom att installera ett visst system för alkoholkontroll för de som skulle använda tjänstefordon (så kallade alkoskåp i vilka startnycklarna till fordonen förvarades) brutit mot ett kollektivavtal enligt vilket arbetsgivaren förbundit sig att installera ett annat system för sådan kontroll (fordonsmonterade alkoholås).

För tydlighets skull kan sägas att den beskrivning av olika yttringar av den tekniska utvecklingen som företagits inte gör anspråk på att uppvisa någon djupare kunskap om olika tekniska lösningar. Det behövs, från rättens utgångspunkt, inte heller. Skillnaden som den tekniska utvecklingen innebär finns inte *utanför* rätten i den tekniska utvecklingen som sådan utan *i* rätten. Det är bara rätten själv som kan svara på om och i så fall hur och varför de ändrade förutsättningarna skall påverka eller utgöra någon skillnad för rätten. I en strävan att känna och förstå de egna bevelsegrunderna kan den kulturella förståelsen (som söker orsak och verkan i rätten) vara väl så fruktbar som en förståelse som söker orsaken utanför rätten och verkan i rätten (se vidare ovan 4.3).

7.9.3.2 *De materiella avtrycken*

Frågan är i vilken utsträckning de kollektiva parterna kan disponera över dylika frågor. Om svaret är att de kollektiva parterna inte har någon möjlighet att disponera över dem innebär det att frågan uteslutande är en fråga mellan arbetsgivaren och arbetstugaren. I så fall blir det en fråga om anställningsavtalet, och inom ramen för detta en fråga om arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Det innebär i sin tur att de frågorna inte kan prövas rättsligt med mindre att arbetstugaren sätter sin anställning på spel genom att vägra underkasta sig kontrollen ifråga. Det kan betraktas som ett, ur arbetstugarskyddsperspektiv, otillfredsställande rättsläge. Arbetstugarens position i ett sådant fall påminner om den som kan följa av deltagande i en oorganiserad strejk, såtillvida att arbetstugaren känna sig tvingad (i det fallet till exempel av lojalitet till sina arbetskamrater) att sätta sin anställning på spel, eftersom det är det enda sättet på vilket en rättslig prövning kan anhängiggöras. Situationerna skiljer sig dock åt på det avgörande sätt att stridsåtgärdsfrågan är förbehållen de kollektiva parterna. Arbetsrätten är orienterad på det sättet att frågor om stridsåtgärder skall handskas med på den kollektiva nivån, det kan rent av sägas att den kollektiva arbetsrätten skapats för att tillhandahålla den nivån, för att komma tillrätta med mer kaotiska arbetsnedläggelser och skapa en ordning för stridsåtgärder, till fromma dels för arbetsmarknadens parter, men också, och inte minst, för staten, därav den historiska betoningen av regleringens fredspliktsfunktion (se särskilt kap. 5.3.3 vid n. 483 och följande noter). Arbetstugarens integritet (eller för den delen arbetsgivarens integritet – som inte ens är en fråga) är däremot en jämförelsevis ny fråga, en fråga utan historiska rötter. Dess placering i arbetsrätten är nog oklar, och för att finna sin plats och passas in i den arbetsrättsliga berättelsen kan den anknyta till bekanta figurer. Annamaria J. Westregård bygger en modell för den intresseavvägning mellan arbetsgivarens intresse av att

få vidta en integritetskränkande åtgärd och arbetstagarens intresse av att slippa åtgärden ifråga. Arbetsgivarens begränsade utrymme för arbetsledningsrätten förklaras därvid under begreppet *god sed på arbetsmarknaden* (se vidare 7.7.3).¹¹²⁰

Också frågor om kontroll av arbetstagare kan dock vara reglerade i kollektivavtal.¹¹²¹ Just en sådan situation var förhanden i AD 1997 nr 29, där fråga var om saklig grund för uppsägning av en arbetstagare som vägrat efterkomma en kollektivavtalsenlig skyldighet att underkasta sig kontroll vid en utpasseringskontroll anordnad av arbetsgivaren. Kollektivavtalet gav inga närmare besked om hur kontrollen skulle anordnas, det gav inte heller något besked om vilken påföljd som skulle följa på en vägran att underkasta sig den föreskrivna kontrollen. Arbetsdomstolen gjorde, möjligen men inte uttryckligen, mot bakgrund av kollektivavtalets brist på precision i ovan berörda avseenden, en ”enligt fast praxis” grundad bedömning av åtgärdens uppfyllande av saklig grund. I fråga om vad som gällt för det fall kollektivavtalet innehållit bestämmelser om påföljder för avtalsbrott går knappast några slutsatser att dra av AD 1997 nr 29. Utgångspunkten för lagstiftningen är att kollektivavtalsparterna inte skall kunna disponera över kravet på saklig grund enligt 7 § LAS. Bestämmelsen ifråga är inte semidispositiv (2 § 3 och 4 st. LAS *e contrario*),¹¹²² utan den får betraktas som uttryck för ett arbetstagar skydd vars omfattning är förbehållet staten, främst genom Arbetsdomstolen, att utforma. Att det är på det sättet gör dock ingalunda bestämmelser i kollektivavtal irrelevanta för frågan om anställningsförhållandet bestånd. Till exempel kan ordningsregler i kollektivavtal få betydelse på så vis att upprepade (eller i enskilda fall flagranta) brott mot ordningsföreskrifter kan läggas till grund för en uppsägning. För att en uppsägning slutligt skall komma ifråga torde också krävas att

¹¹²⁰ Se Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet s. 21 och s. 141.

¹¹²¹ Se AD 2009 nr 36 vari Arbetsdomstolen lägger ut texten om utrymmet att i kollektivavtal reglera arbetstagar skyldighet att underkasta sig drogtest. Se också AD 1998 nr 97. Jfr AD 2009 nr 59 i vilket Arbetsdomstolen istället talar om att arbetsgivaren tillämpade en ”överenskommelse med arbetstagarorganisationernas klubbar en utarbetad drogpolicy”. På vad sätt en sådan ”överenskommelse” skiljer sig från ett kollektivavtal utvecklas inte.

¹¹²² Regelstrukturen är en bild av det hierarkiska förhållandet mellan staten och arbetsmarknadsparterna (samtidigt som den ger det hierarkiska förhållandet mellan parterna, bilden är verkligheten – i vart fall all verklighet vi behöver bekymra oss över). Det är extra tydligt på områden som är reglerade i lag (till exempel anställningsskyddet), antagligen särskilt när lagstiftningen i fråga är en skyddslagstiftning (samma exempel). Lagstiftaren stadgar en ordning, partsautonomin inom den ordningen vilar på de bestämmelser som ger arbetsmarknadsparterna möjlighet att träffa (rättsligt relevanta, tillämpliga) överenskommelser som avviker.

arbetsgivaren gjort vad som kan krävas för att arbetstagaren skall ha fått klart för sig att upprepade förseelser kan leda till uppsägning.¹¹²³

Avslutningsvis skall kort beröras en fråga som har med den enskildes integritet och kollektivavtalsrättens gränser att göra. Ibland råkar rättsområden korsa varandra, utan att det är förutsett. Ett sådant tillfälle är Datainspektionens beslut av den 17 december 2007 enligt vilket Byggnadsarbetareförbundet med stöd av personuppgiftslagen (1998:204) föreläggs att upphöra med att behandla personuppgifter angående utanförstående arbetstagare.¹¹²⁴ I fokus för beslutet står de i andra sammanhang omdiskuterade granskningsarvodena. Enligt ett kollektivavtal mellan Byggnads och Sveriges Byggindustrier är arbetsgivare inom byggsektorn skyldig att till Byggnads redovisa granskningsunderlag i form av personnummer, namn, lönesumma, arbetade timmar, fördelningstal, löneperioder samt för månadsavlönade arbetstagare lön och avdrag. Därutöver har facket enligt kollektivavtalet rätt att ta del av övrigt erforderligt underlag för att kunna utföra granskningen.¹¹²⁵

7.10 Avslutning i kollektivavtalsstolkningens gränsländ

Det närmast föregående avsnittet har behandlat kollektivavtalsrättens förhållande till ”den personliga integriteten”. Redan i det ämnet antyds en gräns, mellan den kollektiva och den individuella arbetsrätten. Ovan har också skilda retoriska figurer som *dolda klausuler* respektive *god sed på arbetsmarknaden* berörts. De har behandlats under skilda rubriker, men om de, som en avslutande övning, förs samman kan de belysa kollektivavtalsrättens interna gränser.

¹¹²³ Det finns en mycket omfattande praxis om 7 § LAS och kravet på saklig grund för uppsägning. På en mycket hög generalitetsnivå kan nog sägas att den strävar efter att uppsägning skall vara den sista åtgärden. Bestämmelsen i 7 § 2 st. med innebörden att omplacering skall föregå uppsägning pekar i samma riktning.

¹¹²⁴ Dnr 498-2007. Beslutet överklagades till länsrätten och därefter till kammarrätten, vilken ännu inte meddelat utslag.

¹¹²⁵ Se Byggnadsavtalet (Riksavtal 2007 mellan Sveriges Byggindustrier och Svenska Byggnadsarbetareförbundet 2007-04-01 – 2010-03-31) § f. 4: Lokalavdelning äger rätt att fortlöpande granska löneförhållanden i företaget inom, Byggnads-, R-, S- och Anläggningsavtalens tillämpningsområden. Arbetsgivaren är skyldig att lämna uppgift om löner till Byggnads lokalavdelning enligt nedan. Enligt § 3 f. 4.2. skall granskningsunderlaget innehålla: Personnummer, namn, lönesumma, arbetade timmar, fördelningstal samt löneperioder.

Just ifråga om ett ämne som rör den personliga integriteten, nämligen kontroll av privat e-post, har hävdats att ett sådant intrång kan vara i strid god sed på arbetsmarknaden, och samtidigt i strid med en dold klausul i kollektivavtal (och därför förenat med skadeståndskyldighet enligt 54–55 §§ MBL).¹¹²⁶ När frågan är begränsad till ett visst specifikt ämne möter resonemanget egentligen inget hinder. Om frågan (till exempel kontroll av privat e-post) överhuvudtaget befinner sig inom arbetsmarknadsparternas sfär och en god sed kan formuleras är det nära till hands att ge den goda seden sanktion i form av allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrott (resonemanget följer rationaliteten i AD 1978 nr 89, se ovan n. 636).¹¹²⁷

Att i en specifik fråga tillskriva kollektivavtal dolda klausuler grundade i god sed på arbetsmarknaden är en praktiskt användbar, tillgänglig retorisk figur för Arbetsdomstolen. Dess användande skulle också ligga i linje med hur kollektivavtalsrätten utvecklas, det vill säga fråga för fråga genom Arbetsdomstolens praxis. Det medför i sin tur att kollektivavtalsrätten alltid, vid varje given tidpunkt, kommer att vara *fragmentiserad* (se också ovan n. 689). Det finns alltid någon fråga som är obesvarad, och som måste besvaras för sig.

Däremot möter, trots att det skulle motverka fragmentiseringstenden- ser, hinder att använda god sed på arbetsmarknaden som en generell princip i kollektivavtal. De dolda klausulerna kan förvisso bygga på generella, abstrakta figurer som "sakens natur",¹¹²⁸ vilket i och för sig inte borde hindra att grunda en dold klausul på en princip som "god sed". Den specifika frågan (som, till exempel, kan ha att göra med den personliga integriteten) kan sammanföra figurerna, men man kan inte av det dra slutsatsen att principerna sammanfaller så att varje handling i strid med god sed på arbetsmarknaden samtidigt är en överträdelse av ett kollektivavtal (i den mån ett tillämpligt kollektivavtal finns). Att principen så uttryckligt anknyter till en moralisk grund (*god sed*) skulle visserligen kunna passas in i den allmänt avtalsrättsliga distinktionen mellan tolkning och utfyllning, eftersom den därigenom uttryckligt hänför sig till det *rättsliga*, det vill säga utfyllningen. Den dolda klausulen skulle då inte direkt härleda sin legitimitet till parternas uttryckta vilja (det vill säga tolkningen), men de skulle ändå härledas till avtalet.¹¹²⁹

¹¹²⁶ Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 271.

¹¹²⁷ Nästan allt som arbetsmarknadsparterna kan tänkas sluta kollektivavtal faller inom deras sfär, se ovan 5.5). I fråga om dolda klausuler är det ju inte heller arbetsmarknadsparterna som vill tillskansa sig mer inflytande, utan Arbetsdomstolen som vill tillskriva dem inflytande.

¹¹²⁸ Se Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 248.

¹¹²⁹ Tanken markeras av uttrycket *tysta utfyllningsregler*, se ovan n. 1085.

Varken praktiska eller systematiska argument tycks alltså hindra att god sed på arbetsmarknaden betraktas som en dold klausul i kollektivavtal. Inte heller de vanliga sätten att legitimera de dolda klausulerna verkar stå ivägen (se ovan n. 1078). Tvärtom, kan tyckas. Det kan ju knappast tänkas att kollektivavtalsparterna inte skulle acceptera ”god sed på arbetsmarknaden” om en förutsättning för avtalet, inte i dess moraliskt grundade mening. I den meningen är det antagligen för generellt och därtill alltför ”självkänt” för att det skall vara möjligt att formulera en dold klausul på en sådan förutsättning. Att varje handling i strid med god sed på arbetsmarknaden skulle utgöra kollektivavtalsbrott skulle sammanblanda den normativa, positiva, verksamheten som formulerandet av dolda klausuler innebär med den korrigerande, negativa, verksamheten som (bland annat) formulerandet av ”god sed på arbetsmarknaden” innebär.

”God sed på arbetsmarknaden” är, i kollektivavtalsrätten, ett juridiskt tekniskt begrepp, inte ett moraliskt (inte mer än vilket begrepp som helst). Den tekniska innebörden är specifikt knuten till vissa situationer, vilka avgörs ytterst och *in casu* av Arbetsdomstolen. Detsamma gäller de dolda klausulerna, liksom den personliga integriteten och vilken som helst av de strategier som berörts ovan. Kollektivavtalsrätten kan mot den bakgrunden, med en komparativ liknelse, förstås som ett domstolsdrivet *common-law* system. De generella normerna finns i kollektivavtal, medan den kontrollfunktion som Arbetsdomstolen utövar utvecklas organiskt, fall för fall. Utvecklingen av det området styrs då inte av någon *utifrån* kommande rationalitet, utan av den rationalitet som växer *i* området.¹¹³⁰ Det ger oundvikligen området en fragmentiserad karaktär, men det ger också en enhetlighet, vilken garanteras av att Arbetsdomstolens ledamöter, arbetsmarknadsparternas företrädare och den arbetsrättsliga doktrinen delar samma bild av kollektivavtalsrätten såsom den målas av dess teorier, tolkningsstrategier och andra figurer. Man behöver inte vara överens i varje enskilt fall (tvärtom, i vissa frågor förutsätts man snarare vara oeniga) men den grundläggande förståelsen är gemensam – man kan tala om *ett* område.

¹¹³⁰ Det är talande att Tore Sigemans fråga ”[ä]r de tolkningsregler som arbetsdomstolen tillämpar bra?” inte får något svar, åtminstone inte när frågan riktas till kollektivavtalsrättens aktörer (däribland Arbetsdomstolen, i skepnad av Hans Stark), se Ahlberg och Edling, vad säger kollektivavtalet? s. 16.

8 Om förhållandet mellan normer i kollektivavtalsrätten

8.1 Inledning

Det föregående kapitlet avslutades med att likna kollektivavtalsrätten vid ett domstolsdrivet *common-law*-system som utvecklas fall för fall. Den svenska civilrätten, också kollektivavtalsrätten, har dock sina rötter i en annan tradition, i vilken rätten gärna uppfattas som ett system av normer, vilka härrör från olika, sinsemellan ordnade, källor (se också ovan 2.3.2). Arbetsrätten hanterar huvudsakligen tre sådana normkällor; Författning, anställningsavtalet och kollektivavtalet. Kollektivavtalets plats i rättssystemet ges, bland annat, av dess förhållande till angränsande normkällor. En särskild fråga för kollektivavtalsrätten är således frågan om hur arbetsrättens källor struktureras. Frågan handlar om konkurrens mellan normer av olika slag, men den aktualiserar också en gräns mellan vad som behandlas som en fråga om avtalets innehåll (kap. 7) och vad som är en fråga om konkurrerande eller överlappande bestämmelser. I kollektivavtalsrätten, och därmed i det föregående kapitlet och i det följande, går den mellan bestämmelser i samma avtal som är sinsemellan oförenliga respektive mellan bestämmelser i olika normkällor. Den förstnämnda behandlas som en fråga om avtalstolkning medan den sistnämnda behandlas som en särskild fråga.

Gränsen bygger på en begreppslig glidning. Ett ”avtal” uppstår i sin enklaste form när två viljeförklaringar sammanfaller, det är det avtalet som behandlas som ett typavtal – ett momentant avtal med två bestämmelser, viss vara mot visst vederlag (sedan måste villkor till för att avtalet praktiskt skall kunna fullgöras, till exempel bestämmelser om överlämnande – bilden börjar omedelbart krackelera). Den gränsdragning som diskursen och därmed denna avhandling bygger på vilar dock på ett annat avtalsbegrepp, som kanske är säregen för kollektivavtalsrätten: Avtalet är en samling bestämmelser som träffats vid samma tillfälle och/eller som har ett funktionellt samband. Med ett formbundet avtal som kollektivavtalet är en sådan förståelse nära till hands, särskilt som avtalen

gärna utges i samlade skrifter under ett namn som identifierar avtalet som ett *ett*.¹¹³¹

Kapitlet som följer är disponerat enligt följande. Den första relationen som behandlas är den mellan lag och bestämmelser i kollektivavtal (8.2). Under den rubriken behandlas dels situationen att normer *konkurrerar*, dels situationen att normer *överlappar* varandra. Vilken situation som är förhanden är i sig en tolkningsfråga. Vilken fråga som skall besvaras av tolkningen i den enskilda situationen bestäms av den överordnade normen, det vill säga författningen. Regelsystemet förutsätter alltså en hierarki, där författningen är överordnad avtalet.¹¹³²

Den andra relationen som behandlas är den mellan normer i två (eller flera) olika kollektivavtal (8.3). Också den delar i sin tur upp sig, dock i tre situationer, vilka behandlas på olika sätt. De tre situationerna kan beskrivas enligt följande. Den första är att ett visst arbete regleras av ett kollektivavtal, varefter arbetsgivaren sluter ett andra kollektivavtal med en annan arbetstagarorganisation, och detta andra avtal är tillämpligt på samma arbete. Den andra situationen är att en arbetsgivare är bunden av två kollektivavtal, vart och ett tillämpligt på olika arbetsuppgifter, varefter ett visst arbete ändrar karaktär med följderna att två olika kollektivavtal kan göra anspråk på att tillämpas. Den tredje situationen är att normer i kollektivavtal på olika nivå är tillämpliga samtidigt.

Den tredje relationen som behandlas är förhållandet mellan normer i kollektivavtal och normer i anställningsavtal (8.4).

8.2 Förhållandet mellan lag och kollektivavtal

8.2.1 Om konkurrerande normer

Det anmärks ofta att kollektivavtalet har egenskaper som, ehuru det är ett avtal, får det att likna lag.¹¹³³ Som normkälla betraktat är det dock underställt lag (och på den offentliga sektorn i princip också andra offentlig-rättsliga normer, jfr 8 kap. 2 § RF).¹¹³⁴ Strider kollektivavtalsbestämmelsen

¹¹³¹ Diskursen innehåller en abstraktionsmekanism som gör att man kan tala om kollektivavtalet, i bestämd form singular, trots att det undersökta konkret består av ett stort antal kollektivavtal, se också kap. 4.4.

¹¹³² Frågan har att göra med utrymmet för partsautonomin, se också ovan 5.5.2.

¹¹³³ Se särskilt n. 69.

¹¹³⁴ Ett av få rättssteoretiska arbeten som uttryckligen tar upp förhållandet mellan författningar och kollektivavtalet är Eckhoff, Retskildelære s. 255: [...] får tariffavtalen lignende virkninger som preceptoriske lover. Men de har lavere rang, slik at de må stå tilbage for preceptoriske regler som stadsmyndighederne har vedtaget." Liknelsen i citatets första

mot en bestämmelse i lag löses konkurrenssituationen beroende på vilket utrymme lagen ifråga ger för avvikande bestämmelser. Den på en eventuell överksamhet följande frågan hur kollektivavtalet skall tillämpas är en fråga för tolkning av det avtalet, eller naturligtvis för avtalsparterna att lösa genom att förhandla om avtalet (vilket systematiskt innebär att ett nytt avtal sluts).¹¹³⁵ Det gäller oavsett om kollektivavtalsbestämmelsen är äldre eller yngre än den överordnade lagregeln, men operationen för att lösa den uppkomna situationen kan tänkas vara olika (den är naturligtvis beroende på omständigheterna i det enskilda fallet).

I konsekvens med att partsautonomin vilar på lagstiftarens tolerans (se strax ovan) väljer lagstiftaren i vilken utsträckning arbetsmarknadsparterna skall kunna välja egna lösningar. Lagregler som inte kan frångås genom kollektivavtal känner vi som *tvingande*. I civilrätten ställs dessa mot *dispositiva* regler, det vill säga regler som kan frångås genom avtal. Dispositiva lagregler kommer alltså att fungera som de kollektivavtalsrättsliga *stupstocksreglerna*. Kollektivavtalsparterna kan gemensamt komma överens om en viss lösning, om de inte vill eller lyckas gäller lagstiftarens lösning. Det innebär också att den ena parten kan tvinga fram lagstiftarens lösning genom att vägra komma överens. Metaforen (stupstocksregel) är våldsam, vilket i sig verkar vara ett kollektivavtalsrättsligt kännetecken.

Kollektivavtalsrätten håller sig dessutom med en särpräglad nivå mellan tvingade och dispositiva regler. Den teknik med *semidispositiva* lagregler som är vanlig i arbetsrättsliga lagar ger förvisso att bestämmelser i kollektivavtal kan gå före bestämmelser i lag, men det sker på lagens villkor, genom att denna positivt pekar ut i vilken utsträckning det är möjligt (se till exempel 4 § MBL, 2 § LAS, 2 § 2 st. semesterlagen, 3 § arbetstidslagen *etcetera*). De semidispositiva reglerna öppnar också för en lagstiftningsteknik som går ut på att lagstiftaren genom att införa av arbetsmarknadsparterna önskade lösningar i semidispositiv lag kan ge incitament att träffa kollektivavtal.¹¹³⁶ I de semidispositiva reglerna används en teknik som innebär att lagen endast kan åsidosättas genom

mening är välbekant, men de båda normslagen brukar inte på det sättet i samma andetag uttryckligt sättas i relation till varandra. Det måste nog bemärkas att det inte sker i ett arbetsrättsligt arbete, utan i ett som syftar till att ordna rättskällorna systematiskt.

¹¹³⁵ Jfr (t.ex.) kap. 5.6.

¹¹³⁶ Se Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 163. Jfr dock om den i och för sig kollektivavtalsfrämjande effekten ("[b]ortsett från hur man värderar den synpunkten som sådan") av semidispositiv lagstiftning i den situationen att arbetsgivare som vill göra något (till exempel anställa på ett visst sätt) endast kan göra det genom att teckna eller ansluta sig till ett kollektivavtal, prop. 1981/82:71 s. 45 (där departementschefen diskuterar utrymmet för provanställningar i den nya lagen om anställningsskydd).

kollektivavtal som slutits på central nivå, motsatsvis inte genom kollektivavtal på lokal nivå. I konstruktionen kan ett arbetstagar skydd anas. De kollektivavtalsförhållanden som de dispositiva reglerna i medbestämmandelagen tar sikte på ligger dock inte i sig på någon viss angiven nivå.¹¹³⁷ De semidispositiva reglerna bygger alltså underförstått på, och förutsätter, en viss struktur bland arbetsmarknadens organisationer (jfr kap. 3.5).

8.2.2 Om överlappande normer

Bestämmelser i lag och kollektivavtal kan komma att överlappa varandra, även om de inte konkurrerar (jfr 8.2.1). Det innebär till exempel att dubbla påföljdssystem kommer att bli tillämpliga om en bestämmelse i lag samtidigt är kollektivavtalsinnehåll.¹¹³⁸ Arbetsdomstolen har för sådana fall utbildat en tolkningsmaxim som innebär att det krävs att hänvisningen kommer tydligt till uttryck i avtalet för att en viss lag helt eller delvis skall anses utgöra innehåll i ett kollektivavtal.¹¹³⁹ Maximen tangerar den kollektivavtalsrättsliga ”klarhetsregeln” (se ovan 7.6.2.6). Regeln är också konsekvent med att betrakta kollektivavtalspraxis utifrån att den utgör riktlinjer för arbetsmarknadsparternas avtalsverksamhet (se 7.4). I det ursprungliga fallet i hänvisningskedjan, AD 1946 nr 67 [III], motiveras principen dock inte med intresset av tydlighet, utan den formuleras istället inom ramen för en fråga om Arbetsdomstolens behörighet. Endast om en viss lagstiftning utgjorde kollektivavtalsinnehåll var Arbetsdomstolen vid den tiden behörig domstol, varför ett sådant innehåll måste ha kommit till tydligt uttryck.

En särskild tolkningsfråga kan uppstå om lagstiftning införs eller ändras så att en norm i ett kollektivavtal och en norm i lag därmed kommer att överlappa varandra. Arbetsdomstolen har formulerat en generell tolkningsmaxim enligt följande: ”Om någon på grund av avtal är skyldig att utge en viss förmån och det sedan införs en skyldighet enligt tvingande lag för den förpliktade avtalsparten att utge samma slags förmån med en högre nivå än avtalets, är den avtalsparten normalt sett avtalsenligt berättigad att tillgodoräkna sig vad som utges på grund av lagen.”¹¹⁴⁰

¹¹³⁷ Se prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 333.

¹¹³⁸ Se AD 1998 nr 4.

¹¹³⁹ AD 2009 nr 5 och AD 2001 nr 78, båda med hänvisning till ”AD 1998 nr 4 med där gjorda hänvisningar”, AD 1998 nr 4 med hänvisning till AD 1946 nr 67 [III], AD 1973 nr 19 och AD 1977 nr 87.

¹¹⁴⁰ AD 1997 nr 94. Fråga var om en arbetsgivare var skyldig att betala sjuklönen enligt kollektivavtal parallellt med en sedermera införd laglig skyldighet att betala sjuklönen, en sjuklönen som var högre än vad kollektivavtalet garanterade.

Kollektivavtalsparterna disponerar över regeln så att kollektivavtalet kan föreskriva en annan ordning, till exempel att ersättningen enligt avtalet skall utgå vid sidan av ersättning enligt lag. Arbetsdomstolen gav i samma resonemang en viss ledning för tolkningen: ”En sådan innebörd kan avtalet ofta antas ha i fall då förmånen enligt lagen inte är av alldeles samma slag som den förmån som följer av avtalet.” Vad som är av ”alldeles samma slag” är lämnat tämligen öppet. I den aktuella domen nämns ersättningens karaktär och de förutsättningar under vilka den skall utges.¹¹⁴¹ Tolkningsregelns ekonomiska rationalitet vilar inte på arbetstagarens ersättningsnivå. Regeln kan nämligen inte vändas på i den situationen att lagens ersättningsnivå sänks. Kollektivavtalet kan då inte, om det inte framgår uttryckligt, tolkas så att arbetsgivaren förpliktigas öka ersättningen så att arbetstagaren kompenseras för det sänkta beloppet.¹¹⁴²

Även om det inte är något problem i och för sig att normer i författning och kollektivavtal överlappar varandra är inte kollektivavtalsrättens sätt att hantera situationen neutral. Genom att lagens lösning ges ett försteg (se också ovan 7.6.2.6 och strax ovan 8.2.1) kommer området att harmoniseras åt ett visst håll. Lagstiftningens lösning blir, med en geografisk metafor (se 2.1), en ö som man gärna går iland på. Antagligen gäller det för kollektivavtalsrättens del främst, eller kanske till och med bara, den arbetsrättsliga lagstiftningen. Det ligger närmare till hands att positivt ta in arbetsrättslig lagstiftning i resonemangen medan det ligger närmare till hands att negativt avskilja annan lagstiftning.¹¹⁴³

8.3 Förhållandet mellan olika kollektivavtal

8.3.1 Inledning

Stundom uppstår situationer då två (eller fler) kollektivavtal är tillämpligt på samma arbete.¹¹⁴⁴ Den mest tydliga konkurrenssituationen är den mellan två sinsemellan oförenliga villkor, vilka gör anspråk på att tillämpas samtidigt. De situationerna måste självfallet lösas då samma fråga, om lön eller något annat, inte kan besvaras på två olika sätt. Frågan om

¹¹⁴¹ AD 1997 nr 94. Något annat än att ersättningarna skulle vara av samma slag hade inte hävdats i målet – föga förvånande kanske, mot bakgrund av att parterna inte bedrivit sin process med den sedermera fastslagna regeln i åtanke.

¹¹⁴² AD 1997 nr 94 med hänvisning till AD 1991 nr 88.

¹¹⁴³ Jfr till exempel AD 1989 nr 61.

¹¹⁴⁴ Se AD 1984 nr 50 (och AD 1988 nr 17).

konkurrens mellan olika avtal är vidare en fråga som är särpräglad för just kollektivavtalsrätten. På andra obligationsrättsliga områden har situationen en helt annan karaktär. För det ”typiska avtalet”, köpeavtalet, kan inte gärna två avtal vara oförenliga på samma sätt som kollektivavtal. Om två avtal är oförenliga (och partsställningen i de båda avtalen inte är densamma – då får situationen lösas genom tolkning av de båda avtalen i relation till varandra) föreligger ett fall av tvesala. Det är alltså en onormal situation, därtill hör frågan egentligen inte, som arbetsrätten, hemma i obligationsrätten utan i sakrätten. Det stadgande som reglerar frågan, 1 kap. 5 § HB är både obligationsrättsligt och sakrättsligt: *Säljer man tvem ett; gälde skadan åter, [och böte tio daler,] och den behålle godset som först köpte*. Kollektivavtalsrätten är däremot i princip främmande för sakrättsliga inslag (se också ovan 6.2.2).

Konkurrenssituationen kan ha sin grund i två olika situationer, som behandlas som separata problem. Den första, och den som traditionellt uppfattats som en fråga om konkurrerande kollektivavtal, är den att en arbetsgivare som redan är bunden av ett kollektivavtal vilket reglerar ett visst arbete sluter ett annat kollektivavtal med en annan arbetstagarorganisation, ett avtal som också gör anspråk på att tillämpas på arbetet i fråga. Den andra situationen är att arbetsgivaren är bunden av två olika kollektivavtal som tillämpas på olika arbeten, men att arbetet ifråga ändrar karaktär så att två kollektivavtal kan göra anspråk på att reglera det. En variant på samma tema är att arbetsgivaren skapar ett arbete som redan från början är möjligt att placera in under två olika kollektivavtal. Båda situationerna uppkommer till följd av en förändring, skillnaden dem emellan består i vad som förändras. Den första situationen fokuserar på att kollektivavtalsläget förändras, det vill säga förändringen sker på det *reglerandes* nivå, den andra på att arbetet förändras, det vill säga förändringen sker på det *reglerades* nivå.

Tyngdpunkten i kapitlet ligger på de principer som utbildats i praxis. Det finns dock några lagregler som har att göra med förhållandet mellan olika kollektivavtal i vissa specifika situationer. Dessa regler kommer att beröras avslutningsvis.

8.3.2 Förhållandet mellan kollektivavtal på olika nivå

Kollektivavtalsregleringen består av kollektivavtal på olika nivåer (lokal, central, och ”huvudavtalsnivå”), vilket ger en struktur som på vissa sätt påminner om det offentlighetsrättsliga regelsystemet. Konflikter mellan normer på olika nivå (lag – förordning, förordning – myndighetsföreskrift och så vidare) i det sistnämnda systemet löses genom att en norm av högre konstitutionell valör går före en norm av lägre konstitutionell valör

(maximen *lex superior derogat inferior*).¹¹⁴⁵ Någon sådan tolkningsmaxim finns inte uttryckligt i kollektivavtalsrätten, men den rådande principen är densamma. Det framgår inte uttryckligt av medbestämmandelagens ordalydelse (jfr 27 § MBL som stadgar att arbetsgivare och *arbetstagare* som är bundna av samma kollektivavtal inte med bindande verkan kan träffa avtal i strid med avtalet), men det tycks inte råda något tvivel om rättsläget i och för sig: ”Av 27 § medbestämmandelagen framgår att arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av samma kollektivavtal inte med giltig verkan kan träffa överenskommelse som strider mot avtalet. Varje villkor i ett lokalt avtal som avviker från ett centralt avtal medför dock inte överenskommelsens ogiltighet. Kan avvikelserna anses tillåten enligt det centrala avtalet gäller överenskommelsen. Vidare måste en lokal överenskommelse, oavsett om den avviker från ett centralt kollektivavtal anses gälla om parterna i det centrala avtalet lämnat samtycke till att överenskommelsen träffas eller i efterhand godkänner den (se AD 1977 nr 116).”¹¹⁴⁶ Praxis talar uttryckligen om normativa bestämmelser, men den i AD 1977 nr 116 uttryckta regeln har antagits gälla såväl normativa som obligatoriska bestämmelser.¹¹⁴⁷ Det finns kanske inte heller några sakliga skäl att behandla dem olika, särskilt som distinktionen inte gärna erkänns (se särskilt 5.1), även om 27 § MBL uttryckligen gäller anställningsavtal, det vill säga avtal som normerar anställningsförhållandet, medan obligatoriska villkor inte nämns.

Oavsett hur det står till med sakskalet kan man dra slutsatsen att regeln inte kan motiveras med en hänvisning till MBL, som ju dock i sig själv verkar göra skillnaden. Den rådande ordningen kan dock istället legitime-

¹¹⁴⁵ Hierarkin framgår i princip av 8 kap. RF. Vidare ger 11 kap. 14 § RF uttryck för maximen genom att organ som tillämpar offentligrättsliga normer skall pröva om normen ifråga står i strid med någon överordnad norm. Det så kallade *uppenbarhetsrevisitet*, enligt vilket en tillämpning av lag eller förordning skall underlåtas endast om felet är uppenbart, är omdiskuterat – men det är en helt annan historia (se Holmberg m.fl. Grundlagarna s. 520 f.).

¹¹⁴⁶ AD 1997 nr 45. AD 1977 nr 116 innehåller en snarlik skrivning. Förutom att den hänvisar till 3 § i 1928 års kollektivavtalslag (det vill säga den lagens motsvarighet till 27 § MBL) finns dock en mening mellan motsvarigheterna till första och andra mening- en i det ovan angivna stycket från AD 1997 nr 45: ”Även en av en förening med motsidan träffad överenskommelse om anställningsvillkoren för viss eller vissa medlemmar kan bli ogiltig om överenskommelsen står i strid mot kollektivavtalet.” Vi kan lämna därhän att det är svårt att se vad den egentligen korresponderar med i parternas argumentation och konstatera att Arbetsdomstolen, oombedd eller inte, i den mening uttrycker en regel.

¹¹⁴⁷ Se Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 173. Också i äldre doktrin är inställningen densamma, se Bergström, Kollektivavtalslagen s. 75 f. med hänvisning till äldre praxis. Bergström hävdar uttryckligen att det inte spelar någon roll om bestämmelserna ifråga är normativa eller obligatoriska, Bergström, a.a. s. 76.

ras med parternas avtalsfrihet.¹¹⁴⁸ Genom att de lokala organisationerna är medlemmar i de centrala följer det av avtalsfriheten att de senare kan ange utrymmet för de tidigare. För att ett sådant resonemang skall hålla streck fullt ut måste bundenheten kunna härledas till en viljeförklaring stammande från de centrala organisationerna. Den nu behandlade regeln förutsätter dock till synes inte i och för sig att en sådan avsikt är tydlig. Det krävs till exempel ingen utredning om organisationernas interna förhållanden (dess stadgar eller andra avtal), inte heller är det någon fråga om förhållandena på ena sidan måste vara synbara för den motstående sidan (då hade också fullmaktresonemang kunnat leta sig in i berättelsen). Istället förutsätts viljeförklaringen finnas i det centrala avtalet.

Den rådande rättsliga regleringen går också väl ihop med de gängse strukturerna enligt vilka arbetsmarknadsparterna är organiserade.¹¹⁴⁹ Man kan därför, utan större risk för att bli beslagen med att inte ta hänsyn till verkligheten, säga att kollektivavtalen har slutits mot bakgrund av just den förutsättningen.¹¹⁵⁰ Man kan vidare utan risk påstå att gällande rätt är att utrymmet för lokala kollektivavtal att avvika från centrala kollektivavtal bestäms av de centrala kollektivavtalsparterna. Uppkommer osäkerhet om en bestämmelse i ett lokalt kollektivavtal står i strid med ett centralt kollektivavtal löses frågan genom att avtalen tolkas, enligt sedvanliga principer för kollektivavtalstolkning (därför brukar den nu behandlade frågan inte behandlas som en fråga om konkurrens mellan kollektivavtal). Står de emot varandra får det lokala avtalet vika för det centrala.

Regeln kan alltså inte härledas direkt från MBL, utan den vilar på kollektivavtalets avtalsrättsliga identitet. Därifrån kan också rättsföljden, ogiltighet, härledas som den systemenliga, närmast tänkbara, följd av att ett avtal får vika för ett annat (däremot kommer inte skadestånd ifråga). Regeln och dess följd vilar alltså på hur kollektivavtalen på det reglerade området är strukturerade, och på att områdets aktörer vet hur strukturerna ser ut. Regeln vilar alltså inte på någon annan grund än på området själv. Därför kommer regeln att ha en konserverande funktion,

¹¹⁴⁸ Se Bergström, Kollektivavtalslagen s. 76: "det avgörande är helt enkelt vad som har varit kollektivavtalskontrahenternas avsikt." Det kan nog vara så, men om det är *helt enkelt* är en fråga som är värd att undersökas närmare.

¹¹⁴⁹ Jfr dock SAC, se särskilt ovan kap. 3.5.1.1 n. 329 och n. 331. Just SAC utmanar den kollektivavtalsrättsliga regleringen som historiskt är skapad av och för industrisamhällets sätt att organisera sig. Den bygger därmed på att organisationer med annan grund än de traditionella facken, till exempel SAC, storleks- och styrkemässigt befinner sig på en jämförelsevis marginell nivå.

¹¹⁵⁰ Se arbetsgivarparterna i AD 1977 nr 116, jfr Arbetsdomstolens domskäl.

som verkar mot förändring. Den är också uttryck för en självgrundande cirkel inom kollektivavtalsrätten, och som sådan gör den kollektivavtalsrätten till ett eget rättsområde.

8.3.3 Konkurrens mellan kollektivavtal till följd av ändrade kollektivavtalsrelationer

8.3.3.1 Om regeln

Den "typiska" situationen i fråga om konkurrens mellan kollektivavtal är att en arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal med en arbetstagarorganisation träffar ett nytt kollektivavtal med en annan arbetstagarorganisation, och där det nya kollektivavtalet gör anspråk på att reglera samma arbete som det första avtalet. Anspråket emanerar förstås från kollektivavtalsparterna, varför kollektivavtal både kan och brukar samexistera (den svenska arbetsmarknaden regleras i huvudsak av stabila aktörer som är vana vid varandra och som inte gärna öppet konkurrerar sinsemellan). För de fall anspråken kolliderar har kollektivavtalsrätten utvecklat vissa principer för att lösa konflikten.

I fråga om vilket avtal som skall tillämpas har Arbetsdomstolen skapat en distinktion mellan *anställningsvillkor* och *andra villkor*. För frågor om anställningsvillkor gäller att det äldre avtalet tillämpas, det yngre avtalet tillämpas inte alls. För andra frågor än de som gäller anställningsvillkor tillämpas det äldre avtalet, men det yngre i den mån dess regler inte står i konflikt med det första avtalet (se vidare strax nedan). Den befintliga praxisen behandlar (föga förvånande) uteslutande situationen att ett första avtal står emot ett andra avtal. För det fall det skulle finnas ett tredje avtal torde inte regeln bli annorlunda. Det tredje avtalet tillämpas i fråga om andra villkor än anställningsvillkor i den mån det inte strider mot det första eller andra avtalet.

8.3.3.2 Sinsemellan oförenliga villkor

Regeln med innebörd att det först tillämpliga kollektivavtalet av två avtal med sinsemellan oförenliga avtal skall tillämpas slås fast i AD 1939 nr 24. Fråga var om konkurrens mellan två kollektivavtal; det först tillkomna med en föreningsrättsklausul (med innebörd att det avtalsslutande förbundets föreningsrätt skulle lämnas okränkta), det senare tillkomna med en organisationsklausul (med innebörd att det avtalsslutande förbundets medlemmar skulle ha företräde till anställning). Det först tillkomna kollektivavtalet innehöll dock också en organisationsklausul, och Arbetsdomstolen konstaterar att föreningsrättsklausuler ofta användes i sam-

band med organisationsklausuler. Den förra klausulen har då till syfte att garantera rätten för arbetstagare att tillhöra och verka för sin organisation, den senare har till syfte att ge organisationens medlemmar monopol på arbetstillfällena hos den avtalsbundne arbetsgivaren.¹¹⁵¹

Arbetsdomstolen var alltså föranledd att behandla situationen att arbetsgivaren var bunden av två motstående organisationsklausuler, det vill säga två avtal som krävde monopol på arbetstillfällena för den avtalslutande organisationen, och som därför inte kunde tillämpas sida vid sida. Regeln konstateras vara att det först träffade avtalet gäller, i fråga om vilket avtal som skall tillämpas, medan arbetsgivaren kan göra sig skyldig till skadeståndsgrundande avtalsbrott i den senare relationen. Arbetsdomstolen härledde, utan närmare motivering, regeln ur allmänna rättsgrundsatser. Bakgrunden till tvisten i AD 1939 nr 24 är dock föreningsrättslig, och den rättsliga bakgrunden hämtas ur ett mål om kränkning av föreningsrätten (AD 1937 nr 72).

8.3.3.3 *Prima facie samtidigt tillämpliga, men motstående regler*

Lagstiftaren har, genom sin tystnad, redan från kollektivavtalets införlivande i lagstiftningen lämnat åt rättstillämpningen att avgöra frågor om konkurrens mellan kollektivavtal.¹¹⁵² Den arbetsmarknad som reglerades av de tidigare kollektivavtalen synes vara tydligt uppdelad mellan olika yrken och olika arbeten. Några gränsdragningssvårigheter mellan arbete av det ena eller andra slaget behöver alltså inte ha uppkommit.¹¹⁵³

Portalfallet för den serie av fall som bildar regeln i senare praxis är AD 1974 nr 14.¹¹⁵⁴ Uppdelningen mellan regler som reglerar anställningsförhållanden (normativa bestämmelser) och andra regler (obligatoriska bestämmelser) motiveras av att särskilda förhållanden gäller för de normativa bestämmelserna som inte gäller för de obligatoriska bestämmelserna. Arbetsdomstolen hänvisar upprepade gånger till praktiska tillämpningssvårigheter. Dessa skall (kanske) framförallt bestå i att anställningsvillkor inte bara ges av uttryckliga bestämmelser utan också av ”den avtalstillämp-

¹¹⁵¹ Ett drag för kollektivavtalsrätten tycks vara att den är snar att kategorisera. Det gäller till exempel de typologier som utvecklas vad gäller avtalsklausuler. Beteckningen ”organisationsklausul” eller ”föreningsrättsklausul” blir ett rättsfaktum i resonemanget, här i fråga om att formulera bestämmelserna som oförenliga.

¹¹⁵² Se prop. 1928 nr 39.

¹¹⁵³ I SOU 1988:50 redovisas ett antal gränsdragningstvister som lett till dom i Arbetsdomstolen eller till förlikning, från mitten av 1960-talet och framåt. Se SOU 1988:50 s. 149 ff.

¹¹⁵⁴ För en genomgång av äldre (och nyare) praxis ifråga om konkurrens mellan kollektivavtal se Sigeman i Löntagarrätt s. 130 ff. Se också SOU 1988:49 s. 89 ff.

ning och praxis i övrigt varom avtalsparterna är ense.” Också ett ”naturligt krav på ordning och reda i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare åsidosätts” med en samtidig tillämpning. Att tillämpa de normativa bestämmelserna i två avtal sida vid sida blir bara praktiskt möjligt om de båda avtalen i allt väsentligt har samma innehåll eller på förhand är ”omsorgsfullt samordnade.” Tankegången preciseras inte ytterligare, och det är svårt att tänka sig att två avtal kan samordnas utan att det innebär ett moment av samförstånd mellan parten på arbetstagarpartens sida i det äldre och det yngre avtalet. Den senare arbetstagarparten kan i och för sig på egen hand (tillsammans med arbetsgivarparten) formulera det yngre kollektivavtalet så att det är samordnat med det äldre kollektivavtalet. En sådan konstruktion kan dock knappast utan vidare godtas av arbetstagarparten i det äldre avtalet, då det skulle riskera att undergräva den privilegierade ställning det innebär att vara avtalsbärande arbetstagarorganisation. Striden står här inte bara, inte ens i första hand om att de egna medlemmarna skall få vissa villkor, utan om att vara den som sätter villkoren.¹¹⁵⁵

Resonemanget i AD 1974 nr 14 inleds inte med en praktisk tillämpningsfråga, utan med det normativa ställningstagandet att en vidare synvinkel bör anläggas än att blott rikta uppmärksamheten på enstaka bestämmelser. Kollektivavtalet skall alltså betraktas som en helhet, en enhetlig regelsamling för anställningsvillkoren, och den avtalsbärande arbetstagarorganisationen har berättigade krav på att deras avtal skall gälla exklusivt.¹¹⁵⁶ De ”praktiska tillämpningssvårigheterna” kanske närmast består i att avgöra vilka villkor som skulle vara oregrerade respektive negativt reglerade. Regelen som där formuleras befästs senare i AD 1978 nr 111, och det har då blivit en praxiskapad regel.¹¹⁵⁷

Regeln är klar, men det är inte givet när avtal skall anses konkurrera, utan den frågan får avgöras genom tolkning av de båda avtalen.¹¹⁵⁸ Regeln om konkurrens mellan kollektivavtal bygger, som ovan antytts, i princip

¹¹⁵⁵ Systemet är förstås inte så enkelt så att det går att identifiera *ett* intresse, eller om man finner flera rangordna dessa. Jan Hellners uppdelning av ultimärmål och primärmål (se n. 949) är ett sätt att försöka hantera detta och därmed rädda systemet, ett sätt som skulle vara tillämpligt också på arbetsmarknadens parter normgivning.

¹¹⁵⁶ Se AD 1978 nr 111, kollektivavtal som omfattar reglering av löner och andra anställningsvillkor innefattar i allmänhet ett anspråk på att dessa villkor skall tillämpas generellt inom avtalets giltighetsområde. Anspråket accepteras av rättsordningen.

¹¹⁵⁷ Den befästs också i ”systerfallet” AD 1978 nr 112. Se också AD 1983 nr 18, AD 1988 nr 98.

¹¹⁵⁸ Jfr AD 1984 nr 50, i vilket frågan om två kollektivavtal är tillämpligt på samma arbete presenteras som en fråga om *avtallstillämpningen*. Det är vidare tydligen en särskild tillämpningsfråga: ”Vid avgörandet av om ett visst arbete är att hänföra till det ena eller det andra avtalsområdet blir ofta ofrånkomligt att söka praktiska lösningar som inte alltid helt svarar mot vad en strikt avtallstillämpning skulle leda till.” I just det fallet sparade

på en uppdelning mellan obligatoriska och normativa kollektivavtalsbestämmelser. Tolkningssuppgiften kommer därför, också i princip, att ta sikte på olika frågor om fallet rör normativa villkor eller obligatoriska villkor. I det förstnämnda fallet kommer det att ta sikte på frågan om båda avtalen gäller samma arbete, och avtalen behöver inte jämföras med varandra. I stället kan i tur och ordning prövas om de skall anses omfatta ett visst (det vill säga samma) arbete. I det andra fallet, beträffande de obligatoriska villkoren, kommer två villkor jämföras med varandra för att utröna om de är sinsemellan motstridiga. En delvis annan sak är att frågan kommer att ställas så att problemet inte uppkommer. Ett fackförbund kommer att inför Arbetsdomstolen hävda att en arbetsgivare brutit mot kollektivavtalet, och det kommer inte att behöva avgöras *in abstractu* om den omtvistade bestämmelsen är normativ eller obligatorisk. Den frågan kommer i vissa fall att underförstått följa på att två kollektivavtal i och för sig är möjliga att tillämpa samtidigt, eftersom det då måste avgöras om arbetsgivaren är befriad från att tillämpa bestämmelsen eller inte. Etiketterna "normativ" respektive "obligatorisk" behövs dock inte. Därför behöver man inte heller ta ställning till om den distinktion mellan kollektivavtalsbestämmelser i allmänhet och "andra bestämmelser i ett kollektivavtal än sådana som gäller anställningsvillkor, dvs. regler som inte direkt angår rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare" som formuleras i praxis (AD 1978 nr 111) exakt motsvarar den mellan obligatoriska och normativa villkor. Den distinktionen behövs alltså inte heller i detta sammanhang (se särskilt 5.1), utan den kan vara ett pedagogiskt hjälpmedel när regeln skall beskrivas (se särskilt 2.2.2).

8.3.3.4 En fråga om senioritetsordning

Vad gäller för det fall ett äldre avtal löper ut, för att sedan, men först efter en tid (om än kort) av avtalslöst tillstånd, förlängas. Parallellt med det äldre avtalet gällde ett, i förhållande till det avtalet, yngre avtal, ett avtal som inte löper ut samtidigt som det äldre avtalet. Är i en sådan situation det från början yngre avtalet äldre, i förhållande till det sedermera "återslutna" avtalet?

Om en sådan ordning accepteras, ger det ena parten, antagligen nästan alltid arbetsgivaren, möjlighet att sluta ett andra avtal i väntan på att det äldre avtalet skall löpa ut. Det innebär också att arbetsgivaren kan sätta press på den avtalsbärande fackföreningen. Genom att sluta ett avtal med en konkurrerande fackförening kan arbetsgivaren gå till förhandling inför

nog Arbetsdomstolen en del tankemöda på att komma fram till att det ena, men inte det andra, kollektivavtalet var tillämpligt på ett visst arbete, se nedan n. 1165.

ett nytt avtal med den avtalsbärande fackföreningen och däri använda det andra avtalet som ”hot”. Arbetstagaridans påtryckningsmedel i förhandlingar, strejkvapnet, sätts samtidigt till viss del ur spel om man måste sluta ett kollektivavtal inom en viss tid.

Var gränsen mellan godtagbar strategi och illojalt beteende i avtalsrelationer går låter sig inte sägas på förhand. Dock kan sägas att arbetsgivaren på det sättet kan utnyttja en asymmetri i avtalssystemet. Arbetsgivaren behöver inte kollektivavtal för att kunna verka, medan åtminstone den traditionella fackföreningens existens bygger på att vara kollektivavtalsbärande.¹¹⁵⁹

En ordning som den skisserade skulle i någon mån kunna tänkas störa de lugna och stabila relationer som eftersträvas på arbetsmarknaden. En avtalslös fackförening eller en fackförening med ett yngre kollektivavtal skulle kunna locka till sig arbetsgivare mot löften om, låt säga, en mer arbetsgivarvänlig linje. Oavsett hur arbetstagarna i den avtalsbärande fackföreningen agerar (om de byter eller stannar kvar) skulle fackföreningens löften påverka hur den avtalsbärande fackföreningen kan agera inför ett nytt avtal. Den konkurrenssituation som sålunda skulle skapas på arbetstagaridans skulle kunna leda till oro, en oro som är möjlig för den andra sidan att utnyttja.

Detta till trots verkar rättsläget vara just så, det vill säga ett yngre avtal hamnar först i senioritetsordning i samma stund som det äldre löper ut, oavsett om det senare sluts ett nytt avtal i dess ställe. Reinhold Fahlbeck uttalar sig, tämligen tvärsäkert, för just den lösningen på just det problemet.¹¹⁶⁰ Den av Fahlbeck deklarerade lösningen är också konsekvent med kollektivavtalets identitet som *avtal* (jämfört med offentligrättslig norm). Man kan också ställa sig frågan hur en motsatt tillämpning (det vill säga att avtalsrelationens längd ges rättslig relevans, inte bara det tidsbegränsade kollektivavtalet sett isolerat) skulle motiveras. Avtalet är till sin idé begränsat i tiden. Antingen gäller det, eller också gäller det inte.¹¹⁶¹ I en konkurrensregel som hänvisar till det först slutna avtalet torde ligga att avtalet skall vara alltjämt gällande. För att ett avtal som upphört att gälla

¹¹⁵⁹ ”Traditionella” markerar en skillnad mellan de förbund kring vilka arbetsmarknadsregleringen historiskt byggts upp (främst och ursprungligen LO, men sedermera också TCO och SACO) och de ”icke-traditionella” vilka främst representeras av SAC, se också n. 329.

¹¹⁶⁰ Fahlbeck, En fråga rörande dubbla kollektivavtal enligt svensk rätt s. 163 och s. 167.

¹¹⁶¹ Ett drag i det juridiska tänkandet är att det delar upp världen i bestämda kategorier. Antingen föreligger ett avtal eller inte, antingen har man brutit mot avtalet eller inte, antingen är man arbetstagar eller inte och så vidare. Några mellanting existerar inte, och den rättsliga diskursen går i princip ut på att hänföra företeelser till den ena eller andra kategorin, se White, *The Legal Imagination* s. 110 på exemplet ’insanity’ som grund för

skall kunna hålla sin plats i en senioritetsordning krävs någon ytterligare förklaring.¹¹⁶²

Kollektivavtalsrätten är (naturligtvis) i och för sig inte främmande för lösningar som avviker från det typiska avtalet (då vore kollektivavtalsrätten inte ett eget område). Regler om ”tillfälligt avtalslöst tillstånd” (till exempel 5 § 2 st. MBL, 2 § 3 st. LAS och 1 § 2 st. FörtroendemannaL), regler om att avtal får tillämpas i relation tredje man (till exempel 2 § 6 st. LAS, 3 § 3 st. arbetstidslagen och 2 § 2 st. semesterlagen) och kollektivavtals efterverkan (se vidare 8.4.3) är kollektivavtalsrättsliga särdrag för att lösa vissa problem eller tillgodose vissa ändamål.¹¹⁶³ Vilket behov eller beaktansvärt ändamål som skulle motivera att ett kollektivavtal behåller sin plats som äldre avtal, även om det under en tid inte skulle gälla är svårt att se. Att vissa organisationer skall fortsätta vara avtalsbärande bara i kraft av att de är just avtalsbärande kan knappast räcka. I det aktuella avseendet får alltså kollektivavtalets avtalsidentitet motivera rättsläget.

Enligt Reinhold Fahlbeck medför också situationen att parterna i den äldre avtalsrelationen sluter ett nytt avtal som ersätter det tidigare äldre, att det tidigare yngre kollektivavtalet blir det äldre. Regeln utgår, enligt Fahlbeck, helt och hållet från att det datum då avtalen slöts (det vill säga den dag då de undertecknades) avgör senioritetsordningen dem emellan.¹¹⁶⁴ Arbetsdomstolen har dock inte avgjort saken, och man kan fråga sig om det inte borde finnas ett utrymme för de parter som har den äldre avtalsrelationen att behålla positionen genom att sluta ett nytt kollektivavtal innan det gamla löper ut.¹¹⁶⁵

straffrihet. Observationen går väl ihop med en på realistisk grund bedriven rättsvetenskap, se till exempel Anna Christensen som inför en ”statistisk undersökning” definierar ”rättsliga data” som ”sådana data som systematiseras utifrån den juridiska begreppsvärlden.” Christensen, Avstängning från arbetslöshetsersättning s. 104 Kategorierna är inte givna en gång för alla, utan då och då uppträds eller uppstår nya kategorier (”beroende uppdragstagare” till exempel).

¹¹⁶² Reinhold Fahlbeck prövar tre förklaringar – kollektivavtalets efterverkan (s. 164 f.), en tänkbar princip om företräde för branschledande kollektivavtal (s. 165 f.), samt möjligheten till en facklig ”avtalsrätt” (s. 166 f.) (samtliga sidhänvisningar till Fahlbeck, En fråga rörande dubbla kollektivavtal enligt svensk rätt). Ingen av de möjligheterna visar sig dock, *de lege lata*, vara framkomliga.

¹¹⁶³ De problem som skall lösas eller ändamål som skall tillgodoses behöver dock inte vara särskilt utförligt beskrivna. Till exempel motiveras regeln i 2 § 6 st. LAS med att ”den är ett uttryck för den allmänt godtagna rättsgrundsatsen att arbetsvillkoren bör vara enhetligt reglerade på en arbetsplats.” Prop. 1973:129 s. 192. Motiven bakom regeln i 5 § 2 st. MBL utvecklas knappt alls. Man får väl dock, oavsett hur utförligt det beskrivs, anta att det finns *något* skäl att införa en viss regel.

¹¹⁶⁴ Fahlbeck, En fråga rörande dubbla kollektivavtal enligt svensk rätt s. 167.

¹¹⁶⁵ I AD 1984 nr 50 hävdade ena parten (ett bolag) att ett kollektivavtal (”trädgårdsanläggningsavtalet”) som denne var bunden av genom medlemskap i en arbetsgivarorga-

Kollektivavtalet är ett avtal, och det mest konsekventa med en allmän avtalslära torde, vilket ju Reinhold Fahlbeck också kommer fram till, vara att det kollektivavtal som var äldre upphör i och med att det ersätts av ett nytt, som därmed är ett yngre kollektivavtal (i förhållande till det konkurrerande som tidigare var yngre). Något måste alltså motivera att den kollektivavtalsrättsliga regeln om konkurrens mellan kollektivavtal inte följer det allmänt avtalsrättsliga mönstret. Intresset av stabila relationer kan tänkas vara ett tillräckligt skäl. Eftersom fråga främst är om normativa villkor skall tillämpas (och vissa obligatoriska) måste dock intresset kopplas till regleringen av anställningsvillkor. Varför, närmare besett, dessa skall vara beroende av att det är samma parter som förhandlar är ganska oklart. Oavsett vilken arbetstagarorganisation som sluter avtalet förväntas den ju förhandla för arbetstagarollektivets bästa. De etablerade organisationernas intresse av att hålla icke-traditionella organisationer utanför möjligheten att reglera arbetsmarknaden kan däremot knappast förslå som argument.

Det visar sig tydligen svårt att formulera det bärande argumentet för att kollektivavtalet skall vara annorlunda (varje arbetsrättslig lag innehåller inte heller de särlösningar som exemplifierades positivt strax ovan). Ändå föreslår jag att det är kollektivavtalsrättsligt konsekvent att tillämpa regeln så att den äldre *avtalsrelationen* upprätthålls som äldre, i vart fall så länge den är obruten. Oavsett om det bärande sakliga argumentet kan formuleras eller inte är det konsekvent med det kollektivavtalsrättsliga avtalsbegreppet – som inte fokuserar på om avtal ersatts av avtal eller inte utan på den löpande avtalsrelationen (se särskilt ovan 7.6.3). I det avtalsbegreppet kan nog också, tvärtemot vad som ovan antagits, finnas utrymme för att en kollektivavtalsrelation skall behålla sin plats i senioritetsordningen så länge förhandlingar pågår och båda parter i avtalet är

nisation var äldre än ett konkurrerande hängavtal som bolaget också var bundet av. Medlemskapet ingicks 1962 varför bolaget då blev bunden av det då gällande trädgårdsanläggningsavtalet. Det vid tvisten gällande trädgårdsanläggningsavtalet var träffat den 10 mars 1981 och gällde för tiden 1 januari 1981 till 31 december 1982. Hängavtalet ("anläggningsavtalet"), vilket hänvisade till "vid varje tidpunkt gällande överenskomelser av kollektivavtals karaktär" mellan vissa angivna parter, ingicks 1965. Det vid tiden för tvisten gällande anläggningsavtalet var slutet 1980, därtill gällde supplement till avtalet av 1981 och 1982. Det finns som synes ganska många alternativ att välja mellan, datumen sträcker sig alltifrån inträdet i den kollektivavtalsbärande organisationen till det sista supplementet. Enligt den av Fahlbeck förordade principen att strikt anknyta till avtalstidpunkten torde trädgårdsanläggningsavtalet vara slutet den 10 mars 1981 och anläggningsavtalet 1965. Tvärtemot bolagets yrkande skulle alltså då anläggningsavtalet tillämpas, eftersom det hängavtal som hänvisar till anläggningsavtalet skulle vara det äldsta kollektivavtalet. Frågan avgjordes dock aldrig av Arbetsdomstolen, eftersom de båda avtalen inte befanns konkurrera.

inriktade på att relationen skall fortgå. En sådan lösning utmanar till viss del formkravets betydelse för att avgöra kollektivavtalets existens men eftersom ingen fredsplikt ändå funnits mellan parterna och fråga alltså inte kan vara om fredsplikt på grund av avtal gör avsteget ingen skillnad i den delen (jfr ovan 5.3.3). Däremot kommer kollektivavtalet att uppfattas delvis olika beroende på om en fråga om fredsplikt eller konkurrens mellan kollektivavtal är för ögonen. Diskrepansen kan dock tålas, eftersom de skilda synsätten motiveras av samma ändamål – stabilitet.

Den av mig skisserade ordningen för med sig tillämpningsproblemet att det kan behöva avgöras om parterna är inriktade på att avtalsrelationen skall fortsätta. Den frågan är dock å ena sidan inte principiellt svårare att avgöra än (till exempel) om avtal föreligger i fall då det kommer an på att avgöra om det föreligger avtalsavsikt (se ovan 5.2.1). Därtill torde det ofta vara uppenbart att ena parten inte tänker sig att förnya det gamla kollektivavtalet, till exempel om arbetsgivarparten börjar tillämpa det yngre kollektivavtalet istället för det äldre som löpt ut. Mot det kan sägas att frågan om bristande avtalsavsikt är en särfråga, och att det inte finns någon anledning att införa svårare frågor än nödvändigt, särskilt inte som formkravet finns just för att lätt kunna avgöra om det föreligger ett kollektivavtal (låt vara att den frågan annars främst har med fredsplikten att göra, se särskilt 5.3.3).

Ett skäl för att upprätthålla den av Fahlbeck föreslagna lösningen är att någon annan lösning inte behövs – parterna i det först slutna kollektivavtalet kan ju se till att sluta ett centralt avtal tillsvidare, och i anslutning till det, på sedvanligt sätt, sluta tidsbegränsade lokala kollektivavtal om anställningsvillkor. Då gäller vid varje given tidpunkt ett äldre kollektivavtal som blockerar tillämpningen av ett yngre. På så vis skulle intresset av stabila kollektivavtalsrelationer kunna tillgodoses inom ramen för konkurrensregeln. Det gäller dock bara under förutsättning att det centrala avtalet är ett avtal om anställningsvillkor i regelns mening, vilket inte heller det synes vara avgjort i och för sig. Den tycks överhuvudtaget inte göra skillnad på olika nivåer av kollektivavtal, vilket kan bero på att Arbetsdomstolen inte ställts inför en sådan fråga. Varför konkurrensregeln skulle göra en sådan skillnad på tidbegränsade kollektivavtal och kollektivavtal slutna tillsvidare går dock inte heller att motivera med något sakligt skäl. Tvärtom skulle det innebära ett undantag, inte från den allmänna avtalsrätten, men väl från kollektivavtalsrätten.

8.3.3.5 Om konflikten

Diskussionen strax ovan – som är en diskussion *de lege lata* – handlar om vilken lösning som passar bäst in i den kollektivavtalsrättsliga berättelsen. Beskrivningarna kan också bedrivas på ett abstrakt plan, eftersom det är klart vilka parter som kan tänkas vara aktiva, och vilka intressen de kan tänkas ha. Om man kastar in en främmande figur i berättelsen kan den reagera radikalt annorlunda. Låt till exempel säga att arbetsgivarvänliga fackföreningen (så kallade ”gula fackföreningar”) skulle grundas, kanske rent av med syfte att sluta ett kollektivavtal som skulle utesluta många av de verkningar ett andra avtal med en traditionell fackförening skull få.¹¹⁶⁶ Hur systemet skulle reagera på en sådan utmaning är en (eventuell) fråga *de lege ferenda*. Den kan antingen lösas genom att sådana föreningar får hållas, eller genom att någon princip modifieras (närmast till hands torde regeln om konkurrens mellan kollektivavtal eller Britanniaprincipen ligga).

Även utan inslaget av ”gula fackföreningar” sätter dock regeln om konkurrens mellan kollektivavtal fokus på en maktkamp som annars i princip inte syns i arbetsrätten.¹¹⁶⁷ Den arbetsrättsliga historieskrivningen handlar, mer eller mindre uttryckligt, om kampen mellan arbetstagersidan och arbetsgivarvidan (se ovan 2.2). Kollektivavtalsrätten är ett rättsområde som behandlar ett regleringsinstrument. Med möjligheten att reglera följer i och för sig inte nödvändigtvis en vilja att reglera, men diskursen bär spår efter en i rättsområdet inneboende strävan efter herravälde. Som ett uttryck för det kan strävan att reglera hela arbetsmarknaden förstås. Den strävan märks kanske tydligast på arbetstagersidan, dels genom intresset av att det gällande kollektivavtalets bestämmelser skall tillämpas också på utanförstående arbetstagarare (se ovan n. 1100), dels genom stridsåtgärder till stöd för krav på att teckna kollektivavtal. Därmed inte sagt att arbetsgivarvidan inte har samma strävan, tvärtom. Den märks framförallt genom den arbetsrättsliga historien helt invanda rätten att leda och fördela arbetet (”§ 32-rättigheterna”), och från den oorganiserade delen av arbetsgivarvidan, även om inställningen nog kan vila på helt andra bevekelsegrunder, i motståndet mot att teckna kollektivavtal.

¹¹⁶⁶ Se Seth, Svensk internationell arbetsrätt s. 249. ”Gula fackföreningar” är annars så gott som helt frånvarande i den svenska arbetsrättsvetenskapliga litteraturen. Historikern Lars Trägårdh definierar i förbigående ”gula fackföreningar” som ”icke-socialistiska fackföreningar” – vilket sätter fingret på att arbetsrättens historia är byggd på ett möte mellan två ideologier, den liberala (arbetsgivarvidan) och den socialistiska (arbetstagersidan) (se ovan 2.2.4), Trägårdh, Utopin om den sociala ekonomin s. 9. Se också Hyman, Understanding European Trade Unionism s. 17 ff. som historiskt ställer arbetsgivarvänliga (”gula”) fackföreningar mot socialistiska (”röda”) (se särskilt a.a. s. 26).

¹¹⁶⁷ Se dock Flodgren, Fackföreningen och rätten s. 242 f.

Det är dock inte bara mellan arbetstagersidan och arbetsgivarsidan som kampen står (tvärtom behöver arbetstagersidan arbetsgivarsidan – det omvända gäller inte med samma logik dock). Också på respektive sida råder en mer eller mindre latent konkurrens om inflytande. Historiskt har det till exempel tagit sig uttryck i så kallade organisationsklausuler, som skulle säkra att de egna medlemmarna fick monopol på anställningar (och som därmed strävar efter att konkurrera ut såväl andra fackföreningar som oorganiserade).¹¹⁶⁸ Frågor om konkurrens på respektive sida den arbetsrättsliga grundkonflikten mellan arbetsgivare och arbetstagarer är, just på grund av att den motsättningen är utgångspunkt för arbetsrätten, ett lite avvikande, närmast sociologiskt, spår förtar inte dess relevans i kollektivavtalsrättsliga sammanhang. Arbetsrätten intresserar sig i gärna för just sociologiska fakta (se vidare nedan särskilt 9.5). Och när juridiken har intresserat sig för något har det, oundvikligen, *blivit* juridik. I kollektivavtalsrättens inneboende strävan efter herravälde ligger försök att skaffa sig monopol, och därmed att stänga ute andra.

För *arbetsgivarsidans* vidkommande har arbetsrätten i princip inte intresserat sig för de inbördes relationerna. På *arbetstagersidan* kan parterna själva i samförstånd lösa konflikten sinsemellan genom att sluta gränsdragningsöverenskommelser, det vill säga överenskommelser om vilket avtal som skall tillämpas på vilket arbete. Samförståndet är dock inte för alla situationer och alla tider rådande heller på arbetstagersidan. Ett särdeles tydligt uttryck för detta är nog att SAC inte sällan är på ena parten i konflikterna, med något ”traditionellt” fackförbund på andra sidan. Den av arbetstagersidan utsedda ledamöterna avgivna skiljaktiga meningen i AD 1978 nr 75 är belysande:

”Beträffande frågan huruvida ett senare tillkommet avtal alltid måste vika för ett tidigare i en konkurrenssituation som den i målet föreliggande har vi en från majoriteten avvikande mening. Det är ostridigt att bolaget förbundet sig att utge granskningsarvode till förbundet under 1976 i enlighet med vägavtalets bestämmelser. Enligt majoritetens mening skulle emellertid bolaget trots avtalsbundenheten kunna rygga sitt åtagande gentemot förbundet på grund av bestämmelser i tidigare avtal med samorganisationen. Om ett sådant synsätt, som också kommit till uttryck i arbetsdomstolens dom 1977 nr 14, tillåts vinna tillämpning skulle konsekvensen bli att arbetsgivaren ena dagen kan träffa avtal med arbetstagarorganisation om i stort sett vad som helst för att nästa dag bryta sina åtaganden under åberopande av förbudsklausuler i tidigare ingångna avtal med andra organisationer. Bortsett från att ett sådant förfarande skulle verka stötande för den allmänna rättskänslan skulle det i realiteten utgöra ett otillbörligt ingrepp i annan organisations avtalsfrihet och därmed komma i strid med grunderna för förhandlingsrät-

¹¹⁶⁸ Se till exempel AD 1937 nr 73.

ten. Med hänsyn till det anförda anser vi att bolaget skall förpliktas att i enlighet med sitt åtagande utge granskningsarvode till förbundet för 1976. Överröstade härutinnan är vi i övrigt ense med majoriteten.”

Syftet är inte att kritisera just det resonemanget i och för sig. Det kan dock vara värt att uppmärksamma det dolda i dissidenternas resonemang, som kan ha att göra med det faktum att just SAC är motparten.¹¹⁶⁹ Resonemanget, till synes baserat på avtalsfriheten och grunderna för förhandlingsrätten, har dock, såvitt jag kan se, vissa inneboende problem. Det skulle leda till att en arbetsgivare som (till exempel) inte längre ville betala granskningsarvode skulle kunna sluta ett avtal med (återigen till exempel) SAC med innebörd att uttag av granskningsavgift vore förbjuden. Vad regeln i denna situation enligt det ovan redovisade resonemanget skulle vara är inte alldeles lätt att se.

För konkurrensregeln uppfattas kollektivavtalet endast från sin avtalsrättsliga sida. För offentligrättsliga författningar har maximer utvecklats för att lösa konflikter mellan olika författningar.¹¹⁷⁰ Några referenser till de etablerade principerna för att lösa konflikter mellan lagar och andra författningar syns dock inte till såvitt avser konkurrens mellan kollektivavtal. Kanske belyser den avsaknaden det faktum att den något ambivalenta tillhörigheten till ett område är ett utpräglat rättsvetenskapligt sätt att närma sig och att förklara kollektivavtalet. Arbetsdomstolen, och lagstiftaren genom att tolerera de praxisskapande principerna, ger inte uttryck för samma inställning. Den valda regeln för att lösa konkurrens mellan kollektivavtal tillgodoser andra syften – eller har i vart fall andra effekter (*syften* implicerar en medveten strategi, och det finns knappast något stöd för att en sådan skulle finnas).

¹¹⁶⁹ Se därtill den kortare skiljaktiga meningen i AD 1978 nr 111. Det är knappast oräddvist att påstå att den mest framstår som en markering av politisk art, något som måste sägas. Och eftersom rättsläget och majoritetsläget i rätten är klart (fem mot två) kan det utan någon fara för principen sägas. Det som står på spel med dissidenternas votum är inte primärt utgången i målet, utan maktförhållandena på arbetsmarknaden. Möjligen kan en skillnad i inställning iaktas över tid, jfr dissidenterna (de på förslag av arbetstagsidan utsedda ledamöterna) i AD 1939 nr 24, vilka avger ett eget votum, men som i huvudsak överensstämmer med majoriteten. Några slutsatser i det avseendet kan dock knappast dras utan att en omfattande studie vidtas, och kanske inte ens då.

¹¹⁷⁰ De brukar formuleras ungefär enligt följande: en för den aktuella situationen speciell norm går före en generell norm – *lex specialis derogat legi generali*, en norm av högre dignitet (”konstitutionell valör”) går före en norm av lägre dignitet – *lex superior derogat legi inferiori*, en yngre norm går före en äldre – *lex posterior derogat legi priori*. Stig Strömholm härleder dylika maximer till den systemföreställning om rättsordningen som han iakttar bland jurister (se Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning kap. 10, även s. 421 f), s. 464. Se även Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 135. Se också strax ovan vid n. 1145.

8.3.3.6 En fråga om regelns ovillkorlighet

I fall då två klausuler är logiskt oförenliga är regeln ganska okomplicerad. Det äldre avtalet skall tillämpas och arbetsgivaren blir skadeståndsskyldig gentemot den motparten i det yngre avtalet om denne var i god tro. Ett förbud mot att ta ut granskningsarvoden i det äldre avtalet ställt mot en skyldighet att ta ut granskningsarvoden i ett yngre avtal är ett sådant exempel.¹¹⁷¹ Men *får* arbetsgivaren tillämpa villkoren i det yngre kollektivavtalet, om det kan ske utan att villkoren i det äldre avtalet träds förnär?

För andra villkor än villkor om lön och andra anställningsvillkor (*obligatoriska villkor*) innebär huvudregeln att de yngre villkoren *skall* tillämpas i den utsträckning det är möjligt. Underlåter arbetsgivaren att tillämpa villkoren enligt det yngre avtalet följer skadeståndsskyldighet för avtalsbrottet (enligt 54–55 §§ MBL).

För de *normativa villkoren* är regeln en annan. Såsom regeln om konkurrens mellan kollektivavtal har formulerats är arbetsgivaren *inte skyldig* att tillämpa det andra kollektivavtalet.¹¹⁷² Arbetsgivaren kan ha goda skäl till att vilja uppfylla också det yngre avtalet, skäl som inte i sig kan betraktas som illojala mot motparten i det äldre avtalet. Man kan till exempel vilja upprätthålla goda förbindelser med flera organisationer på arbetsmarknaden eller helt enkelt vilja undvika skadeståndsskyldighet.

Utän att det egentligen tycks betraktas som en del av regeln om konkurrens mellan kollektivavtal förutsätts att det äldre kollektivavtalet skall tillämpas *exklusivt* i fråga om normativa villkor. En tillämpning av det yngre avtalet innebär alltså ett kollektivavtalsbrott. Stödet för det är dock inte konkurrensregeln i sig utan det första kollektivavtalet. Ett anspråk på exklusivitet tycks uppfattas som en dold klausul i kollektivavtal (se ovan 7.8.3), för såvitt inte det uttryckligen stadgar något annat: ”I praktiken gäller emellertid på arbetsmarknaden att en kollektivavtalsbunden arbetsgivare i allmänhet tillämpar kollektivavtalet inom dess sakliga giltighetsområde på samma sätt för arbetstagare som står utanför den kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationen som för organisationens medlemmar.”¹¹⁷³ Regeln motiveras av att ”[d]et synsätt som ligger bakom denna avtalstillämpning torde åtminstone numera vara så fast grundat att det finns anledning att anta att kollektivavtalet i allmänhet också innebär att arbetsgivaren är rättsligt förpliktad i förhållande till arbetstagarorganisationen att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser om anställningsvill-

¹¹⁷¹ Se till exempel AD 1978 nr 111.

¹¹⁷² AD 1974 nr 14, AD 1978 nr 111, AD 1978 nr 112, AD 1983 nr 18, AD 1988 nr 98.

¹¹⁷³ AD 1977 nr 49.

kor även i fråga om utanförstående arbetstagare.”¹¹⁷⁴ Såvitt man kan förstå av domstolens skrivning är det alltså det synsätt som arbetsmarknadens parter företräder som ger ”ger anledning anta” att arbetsgivaren är rättsligt förpliktad i förhållande till sin motpart i kontraktet, det vill säga arbetsgivarorganisationen. Utgångspunkten härleds, och legitimeras därmed, uttryckligen ur Arbetsdomstolens kännedom om kollektivavtalsfloran och förhållandena på arbetsmarknaden: ”Det vanliga kollektivavtalet på svensk arbetsmarknad, varigenom löner och allmänna anställningsvillkor regleras, innefattar i allmänhet ett anspråk på att avtalets regler skall vinna generell tillämpning inom avtalets giltighetsområde.”¹¹⁷⁵

Konstruktionen innebär att det egentligen inte blir någon skillnad mellan normativa och obligatoriska villkor – utom att normativa villkor alltid (om inte parterna i det äldre kollektivavtalet bestämmer annorlunda) kommer att vara logiskt oförenliga. Att läsa in anspråket på att ett kollektivavtal, om inte annat uttryckligen framgår, skall tillämpas på alla arbetstagare på en arbetsplats har också funktionen att det flyttar regelns normativa innehåll från Arbetsdomstolen till arbetsmarknadsparterna, och det räddar på så vis partsautonomin. En ventil hålls visserligen öppen för föreningsrätten, men när den skulle behöva tillämpas är mer oklart.¹¹⁷⁶ Det är dock knappast något problem i och för sig, ventilens funktion är mer av påminnelse om att arbetsmarknadsparternas makt inte är oinskränkt.

8.3.3.7 Om regelns legitimering

Regeln om konkurrens mellan kollektivavtal ger tydligen uttryck för ett undantag från antingen den allmänna avtalsrätten eller från kollektivavtalsrätten – beroende från vilket håll den studeras. Vilken lösning som är mest närliggande är alltså, åtminstone delvis, en fråga om hur frågan formuleras.

Att frågan överhuvudtaget kan ställas från olika håll i detta sammanhang beror, också det åtminstone till dels, på att praxis inte ger svar. Det kan tyckas märkligt att praxis är så sparsam, inte minst eftersom konkurrerande kollektivavtal är en så vanlig företeelse på den svenska arbetsmarkna-

¹¹⁷⁴ AD 1977 nr 49.

¹¹⁷⁵ AD 1978 nr 111. Se också från äldre praxis AD 1962 nr 31, i vilket en mer uttrycklig presumptionsregel med innebörd att ett kollektivavtal, om inte annat stadgas parterna emellan, inom sitt giltighetsområde skall tillämpas på samtliga arbetstagare synes uppställas. Tanken att arbetsgivaren normalt är skyldig att tillämpa kollektivavtalets regler även på utanförstående anställda bekräftas i doktrinen, se till exempel Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 171 (med hänvisning till AD 1977 nr 49).

¹¹⁷⁶ Se AD 1978 nr 111. Se också Sigeman i Löntagarrätt s. 133.

den.¹¹⁷⁷ Det kan förstås ha att göra med att regeln är så klar och lättillämpad att tvister kring den inte behöver avgöras i Arbetsdomstolen,¹¹⁷⁸ men det kan också ha att göra med hur frågan ställs. Praxis handlar ofta specifikt om frågan om ett visst kollektivavtals tillämplighet på ett visst arbete – det vill säga en ”vanlig” tolkningsfråga. Om det inte finns två alternativa avtal artikuleras överhuvudtaget inte någon kollision mellan två kollektivavtal, utan möjligen mellan kollektivavtal och anställningsavtal (en kollision som ofta är rättsligt okomplicerad genom 27 § MBL). Frågan om avtalen omfattar ett visst arbete blir, i en tänkt tågordning, steget före kollisionen, en fråga som därmed avgör kollisionsregelns tillämplighet. Om inte de aktuella kollektivavtalen är tillämpliga på samma arbete finns ju ingen konflikt.

Den i AD 1978 nr 111 formulerade regeln vilar enligt Arbetsdomstolen på ”den etablerade och självklara principen att ingen kan tvingas utge vad som är omöjligt”. När det som i AD 1978 nr 111 gällde en logisk omöjlighet är en sådan regel nära till hands att ta till, men det är därmed inte sagt att regeln skall anknyta till en allmän omöjlighetslära.¹¹⁷⁹ Frågan skulle då kunna dela upp sig i fall när motstridigheten låter sig beskrivas som logiskt motsatta (ett krav på något och ett förbud mot samma något) eller om också fullgörande som endast kan ske med ett (orimligt) stort mått av insatser kan underlätas. Det vore fortfarande konsekvent med en omöjlighetslära.¹¹⁸⁰ Att legitimera lösningar med allmänna läror ligger dock inte i tiden (eller har i vart fall inte gjort – till sin egen samtid saknar man distans), och för köprättens del, och kanske för civilrätten i stort, torde den nu skisserade omöjlighetsläran blivit obsolet senast genom införandet av köplagen 1990.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁷ Fahlbeck, En fråga rörande dubbla kollektivavtal enligt svensk rätt s. 162.

¹¹⁷⁸ Få har uttalat sig om regeln i någon riktning, vare sig uppskattande eller kritiskt. Ett undantag utgör Mats Glavå som finner den ”ganska märklig”. Glavå, Arbetsrätt s. 408.

¹¹⁷⁹ Man kan säkert, ställa sig frågan om en sådan lära överhuvudtaget finns och hur den i så fall mer i detalj ser ut. För att något, i syfte att lägga en grund för jämförelsen, snekla åt ett sådant håll, se Rodhe, Obligationsrätt, s. 348 ff. som behandlar omöjlighet som en fråga under allmänna förutsättningar för påföljder. Omöjligheten kan vara av olika slag, men inte heller i dåvarande lagstiftning (i Rodhe främst 24 § dåvarande köplagen) synes någon enhetlig lära varit företrädd, se Rodhe s. 360 f. Se också i äldre litteratur Hellner, Köprätt s. 89 ff., i vilken framställningen handlar just om 24 § dåvarande köplagen. I nuvarande köplagstiftning utgår motsvarande lösning från det så kallade kontrollansvaret vilket tydligen anses vara något annat än en variant av en omöjlighetslära, se Håstad, Köprätt s. 54 jfr s. 60 f. Se också Hellner, Kontrollansvaret s. 115 f.

¹¹⁸⁰ Se Rodhe, Obligationsrätt s. 348 ff. Den objektiva omöjligheten kan då ställas mot subjektiv omöjlighet. Se också Hellner, Köprätt s. 91, ”objektiv omöjlighet” föreligger om det är omöjligt att prestera för varje säljare (se också prop. 1988/89:76 s. 108), ”subjektiv omöjlighet” om det är omöjligt bara för den individuella säljare som skall prestera.

¹¹⁸¹ Se prop. 1988/89:76 s. 108 ff. och Håstad, Köprätt (se strax ovan n. 1179). Ändå

Efter denna utveckling om en allmän ogiltighetslära kan man fråga sig om den här behandlade kollisionen egentligen kan ha något mer att göra med varandra än ett uttryck i AD 1978 nr 111. Det är förvisso omöjligt att tillämpa två logiskt motstridiga avtalsvillkor. Den valda utformningen av kollisionsregeln ges ju dock inte av omöjligheten i och för sig. Någon omöjlighetslära kan man alltså knappast tillskriva kollektivavtalsrätten, vilket ju ingen heller har hävdad. Dock leder resonemanget, kanske som ett stickspår, in på en av de mest brännande stridsfrågorna just nu, nämligen frågan om att införa en proportionalitetsprincip i fråga om lovligheten av stridsåtgärder, vilket efterfrågas på sina håll.¹¹⁸² Arbetsdomstolen har avvisat tanken på att en generell proportionalitetsprincip om stridsåtgärder skulle gälla i svensk rätt.¹¹⁸³ En omöjlighetslära skulle dock vara ett sätt att, låt vara från ett ganska oväntat håll, införa första ledet i vad som liknar och fungerar som en proportionalitetsprincip. Graden av omöjlighet skulle vara en juridisk fråga om stridsåtgärdens tillåtlighet, inte olik den prövningen av om ett hinder skall frita säljaren från skadeståndsansvar enligt 27 § KöpL. För fullständighets kan också jämföras med de övriga rekvisiten i 27 § KöpL. Förutom att något skall vara ett *hinder* och att hindret skall ligga *utanför säljarens kontroll* krävs också att säljaren vid köpet inte *skäligen* skulle ha kunnat räkna med hindret och att säljaren inte *skäligen* skulle ha kunna övervinna eller undvika hindret – de två skälighetsrekvisiten skulle antagligen inte finna sig tillräta inom ramen för en arbetsrättslig diskussion, frågan om arbetsgivaren skäligen skulle kunna undvika hindret genom att skriva på ett kollektivavtal och därmed undanröja strejken låter sig egentligen inte ställas inom ramen för kollektivavtalsrätten. I tillägg till det behövs ett mellanled, ett led som kopplar ihop lovlighetsfrågan med omöjlighetsfrågan. Det ledet skulle anknyta till kollektivavtalets rättsverkningar, och ställa frågan utifrån i vilken utsträckning det yngre kollektivavtalets regler skulle komma till användning. En sådan inskränkning (jämfört med i lag eller i praxis med

påminner konstruktionen i den gällande regeln, 27 § 1 st. KöpL en del om föregångaren, 24 § i 1905 är köplag. Den rättsliga bedömningen av vad som är ett "hinder" i paragrafens mening tar sikte på om det föreligger "sådana extraordinärt betungande omständigheter att de enligt en objektiv bedömning rent faktiskt måste anses utgöra hinder", prop. 1988/89:76 s. 108 f. Den rättsliga bedömningen i ett enskilt fall behöver ingalunda bli annorlunda (det kan snarare rädda en eftersträvsavvärd kontinuitet – särskilt som inte syftet att förnya lagstiftningen varit att den gamla gav felaktiga resultat), men man har kommit ifrån den teori som har kommit att bli belastande.

¹¹⁸² Debatten har ännu satt rätt få avtryck i litteraturen, se för ett nedslag Karlsson och Lindberg, En ny svensk modell, Vägval på arbetsmarknaden: Sönderfall, omreglering, avreglering eller modernisering? s. 19, s. 61 f., s. 71, s. 93 s. 128 f. och (särskilt) s. 146 f.

¹¹⁸³ AD 1998 nr 17, se också AD 2006 nr 58.

stöd av lag fastslagna begränsningar) i rätten till stridsåtgärder har också antydningssvis föreslagits.¹¹⁸⁴

Någon inskränkning i rätten att vidta stridsåtgärder behövs dock inte,¹¹⁸⁵ eftersom regeln genom sin konstruktion också är ett elegant sätt att undvika att behöva inskränka rätten till fackliga stridsåtgärder särskilt.¹¹⁸⁶ Arbetsgivarsidan får vidkännas ett visst aktivitetskrav, arbetstagsidans rätt till stridsåtgärder är oinskränkt, dock till priset av att det kollektivavtal som förväntas bli resultatet av påtryckningarna inte kan få alla de verkningar som annars skulle följa av dess innehåll. De båda slipper dock statsmakternas inblandning och dessa slipper agera. Partsautonomi kommer på så vis undan det tryck den utsätts för när två kollektivavtal hävdas för samma arbete, likaså rätten till stridsåtgärder.

För sin tillämpning kan man tycka att en tillämpning av en obligationsrättslig omöjlighetslära, eller av ett kontrollansvar, borde falla på att omöjligheten beror på något som den ena avtalsparten, arbetsgivaren, själv har kontroll över, nämligen ett annat kollektivavtal med en annan motpart. Det är således inte frågan om någon utifrån kommande olycka

¹¹⁸⁴ Se Sigeman, Var Thyssenkonflikten olaglig? och Sigeman, Grundlagsskydd för facklig stridsrätt s. 170 ff. Tore Sigemans resonemang anknäver till en rättsprincip som utläses ur domskälen *Britanniadomen*, AD 1989 nr 120, nämligen att ett en stridsåtgärd är olovlig om den inte kan leda till ett giltigt kollektivavtal. Det kan då enligt Sigeman ifrågasättas om stridsåtgärder bör tillåtas som syftar till ett kollektivavtal med så begränsade rättsverkningar som ett andra avtal kan leda till. Arbetsdomstolen har dock till synes inte slagit in på den vägen, jfr till exempel AD 2003 nr 46, också AD 2004 nr 96.

¹¹⁸⁵ Bestämmelser om inskränkning i stridsåtgärder måste enligt grundlag ges i form av lag eller (kollektiv)avtal, 2 kap. 17 § RF. Det möter alltså ett visst motstånd att inskränka rätten att vidta fackliga stridsåtgärder genom praxis. Inskränkningen måste den legitimeras med (kollektiv)avtal (se särskilt ovan om dolda klausuler 7.8.3) eller med grunderna för en viss lagstiftning, se AD 1989 nr 120.

¹¹⁸⁶ Så tycks regleringen ha nyttjats i AD 2004 nr 96, vari stridsåtgärder ansågs lovliga trots att den angripne arbetsgivaren redan var bunden av kollektivavtal och stridsåtgärden enligt den angripande fackföreningen hade till syfte ”att åstadkomma en för de egna medlemmarna tillfredsställande lösning på de olika frågor om ersättning m.m. som uppkommer i anslutning till arbetet under journatten” (jfr *Britanniaprincipen*). Den angripande fackföreningen kunde alltså tilltvinga sig ett kollektivavtal, men det kunde inte (får man anta, eftersom Arbetsdomstolen inte överhuvudtaget antydde att konkurrensregeln skulle modifieras) få andra verkningar än som ett yngre kollektivavtal. Om man ser på domen med konkurrensregeln som utgångspunkt torde det vara tillräckligt att det yngre avtalet inte innehöll någon klausul om att det äldre kollektivavtalet inte skulle tillämpas (jfr AD 1978 nr 111 och AD 1989 nr 120). Arbetsdomstolen avslutade också med att konstatera ”[a]tt ett eventuellt kollektivavtal mellan bolaget och denna avdelning skulle komma att avvika från den av bolaget och transportarbetareförbundets avdelning tidigare ingångna jouröverenskommelsen och därför måhända skulle få en begränsad rättsverkan i praktiken föranleder ingen annan bedömning.”

eller liknande.¹¹⁸⁷ Det kan dock inte bortses ifrån att det finns ett inslag av tvång (eller kan finnas, i själva systemet finns ett latent, mer eller mindre uttalat, hot)¹¹⁸⁸ i den situation som leder fram till två konkurrerande kollektivavtal. Arbetstagsarsidan kan tvinga fram ett kollektivavtal, och på så vis tvinga arbetsgivaren att försätta sig i omöjligheten. Vidare kan i och för sig konflikter på arbetsmarknaden vara en omöjlighet i en omöjlighetsläras mening, och en strejk kan vara ett hinder i 27 § KöpL:s mening.¹¹⁸⁹ Förarbetena till köplagen kan illustrera hur frågan belyses från olika håll beroende på om den är köprättslig eller arbetsrättslig:

”Innanför säljarens kontrollsfär ligger typiskt sett omständigheter som kan hänföras till säljarens anställda. Situationer där det föreligger en arbetskonflikt kan dock utgöra ett undantag. Om en konflikt i anslutning till allmänna kollektivavtalsförhandlingar leder till strejk och detta medför ett prestationshinder för säljaren, är det fråga om arbetstagarernas självständiga

¹¹⁸⁷ Det klassiska, omstridda exemplet, på ett hinder verkar vara ett av Tore Almén anført exempel om en köpman i Hamburg som åtar sig att leverera ”sydfrukter” varpå fartyget, efter att ha stött på ett okänt grund, sjunker utanför Sandhamn, se för exemplet och om diskussionen Almén, Om köp och byte av lös egendom s. 288. Se också med hänvisning till ”det bekanta exemplet om den s.k. sydfruktslasten” Ramberg, Köplagen s. 361 och hänvisningar till diskussionen s. 361 n. 98. Alméns exempel synes, för övrigt, vara en variant på ett av Serlachius anført exempel om en kaffesäljare på Java som åtagit sig att leverera javakaffe, varpå en skeppslast med denna vara förliser utanför Hangö hamn, se Almén, Om köp och byte av lös egendom s. 284 n. 5 och n. 14 med hänvisning till Serlachius. Exemplet har, såväl om det handlar sydfrukter som om javakaffe, en litterär kvalitet som är något mer än bara regeln det skall illustrera. Exemplet är i sig en berättelse (jfr ”the king died, then the queen died of grief”) och eftersom exemplet bidrar till att definiera genren ifråga och traderas genom denna kommer exemplet att i sig vara normativt – förståelsen av ”omöjlighet” kommer vara formad kring en berättelse om en viss last med sydfrukter som förliser utanför Sandhamn (eller motsvarande).

¹¹⁸⁸ ”Collective bargaining without the right to collective action is collective begging”, kanske man skulle vilja säga, och gör det också ibland. Sentensens ursprung är höjld i dunkel (jag hörde den första gången under ett föredrag av Brian Bercusson), den kan i vart fall spåras till fackföreningsrörelsen i USA på 1940-talet (en artikel i *Times* 1944), varefter den tycks ha funnit sin plats i vokabulären se Wildman, Collective action by public school teachers, s. 3 med hänvisning till ett utspel av American Federation of Teachers och Estreicher, Collective Bargaining or ”Collective Begging”?: Reflections on Antibraker Legislation. Oavsett ursprung är det en slagkraftig slogan av det slag som utgör en slags gemensam vokabulär för arbetsrätten (jfr t.ex. 2.2.5). Sentensen rymmer i sig själv en berättelse, en berättelse som i sin tur rymmer arbetsrättens ursprung som framkämpad av arbetstagsarsidan för att skapa balans i avtalsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagarare.

¹¹⁸⁹ Prop. 1988/89:76 s. 109. *Strejk* nämns som ett exempel på hinder. Uttalandet på a. st. med innebörd att säljaren i regel inte med framgång kunna åberopa omständigheter av ekonomisk natur bör möjligen tolkas så att strejker i den egna verksamheten åtminstone ”i regel” inte bör kunna åberopas. I de mer svepande resonemangen kan man också se en gräns mellan rättsområden, i detta fall betraktad från köprätten (se ovan 2.3.3.1).

handlande som i allmänhet inte kan anses ligga inom ramen för säljarens kontroll. Bedömningen kan däremot bli en annan ifall det är fråga om en strejk som utlösts till exempel på grund av att säljaren klart brutit mot bestämmelser i gällande lag eller kollektivavtal. I detta senare fall det anses röra sig om ett förhållande som säljaren i princip har kontroll över.”¹¹⁹⁰

Köprätten och arbetsrätten skiljer sig åt, och den näringsidkarorienterade köprätten delar inte den arbetsrättsliga utgångspunkten (från arbetsrättens håll kunde man säga att båda sidor typiskt sett är arbetsgivare).¹¹⁹¹ Att den svenska köplagen har sin grund i ett internationellt samarbete (Förenta Nationernas konvention den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor, CISG) förstärker intrycket av ett ursprung främmande från den nationella svenska arbetsrätten.¹¹⁹²

Regeln, såsom den formulerats av Arbetsdomstolen tycks åtminstone implicit bygga på en kategoriklyvning av den typ som har förnekats i svensk kollektivavtalsrätt.¹¹⁹³ Det vill säga, för normativa bestämmelser gäller att det äldsta avtalet tillämpas exklusivt, medan det yngre avtalets obligatoriska bestämmelser tillämpas i den mån det inte står i konflikt med ett äldre avtal. En sådan uppdelning av regeln hade inte varit nödvändig. Saken kunde uttryckas så att avtalsparterna i det första avtalet, om inte annat uttryckligen sägs, får anses ha avtalat att det avtalet uttömmande skall reglera anställningsvillkoren. Varje villkor i ett senare träffat avtal blir således i konflikt med det första avtalet. Man behöver, med den formuleringen, inte tänka sig olika regler normativa och obligatoriska villkor. Legitimiteten utgår från parterna, med presumerad partsvilja som är olika för olika typer av bestämmelser.

Regeln löser ett visst uppkommet problem, med en (sär)lösning. Den kommer dock generellt att ha den funktionen att den ger avtalsbärande arbetstagarorganisationen en fördel av att vara just avtalsbärande. Den kommer således att verka konserverande på de rådande avtalsförhållandena, och den rådande strukturen på arbetsmarknaden.¹¹⁹⁴ *Stabiliteten* i

¹¹⁹⁰ Prop. 1988/89:76 s. 110 f.

¹¹⁹¹ Det är inte därmed sagt att det är varje *köprättares* perspektiv. Se till exempel Hästad, Köprätt s. 60 f. med hänvisningar, och Hellner, Kontrollansvaret s. 125, också Hellners remissyttrande i prop. 1988/89:76 Bilaga 3 s. 125. Jfr remissyttrandet från juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, prop. 1988/89:76 Bilaga 3 s. 123.

¹¹⁹² Se prop. 1988/89:76 s. 27 och Hellner, Kontrollansvaret s. 114 särskilt n. 1. Se också Hellners remissyttrande, prop. 1988/89:76 Bilaga 3 s. 125 där Hellner påpekar att det just vad avser stridsåtgärder är lättförståeligt att internationella dokument är svepande, eftersom det annars vore svårt att nå enighet.

¹¹⁹³ Se ovan 5.1.

¹¹⁹⁴ Se Flodgren, Fackföreningen och rätten s. 242, Hemström, Fackföreningarna och de anställda, särskilt s. 60 ff. och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 165.

avtalsrelationerna, också till främjande av arbetsfred, är det systemenligt eftersträvansvärda incitamentet. Också på denna punkt presenterar förändringsdiskursen en utmaning. Stabilitet kan ju ställas mot *flexibilitet*, och flexibilitet är eftersträvansvärt (se kap. 3.3).¹¹⁹⁵

8.3.3.8 Påföljden

Det avtal som på grund av konkurrensregeln inte kommer att tillämpas blir inte därmed ogiltigt.¹¹⁹⁶ Regeln i sin helhet är en prioriteringsregel, inte en ogiltighetsregel (jfr därvid ovan om konkurrens mellan författning och kollektivavtal 8.2). I den yngre avtalsrelationen, som alltså består, begår arbetsgivaren således ett kollektivavtalsbrott.

För frågan om skadestånd skall utgå för det avtalsbrottet har Arbetsdomstolen tillämpat en godtrosregel. Känner motparten i den andra avtalsrelationen vid avtalets ingående till, eller borde ha känt till, att arbetsgivaren redan är bunden av ett kollektivavtal utgår inget skadestånd till den sålunda ondtröende skadelidande.¹¹⁹⁷ Arbetsgivaren kan alltså lätt försätta en andra arbetstagarorganisation i ond tro genom att upplysa om befintliga avtalsrelationer.¹¹⁹⁸ Godtrosskyddet passas in i kollektivavtalsrätten genom att formuleras som en aktivitetsplikt (eller en upplysningsplikt) för arbetsgivaren. Sanktionen för att försumma plikten ifråga blir då skadeståndsskyldighet för det begångna avtalsbrottet. En sådan klagörandeplikt är konsekvent med tanken på att parter i förhandling om kollektivavtal inte skall "lurpassa" på varandra, och att den part som inte klargör sin inställning riskerar att få vidkännas en tolkning av kollektivavtal till motpartens favör (se ovan 7.6.2.6).

¹¹⁹⁵ Här kanske man från arbetsrätten vill invända att ingen har avsett en sådan utmaning – och det är nog alldeles riktigt. Men det är inte *syftet* som avses här, utan vilken verkan lösningen får.

¹¹⁹⁶ Se till exempel AD 1939 nr 24, AD 1972 nr 19, AD 1974 nr 50, AD 1974 nr 51–53, 1974 nr 14.

¹¹⁹⁷ AD 1939 nr 24, AD 1974 nr 14, AD 1978 nr 75, AD 1997 nr 14.

¹¹⁹⁸ Se särskilt AD 1977 nr 14. Arbetsdomstolen har i AD 1978 nr 111 avisat försök att kringgå regeln avtalsvägen. Ett avtal mellan arbetsgivaren och den yngre arbetstagarorganisationen av innebörd att det yngre avtalets villkor skulle tillämpas oberoende av det äldre avtalet vann inte gehör hos Arbetsdomstolen. Det ligger redan i avtalets natur att villkoren skall tillämpas, den bindande verkan kan inte förstärkas genom en uttrycklig bestämmelse därom, och en sådan bestämmelse ändrar inte förhållandet till tredje man.

8.3.3.9 Undantaget – 31 a § MBL¹¹⁹⁹

I kölvattnet av Britanniadomen (AD 1989 nr 120, och de efterföljande fackliga och politiska reaktionerna)¹²⁰⁰ har lagstiftningens tystnad i fråga om konkurrerande kollektivavtal försetts med ett undantag, 31 a § MBL.¹²⁰¹ Enligt bestämmelsen ifråga skall det yngre kollektivavtalet tillämpas av den arbetsgivare som blivit bunden av två konkurrerande kollektivavtal om inte MBL är direkt tillämplig på det äldre kollektivavtalet. Den tillförda paragrafen är en del av den så kallade *Lex Britannia*, med syfte att 42 § 3 st. MBL skall bli verkningsfull.¹²⁰²

Genom 31 a § MBL gäller att om en arbetsgivare är bunden av ett utländskt kollektivavtal (ett avtal som MBL inte är direkt tillämplig på) och sedan träffar ett svenskt kollektivavtal, skall det svenska, senare tillkomna kollektivavtalet, tillämpas i den mån de är oförenliga. Regeln är alltså ett undantag från den praxisskapade regeln om konkurrens mellan kollektivavtal, i det att den vänder på tidsprioriteringen.¹²⁰³

¹¹⁹⁹ Eventuella lagändringar i anledning av EU-domstolens svar på Arbetsdomstolens frågor i Vaxholmsmålet kunde förväntas omfatta 31 a § MBL eftersom den utgör en del av *Lex Britannia*. Varken Lavalutredningen (SOU 2008:12) eller regeringen (prop. 2009/10:48) föreslog dock någon ändring av just 31 a § (däremot andra justeringar i *Lex Britannia*).

¹²⁰⁰ Se kort om dessa så som de lagts till grund för lagstiftningen i prop. 1990/91:162 s. 22 f. Se också Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden s. 447 ff., se också s. 70 f. och 78 ff.

¹²⁰¹ Det uttalas i samband med undantaget (det synes systemenligt att betrakta lagstiftningen som ett undantag och tystnaden som en huvudregel) att något behov av att i lag reglera konkurrens mellan kollektivavtal inte ansetts föreligga, prop. 1990/91:162 s. 15, också s. 13.

¹²⁰² Prop. 1990/91:162 s. 13.

¹²⁰³ På tal om undantag kan man också notera att den till sin ordalydelse överhuvudtaget inte gör skillnad på obligatoriska och normativa bestämmelser. Det behöver inte heller den praxisskapande huvudregeln göra, men den laborerar ändå med en sådan uppdelning (se ovan 8.3.3.6). Det är måhända iögonfallande att lagstiftaren inte i detta sammanhang tycks behandla det först slutna normativa avtalet som exklusivt tillämpligt: "Det bör framhållas att avtalen är tillämpliga i vanlig ordning i den mån de inte strider mot varandra" (prop. 1990/91:162 s. 13, se också s. 15 f.). Av skrivningarna i förarbetena finns nog dock, uttrycket "i vanlig ordning" till trots, inga skäl att anse att rättsläget beträffande huvudregeln skulle vara ändrat, eller att det skulle vara avsikten (tvärtom hänvisas ju till "den vanliga ordningen", låt vara att det bara till hälften (beträffande obligatoriska bestämmelser) motsvarar vad uttalandet ger uttryck för). Uttalandet berör inte det förhållande att huvudregeln bygger på att kollektivavtalens normativa bestämmelser anses vara avsedda att tillämpas på samtliga arbetstagare hos arbetsgivaren som omfattas av kollektivavtalet ifråga. Parterna i det först slutna kollektivavtalet får alltså ha givit uttryck för den partsavsikten om de inte, av någon anledning, uttryckligt skulle bestämma något annat. Det kan tänkas att lagstiftarens uttalande i förarbetena borde kasta om utgångspunkten för bedömningen av kollektivavtal som omfattas av 31 a § MBL, så att parterna

Ändamålet med de båda konkurrensreglerna är heller inte desamma, utan snarare de motsatta. Medan huvudregeln strävar efter att minska incitamentet att tvinga till sig kollektivavtal där ett sådant redan finns skall 31 a § MBL säkra verkan åt ett avtal som kommit till under just sådana omständigheter. De skilda ändamålen bidrar dock inte, vilket man väl kunde tänka sig, till splittring i systemet, snarare tvärtom. Diskursen innehåller tekniker att binda ihop det som stävar åt olika håll. Undantaget innebär nämligen också ett stadsfästande av den i praxis fastslagna konkurrensregeln, som med undantagsregeln erkänns för alla andra fall än just de undantagna.¹²⁰⁴

8.3.4 Konkurrens mellan kollektivavtal till följd av att föremålet för regleringen förändrats

8.3.4.1 Om konkurrensregeln

Frågan om vilket kollektivavtal som skall tillämpas på vilket arbete är en fråga för arbetsmarknadsparternas autonomi. Det torde också vara vanligt att arbetsmarknadens parter, framförallt på arbetstagersidan, reglerar förhållandena kollektivavtalen sinsemellan genom så kallade gränsdragningsöverenskommelserna (arbetstagarorganisationerna sinsemellan, gränsdragningsöverenskommelser är alltså inga kollektivavtal).¹²⁰⁵ Arbetsdomstolen närmar sig också uppgiften på det sättet.¹²⁰⁶ Så länge dessa överenskommelser respekteras är allt frid och fröjd, och i allmänhet råder till synes också enighet på arbetstagersidan (det vill säga efter vad som syns i det rättsliga materialet. Råder oenighet har parterna tydligen valt att lösa de tvisterna på annat sätt). Genom gränsdragningsöverenskommelserna är parterna överens om det som *är*. Det rättsliga problemet uppkommer typiskt sett när ett arbete som omfattas av ett visst kollektivavtal ändrar karaktär, eller när ett nytt arbete som inte kan inordnas i

i det yngre, svenska kollektivavtalet, får anses ha givit uttryck för en vilja att det utländska kollektivavtalet skall tillämpas i den mån det är möjligt.

¹²⁰⁴ Den fastställande effekten uppnås genom att ett undantag, tillämpligt i en viss situation införs. Eftersom det som införs är ett undantag fastställs den gällande principen som huvudregel (se för tanken Glavå, Principbefästande undantagslagstiftning – rättskonstruktionistiska reflektioner med utgångspunkt i Britanniaprincipen och Lex Britannia). Att lagstiftningen skall förstås just så framgår också av dess förarbeten, se särskilt prop. 1990/91:162 s. 13, också s. 15.

¹²⁰⁵ SOU 1989:49 innehåller en redogörelse för gränsdragningsöverenskommelser som de förelåg vid den tiden, se s. 41 ff.

¹²⁰⁶ Se AD 1978 nr 18. Gränsdragningsöverenskommelserna är också enligt Arbetsdomstolen den ena av två anledningar till att arbetaravtal och tjänstemannaavtal normalt inte är tillämpliga på samma arbete.

de befintliga överenskommelserna tillkommer. Frågan skapas alltså av att något *förändras*, till exempel att produktionen teknifieras så att arbetsuppgifterna för en viss arbetstagare blir mer av ”tjänstemannauppgifter” än ”arbetaruppgifter”.

Arbetsdomstolen har skapat en modell, eller en regel, för att lösa den typen av gränsdragningstvister som nu är ifråga. Den kommer att presenteras i det följande, i fyra steg. Regeln byggs upp kring två fall, AD 1978 nr 18 och AD 1989 nr 12. I AD 1989 nr 12 sammanfattas i två stycken de principiella övervägandena från AD 1978 nr 18, och dessa två stycken har sedan i en rad fall återgivits, i sin helhet.¹²⁰⁷ Det relevanta stycket inleds med att frågan placeras i den kollektivavtalsrättsliga systematiken:

”Domstolen erinrar i den domen [AD 1978 nr 18] inledningsvis om att ett arbetaravtals gräns i förhållande till ett tjänstemannaavtal principiellt är att fastställa genom sedvanlig tolkning av avtalet.”

Kollektivavtalets tillämpningsområde bestäms av dess parter, dess legitimitet är avtalets. Det ger en utgångspunkt som grundas i den gemensamma partsavsikten, vilket i sig har en viktig funktion för kollektivavtalets identitet. Att den gemensamma partsavsikten inte kan utrönas sedd för sig är sällan något problem när ett kollektivavtals innehåll skall fastställas (se 7.6.2.1). Eftersom kollektivavtalet är bundet till ett krav på skriftform finns det ett skriftligt avtal som kan användas för att fastställa avtalets innebörd i den omtvistade frågan (och därmed fastställa den gemensamma partsavsikten, se 7.6.2.2).

Om, vilket alltså typiskt sett är läget när tvisten nått huvudförhandling i Arbetsdomstolen, ”något direkt svar på frågan inte står att finna i avtalet eller i överenskommelser i anslutning till avtalet” får man gå vidare till nästa steg i regeln, och ”domen AD 1978 nr 18 innehåller också vissa anvisningar om hur man bör gå tillväga vid bedömningen av gränsfall”. Det andra steget formuleras därefter så att:

”[h]änsyn bör tas till hur det arbete som tvisten gäller traditionellt betraktats på avtalsområdet. I vissa fall torde gränsdragningsöverenskommelser för jämförligt arbete ge vägledning.”

¹²⁰⁷ Se AD 1992 nr 81, AD 1995 nr 9, AD 1995 nr 31, AD 1995 nr 147, AD 1998 nr 5, AD 1998 nr 37 och AD 2006 nr 87, jfr dock AD 1991 nr 127. Mellan AD 1978 nr 18 och AD 1989 nr 12 finns en del praxis med hänvisning till AD 1978 nr 18, se AD 1986 nr 138, AD 1987 nr 45 och AD 1987 nr 75. Lösningen är i princip densamma med hänvisning till AD 1978 nr 18, men det citat som senare traderas formuleras slutligen i AD 1989 nr 12 och hänvisningarna i senare fall sker till AD 1978 nr 18 och AD 1989 nr 12. Beskrivningen nedan kommer därför att utgå från dessa.

Det gängse bruket, *vanligheten*, får alltså en ställning som rättskälla, antagligen under rubriken *sedvana*.¹²⁰⁸ Att ge traditionella betraktelsesätt denna ställning har en konserverande funktion, men den signalerar också att förändrade synsätt på arbetsmarknaden skall förverkligas genom arbetsmarknadsparternas försorg. I första hand skall ju Arbetsdomstolen, eftersom fråga är om att tolka kollektivavtalet ifråga, ta hänsyn till den uttryckta partsviljan (se också 7.6.2.1).

I det steget stöter dock Arbetsdomstolen genomgående på patrull, vilket bland annat beror på en ickeenhetlig begreppsbildning. Trots att Arbetsdomstolen redan 1961 (AD 1961 nr 29) förutskickade att begreppsbildningen skulle bli alltmer enhetlig saknas, till synes, alltså en tillräckligt klar förståelse av arbetar- respektive tjänstemannabegreppet. De nu aktuella tvisterna får därmed också en lite speciell prägel. Det är frågan om gränsen mellan *arbetaravtal* och *tjänstemannaavtal* – en uppdelning som nog kan framstå som omodern. Vi kan ha en viss känsla för hur en arbetare skiljs från en tjänsteman i arbetsrättens tidigare historia – de tycks ju till exempel kunna skiljas åt på att den förstnämnda bar blå krage och den sistnämnda vit – men idag är det svårare. Distinktionen är dock i själva verket inte alls omodern, utan en produkt av det moderna. Med industrialismen skapas arbetaren, och därmed tjänstemannen så som vi förstår begreppet (i en dikotomi – att det funnits funktionärer som vi nu kan kalla tjänstemän är en annan sak. Före det moderna avskiljdes den funktionären mot någon annan än arbetaren). Den regel om konkurrens mellan två kollektivavtal som bygger på att ett arbete skall inordnas under ett *arbetaravtal* eller ett *tjänstemannaavtal* är fast förankrad i den arbetsrättsliga historien, och arbetsmarknaden har traditionellt organiserats efter den uppdelningen.¹²⁰⁹ I begreppet kan också spåras en implicit avgränsning till den privata sektorn – i de statliga och kommunala sekto-

¹²⁰⁸ Sedvanan brukar få en plats i hierarkiskt uppställda rättskällevärden (se också ovan 2.3.2). Se till exempel Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 94; Nielsen og Tværnø, Retskilder & Retsteorier s. 39 och s. 166 ff. (se särskilt s. 168: ”I den kollektive arbejdsrett spiller kutymen en stor rolle. Mange kollektive overenskomster udfyldes og suppleres af kutymen, fx. om arbejdstidens lægning og udnyttelse.”; Peczenik, Juridisk argumentation s. 153 ff. (Peczenik definerar den relevanta sedvanan till det regelbundna handlandet som ”motiverar en *övertygelse om att man bör handla på just det sättet*.” I det ingår bland annat sedvana ”som är rimlig och väl förankrad i samhället, vissa yrkesgrupper eller delar av landet.”; Samuelsson och Melander s. 46 f.; Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 309 ff. (särskilt s. 321); Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf s. 25.

¹²⁰⁹ Om man tänkte i den uppdelningen före huvudorganisationernas tid verkar vara höljt i dunkel, men med den måttstock som utgår från LO och TCO fanns det tidigt (före LO:s grundande 1898) såväl arbetarfack som tjänstemannafack. Typografernas första fackförening bildades 1846 och Sveriges allmänna folkskollärafförening bildades 1880.

rerna utmönstrades distinktionen, åtminstone såvitt avser som kategorier i kollektivavtal, 1971 respektive 1980.¹²¹⁰

Man får nog dock lov att säga att inget utesluter vare sig en gränsdragningstvist mellan två arbetaravtal eller två tjänstemannaavtal eller att samma lösningsmodell används på en sådan tvist. Det tredje steget, som Arbetsdomstolen genomgående hamnar i, är nämligen att ”ställa frågan om arbetet huvudsakligen är tjänstemannabetonat eller om det till större delen utgörs av sådant arbete som typiskt sett faller under arbetaravtalet.”¹²¹¹ Det finns knappast något hinder mot att operationen utförs på två arbetaravtal eller två tjänstemannaavtal.¹²¹² Här dyker alltså återigen vanligheten, det traditionella synsättet på arbetsmarknaden, upp. Någon annan måttstock för vad som ”typiskt sett” faller under det ena eller andra kollektivavtalet kan knappast heller finnas. Att Arbetsdomstolen skulle ta på sig en normativ roll (som inte grundas just i det vanliga synsättet) i den frågan är inte mindre långtgående än om den gjorde det i regelns andra steg, se strax ovan.

Den princip som uttrycks i detta det tredje steget framstår som mer operativ än steg ett och två. Inte heller detta steg är dock utan problem, ty:

”[i] praktiken torde den metoden dock inte sällan visa sig svårtillämpad, eftersom vad som kan uppfattas som typiskt tjänstemannaarbete också kan ingå som ett mer eller mindre omfattande inslag i arbete som klart faller inom arbetaravtalets tillämpningsområde.”

Det omtvistade arbetet kan alltså vara blandat, som det får förstås på ett sådant sätt att det är svårt att säga att det *huvudsakligen* är det ena eller det andra. Att dra gränser av den typen är, förvisso vad domstolar ägnar sig åt (är något *styrkt, oskäligt*, har någon *bättre sakliga förutsättningar* och så vidare). Ändå får något Arbetsdomstolen att särskilt problematisera just den avvägningsoperationen. En närliggande förklaring är att Arbetsdomstolen är mån om att lösningarna skall stamma från arbetsmarknadsparterna, och att uttrycket blivit extra tydligt just här (kanske

¹²¹⁰ Eklund i Facklig arbetsrätt s. 56.

¹²¹¹ Se AD 2006 nr 87, AD 1998 nr 37, AD 1998 nr 5, AD 1995 nr 147, AD 1995 nr 31, AD 1995 nr 9, AD 1992 nr 81, AD 1989 nr 12, och AD 1986 nr 138.

¹²¹² Se till exempel AD 1983 nr 145, där tvisten handlade om vilket av två arbetaravtal, byggnadsavtalet eller anläggningsavtalet, som skulle tillämpas. Att frågan avgjordes genom vad som kan kallas ”sedvanlig kollektivavtalstolkning” kan också ha att göra med att avtalsparterna var desamma och att de hade en lång gemensam historia. Anläggningsavtalet innehöll en bestämmelse om dess tillämpningsområde, och eftersom frågan kunde lösas genom en tolknings av den var saken klar. Se också AD 1997 nr 127, som också utmärker sig genom att inte återge de båda stycken som återges i de senare fallen, men domens struktur är ändå lätt igenkännbar.

har Arbetsdomstolen i AD 1978 nr 18 haft något visst förhållande för ögonen, men hänför det till vanligheten: "inte sällan").

För det fall man alltså inte kan säga att arbetet huvudsakligen tillhör det ena eller det andra kollektivavtalet blir ett fjärde steg att tillföra något som gör lösningen operationaliserbar också i ett sådant fall. Här delar regeln upp sig i två delar. För en helt ny tjänst blir fråga om vilken ståndpunkt i målet som har *övervägande skäl* för sig.¹²¹³

För det fall frågan istället väckts av en förändring av ett visst befintligt arbete tillför Arbetsdomstolen en utgångspunkt, förenad med en slags tröskel (kanske kan man tala om en slags presumtionsregel med ett visst krav för att presumptionen skall brytas):

"Ofta torde kunna konstateras [märk ordvalet, som associerar till fakta, inte till norm] att de arbetsuppgifter som tvisten gäller har utvecklats från arbete som hör under det ena avtalet. Om t.ex. en arbetare med bibehållande i större eller mindre utsträckning av tidigare arbetsuppgifter tillförs ytterligare arbetsuppgifter som är tjänstemannabetonade, kan det enligt domstolen vara motiverat, med utgångspunkt i att det är ett gängse förfaringsätt att lösa uppkommande gränsdragningsfrågor genom överenskommelse, att anse att arbetstagarens arbetsuppgifter efter förändringen alltjämt omfattas av arbetaravtalet intill dess frågan blir reglerad genom överenskommelse. Som förutsättning bör dock gälla att de nytillkomna arbetsuppgifterna inte är helt dominerande."

Det omtvistade arbetets ursprung bildar utgångspunkt, och det krävs att de nytillkomna uppgifterna skall vara *helt dominerande* för att arbetet skall byta avtalsområde. Lokutionen är, såvitt jag kunnat finna, konstruerad för just den regel som nu är ifråga, även om uttrycket dyker upp på spridda ställen. Mer inbäddad i en civilrättslig berättelse blir diskussionen om man diskuterar huruvida arbetsuppgifterna ifråga "blivit *väsentligt* [min kursiv] förändrade."¹²¹⁴ Frågan håller sig i en civilrättslig tolkningsdiskurs, vilket bidrar till att göra frågan egenartad – tolkningsmaximer för att avgöra gränser mellan konkurrerande normer är bekanta i fråga om oförenliga offentligrättsliga författningar, men som avtal är det en egen fråga för kollektivavtalsrätten.¹²¹⁵

Gränsen mellan de båda situationerna är dock inte skarp. En situation som i praxis hittills är något av ett undantag, men som inte är uppenbart hänförlig till den ena eller den andra situationen är den att en arbetstagares arbete förändrats på grund av en omorganisation. Även i det fallet

¹²¹³ Se AD 1989 nr 12 och AD 1991 nr 127.

¹²¹⁴ AD 1995 nr 9.

¹²¹⁵ Se vid n. 1170.

låter Arbetsdomstolen en tidigare tjänst bilda utgångspunkt, och frågan blir från vilken tjänst arbetet till övervägande del är hämtat från, och vilket avtal denna tillhörde.¹²¹⁶

8.3.4.2 Om konkurrensen på arbetstagsidan

Frågan om konkurrens mellan kollektivavtal ställs i det konkreta fallet så att den handlar om huruvida ett visst kollektivavtal skall tillämpas på ett visst anställningsavtal. Det är alltså en tvist mellan parterna i det kollektivavtalet, en tvist som primärt rör tolkningen av det avtalet. I de situationer som nu är för handen så finns det dock ytterligare ett kollektivavtal, som också gör anspråk på att tillämpas på det aktuella anställningsavtalet. En av parterna i anställningsavtalet, arbetstagarparten, har dock ingen röst i den aktuella processen, helt enkelt eftersom denne inte har något att göra med det kollektivavtal som tvisten rör. Det förhållande att det konkurrerande avtalet ändå finns gör ändå frågan svårhanterlig (att jämföra med en tvist då alternativen är om ett kollektivavtal skall tillämpas eller om det aktuella arbetet är oregerat – då kan man utan motsvarande besvär säga att frågan skall utgå från vad parterna kommit överens om).¹²¹⁷

Här skymtar en principiell fråga, nämligen om man kan acceptera att två kollektivavtal samtidigt är tillämpliga på ett visst arbete, eller om det

¹²¹⁶ Se AD 2006 nr 87 med hänvisning till AD 1989 nr 12 och 1978 nr 18. Se också AD 1983 nr 145, i vilket Arbetsdomstolen hade att hantera en invändning mot en tolkning av kollektivavtalet som kunde innebära att arbetsgivarsidan genom att organisera sig på ett visst sätt påverka vilket kollektivavtal som skulle vara tillämpligt: ”De företag det här är fråga om har en fast struktur och det finns inte anledning att tro att företagen skulle omorganiseras efter vad som kan vara mest lönsamt i det ena eller andra fallet.” Saken har inte varit ställd på sin spets, men det är kanske inte så lätt att se vilken princip som skulle förbjuda företag att organisera sig på ett visst sätt om de så finner för gott, och det är inte lätt att se vilken princip som skall låta det påverka tolkningen av ett befintligt avtal, om det inte kan visas att avtalen slutits under förutsättning att en viss organisatorisk ordning råder på arbetsgivarsidan. Kanske kan man tänka sig resonemang om kringgående av kollektivavtal, men hur sådana resonemang ställs krav på flexibilitet är oklart. Inte heller resonemang baserade på förutsättningar är riskfria – om man inte hoppas ha något att vinna på att kollektivavtalet skall bli otidsenligt, och ersättas av något annat. Skulle det hända skulle det kanske vara en av de saker som framtidens historieskrivning pekar ut som kriterium på att vi lämnade industrisamhället för kunskapssamhället.

¹²¹⁷ Se AD 1995 nr 31 (det fanns möjligen konkurrerande kollektivavtal, men det kunde inte fastslås). Frågan i målet gällde arbetstagares arbetsskyldighet och den kom på så vis att aktualisera frågan om kollektivavtalets tillämpningsområde. Arbetsdomstolen återgav de två vanligen återgivna stycken från AD 1989 nr 12, men som frågan ställdes kom den att lösas genom att det aktuella kollektivavtalet befanns ge svar på den ställda tolkningsfrågan.

är en systematisk omöjlighet.¹²¹⁸ Det förstnämnda synsättet skulle leda till att de situationer som nu är aktuella i princip var analoga med de konkurrenssituationer som behandlats under 8.3.3, där ju ostridigt två avtal i sig är tillämpliga på samma arbete. Istället har det sistnämnda synsättet valts, och syftet med processerna i gränsdragningstvisterna blir därmed att i det enskilda fallet dra gränsen mellan två kollektivavtal.¹²¹⁹ Det innebär att kollektivavtalsrätten kan acceptera att två arbetaravtal respektive två tjänstemannaavtal omfattar samma arbete (även om de inte tillämpas samtidigt, 8.3.3), däremot kan ett arbete inte vara ett arbetar-arbete och ett tjänstemanna-arbete samtidigt. Regleringen av arbetsmarknaden är alltså uppdelad mellan organisationerna branschvis (arbetarfacken har sitt område, tjänstemannafacken sitt), inom respektive bransch kan organisationerna dock i och för sig konkurrera med kollektivavtal som gäller samtidigt.

Skillnaden, och valet mellan två synsätt gäller dock i princip bara om frågan formuleras som en gränsdragningstvist. Om frågan istället ställs som en fråga om arbetsskyldighet blir bilden annorlunda: ”Av 29/29-principen följer sålunda att gränserna för kollektivavtalens tillämpningsområden vanligen är ganska flytande och att olika kollektivavtal kan omfatta arbeten av samma slag¹²²⁰ och: ”[e]n annan slutsats som kan dras av domstolens uttalanden [de vanligen återgivna styckena i AD 1989 nr 12] och som också bekräftats senare (se nedan om AD 1990 nr 59) är att man måste räkna med att vissa arbetsuppgifter mycket väl kan omfattas av mer än ett kollektivavtal.¹²²¹ När frågan är om arbetsskyldighet och 29/29-principen kan alltså den slutsatsen dras öppet, eftersom den inte är avgörande för svaret på frågan genom tolkning av kollektivavtalet mot bakgrund av 29/29-principen, såtillvida är Arbetsdomstolens verksamhet

¹²¹⁸ Att det finns arbeten som kunde omfattas av såväl ett arbetaravtal som ett tjänstemannaavtal är en annan sak, en sak utanför processen, se uttryckligt i AD 1995 nr 9 och AD 2006 nr 87. Också den ovan behandlade dispositionsprincipen (7.5) spelar roll för vilka principiella resonemang domstolen har utrymme för. Arbetsdomstolen föreläggs en tvist mellan två parter och är bunden av deras yrkanden (se särskilt AD 1995 nr 9).

¹²¹⁹ Synsättet utvecklas i AD 1987 nr 75: ”Om en oenighet om förhållandet mellan ett arbetar- och ett tjänstemannaavtal dras inför domstol i rättstvistsens form, har domstolen således normalt att fastställa var gränsen mellan avtalens tillämpningsområden går med avseende på de arbetstagare som tvisten avser. Man kan i sådana fall inte med fog tala om någon ’gråzon’ där båda avtalen i princip är bindande; om en arbetsgivare är bunden av ett arbetaravtal för ett visst arbete omfattas detta arbete inte samtidigt av ett tjänstemannaavtal där arbetsgivaren är part, även om det i och för sig skulle vara möjligt att tillämpa tjänstemannaavtalet på arbetet, och vice versa.” Valet motiveras med vanligheten – ”det existerar alltså normalt ingen ’överlappning’ mellan avtalen.” AD 1978 nr 18.

¹²²⁰ AD 1995 nr 31 och AD 1990 nr 59.

¹²²¹ AD 1995 nr 31.

partikulär. Det problem med koherens som antyds mot konkurrensregeln mildras dock i nästföljande mening, "[o]vanligare är antagligen att en viss arbetstagares arbetsuppgifter i sin helhet omfattas av mer än ett kollektivavtal."¹²²²

"Presumptionsregeln" har till funktion att föra bort den principiella frågan (huruvida ett arbete kan omfattas av två kollektivavtal samtidigt) från processen. Frågan kommer ju, som sagt, att ställas utifrån att det ena avtalet skall tillämpas. Är det fråga om ett arbete som förändrats är frågan är om det förändrats tillräckligt mycket, annars är frågan om den som utför det är närmast att betrakta som en *arbetare* eller som en *tjänsteman*. Det kan förstås tänkas att istället ett SACO-avtal är på tapeten, varpå väl arbetet istället skulle kategoriseras som ett "akademikerarbete" eller likande. Arbetena måste dock hänföras till befintliga kollektivavtal – varför varje arbete måste hänföras till kända kategorier.¹²²³ Regeln får alltså en konserverande funktion, vilken förstärks av att kollektivavtalen enligt Arbetsdomstolen vilar på en gemensam tradition om vad som är arbetaravtal respektive tjänstemannaavtal.¹²²⁴

Om arbetsmarknadsparterna i en viss situation ändå inte skulle komma överens (vilket i princip är en förutsättning för att en tvist skall uppstå) ger regeln den kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisation vars kollektivavtal inte tillämpas incitament att väcka talan för kollektivavtalsbrott, ett avtalsbrott som begås genom att kollektivavtalet inte tillämpas. Arbetsgivaren å sin sida står i en valsituation mellan två möjliga kollektivavtal, ett val som görs vid äventyr av att begå kollektivavtalsbrott för det fall fel kollektivavtal tillämpats. Om det är fråga om ett arbete som förändrats ger måhända det högt ställda kravet på förändring, det vill säga att de nya arbetsuppgifterna skall vara *helt dominerande*, en fingervisning om vilket val som är lättast att försvara – modellen är alltså också på det viset ägnad att konservera de rådande avtalsförhållandena. Det valda synsättet att två avtal systematiskt inte kan överlappa varandra skyddar också arbetsgivaren mot att hamna i den omöjliga situation där endera kollektivavtalet bryts i och med att det andra tillämpas. Arbetsgivaren är alltså i ett bättre läge i konkurrenssituationer som uppkommit på grund av att arbetet, det reglerade, förändrats, än i konkurrenssituationer som uppkommit på grund av att avtalsläget förändrats. Att den diskrepansen överhuvudtaget

¹²²² AD 1995 nr 31.

¹²²³ Arbetstagarernas fackliga hemvist till synes dock inte spela någon roll, inte ens om de bytt facklig organisation i anledning av de förändrade arbetsuppgifterna, se AD 1961 nr 29 till vilket hänvisades i AD 1978 nr 18.

¹²²⁴ AD 1978 nr 18. Det är en anledning, vid sidan av att arbetsmarknadsparterna löser frågor om kollektivavtalens gränser sinsemellan, till att någon överlappning mellan arbetaravtal om tjänstemannaavtal "normalt inte förekommer", se strax ovan n. 1219.

uppkommer är till viss del en följd av att båda situationer, till skillnad mot vad som torde vara gängse, formulerats som frågor om konkurrens mellan kollektivavtal, men den kunde motiveras med att arbetsgivaren är klandervärd i det fall att ett kollektivavtal sluts för ett arbete som redan är kollektivavtalsreglerat.¹²²⁵

Att arbetsgivaren omorganiserar sin verksamhet (och därmed låter tjänster byta karaktär) för att denna skall vara så effektiv som möjligt är däremot en naturlig del av arbetsmarknaden och av kollektivavtalsrätten (vars utveckling ju antas drivas av den tekniska utvecklingen, se ovan 3.6).¹²²⁶

8.4 Förhållandet mellan kollektivavtal och anställningsavtal

8.4.1 Inledning

De ovan behandlade reglerna om konkurrens mellan kollektivavtal hanterar konflikten helt och hållet på den kollektiva nivån, medan de anställningsavtal som skall normeras är utanför den konflikten. I princip är också arbetsmarknadsparterna, som alltså är normgivare på den svenska arbetsmarknaden, fria att ge de normer de finner för gott. Begränsningarna finns framförallt i arbetstagskyddande lagstiftning som är tvingande till arbetstagarens förmån och EU-rätten, ofta genomförd genom så kallade EU-spärrar (se härtill ovan 8.2).

I det följande skall frågor om konkurrens mellan kollektivavtal och anställningsavtal behandlas. Det är kanske inte gängse att betrakta frågor om kollektivavtalets bindande och utfyllande verkan som frågor om konkurrens mellan två avtal, inte desto mindre låter de sig väl beskrivas från det perspektivet. Det ger också möjlighet att betrakta kollektivavtalsrätten som en systematisk helhet med anspråk på att bestämma vissa frågor – som ett rättsområde. Dispositionen innebär också att avhandlingens

¹²²⁵ En sådan tanke skymtar förbi, utan att artikuleras, i AD 1987 nr 75: "Det kan tilläggas [efter det stycke som återgavs i n. 1219] att arbetsgivaren självfallet inte kan lösgöra sig från sina förpliktelser gentemot motparten i ett avtal enbart genom att gentemot en annan organisation åta sig skyldigheter som kolliderar med dem som följer av det förstnämnda avtalet. Arbetsgivaren får i ett sådant fall försöka träffa en uppgörelse med arbetstagarorganisationerna för att lösa konflikten."

¹²²⁶ Situationer då ett arbete faller inom såväl ett arbetaravtal som ett tjänstemannaavtals tillämpningsområde kan, tillägger Arbetsdomstolen i AD 2006 nr 87, möjligen ha blivit vanligare genom den tekniska utvecklingen på vissa områden. Någon rättslig betydelse låter man det dock inte få, inte i det enskilda fallet. Se också AD 1995 nr 9 och AD 1998 nr 5.

sista materiella kapitel handlar om kollektivavtalsrättens gräns mot den individuella arbetsrätten, betraktad från kollektivavtalsrätten.

Den mest uppenbara situationen i relationen mellan kollektivavtal och anställningsavtal torde vara kollektivavtalets *tvungande verkan* på anställningsavtal som faller under dess tillämpningsområde. Sådana situationer regleras av 27 § MBL, se nedan under 8.4.2. Kollektivavtalets verkningar inskränker sig, trots att vare sig det positivrättsliga stadgandet i 27 § MBL eller något annat dylikt ger sådan verkan, dock inte till anställningsavtal som ingåtts av parter som båda är bundna av samma kollektivavtal. Det underförstår bland annat att ett kollektivavtal *gäller*. Ett särskilt särdrag för kollektivavtalsrätten är dock att ett kollektivavtal kan få verkan även efter att det upphört att gälla. Den egenskapen, *efterverkan*, behandlas i 8.4.3. Slutligen kan kollektivavtalet också få verkan för anställningsavtal som ingåtts av parter som inte båda är bundna av samma kollektivavtal. Kollektivavtalets verkan i sådana relationer, *ffjärrverkan*, behandlas nedan i 8.4.4.

8.4.2 Kollektivavtalets företräde

8.4.2.1 Den okomplicerade svenska rätten

I positivrättsligt hänseende är förhållandet mellan kollektivavtal och enskilda anställningsavtal okomplicerat. Parter som är bundna av samma kollektivavtal kan inte sinsemellan träffa från kollektivavtalet avvikande anställningsavtal. Ett sådant anställningsavtal blir ogiltigt enligt 27 § MBL. Ogiltigheten inträder omedelbart, utan uppsägningstid, och det finns inga hinder för parterna i anställningsavtalet att utan föregående uppsägning göra kollektivavtalets bestämmelser gällande mellan sig.¹²²⁷ Kollektivavtalsparterna kan visserligen i kollektivavtalet lämna möjlighet för parterna i anställningsavtal som omfattas av kollektivavtalet att träffa avvikande överenskommelser, de kan också i efterhand godkänna en avvikande överenskommelse (mot bakgrund av att 27 § MBL är tvungande kan man fråga sig hur formerna för ett sådant godkännande bör se ut och vilka verkningar i tiden det kan få, men det får lämnas därhän här). Det är dock just parterna i kollektivavtalet som disponerar över utrymmet för parterna i anställningsavtalet. En annan sak är att de tolkningsfrågor som skall till för att utröna om det finns ett utrymme, vilket utrymmet är och om det är överskridit inte är okomplicerade.¹²²⁸

¹²²⁷ AD 1989 nr 112.

¹²²⁸ Se om sådana tolkningsfrågor särskilt Malmberg, Anställningsavtalet.

8.4.2.2 Kontrasten – En nordisk exkurs¹²²⁹

I Danmark är utgångspunkten, liksom i Sverige, att det i ett kollektivavtal ligger ett berättigat anspråk på att det skall tillämpas på samtliga arbetstagare som omfattas av det aktuella kollektivavtalet, oavsett dessas organisationstillhörighet.¹²³⁰ Konkurrensfrågan behandlas dock delvis något annorlunda. Till att börja med delar en kollision mellan två kollektivavtal upp sig i två olika typer. Den första gruppen innehåller sådana överlappande avtal där den ena arbetstagarorganisationen accepterat den andra arbetstagarorganisationens närvaro på avtalsområdet. Den anses då ha givit upp kravet på att göra sitt avtal gällande i relation till det andra förbundets medlemmar. Accepterandet kan ta sig olika uttryck, utöver att den första arbetsgivarorganisationen kan tolerera den andras närvaro, den andra kan känna till den förstas existens eller de kan ha samexisterat en tid på området, vilket väl närmast får betraktas som en ömsesidig accept i form av konkludent handlande.¹²³¹ Varje förbund kan dock alltid göra sitt avtal gällande i förhållande till sina medlemmar (under förutsättning att arbetsgivaren kände till att arbetstagararna var medlemmar i den aktuella arbetstagarorganisationen).

Den andra typen innehåller överlappande avtal där de närvarande arbetstagarorganisationerna inte accepterat varandras närvaro. För en lösning av konflikter av aktuellt slag gäller en princip med innebörden att det omtvistade arbetet skall hänföras till det för arbetstagararen mest för-

¹²²⁹ Exkursen är en komparativ övning, men den kan inte göra anspråk på att vara en fullständig *komparativ studie*. Den fokuserar till exempel inte på *funktioner*, vilket ibland framställs som ett krav på att något skall passera för en komparativ studie. ”Komparativ forskning förutsätter alltså ett brett angreppssätt, och en analys av såväl rättsliga som sociala normer – med andra ord en *socio-legal functional approach*” säger Mia Rönnmar, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet s. 30. Rönnmar anknuter till Zweigert och Kötz programförklaring vilken inleds: ”The basic methodological principle of comparative law is that of *functionality*” Zweigert och Kötz, An introduction to Comparative Law s. 34. En, åtminstone till det yttre, mer anspråkslös användning av komparation är att använda den i ett tjänande syfte (se till exempel Berg, Bemanningsföretag, flexibilitet och likabehandling s. 22). Det tjänande syftet med en komparation faller tillbaka på en uppsats från 1972 av Stig Strömholm, Har den komparativa rätten en metod? (se s. 462). Det *tjänande* syftet ställs mot det *härskande* syftet, och artikeln utmynnar i ett upprop för mer kvalificerad komparativ forskning, ett upprop som särskilt gäller den komparativa metodens möjligheter att sätta in rättsliga fenomen i sin samhälleliga kontext (s. 464). En tredje komparativ metod företräds av Laura Carlson, som använder en ”system approach”, som enligt Carlson är en av tre existerande huvudsakliga komparativa metoder. De andra (vilka också benämns ”approacher”) är ”the functional” respektive ”transplant”, Carlson, Searching for Equality s. 28 ff.

¹²³⁰ Se Hasselbalch, Arbejdsrett s. 324. Så långt överensstämmer således dansk rätt med svensk, se AD 1978 nr 111.

¹²³¹ Se Hasselbalch, Arbejdsrett s. 324.

delaktiga kollektivavtalet.¹²³² Mer påminnande om den svenska regleringen än utgångspunkten är de undantag som innebär att kollektivavtalen i sig kan ge att en arbetsgivare är skyldig att tillämpa det ena eller det andra kollektivavtalet oaktat vilket som ger det mest fördelaktiga resultatet, till exempel genom att avtalen innehåller exklusiv- eller organisationsklausuler.¹²³³ Vidare öppnar Kristiansen för att principen kan modifieras och ta sig något olika ut beroende på arbetstagarnas fackliga tillhörighet likaväl som fackföreningarnas medlemskap i huvudorganisationer.¹²³⁴

I *Finland* gäller en generell princip ("förmånlighetsprincipen") av innebörd att en norm vinner företräde framför en annan norm om den ger ett för arbetstagaren fördelaktigare resultat.¹²³⁵ Principen träffar alla normer oavsett status, kollektivavtalet intar i detta hänseende ingen särställning. Konkurrens mellan regler i olika kollektivavtal kommer på grund av den allmänna principen inte att hanteras som ett särskilt problem, eller en särskild rättsfråga.¹²³⁶ Det ger också den finska kollektivavtalsrätten ett drag av att utgå från ett arbetstagskyddsperspektiv, i högre grad än den svenska kollektiva arbetsrätten.¹²³⁷ Finland har också ett system för allmängiltigförklaring av riksomfattande kollektivavtal, varför minimilönerna i dessa gäller som lag.¹²³⁸ Framförallt tycks dock Finland utmärka sig genom att det är kriminaliserat att på grund av nationalitet betala en lön som understiger minimilönen i ett allmängiltigt kollektivavtal.¹²³⁹ Den finska arbetsrätten får därmed en koppling till straffrätten som är främmande för den moderna svenska arbetsrätten.¹²⁴⁰

I *Norge* är situationen, från ett svensk perspektiv, svårare att få grepp om.¹²⁴¹ Ibland förväntas den nordiska rättslikheten vara större än vad den

¹²³² Se Hasselbalch, *Arbetsret* s. 324 och Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* s. 205. Bedömningen görs av kollektivavtalet i sin helhet, det vill säga arbetet hänförs till ett avtal i dess helhet och inte villkor för villkor.

¹²³³ Kristiansen s. 206 med hänvisningar.

¹²³⁴ Kristiansen s. 205 ff.

¹²³⁵ Se Bruun och von Koskull, *Allmän arbetsrätt* s. 214 f.

¹²³⁶ Däremot kräver förstas frågan om vilket villkor som skall anses vara mest fördelaktig en rättslig bedömning, en bedömning som kan vara nog så svår, se Bruun och von Koskull, *Allmän arbetsrätt* s. 215 och Sarkko, *Arbetsrätt* s. 272 f.

¹²³⁷ Se också Sarkko, *Arbetsrätt* s. 270.

¹²³⁸ Hellsten, *Allmängiltiga kollektivavtal täcker huvuddelen av finsk arbetsmarknad*.

¹²³⁹ Hellsten, *Allmängiltiga kollektivavtal täcker huvuddelen av finsk arbetsmarknad*.

¹²⁴⁰ Den kopplingen till straffrätt som fanns i den förmoderna "arbetsrätten" är av ett helt annat slag, jfr ovan 2.3.4 (också n. 614).

¹²⁴¹ Det finns också en någorlunda levande debatt, en debatt som kommit att hängas upp på ufravikelighetsprincipen. Se Østerdahl Poulsson, *Kjettterske tanker om ufravikelighetsprincipen som refererar debatten utifrån de deltagande författarna, och använder genomgången för egna slutsatser*. Utan att alltför stora växlar skall dras kan man notera tekniken i artikelns titel. Att ge sina tankar – med rätta eller inte – etiketten "kätterska" pekar ut

är, vilket säkert kan leda till misstag. Visst stöd i äldre praxis finns för en lojalitetsplikt innebärande att en kollektivavtalsbunden arbetsgivare inte får ingå avtal med en andra arbetstagarorganisation.¹²⁴² I samma andetag ifrågasätts förefintligheten av en sådan lojalitetsplikt, eller möjligen till rättsläget som sådant.¹²⁴³ En variant på det temat är att dela på arbetsgiversidans respektive arbetstagersidans plikter i detta avseende. Det har föreslagits att arbetsgiversidan begår ett kollektivavtalsbrott mot sin motpart i det äldre avtalet om ett yngre avtal sluts med en annan arbetstagarorganisation. Man kan då lägga avtalsbrottstidpunkten vid själva slutandet, eller då avtalens samtidiga tillämpning hävdas. Samtidigt skulle inget hindra att en arbetstagarorganisation vidtar stridsåtgärder mot en redan kollektivavtalsbunden arbetsgivare.¹²⁴⁴ En sådan uppdelning med vad den skulle föra med sig har dock visat sig svårsmält.¹²⁴⁵

Ett gemensamt drag i den norska doktrinen tycks vara att diskussionen utgår från vad som kallas ”ufravikelighetsprincipen”,¹²⁴⁶ eller ”ufravikelighetsnormene”¹²⁴⁷ det vill säga den princip eller regel som ger att ett avtal som strider mot ett kollektivavtal är ogiltigt. Det rör sig alltså om en del av kollektivavtalets tvingande verkan.¹²⁴⁸ Principen är i norsk rätt lagstadgad i arbeidstvistloven § 13 nr. 3 och tjenstetvistloven § 13, vilka motsvarar 26 § MBL. ”Ufravikelighetsprincipen/normene” behandlas i sin tur som en inskränkning i avtalsfriheten. Ingången till diskussionen blir då på en högre generalitetsnivå, det är olika principer

det kommenterade som ”heligt”, som någonting man inte utan vidare får säga vad som helst om. Att kalla det egna kätterskt (och därmed det andra heligt) har uppenbarligen en pejorativ funktion. Jfr till Østerdahl Poulsson, Evju, Ufravikelighet – en kommentar.

¹²⁴² ARD 1936 side 127. Om detta avgörande, eller snarare ett däri uttalat *obiter dicta*, synes råda viss oenighet i den norska debatten. Se Fougner m.fl. Kollektiv arbeidsrett s. 238, jfr uttryckligen Jakhelln, Arbeidsrettslige studier s. 231. Jfr också ARD 1945–48 55, se Jakhelln, Arbeidsrettslige studier s. 228. Se också Evju, Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik s. 202 f. Principen verkar i denna tappning vila på en likabehandlingsprincip, det vill säga två från varandra avvikande avtal kan samexistera så länge de inte leder till särbehandling av arbetstagarare med avseende på normativa bestämmelser. Med ett arbetstagar skydd i fokus vrids perspektivet från en lojalitetsplikt på det kollektiva planet. Jfr mot Evju Jakhelln, Arbeidsrettslige studier I s. 233. Se också Jakhelln, Arbeidsrettslige studier I s. 234.

¹²⁴³ Se Fougner m.fl. Kollektiva arbeidsrett s. 239 med hänvisningar.

¹²⁴⁴ Evju, Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik, s. 178 och s. 203, också Thorkildsen, NOU 1996:14.

¹²⁴⁵ Se Østerdahl Poulsson s. 87 f. Se också Jakhelln, Motstridende tariffavtaler, Arbeidsrettslige studier I s. 231 f.

¹²⁴⁶ Se Jakhelln, Motstridende tariffavtaler, Arbeidsrettslige studier I s. 227, också Oversikt over arbeidsretten 3 utgave s. 518 (ff.).

¹²⁴⁷ Se Fougner m.fl. Kollektiv arbeidsrett s. 231 (ff.). Skillnaden är terminologisk.

¹²⁴⁸ Jakhelln, Oversikt over Arbeidsretten s. 518.

som möts, inte ett konkret praktiskt problem som skall lösas på ett smidigt sätt. Från ett rättsvetenskapligt håll kan då rättsläget gärna hållas öppet. Utgångspunkten innebär dock också att vissa lösningar stängs ute, eller i vart fall bjuder motstånd. Det blir till exempel svårt att acceptera ett skadestånd blott på det kollektiva, det obligatoriska, planet när man utgår från en ufravikelighetsprincip, samtidigt som det inte finns något hinder för att ingå ett annat avtal.¹²⁴⁹ Själva utgångspunkten, ufravikelighetsprincipen, synes klar, ändå att det kan påpekas att den inte i sig alls svarar på frågan om vilket kollektivavtal av flera ingångna som skall vara omöjligt att avvika ifrån.¹²⁵⁰ Mot det påpekandet kan dock invändas att det inte längre handlar om ufravikelighetsprincipens omfattning. I den anknytande diskussionen är ju frågan vilken omfattning denna har, i vilken mån den inskränker parternas rättsliga handlingsfrihet. Analysen har tagit ett kliv från den förståelse av principen som innebär att den också innefattar en lojalitetsplikt, och mot den svenska diskursen med en mer teknisk (och till synes från alla plikter frikopplad) prioriteringsregel som löser konflikten.

Om ufravikelighetsprincipen är utgångspunkten i den norska diskursen så är det avgörande intresset ofta en likhetsprincip.¹²⁵¹ Det gäller oaktat man hellre betraktar ufravikelighetsprincipens ändamål som varande förutsebarhet för arbetstagarna och organisationernas intresse av att deras kollektivavtal skall efterlevas.¹²⁵² På så sätt tycks den norska diskursen vara besläktad med de finska och danska principerna om att arbetsgivaren vid konkurrerande kollektivavtal tvingas prestera enligt det för arbetstagaren mest fördelaktiga kollektivavtalet.

I detta sammanhang gäller frågan om ufravikelighetsnormene också kollektivavtalsbestämmelser motsvarande obligatoriska bestämmelser. För bestämmelser om individuella arbetsförhållanden anges principen där emot gälla, av vilket kan dras slutsatsen att en arbetsgivare inte kan ingå ett kollektivavtal om avvikande regler jämfört med ett redan befintligt kollektivavtal.¹²⁵³ Resonemanget, utgående från ufravikelighetsprincipen öppnar dock, med stöd i ARD 1985 side 120, för att mindre avvikelser kan vara godtagbara utan att ufravikelighetsprincipen träds förnär.¹²⁵⁴

¹²⁴⁹ Se Jakhelln, *Arbetsrettslige studier I* s. 232 f.

¹²⁵⁰ Se Jakhelln, *Arbetsrettslige studier I* s. 234.

¹²⁵¹ Se Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* s. 520, med hänvisning särskilt till ARD 1936 s. 127, Thorkildsen (se Østerdahl Poulsson s. 89), Fougner m.fl. s. 240.

¹²⁵² Se till exempel Fougner m.fl. s. 228 f.

¹²⁵³ Se Fougner m.fl. 238 f. Arbetsgivarsidans möjlighet att ingå kollektivavtal avseende samma arbete kan anses vara mer begränsad än arbetstagsidans. Mot en sådan tanke kan dock också invändas, se Jakhelln, *Arbetsrettslige studier I* s. 235.

¹²⁵⁴ Jfr Fougner m.fl. s. 240.

Eftersom frågan samtidigt handlar om avtalsfriheten och dess gränser blir det naturligt att också det andra avtalet kan tillämpas om det inte avviker för mycket. Då kan avtalsfriheten få vinna över ufravelighetsprincipen, annars har den principen företräde. Konsekvensen blir dock också att regleringen kommer att likna den svenska med en stor fördel för den först avtalsbärande arbetstagarorganisationen, eftersom dess avtal skyddas av ufravelighetsprincipen, om inte annat på så sätt att det första avtalet bildar utgångspunkt för vad som är en avvikelse.¹²⁵⁵

Bilden, den jämförande mellan utgångspunkten svensk rätt och jämförelseobjektet norsk rätt kompliceras ytterligare av den möjlighet till allmängiltigförklaring som finns i norsk rätt.¹²⁵⁶ Därtill kommer att reglerna om stridsåtgärder avviker i norsk rätt jämfört med svensk. En proportionalitetsprincip finns inskriven i norsk rätt, och tillämpningen är inte omedelbart klar.¹²⁵⁷ En blockad är rättsstridig om det ”ikke er noe rimelig forhold mellom den interesse som skal fremmes ved boikotten, og den skaden den vil føra med seg” (boikottloven § 2 bokstav c). En förutsättning för att boikottloven och dess proportionalitetsprincip skall tillämpas är att blockaden inte har samband med en strejk eller en lock-out. En blockad i syfte att tvinga fram ett kollektivavtal torde vara av den typen att boikottloven blir tillämplig.

De respektive nordiska länderna skiljer sig i aktuellt avseende åt på vissa sätt. Sverige saknar till skillnad från Norge varje möjlighet till utsträckning av kollektivavtalet genom lagstiftarens försorg.¹²⁵⁸ Tanken på att införa en sådan figur är också i sig rätt främmande. Det trots att den skulle lösa vissa tekniska problem, främst kanske i fråga om genomförande av EU-rätt.¹²⁵⁹ EU-rätten dras gärna till det offentliga inblandning, kanske som ett sätt att hantera krav på rättslikhet i ett mångkulturellt samhälle. Något tekniskt hinder mot att införa en möjlighet till allmän-

¹²⁵⁵ En annan sak är att utgångspunkten för tolkningen av avvikelserna kan vara omtvistad. Fougner s. 239 f. förordar *verkningarna* snarare än *ordalydelsen* som utgångspunkt.

¹²⁵⁶ Se Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, s. 528 f.

¹²⁵⁷ Se Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, s. 542 f.

¹²⁵⁸ Danmark saknar i princip ett system för utsträckning av kollektivavtal men har antagit en liknande modell såvitt gäller implementering av deltidsdirektivet (Direktiv 97/81/EG av 15 december 1997), se Nielsen och Roseberry, *Dansk arbeidsrett* s. 180. I Finland gäller en ordning enligt vilken ett kollektivavtal under vissa förutsättningar blir allmänt bindande för en viss bransch, se Bruun och von Koskull s. 160 ff. Den isländska arbetsrätten slutligen har en regel enligt vilken villkor i anställningsavtal som är sämre än i det gällande kollektivavtalet är ogiltiga. Det avvikande i den isländska konstruktionen är att regeln gäller såväl organiserade som oorganiserade arbetsgivare och arbetstagare, se Júlíusdóttir, *Icelandic Labour Law* s. 359 och s. 366.

¹²⁵⁹ Se Nielsen och Roseberry, *Dansk arbeidsrett* s. 177 f.

giltigförklaring också i svensk rätt finns självfallet inte. Den svenska kollektivavtalsrätten utmärker sig för sin höga grad av partsautonomi (det är i vart fall dess självbild, vad diskursen utgår ifrån – hur det *verkligt* står till med den saken är, så länge vi är tillfreds med berättelsen, en fråga av underordnat intresse).

De autonoma parterna kommer, kan förutses, att använda institutet som de är vana – till att tillförsäkra sig inflytande. Och inget klander i det; parternas hela existens bygger på att tillförsäkra sig inflytande.¹²⁶⁰ Som en illustration på det sagda visar det sig att det dröjde nästan tio år mellan det att Norge antog en lag om allmängiltigförklaring till det att lagen användes, och då var anledningen enligt uppgift oro för social dumpning i samband med utstationering av arbetstagare till Norge.¹²⁶¹ Det är alltså något utifrån kommande (upplevt) hot som får en part att reagera – och använda sig av de befintliga maktmedlen. Det är också ett utifrån kommande hot som skulle motivera lagstiftaren att införa allmängiltigförklaring, nämligen EU:s rättsakter. Ett befintligt system för att allmängiltigförklara kollektivavtal skulle kunna lätta på det tryck som det innebär att EU tycks förutsätta att det finns en offentligrättslig inblandning i normbildningen.¹²⁶²

8.4.2.3 *Tillbaka till den svenska kollektivavtalsrätten – en komplicerad fråga om regelns följd*

De regler som behandlats strax ovan tar sikte på hur konkurrenssituationen som sådan skall lösas, det vill säga vilket avtal som skall ha företräde och vilket som skall vika. När den frågan är besvarad kvarstår i vissa fall några frågor, som inte betonats särskilt. Att en fråga om skadestånd på grund av kollektivavtalsbrott återstår har antytts ovan. En annan fråga är från vilken tidpunkt de rätta villkoren skall tillämpas. En tredje fråga, som hänger samman med båda dessa frågor, är hur förmögenhetsförhållandena, i de fall de bygger på ett felaktigt rättsläge, skall justeras. Den sistnämnda frågan uppkommer eftersom verkan av den ogiltighet eller

¹²⁶⁰ Överhuvudtaget kan en rättsvetenskaplig studie inte gärna klandra parterna för deras handlingar. Särskilt betänkligt vore det som det vore att från en juridisk utgångspunkt kritisera ett sociologiskt faktum. Förutom att rättsvetenskapen inte kan värdera sociologisk forskning kan man lägga till att vare sig jurister eller sociologer i sin forskningsgärning bör vara "moralister eller praktikere med bestemte interesser". Lysgaard, Arbejderkollektivet s. 3.

¹²⁶¹ Dølvik och Stokke, Norsk allmängiltigförklaring gäller endast avtalens minimilöner s. 3 f.

¹²⁶² Se 3.2.4 och 6.2.4.

overksamhet som följer av konkurrensregeln inte bara avser tiden från sakens avgörande utan också förfluten tid.¹²⁶³

Om den organiserade arbetstagaren är underbetald i förhållande till det gällande kollektivavtalet skall arbetsgivaren ersätta arbetstagaren för den förlorade lönen. För det kollektivavtalsbrott som arbetsgivaren begått i förhållande till motparten i kollektivavtalet skall skadestånd för att kollektivavtalet inte hållits i helgd utgå (54–55 §§ MBL). Är arbetstagaren ifråga utanförstående skall skadestånd således betalas till den kollektivavtalsbärande organisationen. Arbetstagaren kan dock inte själv grunda någon rätt på annat än sitt anställningsavtal, och kan således inte själv kräva mer lön än enligt anställningsavtalet (en annan sak är att arbetsgivaren *ex gratia* kan betala upp till kollektivavtalsenlig lön).

Om arbetstagaren inte är underbetald i förhållande till kollektivavtalet utan istället *överbetald* blir svaret inte lika uppenbart. Problemet uppkommer om det aktuella kollektivavtalet inte tillåter annan lön än den i kollektivavtalet stipulerade.¹²⁶⁴ Är arbetstagaren *oorganiserad* gäller anställningsavtalet och arbetsgivaren har, om kollektivavtalet är utformat på det viset, begått ett avtalsbrott mot motparten i kollektivavtalet. För det avtalsbrottet blir arbetsgivaren skadeståndsskyldig gentemot arbetsgivarorganisationen enligt 54–55 §§ MBL.¹²⁶⁵ Anställningsavtalet gäller alltså för att reglera förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren till dess det sägs upp.

Om arbetstagaren är *organiserad* är lönebestämmelsen ogiltig enligt 27 § MBL. Arbetsgivaren har, antagligen redan i och med att ingå ett anställningsavtal på villkor i strid med kollektivavtalet, men senast genom att utge villkor i enlighet med anställningsavtalet i strid mot kollektivavtalet, gjort sig skyldig till ett kollektivavtalsbrott i förhållande till sin motpart i kollektivavtalet. För det avtalsbrottet blir arbetsgivaren skadeståndsskyldig enligt 54–55 §§ MBL.

Vad som skall gälla för den typiskt svagare parten, arbetstagaren, är mer oklart. Till att börja med kan konstateras att villkoret i anställningsavtalet aldrig har varit giltigt, och att felaktigheten således kan åberopas för tiden mellan avgörande och avtalslut.¹²⁶⁶ Det aktualiserar frågan om

¹²⁶³ Se strax nedan n. 1266. Man kan anta att regeln är densamma även i fråga om konkurrens mellan kollektivavtal.

¹²⁶⁴ Kollektivavtalsrätten håller sig med en distinktion mellan ”normlöneavtal” och ”minimilöneavtal” eller liknande. Distinktionen har funktionen att förenkla och att skapa gemenskap genom att terminologin är speciell, men varje kollektivavtal måste naturligtvis i princip tolkas i varje aktuell tvist. Se vidare ovan 7.6.4.2 om etablerade klausuler.

¹²⁶⁵ Se till exempel AD 2006 nr 76.

¹²⁶⁶ Se vidare Malmberg, Anställningsavtalet s. 121 Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 175. Malmberg talar om ogiltighet för förfluten tid, se också

återbetalningsskyldighet för den förmyckna lönen. Den förmögenhetsrättsliga utgångspunkten är att arbetstagaren skall återbetala det överskjutande beloppet.¹²⁶⁷ Huvudprincipen kan också utläsas (om än motsatsvis) av domskälen i AD 1938 nr 16, i vilket arbetstagaren slapp återge den överskjutande lönen eftersom arbetsgivaren, trots att denne ”måste antagas hava förstått” att den överenskomna lönen var ogiltig, inte gjort förbehåll om återbetalning. Arbetstagaren i fallet kunde däremot inte antagas ha insett att överenskommelsen var ogiltig (delvis just på grund av att arbetsgivaren inte förbehållit sig rätten till återbetalning). I just det fallet fanns alltså en ondtröende arbetsgivare och en godtroende arbetstagare, men om en regel skall formuleras med dessa krav kan knappast sägas säkert. Två av Arbetsdomstolens ledamöter (de på förslag av arbetsgivarsidan utsedda) ville åläggas arbetstagaren återbetalningsskyldighet redan på grund av att överenskommelsen varit ogiltig, det vill säga överhuvudtaget utan något resonemang om ond eller god tro. Mot bakgrund av det kan man kanske dra slutsatsen att något insiktskrav finns, men om det skall vidlåda båda sidor, och hur högt ställt det skall vara (om kravet är att parten skall ha insett eller om det räcker med parten bort inse) att går knappast att utläsa.¹²⁶⁸

Arbetsdomstolen är inte, vilket kanske kan tillskrivas den tidens domskrivningstradition, särdeles utförlig, inte heller vad gäller den rättsliga grunden för den tillämpade principen. Ett försök att förklara principen kan belysa kollektivavtalsrättens sätt att bilda sina egna regler genom att omväxlande anknyta till allmänna principer och hävda sin särart.¹²⁶⁹ En

Bergström, Kollektivavtalslagen s. 75 som talar om retroaktiv ogiltighet. Båda uttrycken anknyter till en distinktion mellan *angriplighet* och *nullitet*. Se också prop. 1928:39 s. 81 som anknyter till distinktionen utan av att använda begreppen nullitet och angriplighet, vidare prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 375 enligt vilken ”[o]giltigheten inträder liksom enligt 3 § KAL omedelbart”. Det betonas att distinktionen mellan angriplighet och nullitet inte är genomförd i nordisk rätt (Malmberg, Anställningsavtalet s. 120). Jfr Eklund i Facklig arbetsrätt s. 202.

¹²⁶⁷ Malmberg, Anställningsavtalet s. 123, Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 175, Schmidt, Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. s. 142, också Rodhe, Obligationsrätt s. 422 och Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 2 uppl. s. 195.

¹²⁶⁸ Se vidare Erika P Björkdahl som behandlar insiktskrav (”subjektiva rekvisit”) på ömse sidor i fråga om att den ena parten vill rikta anspråk mot den andra parten till följd av klandervärt beteende vid förhandlingar, se Björkdahl, Lojalitet och kontraktliknande förhållanden s. 144 ff. och s. 215 ff. Att en part skall vara i god tro i förhållande till de invändningar som denne vill göra behandlas som en allmän förmögenhetsrättslig grundsat (Björkdahl, a.a. s. 215 f.) medan insiktskravet hos den gentemot vilken invändningar görs är olika i olika situationer (se särskilt s. 211 ff.).

¹²⁶⁹ Huvudsaken är alltså inte att fastställa rättsläget i just den här frågan, även om det också kan ha sitt värde. Se därvid också Bergström, Kollektivavtalslagen s. 79: ”Problemet synes [...] vara av ett icke ringa principiellt intresse.”

genväg vore att betrakta det av Arbetsdomstolen tillämpade godtroskravet som en internt kollektivavtalsrättslig princip, utan anknytning till den allmänna förmögenhetsrätten. Avviker den kollektivavtalsrättsliga principen från den allmänna förmögenhetsrätten har undantaget fog för sig, inte minst med beaktande av att en organiserad arbetstagare annars skulle riskera att hamna i ett sämre läge än en oorganiserad arbetstagare (eftersom den oorganiserades anställningsavtal inte är ogiltigt om det råkar vara oförenligt med ett kollektivavtal), vilket knappast kan accepteras av kollektivavtalsrätten. Den kunde kanske också avfärdas som en tillfällighet, beroende på de speciella omständigheterna i fallet, om det inte vore för att den tycks ha accepterats, om inte i praxis så i vart fall i senare doktrin. Några fall eller uttalanden i motsatt riktning torde inte heller finnas.¹²⁷⁰

Om den arbetsrättsliga huvudregeln är att anställningsavtalets ogiltighet, möjligen i konflikt med den allmänna förmögenhetsrättsliga utgångspunkten, inte omedelbart leder till att prestationerna skall återbördas kan man jämföra med närliggande principer för att söka en förklaring till regeln. I det följande skall tre olika grunder för krav på återbetalning prövas.

En *första* grund att pröva är ett återkrav enligt principen om misstagbetalning, *condictio indebeti*. Det är ju bara den ena prestationen som skall återgå, och bara den del som överstiger det (enligt det gällande (kollektiv-)avtalet) rätta vederlaget. Enligt principen *condictio indebeti* skall en betalning som skett av misstag gå åter, om inte mottagaren i god tro inrättat sig efter betalningen.¹²⁷¹ Det skulle kunna förklara godtrosskyddet för mottagaren. Det är dock tveksamt om situationen egentligen är sådan att den principen om *condictio indebeti* är tillämplig. Någon betalning av *misstag* har ju överhuvudtaget inte skett, utan betalningen har skett medvetet till rätt mottagare. Om det överhuvudtaget är adekvat att närma sig problemet genom resonemang som härrör till principen *condictio indebeti* skulle redan det faktum att arbetsgivaren betalat oaktat att denne visste att han inte var rättsligt skyldig därtill kunna föranleda slutsatsen att mottagaren borde få behålla beloppet. Arbetsgivarens onda tro i fallet AD 1938 nr 16 (dennes vetskap om att den i anställningsavtalet gjorda överenskommelsen om lön stred mot kollektivavtalet) skulle då utesluta en rätt till återbetalning enligt principen *condictio indebeti*. Arbetsgivarens bevekelsegrunder för en utbetalning av lön i medveten konflikt med ett kollektivavtal är enligt det sänkta vara en sådan disposition som inte

¹²⁷⁰ Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 123 n. 24.

¹²⁷¹ Mellqvist & Persson, Fordran & Skuld s. 36 f.

skyddas av principen ifråga.¹²⁷² En förklaring som den nu skisserade kan dock fullt ut inte accepteras av kollektivavtalsrätten. Den skulle nämligen innebära att parterna i anställningsförhållandet sinsemellan skulle kunna disponera över bundenheten i strid med 27 § MBL. Visserligen skulle sanktioner i form av skadestånd för kollektivavtalsbrott för arbetsgivaren gentemot motparten i kollektivavtalet och eventuella påföljder för medlemmen gentemot sin förening, men de skulle inte vara omedelbart knutna till ogiltighetsverkan enligt 27 § MBL.

En *andra* grund har ändå att göra med att återbetalningen skall ske genom skadestånd. Enligt 2 kap. 2 § SkL skall, i utomobligatoriska förhållanden, skadestånd utgå för ren förmögenhetsskada om skadan vållats genom brott. Det finns dock, åtminstone i Arbetsdomstolens praxis, till synes möjlighet att utdöma utomobligatoriskt skadestånd för ren förmögenhetsskada som inte orsakats genom brott.¹²⁷³ I inomobligatoriska relationer leder avtalsbrott till att den felande parten får ersätta den andres skada (jfr 1 kap. 1 § SkL). Något brott mot den utanförståendes anställningsavtal har ju dock inte skett. Det avtalsbrott som överhuvudtaget är begånget är det begånget mot kollektivavtalet. Också i förhållande till den organiserade arbetstagaren kan det bli lite krystat att tala om ett avtalsbrott begånget mot arbetsgivaren. Att arbetsgivaren är förpliktad att betala en viss lön är inte liktydigt med att arbetstagaren är ålagd att ta emot en viss lön. En sådan skyldighet för arbetstagaren kan i vart fall inte utan vidare anses ligga i kollektivavtalet. Arbetstagarens huvudsakliga förpliktelse enligt kollektivavtalet är snarare att underkasta sig arbetsgivarens anvisningar för arbetet, mot vederlag i form av lön. Redan på denna grund har alltså skadeståndet ett begränsat förklaringsvärde.

Frågan är också gentemot vem kontraktetsbrottet skall anses vara begånget. För att det skall motivera skadestånd till motparten i anställningsförhållandet, arbetsgivaren, måste avtalsbrottet vara begånget mot denne. Arbetsgivaren har den speciella egenskapen att vara part i båda avtalen (eller rättare kan vara, den situation som nu är för ögonen är att arbetsgivaren är bunden som part, inte genom medlemskap). Det öppnar möjligheten att skadeståndet (som återbetalning i detta resonemang intar skepnad av) kan sättas ned på grund av medvållande. Arbetsgivaren är

¹²⁷² Mellqvist & Persson talar om en "disposition" från betalarens sida, Mellqvist & Persson, *Fordran & Skuld* s. 36 f.

¹²⁷³ Se till exempel AD 2009 nr 89 med hänvisning till NJA 2005 s. 608. Se också till exempel Agell, som inledande och närmast i förbigående talar om att huvudregeln i skadeståndslagen är att ren förmögenhetsskada bara ersätts om den orsakats genom brott, men att undantag kan göras i särskild lag eller i rättspraxis. Agell, *Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom* s. 23. Se också Sigeman, *Grundlagsskydd för facklig stridsrätt* s. 163.

själv (med)skyldig till avtalsbrottet, varför denne inte skall kompenseras. Samma resonemang kan ju dock tillämpas i den motsatta situationen, det vill säga i fråga om underbetalning (då arbetstagaren är medvållande). Godtros- respektive ondtrosrekvisiten på ömse sidor får i en sådan förklaringsmodell karaktären av (moment i) culpapregler.¹²⁷⁴

Uttrymmet för att tillämpa allmänna skadeståndsrättsliga principer får ses mot bakgrund av att arbetsrätten håller sig med egna sådana lagregler. Att tillämpa skadeståndsbestämmelserna i 54–55 §§ MBL i den aktuella situationen bjuder överhuvudtaget ett visst motstånd. Ett övergripande ändamål med de arbetsrättsliga reglerna är förvisso att skydda den svagare parten, arbetstagaren. Ett sådant ändamål skulle kunna ligga till grund för en tillämpning av skälighetsrekvisitet i 60 § MBL, vilket också skulle kunna förklara diskrepansen i medvållandefrågan beroende på åt vilket håll återbetalningen skall gå. Men ett starkare ändamål bakom just de bestämmelserna är att upprätthålla kollektivavtalet som regleringsform. Det ändamålet kan också anas bakom den ovillkorliga utformningen av 27 § MBL.¹²⁷⁵ Förklaringen bygger alltså på att man accepterar att arbetstagar skyddet i just den situationen är ett ändamål som är överordnat skyddet för kollektivavtalet, och att det förstnämnda i någon mån tillåts undergräva det sistnämnda.

En *tredje* variant är att låta tillämpningen anknyta till en allmän princip om obehörig vinst. En sådan princip har i doktrin avvisats såsom främmande i svensk rätt, i vart fall i inomkontraktuella förhållanden.¹²⁷⁶ Det förhållande vi nu har för ögonen är inte utomobligatoriskt, men partsställningen är speciell jämfört med typavtalet. Här får ”den dubbla konstruktionen” (se ovan 6.2.3) en direkt betydelse för diskursen utformning. Den dubbla bundenheten, och den dubbla partsställning som den innebär, fjärrar kollektivavtalsrätten från den allmänna civilrättsens exempel.¹²⁷⁷ De parter mellan vilka den omtvistade betalningen skett står

¹²⁷⁴ Se också Björkdahl, *Lojalitet och kontraktstliknande förhållanden* s. 199 ff. och s. 214, jfr s. 224 ff.

¹²⁷⁵ Detsamma med ufravelighetsprincipen i norsk rätt, se Fougner m.fl. *Kollektiv arbeidsrett* s. 228 f. Bakom det ändamålet skymtar målet att kollektivavtalet skall garantera lika löne- och anställningsvillkor för att förhindra konkurrens om arbetstillfällen med anställningsvillkor som konkurrensmedel.

¹²⁷⁶ ”En princip om obehörig vinst är, såsom allmän rättsgrundsats med tillämpning även inom kontraktsförhållanden, främmande för svensk rätt, även om det finns enstaka avgöranden där den har tillämpats som om den vore en sådan rättsgrundsats.” Hellner m.fl., *Speciell avtalsrätt II*, 1 häftet s. 28.

¹²⁷⁷ Också enligt någon av de båda andra teorierna för att förklara kollektivavtalets bindningsmekanism, organisationsteorin (se 6.2.1) och fullmaktsteorin (se 6.2.2), blir partsställningen komplicerad. De är dock lättare att applicera på obligationsrättsliga exempel, eftersom figurerna i sig själva är hämtade från just obligationsrätten.

i ett avtalsförhållande (ett anställningsavtal). Det är inte något fel på prestationen enligt det avtalet, tvärtom har betalningen skett helt i enlighet med detta avtal. Problemet är istället att det avtalet bryter mot ett annat överordnat avtal, varför det underordnade avtalet är ogiltigt (i den delen). Parterna i anställningsavtalet är bundna också av det överordnade avtalet (kollektivavtalet), men det är bara en av dem (arbetsgivaren) som är part i det avtalet.

Det skulle föra för långt att i detta sammanhang utreda hur en princip om ”obehörig vinst” (vilken avvisas i äldre doktrin), förhåller sig till vinstersättning i allmänhet.¹²⁷⁸ Den liknar skadeståndet (och praktiskt kan säkert resultatet ofta bli detsamma). Den förhåller sig till skadeståndet så att fokus riktas mot den vinst ena parten gjort istället för på den skada den andra parten lidit.¹²⁷⁹ Den har därmed en retorisk fördel. Att låta arbetstagarens vinst gå tillbaka till den skadade, mot bakgrund av arbetstagar skyddet, vara mera lättsmält än att ersätta arbetsgivarens förlust (som denne delvis själv åsamkat sig). Man slipper också situationen att regeln får ett skyddsändamål som inte anknyter till vare sig arbetstagar skyddet eller kollektivavtals skyddet. Istället kommer regeln då att skydda arbetsgivaren eller den kontraktspart som förlitat sig på ett kollektivavtals vidrigt avtal, ändamål som i övrigt inte finns i kollektivavtals rätten. Osäkerheten till trots förslår principen till dels som förklaringsmodell. Det har skett en förmögenhetsförskjutning från arbetsgivaren till arbetstagaren som saknar rättslig grund.¹²⁸⁰ Däremot måste godtros konstruktionen hämtas någon annanstans ifrån, eller betraktas som en speciallösning.

I frågan möter en gräns mot associations rätten (se ovan 5.4.1.2). Den organiserade arbetstagare som har ingått ett anställningsavtal som innebär en överbetalning har begått ett brott mot kollektivavtalet. Därmed har denne i princip ådragit sig skadestånd enligt 54–55 §§ MBL. Hur denna skyldighet förhåller sig till det avtal som medlemskapet innebär besvaras av associations rätten. Samma fråga uppkommer också på arbetsgivarsidan i de fall då arbetsgivaren är bunden av kollektivavtalet

¹²⁷⁸ Det kan noteras att Hjalmar Karlgren som, vilket Anders Agell påpekar (Agell, Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom s. 30), jämfört med Hellner (och Svante Bergström, se Bergström, Om vinstregler och vinstgrundsats s. 254 ff.) är mer positivt inställd till institutet, talar om en allmän vinstregel som synes innefatta obehörig vinst, Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning särskilt s. 11. Jfr därvid Knut Rodhe som markerar att vissa regler om ”obehörig vinst” inte har något med vinstersättningen såsom ersättningsform att göra, Rodhe, Obligationsrätt, s. 466 n. 2.

¹²⁷⁹ Se Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning s. 13 (jfr s. 55: ”gränsen mellan värdeersättning och skadestånd är nu icke heller så lätt att koncist angiva”) och Rodhe, Obligationsrätt, s. 466.

¹²⁸⁰ Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning särskilt s. 21 f.

genom medlemskap i en arbetsgivarorganisation, inte som part i avtalet i och för sig.

En speciallösning kan det mycket väl vara, men den kan bäst förstås mot bakgrund av sina förmögenhetsrättsliga kopplingar.¹²⁸¹ Frågan, särskilt återkrav från arbetsgivaren gentemot arbetstagaren har hittills varit av mer principiellt än praktiskt intresse. Genom den retoriska operationen att hänföra problemet till det principiella kan trycket på systemet minskas.¹²⁸² Men om arbetstagaren inte längre är utbytbar, och att det uppstår konkurrenssituationer, inte om ett visst arbete utan om en viss arbetstagare (det vill säga den omvända situationen samhället idealtypiska). Om det bakomliggande kollektivavtalet innebär minimilön, men inte normallön, uppstår inget problem. Sålunda skulle individualiseringstendensen medföra att problemet neutraliseras. Men låt också säga att kollektivavtalet innebär normallön, eller till och med lönetariffer. Det är en tänkbar utveckling av internationaliseringen, särskilt om kollektivavtalet skall behålla sin position som dominerande regleringsinstrument. För att möta den spänning som internationaliseringen skapar, eller av något annat skäl, är det möjligt att minimilöner i på något vis allmängiltigförklarade eller utsträckta kollektivavtal införs. Vilka effekter det får på kollektivavtalens innehåll går naturligtvis inte att säga, men det går inte att avfärda möjligheten att individualiserade löner byts mot normallöner. Det skulle, kan tänkas, vara en för båda sidor acceptabel kompromiss. För arbetstagsidans vidkommande kan, naturligtvis beroende på lönenormernas konstruktion, i någon mån effekterna av lönedumping undanröjas. För arbetsgivarsidan kan möjligheten att förutse kostnader och en bibehållen stabilitet vara intressen värda att bevaka. I konsekvens med en sådan utveckling blir plötsligt frågan huruvida och i så fall hur en överbetalning i förhållande till kollektivavtalet skall återställas praktiskt viktig.

Den diskuterade regeln kan, som sagt, betraktas som en undantagsregel från den civilrättsliga huvudregeln. Varken kravet på ond tro hos arbetsgivaren eller god tro hos arbetstagaren (såsom de kan utläsas av AD 1938 nr 16) är dock särdeles välbestämda.¹²⁸³ Det är inte ens klart att

¹²⁸¹ Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning*, s. 23: "Visst finns det åtskilliga fall då trots inträffad förmögenhetsförskjutning rättsordningen icke erkänner ersättningskrav, [...], men detta är undantag, som också i allmänhet bjärt avtecknar sig mot systemet i övrigt."

¹²⁸² Se Bergström, *Kollektivavtalslagen* s. 79: "Problemet saknar inte praktisk betydelse, även om överbetalning hittills nästan undantagslöst har beivrats blott genom interna åtgärder på arbetsgivarsidan, såsom att den felande arbetsgivaren ålagts stadgeenliga böter. Domstolsvägen kan under förändrade tidsomständigheter få ökad praktisk betydelse.

¹²⁸³ Jag har här utgått från att det inte är något generell krav att arbetsgivaren förbehållit

de skall gälla. Vad gäller ondroskravet hos arbetsgivaren kan nog konstateras att en ondtröende arbetsgivare inte i och för sig är skyddsvärd i den aktuella situationen. Man kan i nästa steg fråga sig hur en arbetsgivare skall kunna vara i god tro, om kravet är att denne inte skall antas ha insett att lönevillkoren stred mot kollektivavtalet. Kravet för insikt skvallrar om en *dolusregel* ("måste antagas hava förstått"), inte en *culporegel* "borde ha förstått"). I fråga om kollektivavtals innehåll är den skillnaden avgörande (se särskilt 7.3), men i den nu diskuterade situationen är det svårare att se att det egentligen skulle ha någon självständig betydelse. Om inte gränserna för vad arbetsgivaren känt till i fråga om sina egna avtalsrelationer och var arbetsgivaren borde känna till inte i det enskilda fallet sammanfallet skulle det kunna leda till att en arbetsgivare skulle hamna i en bättre position till följd av sin okunskap, dessutom i en fråga som endast kan få sådan betydelse i helt exceptionella fall.¹²⁸⁴ Att arbetsgivaren befann sig i en (ekonomiskt) pressande situation kan knappast heller vara ägnat att ursäktat överbetalningen, eftersom det skulle undergräva kollektivavtalets normerande funktion. En mer närliggande situation är att rättsläget i någon fråga, till exempel om hur lönen i ett visst avseende skall beräknas, är oklart och arbetsgivaren gör en i och för sig rimlig bedömning som sedan (genom Arbetsdomstolens dom i saken) visar sig vara oriktig. Ett sådant skäl väger antagligen tyngre om arbetsgivaren har stöd av sin organisation i tolkning, särskilt som organisationen är part i kollektivavtalet. Slutsatsen bör nog inte vara att återbetalning inte kan komma ifråga utom i mycket speciella fall, utan att det förhållande att arbetsgivaren känner till att anställningsavtalet strider mot anställningsavtalet inte är (ensamt) avgörande, möjligen med mindre arbetsgivaren inte kan antas (och inte heller borde) inse att anställningsavtalet är kollektivavtalsvidrigt samtidigt som arbetstagaren känner till detta.

Det leder över på frågan om kravet på arbetstagarens goda tro. Den får betydelse som negativt faktum, det vill säga en arbetstagare som känner till att anställningsavtalet strider mot ett kollektivavtal är knappast skyddsvärd. För en arbetstagare kan man tänka är det inte lika långsökt som för arbetsgivaren att tänka sig att det kan finnas en okunskap, och att den kan vara ursäktlig. Till exempel är man nog beredd att i högre

sig rätten till återbetalning (jfr AD 1938 nr 16). Ett sådant krav skulle göra diskussionen om ond respektive god tro meningslös, eftersom ett sådant förbehåll bara skulle framföras av en ondtröende arbetsgivare och också sätta arbetstagaren i ond tro (om förbehållet framförs rutinmässigt, utan egentlig koppling till den omtvistade lönen kan bedömningen bli en annan).

¹²⁸⁴ Det låter sig tänkas att arbetsgivaren inte är part i kollektivavtalet i och för sig, och att denne inte får tillgång till avtalstexten (se 6.3). Situationen får nog dock anses illustrera en systematisk inkonsekvens snarare än ett praktiskt problem.

grad ha förståelse för att en enskild arbetstagare inte satt sig in i kollektivavtalet, även om denne i och för sig kunnat få tillgång till det (se strax ovan n. 1284). Det låter sig vidare tänkas att en sådan förståelse kan kanske också vara större ju mer invecklade kollektivavtalets bestämmelser är. Åtminstone *de lege lata* blir det inte mer än en spekulatión. Det beror på i vilken utsträckning man kan bejaka att rättsliga regler, också sådana som finns i kollektivavtal, nästan oundvikligen är konstruerade av jurister för jurister (skulle de inte vara formulerade av jurister kommer de ändå att tolkas av jurister, på juristers vis). Är det riktigt måste man dock acceptera att liknelsen vid lag inte riktigt förslår i den aktuella situationen. En sådan villfarelse som det vore fråga om ursäktar som huvudregel inte, varför ett godtrosskydd mot bakgrund av en sådan liknelse inte skulle ha någon naturlig plats. På arbetstagersidan kan man, liknelsen oaktad, tänka sig ett självständigt godtrosskydd. Skyddet för kollektivavtalet som regleringsinstrument får i en sådan lösning vika för skyddet av den enskilda arbetstagen. Vilken formulering som skall väljas, det vill säga vilken nivå, ("måste antagas hava insett", "bort inse" eller liknande) kan vara en öppen fråga.

8.4.3 Kollektivavtalets efterverkan

8.4.3.1 Om figuren

En av de konstruktioner som gör kollektivavtalet till ett speciellt avtal, och som utmanar avtalsidentiteten, är det som kallas kollektivavtalets *efterverkan*. Efterverkan innebär att en bestämmelse som har givits i ett kollektivavtal tillämpas efter att kollektivavtalet upphört att gälla.¹²⁸⁵ Det förutsätts därvid att det inte i något annat mellan parterna tillämpligt kollektivavtal finns tillämpliga bestämmelser, och antagligen också att det inte heller i övrigt finns subsidiära normer som kan tillämpas i stället för normerna det tidigare gällande kollektivavtalet.¹²⁸⁶ Under tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd kan dock efterverkan komma ifråga även om det finns dispositiva lagregler att tillgå.¹²⁸⁷

¹²⁸⁵ Efterverkansbegreppet är kanske inte enhetligt, se till exempel Evju, Tariffavtalens efterverkning, s. 256 f. Dess kärna skall dock enligt Evju vara den som här beskrives (a.a. s. 257). I NJA 1959 s. 562, det första svenska fall i vilket kollektivavtalet tillerkändes efterverkan tycks begreppet härledas till en uppsats av Helge Halme i JfT 1932, men också till Svante Bergström och Sture Petré (se om debatten dem emellan ovan kap. 6.2.3).

¹²⁸⁶ Se till exempel AD 2005 nr 121 och AD 1998 nr 33, Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 185.

¹²⁸⁷ AD 1979 nr 137. Efter en utredning av förarbetenas inställning i frågan kunde Arbetsdomstolen konkludera att efterverkan under tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd inte gick emot lagstiftningens anda: "Enligt arbetsdomstolens mening kan det inte anses stridande

Efterverkan innebär att arbetstagaren kan göra anspråk på den tidigare kollektivavtalade lönen. Att kollektivavtalet har upphört att gälla innebär att anspråket systematiskt härleds ur anställningsavtalet.¹²⁸⁸ Det innebär också att motparten i det (inte längre gällande) kollektivavtalet inte kan göra anspråk på skadestånd enligt 54–55 §§ MBL för kollektivavtalsbrott.¹²⁸⁹ Kollektivavtalets efterverkan möjliggörs, teoretiskt, av den dubbla konstruktionen (se ovan 6.2.3).¹²⁹⁰ I praxis har den inställningen gjorts explicit:

”Det torde vara allmänt erkänt att man har att räkna med att kollektivavtalsbestämmelser rörande löne- och andra anställningsvillkor får en efterverkan för tiden efter det att kollektivavtalet ifråga upphört att gälla utan att avlösas av något nytt kollektivavtal. Den numera förhärskande uppfattningen synes vara att den rättsliga förklaringen härtill är att söka i det förhållandet att kollektivavtalets bestämmelser om löne- och andra anställningsvillkor också ingår i de enskilda anställningsavtalen. Kollektivavtalsregler av denna typ skulle därmed finnas både i kollektivavtalet och i det enskilda anställningsavtalet, något som i den juridiska litteraturen kallats den ’dubbla konstruktionen’.”¹²⁹¹

mot det skyddsintresse som lagen skall tillvarata om från lagen avvikande arbetstidsregler, som tillkommit under medverkan av en central arbetstagarorganisation, får tillämpas även när det avtal varigenom de tillkommit tillfälligt inte gäller. Skyddsintresset måste anses vara tillgodosett genom att avstegen från lagens regler faktiskt har skett på det sätt som föreskrivs i lagen. En fortsatt tillämpning av avtalet innebär inte att skyddsintresset träds för när utan endast att ingen praktisk förändring inträder när kollektivavtalet tillfälligt inte gäller.” Arbetsdomstolen lägger också till att ”[s]amtidigt tillgodoses självfallet intresset av flexibilitet.” (se ovan 3.3). Kanske är en förutsättning för domen i AD 1979 nr 137 att det är fråga om ett område inom vilket just en tillämpligt av arbetstidslagens regler kan befinnas särskilt olämpliga (sjukvården): ”Av betydelse är vidare att stora praktiska svårigheter många gånger skulle uppkomma för den händelse kollektivavtal rörande arbetstid inte skulle kunna tillämpas under tillfälligt avtalslöst tillstånd. Arbetstidslagens bestämmelser passar nämligen inte för många arbetsplatser särskilt då sådana med omfattande jourtjänstgöring eller med oregelbunden eller säsongvarierande arbetstidsförläggning.”

¹²⁸⁸ Se AD 2000 nr 46.

¹²⁸⁹ Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 184.

¹²⁹⁰ Jfr Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål I s. 72 (f.) n. 8.

¹²⁹¹ AD 1978 nr 134. Jfr NJA 1959 s. 562 i vilket det förhållandet att parterna i anställningsavtalet, ehuru inget uttryckligt avtal träffats, i mer än 2 ½ månad tillämpat bestämmelserna i ett utlöpt kollektivavtal. Det kan synas som om domstolen (Rådhusrätten, vars bedömning såväl hovrätten som Högsta domstolen i den delen fastslog) blott tolkar anställningsavtalet, vilket således lät sig fastslå genom konkludent handlande parterna emellan. Mot att det skulle vara en ren tillämpning av anställningsavtalet talar dock dels att domstolen i domskälen låter slutsatsen föregås av en redogörelse för svensk rätts i och för sig positiva inställning till efterverkan, dels att det sett för sig kan tyckas vara en alltför långtgående slutsats att inte bara de villkor som faktiskt tillämpats, utan också den bestämmelse om permittering som målet gällde ansågs ingå i anställningsavtalet.

Den svenska kollektivavtalsrättens, inte minst doktrinen, förhållande till teorier är dock, som framgått på många ställen, ansträngt, och man vill inte riktigt hänföra en lösning till en teoretisk konstruktion: "Denna kollektivavtalets 'efterverkan' (stundom förklarad med att kollektivavtalets normativa regler alltid övergår i det personliga avtalet och ger det sitt innehåll) är en praktisk regel, som har stöd i arbetsmarknadspraxis och även accepterats i rättskipningen ([med hänvisningar])."¹²⁹²

Inte heller om bilden målas med praxis som förlaga är den dock enhetlig. Mats Glavå pekar på att Arbetsdomstolen inte legitimerar efterverkan under tillfälligt avtalslöst tillstånd när det finns semidispositiv lagstiftning på området (se ovan vid n. 1287) med den dubbla konstruktionen, eftersom det skulle innebära att anställningsavtalen tillämpades framför lagstiftningen, vilket inte är tillåtet.¹²⁹³ Samma problem uppmärksammas i förarbetena, till vilken Arbetsdomstolen hänvisar i AD 1979 nr 137. Departementschefen löser problemet genom att helt enkelt låta praktiska skäl gå före teoretiska: "Av praktiska skäl bör det likväl [trots att den teoretiska förklaringen ger att den semidispositiva regeln kommer att åsidosättas av anställningsavtal] tillåtas att kollektivavtal om studieligheter liksom andra kollektivavtalsföreskrifter får leva vidare under tillfälligt avtalslöst tillstånd, om parterna är överens därom."¹²⁹⁴ Eftersom den dubbla konstruktionen inte ger önskat resultat får legitimiteten sökas någon annanstans. Departementschefen finner den i sedvänjan på arbetsmarknaden: "Enligt den sedvänja som gäller på arbetsmarknaden torde även utan formellt lagstöd de avvikande kollektivavtalsreglerna som regel

¹²⁹² Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 104. Se också Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 185: "Sammantaget visar rättsfallen att kollektivavtalets efterverkan främst motiveras av behovet att fylla ut de normluckor som kan uppkomma när t.ex. kollektivavtalets bestämmelser om lön upphör att gälla." Se också Tore Sigeman i Löntagarrätt s. 127 som låter kollektivavtalets efterverkan legitimeras av "en allmän uppfattning på arbetsmarknaden". Jfr Mats Glavå som hänför kollektivavtalets efterverkan till den dubbla konstruktionen, och som uttrycker saken så att "[p]roblemets lösning [är] praktiskt självklar men juridiskt komplicerad!", Arbetsrätt s. 407.

¹²⁹³ Glavå, Arbetsrätt s. 407.

¹²⁹⁴ Prop. 1974:148 s. 93. Man skulle kunna säga att departementschefens lösning blott utgör ett undantag från formkravet ("om parterna är överens därom") om ens det. Det enda som egentligen skiljer är ju att den giltighetstid som avtalats, och som fästs i skriftform, inte följs. Det skulle vara en tolkning av kollektivavtalet i strid med ordalydelsen och såtillvida ett särfall (det skulle också vara svårt att använda resonemang om dolda klausuler, jfr 7.8.3), men med tanke på de ändamål som uppbär formkravet (främst intresset av att veta om fredsplikt föreligger) vore det ändå en ganska oproblematiske fråga. Så har man dock inte sett saken. Man kan dock fundera på om inte den enklaste förklaringen är att se det hela som ett avtal mellan de kollektiva parterna, men ett vanligt avtal – det vill säga utan kollektivavtalets särskilda rättverkningar som fredsplikt och ideellt skadestånd.

äga fortsatt tillämpning under pågående förhandlingar.”¹²⁹⁵ Kollektivavtalets efterverkan är alltså en säregen lösning som legitimeras av de förhållanden som råder på området där särlösningen skall tillämpas.¹²⁹⁶

Det strax ovan återgivna citatet rymmer en skrivning som innebär att också efterverkan är föremål för kollektivavtalsparternas autonomi (”om parterna är överens därom”).¹²⁹⁷ Kollektivavtalets efterverkan är dock dispositiv såväl på kollektivavtalets nivå som på anställningsavtalets nivå. På kollektivavtalsnivå kan den rent av sägas vara ”ensidigt dispositiv”.¹²⁹⁸ Om ett kollektivavtal sägs upp (och detta inte samtidigt utgör ett avtalsbrott) just med syfte att en viss reglering skall upphöra bör man inte kunna räkna med någon efterverkan i den delen.¹²⁹⁹ Det följer i och för sig också av avtalets begränsning i tiden (efterverkan är ett undantag, och ett undantag som utmanar berättelsens koherens görs inte större än nödvändigt). Av samma anledning står det parterna i anställningsavtalet fritt att sinsemellan avtala om nya villkor, den tvingande verkan enligt 27 § MBL upphör med kollektivavtalet.¹³⁰⁰ Niklas Bruun diskuterar i det sammanhanget att frågan om hur efterverkan legitimeras har praktisk betydelse, främst med hänvisning till att kollektivavtalets efterverkan är dispositiv om den bygger på förvandlingsläran (den dubbla konstruktionen), eftersom parterna i anställningsavtalet fritt kan disponera över innehållet detta. Om efterverkan istället byggde på en princip om skydd för den svagare parten i anställningsförhållandet vore det dock rimligare att låta den vara tvingande.¹³⁰¹

¹²⁹⁵ Prop. 1974:148 s. 93.

¹²⁹⁶ Lösningen motiveras av sedvänjan – som alltså innehåller den lösning som skall legitimeras, det vill säga av sig själv. Den cirkel som därmed bildas är en sådan självgrundande cirkel som gör kollektivavtalsrätten till kollektivavtalsrätt (se 9.4).

¹²⁹⁷ Skrivningen skulle kunna förstås så att kollektivavtalets efterverkan snarast skall förstås som ett avsteg från formkravet. Parterna är överens om att vissa villkor skall gälla, det enda som ges avkall på är att slutdatum enligt det skriftliga avtalets ordalydelse är passerad. Ett sådant synsätt kan dock inte upprätthållas, eftersom det skulle förutsätta dels att anställningsavtalen alltså var underkastade tvingande verkan enligt 27 § MBL, dels att sanktionerna för kollektivavtalsbrott enligt 54–55 §§ MBL alltså gällde.

¹²⁹⁸ Jfr dock Arbetsdomstolens reservation i AD 1979 nr 137, enligt vilken ett tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd kan anses föreligga även om den ena parten ensidigt deklarerat att denne inte vill förlänga avtalet. Vilka situationer Arbetsdomstolen har för ögonen framgår inte.

¹²⁹⁹ Se till exempel AD 1979 nr 137 med hänvisning till prop. 1974:148 s. 93.

¹³⁰⁰ Jfr strax ovan n. 1297.

¹³⁰¹ Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 229 f. Se också Arbetsdomstolens argumentation i AD 1979 nr 137.

8.4.3.2 *Efterverkans huvudfall – Normativa bestämmelser*

I princip torde man alltså, även om rättspraxis är ganska knapphändig, endast ha att räkna med att avtalsvillkor som reglerar anställningsförhållandet kunna få efterverkan, det vill säga bestämmelser som brukar betecknas som normativa.¹³⁰²

I en allmänt civilrättslig kontext är efterverkan avvikande. Det avvikande i konstruktionen bygger, som alla ”avvikelser”, på en jämförelse. Jämförelsen för kollektivavtalets del brukar vara med den allmänna obligationsrätten. Utgångspunkten för hur avtalet uppfattas är att ett avtal slutet för en begränsad tid, eller ett avtal som sägs upp, upphör att gälla, vid en given tidpunkt. Bilden av det i tiden skarpt definierade avtalet markeras också av metaforen – *efterverkan*. Att alla avtalets verkningar omedelbart upphör i och med att avtalets giltighetstid löper ut kan emellertid inte fullt ut accepteras såvitt avser kollektivavtalet.¹³⁰³ En verkan efter, efter att avtalet upphört. Anledningen till att det inte kan accepteras är dock sällan uttryckt. Saken brukar motiveras ungefär så att vissa regler ”måste ju naturligtvis gälla” i de alltjämt bestående anställningsavtalen.¹³⁰⁴

Påståendet äger sin riktighet, men det kan inte ensamt motivera att kollektivavtalet ges efterverkan. Konsekvensen av att ett tillämpligt kollektivavtal upphör behöver ju inte bli att rätten till lön samtidigt upphör. En sådan rätt torde tvärtom kunna härledas ur allmänna obligationsrättsliga principer. Inte heller blir den rättsliga konsekvensen att arbetsgivaren plötsligt kan sätta lön efter eget gottfinnande. Konsekvensen blir istället att frågan blir en förhandlingssak mellan avtalsparterna i anställningsavtalet, det vill säga arbetsgivaren och den enskilde arbetstagaren. För det fall frågan inte kunde lösas genom förhandling skulle den hamna i domstol – frågan kan inte gärna förbli olöst – som har att fastställa en skälig

¹³⁰² Se särskilt AD 1978 nr 134, Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 185. Jfr dock Tore Sigemans kritik, Löntagarrätt s. 129, och möjligen AD 1992 nr 93 i vilket Arbetsdomstolen konstaterade att igen av parterna hävdad att de omtvistade bestämmelserna (om förhandling i rättstvister, det vill säga obligatoriska bestämmelser) hade efterverkan. Man kan i konstaterandet möjligen ana en öppning för att också obligatoriska bestämmelser kan ha efterverkan (annars vore det ingen idé att konstatera att ingen åberopat efterverkan), men några slutsatser kan man knappast dra.

¹³⁰³ Från kollektivavtalsrättens horisont kanske man vill reagera över att i den rådande avtalsteorin ”är stereotyp i sin beskrivning av rättsföljderna” och att efterverkan ”faller utanför tankeschemats ram.” Schmidt, Typfall, partsavsikt och partsculpa, s. 516.

¹³⁰⁴ Glavå, Arbetsrätt s. 407.

lön.¹³⁰⁵ Skälighetsregeln torde vara den regel som får anses följa av allmänna obligationsrättsliga principer.¹³⁰⁶

I ett nordiskt perspektiv har regleringen kommit att se lite olika ut. Danmark saknar liksom Sverige uttrycklig reglering, men att kollektivavtal kan ha efterverkan synes vara fast etablerat.¹³⁰⁷ Däremot skiljer sig Sverige och Danmark i ett avseende, nämligen det att Danmarks lagstiftning och praxis upprätthåller ett krav på att kollektivavtal skall vara gällande för att den danska motsvarigheten till Arbetsdomstolen, *Arbejdsretten*, skall vara behörig.¹³⁰⁸ Det kan jämföras med den svenska regeln i 2 kap. 1 § 2 st. LRA, enligt vilken Arbetsdomstolen har behörighet också om tillfälligt avtalslöst tillstånd råder. Enligt Jens Kristiansen är en praktisk konsekvens av den danska regleringen att skadestånd för kollektivavtalsbrott inte kan komma ifråga, även om ett brott sker under det tillfälligt avtalslösa tillståndet. Endast skadestånd för brott mot anställningsavtalet kan komma ifråga.¹³⁰⁹ Detsamma torde i skadeståndsdelen gälla enligt svensk rätt,¹³¹⁰ skillnaden mellan dansk och svensk rätt ligger alltså i det aktuella avseendet på det processuella planet.

Sverige utmärker sig något i, om inte i ett nordiskt perspektiv så i ett europeiskt, i detta sammanhang genom att inte ha någon lagstadgad minimilön att falla tillbaka på (eller för den delen en ”normallönelag”, till exempel med semidispositiva lönenivåer), och inte heller allmängiltigförklarade kollektivavtal. En skälighetsnorm är i sig själv innehållslös (det vill säga att något skall vara ”skäligt” är inte till någon hjälp om en kontext saknas). Skälighetsnormen enligt den allmänna principen måste, för att bli hanterbar, kompletteras med att vederlaget i fråga skall vara skäligt med hänsyn till något (om än något allmänt hållet).¹³¹¹

¹³⁰⁵ Se AD 1983 nr 130, som dock inte ger någon ledning till hur ”skälig lön” skall bestämmas, eftersom det var ostridigt att skälig lön skulle betalas för det fall att Arbetsdomstolen fann att lön överhuvudtaget skulle betalas, liksom storleken på den skäliga lönen. Frågan var för övrigt uppenbarligen uppe vid disputationsakten beträffande Svante Bergströms avhandling, Se Petré, Arbetsrätten inför vetenskapens forum s. 246.

¹³⁰⁶ Regeln kan härledas ur till exempel 45 § KöpL, 35 § KköpL, 36 § konsumenttjänstlagen och 12 kap. 19 § 3 st. JB.

¹³⁰⁷ Se Kristiansen, Den kollektive arbejdsret s. 313.

¹³⁰⁸ Se Kristiansen, Den kollektive arbejdsret s. 313, med hänvisning till praxis. En annan sak är att också tvister om huruvida ett kollektivavtal föreligger kan prövas av Arbetsrätten, se till exempel Hasselbalch, Arbejdsret s. 94.

¹³⁰⁹ Se Kristiansen s. 313 med hänvisning.

¹³¹⁰ Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 184. Se också Sigeman, Arbetsrätten s. 107 (jfr att de särskilda rättsverkningarna ”som regel” upphör att gälla.)

¹³¹¹ Enligt 45 § KöpL och 35 § konsumentköplagen skall priset bestämmas till vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt. Enligt 36 § konsumenttjänstlagen skall priset bestämmas med hänsyn till tjänstens art, omfattning och utförande gängse pris eller prisberäkningssätt för

En ordning med en skälighetsnorm som den skisserade skulle innebära att arbetstagaren skulle riskera att behöva processa för att få sin rättmätiga – skäliga – lön. Särskilt betänkligt är det som arbetstagaren skulle behöva processa mot sin arbetsgivare. Vid sidan av denna effekt skulle en övergång till skälighetsnormer medföra en *juridifiering* av lönebildningen, och utvecklingen skulle kunna beskrivas som en del av en *individualisering* av regleringen på arbetsmarknaden (se 3.4).¹³¹²

På temat individualisering kan man notera att incitamenten för arbetstagare att ansluta sig till arbetstagarorganisationer skulle minska om kollektivavtalets efterverkan ersattes av en obligationsrättslig skälighetsmodell som den skisserade. Varför arbetstagaren skulle betala en del av sin lön till arbetstagarorganisationer när man ändå har tillgång till en domstolsbedömning av en skälig lön är kanske inte lätt att se (det kan självfallet finnas andra skäl till medlemskap, men dels är lönen traditionellt en central fråga, dels kan argumentet i detta sammanhang renodlas). Annat blev läget om det skulle visa sig att domstolarna vore snåla mot arbetstagarna i bestämningen av lägstralönen. Men återigen, för att se om så är fallet skulle ett relevant jämförelsematerial krävas, och ett sådant vore naturligtvis inte tillgängligt. En helt annan sak är att striden om att få framställa jämförelsematerialet – det vill säga striden om verklighetsbeskrivningen – skulle kunna bli både hård och bitter.

8.4.3.3 Något om obligatoriska bestämmelser

Med kollektivavtalets upphörande upphör också fredsplikten. Någon efterverkan i det avseendet kan man därför inte räkna med.¹³¹³ Norge utmärker sig i ett nordiskt perspektiv genom att ha en lagregel om kollektivavtalets efterverkan i en viss situation (vilken inte säger något om efterverkan i andra situationer).¹³¹⁴ Enligt arbetstvistloven § 6 nr. 3 andra ledet skall, i händelse av tvist om arbetsförhållanden, löne- eller andra villkor som inte omfattas av kollektivavtal, de löne- och arbetsvillkor som gällde vid tvistens utbrott gälla till dess att stridsåtgärder kan tillgripas.¹³¹⁵ När den tiden

motsvarande tjänster vid avtalsstillfället samt omständigheterna i övrigt. Enligt 12 kap. 19 § 3 st. JB skall hyran bestämmas till ett belopp som är skäligt med hänsyn främst till parternas avsikter och övriga förhållanden när avtalet träffades.

¹³¹² Jfr Bruun, Kollektivavtal och rättsideologi s. 233. Förvandlingsläran har lett till ”tolkningar, som i viss mån präglas av en individualistisk ideologi”, men då är jämförelseobjektet paritetsideologin enligt vilken efterverkan borde vara absolut.

¹³¹³ Se Sigeman i Löntagarrätt s. 127. Jfr den norska lagregeln enligt vilken efterverkan under en viss tid fredsplikten, det vill säga på det normativa planet, 8.4.3.1.

¹³¹⁴ Se härom särskilt Evju, Tariffavtalens efterverkan s. 270 ff.

¹³¹⁵ Se också Fougner (red.) Kollektiv arbeidsrett s. 224 f.

inträder bestäms av de frister för medling som ges av arbetstvistloven 29 och 36 §§, det vill säga minst fyra arbetsdagar. Bestämmelsen i år § 6 nr. 3 andra ledet är dock dispositiv på så sätt att parterna kan komma överens om att något annat skall gälla.¹³¹⁶ Den svenska kollektivavtalsrätten blir i ljuset av den norska regeln mindre av en fredspliktstagstiftning och mer av en ordning som syftar till att reglera anställningsvillkor.¹³¹⁷

Den norska konstruktionen med en regel som främst utsträcker fredsplikten och som funktionellt är kopplad till regler som reglerar tidsfrister för stridsåtgärder ger den norska regleringen en viss särprägel, en särprägel som accentueras av att man genom avtal kan disponera över någonting som är utanför avtalet. I den svenska kontexten skulle man knappast tala om efterverkan i sammanhang då ett avtal reglerar vad som skall gälla, efterverkan är tillämpning av avtalets bestämmelser (eller identiska) efter att avtalet som sådant upphör att gälla.¹³¹⁸ Den norska regeln kommer, däremot att utsträcka giltigheten av kollektivavtalet i sig själv såsom avtal.¹³¹⁹ I fråga om fredsplikten torde rättsläget vara ganska klart (eventuella svårigheter i fråga om avtalstiden, förutsättningar för uppsägning eller liknande är en tolkningsfråga).

En annan fråga är vad som skall gälla istället för förhandlingsordningar och liknande. De är inte knutna till avtalet på samma sätt som fredsplikten (jfr 2 kap. 17 § RF och 41 § MBL). Deras koppling till avtalets bestånd är istället desamma som för vilken avtalsbestämmelse som helst. Det skulle alltså inte på denna grund finnas något hinder mot att tänka sig att de skulle kunna ha efterverkan. Men, det finns antagligen inte heller något skäl att tillerkänna dem efterverkan. Skillnaden mellan obligatoriska bestämmelser och normativa bestämmelser i detta avseende hänförs till den dubbla konstruktionen. Att kollektivavtalets bestämmelser om lön och andra anställningsvillkor får efterverkan legitimeras av att de samtidigt ingår i de enskilda anställningsavtalen.¹³²⁰

Man kan tänka sig en reservation mot denna slutsats på den grunden att kollektivavtalsförhållandet typiskt sett är tänkt att vara bestående. Under ett tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd skulle det å ena sidan kanske rent av finnas goda skäl att tillämpa den av parterna avtalade förhandlingsordningen, oaktat parterna för tillfället inte är bundna av avtal sinsemellan. Å andra sidan kan uppsägningen vara betingad just av att den

¹³¹⁶ Se härom särskilt Evju, Tariffavtalens efterverknin g s. 287 ff.

¹³¹⁷ Jfr också 5.3.3.

¹³¹⁸ Den norska regeln är överhuvudtaget en regel om efterverkan endast om begreppet användes i en vidare mening än vad som är brukligt i det svenska kollektivavtalsrättsliga språkbruket, jfr Evju, Tariffavtalens efterverknin g s. 256 f.

¹³¹⁹ Se Evju, Tariffavtalens efterverknin g s. 264.

¹³²⁰ Se vid n. 1291.

uppsägande parten vill få till stånd en ändring i förhandlingsordningarna, och det finns knappast något skäl att inte tillåta det.¹³²¹ Efterverkan är dessutom ett undantag (dessutom det enda i sitt slag) i obligationsrättsliga sammanhang som det krävs skäl för att *tillämpa*, snarare än skäl att *inte* tillämpa.

Inte heller torde tidigare relationer parterna emellan få någon relevans. Ett ansvar för *culpa in contrahendo* kunde förstås tänkas vara särdeles närliggande i relationer där samma parter under en lång följd av år betett sig på samma sätt, men där ena parten plötsligt och illojalt avviker från det invanda mönstret. Formkravet torde dock medföra att sådana omständigheter får relevans för tolkningen av avtalet (i fråga om vad den ena parten kan ha fått för uppfattning om den andra partens inställning) men inte för avtalsingåendet i och för sig.

8.4.4 Kollektivavtalets fjärrverkan

8.4.4.1 Om regeln och dess utveckling

Fjärrverkan uppfattad som minimumregel

Arbetsdomstolen ställdes tidigt inför frågan huruvida normativa bestämmelser i kollektivavtal skulle tillämpas också på utanförstående arbetstagare.¹³²² Som regeln tar sig ut från början kan den uppfattas som vad som

¹³²¹ Se AD 1978 nr 134: "[H]ar en arbetsmarknadspart i samband med avtalsförhandlingar sagt upp även förhandlingsordningen måste syftet därmed antas vara att parten ifråga vill helt eliminera verkningarna av förhandlingsordningens regler om förhandlingsrätt och indelning i lokal och central förhandling under den tid avtalslöst tillstånd skall råda." Parternas vilja får i en sådan princip ett försteg framför vanligheten på arbetsmarknaden: "Det är visserligen ovanligt att arbetsmarknadsparterna agerar så att förhandlingsordningen upphör att gälla i samband med avtalsförhandlingar. Normalt förfar man nämligen så att förhandlingsordningen får vara i kraft även för tid då kollektivavtalets bestämmelser om löne- och anställningsvillkor upphört att gälla." I en fråga huruvida en fastställesetalan skulle tillåtas (enligt 4 kap. 6 § LRA) hade dock vanligheten en avgörande betydelse, se AD 2007 nr 49 "Ett kollektivavtalslöst tillstånd mellan etablerade parter på arbetsmarknaden varar i vart fall normalt sett under relativt begränsad tid." Det gav slutsatsen att parternas rättsliga handlande inte skulle komma att påverkas av en fastställelseedom, vilket i sin tur gav slutsatsen att den inte skulle tillåtas. Genom att lösa frågan i genom att konstatera att kollektivavtalslöst tillstånd normalt sett (om det konkreta fallet sägs ingenting) är relativt begränsat i tiden undvek också Arbetsdomstolen att fastslå den regel som antyds i AD 1978 nr 134, nämligen att obligatoriska avtalsvillkor inte får efterverkan.

¹³²² Inte bara Arbetsdomstolen utan också Högsta domstolen ställdes ungefär samtidigt inför samma fråga, se NJA 1933 s. 147. Även om det inte uttryckligen överenskommit hade arbetsgivaren agerat enligt kollektivavtalets bestämmelser, varför omständigheterna ansågs ge att kollektivavtalet ifråga skulle reglera rättsförhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagarna i målet.

kan kallas en *minimumregel*, det vill säga den gick ut på att de utanförstående arbetstagarna inte skulle ha sämre villkor än de som kollektivavtalet garanterade medlemmar i den avtalsbärande fackföreningen. Det fall i vilket regeln första gången formuleras är AD 1932 nr 95:

”Vid 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, vilka stå utanför den avtalslutande arbetstagarorganisationen, men sysselsätts i arbete, som avses med avtalet.”

Av Arbetsdomstolens skrivning kan man knappast omedelbart sluta sig till om regelns primära skyddsobjekt är den oorganiserade arbetstagaren eller om det är kollektivavtalsparterna. Grunden för regelns legitimitet är egentligen också rätt oklar. Den härleds till partsautonomin, men generellt och utan egentlig koppling till just de aktuella avtalsparterna. Med operationen ”i allmänhet” och ”naturlig förutsättning” har man skapat en grund för vad som skall gälla om inte parterna uttryckt något annat, det vill säga en in dubio-regel. Sin normativa kraft får en sådan konstruktion genom att den sida i en avtalsförhandling som inte vill ha någon annan ordning än den av domstolen sålunda givna, genom tystnad (eller vägran att skriva in något annat i avtalet) kan driva igenom just den ordningen (se ovan 8.2.1).

Att principen anknys till parternas förutsättningar för avtalet har en funktion i fråga om kollektivavtalets förhållande till civilrätten. Den av Arbetsdomstolen genomförda regeln införs utan att den civilrättsliga berättelsen hotas. Det verkar nämligen vara fråga om en dold, eller utfyllande, klausul i kollektivavtalet:¹³²³

”En dylik förpliktelse måste således även utan uttrycklig föreskrift i avtalet åligga arbetsgivaren gentemot nämnda organisation”¹³²⁴

Det förtydligas vidare att parterna uttryckligt kan avtala om en annan ordning: ”såvitt icke annat framgår av avtalet.” Slutligen förtydligas följderna: ”Arbetsgivarens ifrågavarande förpliktelse gentemot den avtalslutande arbetstagarorganisationen medför väl icke någon rätt för de arbetare, som stå utanför organisationen att själva åberopa avtalet, och icke heller kan organisationen föra talan, men i den mån arbetsgivaren icke fullgör förpliktelsen, kan detta medföra skyldighet för honom att för avtalsbrottet gälda skadestånd till organisationen själv.”¹³²⁵

¹³²³ Se vidare ovan 7.7.

¹³²⁴ AD 1932 nr 95.

¹³²⁵ Se också AD 1935 nr 37, vari detta upprepas såvitt avser omöjligheten för oorganise-

Frågan var av det antal tvister som kom att avgöras av Arbetsdomstolen att döma ett förhållandevis vanligt tvistefrö, åtminstone innan Arbetsdomstolens praxis satt sig hos arbetsmarknadens parter.¹³²⁶ Regeln skymtar redan i AD 1929 nr 26, men den är inte uttrycklig. Den positiva principen att kollektivavtal skall tillämpas också på utanförstående får utläsas motsatsvis av domskälen:

”mot avfattningen av avtalets rubrik, som uttryckligen anger, att detta endast avser arbetare, som äro anslutna till livsmedelsarbetareförbundet, finner arbetsdomstolen det icke kunna antagas, att de till arbetsgivareföreningen anslutna slakterierna genom avtalet blivit i förhållande till förbundet pliktiga att bereda de i avtalet angivna förmånerna jämväl åt arbetare, som ej äro anslutna till förbundet”.¹³²⁷

Principen härleds alltså till det uttryckta innehållet i kollektivavtalet. Det kan jämföras med AD 1932 nr 95, då principen blivit en allmän förut-sättning vid slutande av kollektivavtal. Det är i AD 1932 nr 95 förvisso

rade arbetsstagare att föra talan, och att endast skadestånd till motparten i kollektivavtalet för att avtalet inte hållits i helgd kan komma ifråga.

¹³²⁶ En genomgång av det första decenniets domar från Arbetsdomstolen ger en omfattande mängd träffar. Se från Arbetsdomstolens praxis strax efter nämnda AD 1932 nr 95 AD 1932 nr 116, AD 1932 nr 128, AD 1932 nr 188, AD 1932 nr 203, AD 1933 nr 30, AD 1933 nr 74 och AD 1933 nr 75, (båda med hänvisning till AD 1932 nr 95) samt AD 1933 nr 183. Se vidare en lång rad fall 1935: AD 1935 nr 4, AD 1935 nr 15, AD 1935 nr 16, AD 1935 nr 21, AD 1935 nr 49, AD 1935 nr 50, AD 1935 nr 59, AD 1935 nr 63, AD 1935 nr 69, AD 1935 nr 76, AD 1935 nr 84, AD 1935 nr 89, AD 1935 nr 143 och AD 1935 nr 153.

Beträffade dessa fall kan två observationer förtjäna särskild uppmärksamhet. Dels behandlas principen som en rättsgrundsats utan detaljerad hänvisning, dels handlar inte alla fall i uppräknningen om en tvist om skyldighet att tillämpa kollektivavtal på utomstående arbetsstagare. Det som förenar dem är lika mycket att de i sakregistret till publikationen Arbetsdomstolens domar 1935 redovisas under principen som rubrik. Se dock också AD 1935 nr 37.

Samma sak går igen i Arbetsdomstolens domar 1936 (se AD 1936 nr 4, AD 1936 nr 25, AD 1936 nr 31, AD 1936 nr 38, AD 1936 nr 47 AD 1936 nr 67 AD 1936 nr 71 AD 1936 nr 101 och AD 1936 nr 106. Se också AD 1936 nr 29 samt AD 1936 nr 97. Årets efter synes frågan ha fokuserats på skadeståndsskyldigheten för brott mot kollektivavtal i berört avseende, se AD 1937 nr 64, AD 1937 nr 69, AD 1937 nr 72, AD 1937 nr 77, AD 1937 nr 97, AD 1937 nr 111, AD 1937 nr 119, AD 1937 nr 127 och AD 1937 nr 138. Också talerätsfrågan preciseras dock, se AD 1937 nr 130. Mönstret går igen 1938 och 1939 med förhållandevis många fall angivna. 1940 verkar tvisterna ha ebbat ut, eller lösas på andra ställen än i Arbetsdomstolen. De två i anslutning till regeln andragna fallen (AD 1940 nr 32 och AD 1940 nr 38) handlar båda i allt relevant om andra frågor. Året efter, 1941, verkar tillströmningen av tvister i den aktuella frågan helt ha ebbat ut och rubriken finns inte längre kvar i Arbetsdomstolens domar.

¹³²⁷ AD 1929 nr 26.

alltjämt fråga om en tillämpning, och i och för sig om en tolkning, av kollektivavtalet, men tolkningsfrågan är preciserad genom in dubio-regeln.

Fjärrverkan uppfattad som normalregel

Principen om kollektivavtalets fjärrverkan verkar tämligen snart ha normaliserats. Den har också utökats från att formuleras som en minimumregel till en *normalregel*, det vill säga en regel som går ut på att utanförstående arbetstagares villkor skall regleras på samma sätt som anställningsvillkoren för medlemmar i den avtalsbärande organisationen. Utvecklingen kan vara betingad av vilka tvister som råkat komma under Arbetsdomstolens behandling, men också det kan förstås följa ett visst utvecklingsmönster. Redan ett par år efter det att regeln formulerades i AD 1932 nr 95 formuleras den positivt också i AD 1934 nr 165:

”[...] handelsbolaget vid saknad av avtalsbestämmelser i motsatt riktning är i förhållande till avdelningen förpliktat att tillämpa avtalet även med avseende å arbetare, som icke tillhöra denna, [vid äventyr av skadeståndsskyldighet till motparten i kollektivavtalet för att avtalet inte hållits i helgd]”, då med hänvisning till ”ett flertal föregående fall”.

Kollektivavtalet har då fått en karaktär av generell reglering. I ”det flertal fall” som hänvisas till synes det vara gängse att de omtvistade kollektivavtalen haft generellt tillämpliga bestämmelser.¹³²⁸ Genom att en konkret avtalspraxis normaliseras, till exempel genom att upphöjas till ”naturlig förutsättning” eller liknande, kan den bilda fundament för en in dubio-regel. På så vis kan en viss avtalspraxis, förenad med en normativ inställning från Arbetsdomstolen i samma riktning fungera effektivt i diskursen.¹³²⁹ Arbetsdomstolen har också i senare praxis givit uttryck för en regel

¹³²⁸ Se för ett nedslag AD 1934 nr 148: ”Till kusk och chaufför som fyllt 18 resp. 20 år och kan förete intyg om kompetens i hästars och bilars skötsel, betalas en veckolön av 47 kr”, det vill säga alla skall ha 47 kr/vecka oavsett organisationstillhörighet. (Om avtalet också innehöll en organisationsklausul framgår inte av domen.)

¹³²⁹ Kollektivavtalet ges dock bestämmande verkan också i Högsta domstolens praxis, då med en uttrycklig tolkning av anställningsavtalet. Se NJA 1948 s. 1, NJA 1948 s. 799, NJA 1967 s. 513 och NJA 1968 s. 570. I NJA 1948 s. 1, som uppfattas som ett portalfall (se till exempel Malmberg, Anställningsavtalet s. 153 f.) fastställdes hovrättens dom av Högsta domstolen, vilket väl inte skulle tarva någon särskild uppmärksamhet om det inte vore för att en viss *Lindhagen* (Arthur Lindhagen var då president i Svea Hovrätt) var en av domarna i hovrätten (se ovan vid n. 99). Om den *Schmidt* som för Socialstyrelsens räkning (tillsammans med två andra) avgav utlåtande i NJA 1948 s. 799 är identisk med Folke Schmidt har jag inte lyckats utröna, men tanken på att så skulle vara fallet kittlar. Socialstyrelsen visar i allt fall en ganska ingående kännedom om innehållet i kollektivavtal och sedvana på arbetsmarknaden.

av innebörden att arbetsgivaren *in dubio* har en skyldighet att tillämpa de normativa bestämmelserna i ett kollektivavtal även på arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalslutande organisationen.¹³³⁰

Frågan, det vill säga huruvida kollektivavtalsbestämmelser skall tillämpas också på utanförstående arbetstagare upphör förstås inte att resas i och med att Arbetsdomstolen formulerat den nu omtalade *in dubio*-regeln. Den har behållit sin identitet som *in dubio*-regel, men legitimiteten formuleras något annorlunda:

”[Det] brukar antas att den oorganiserade arbetstagarens anställningsavtal hämtar sitt innehåll från det vid varje tidpunkt gällande kollektivavtalet, såvitt inte något annat överenskommit mellan arbetsgivaren och den oorganiserade arbetstagaren.”¹³³¹

Också där man är överens om regelns utseende finns en strävan att förklara regeln, även om det ibland görs i halvkvädda ordalag. Formuleringen i AD 1984 nr 79 antyder att den dubbla konstruktionen gör sig gällande till grund för förhållandet mellan kollektivavtalet och det enskilda anställningsavtalet.¹³³² Anställningsavtalet hämtar sitt innehåll från kollektivavtalet (automatiskt), och det krävs aktivitet från båda avtalsparter för att något annat skall gälla. Men att legitimera fjärrverkan med den dubbla konstruktionen skulle medföra att denna tillämpas på ett förhållande där anställningsavtalet saknar varje avtalsmässig koppling till kollektivavtalet. Eftersom kollektivavtalet är ett avtal ligger det nära till hands att låta regeln falla tillbaka på en tolkning av avtalet, och då tänka sig att kollektivavtalet ger anställningsavtalet (då detta inte uttryckligen reglerar en viss fråga) innehåll i form av uttryck för sedvänja på arbetsplatsen.¹³³³ Det är konsekvent med att kollektivavtalet ifråga

¹³³⁰ AD 1991 nr 49 med hänvisning till bl.a. [*sic.*] AD 1977 nr 49, 1978 nr 163, AD 1984 nr 79 och AD 1989 nr 120). Se också AD 2001 nr 82. Jfr SOU 1989:49 s. 89, se ovan n. 1110.

¹³³¹ AD 1984 nr 79. Se också AD 2007 nr 90 med hänvisning till ”t. ex AD 1978 nr 163, AD 1984 nr 79 och AD 1990 nr 33 med där anmärkta rättsfall.”

¹³³² Se kap. 6.2.3. Se också Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 102 f. som använder metaforen att kollektivavtalets normer ”flyter in” i anställningsavtalet.

¹³³³ En sådan tanke antyds till exempel av Sigeman i Löntagarrätt s. 119, jfr dock s. 118, och Adlercreutz och Mulder s. 104. Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 154 och s. 163 med hänvisning till Folke Schmidt. Se också AD 1984 nr 79. Se också dissidenten i NJA 1967 s. 513, som dock, ”[ä]ven om icke visats föreligga sedvänja inom facket av innebörd att kollektivavtalet är bestämmande för arbetstagarnas rättigheter och skyldigheter oavsett organisationstillhörighet”, kommer till samma slut som majoriteten (vilken fann att anställningsavtalet reglerats enligt kollektivavtalet).

(däremot inte just de omtvistade bestämmelserna) måste ha tillämpats på arbetsplatsen för att fjärrverkan skall inträda.¹³³⁴

Att hänföra principen till tolkning av anställningsavtalet (och därmed till partsviljan) bygger på en mer eller mindre uttrycklig fiktion.¹³³⁵ För den moderna, realistiskt grundade, juridiken, så också kollektivavtalsrätten, är fiktioner av princip av ondo. Istället för att bygga på en fiktion om partsvilja kan principen legitimeras genom att tillskrivas en egen status som självständig regel. En sådan teknik kan vila på mer eller mindre uttryckligt ideologiska grunder, men den härleds genomgående ur Arbetsdomstolens praxis.¹³³⁶ På så sätt håller sig vetenskapen utanför, den ägnar sig blott åt att beskriva, medan det normativa (ideologiskt) härstammar från någon annan auktoritet, närmast Arbetsdomstolens praxis. Genom att tillskrivas status som en egen regel kommer den också att vara en regel som är specifikt kollektivavtalsrättslig och som därmed definierar denna som ett eget område.

Om kollektivavtalet innehåller generella normer för lönesättning (överhuvudtaget inriktas praxis i denna fråga på frågor om löner) ligger det nära till hands att, i konsekvens med de ovan redovisade tidiga uttalandena från Arbetsdomstolen, presumera att parternas vilja skall överensstämma med det i branschen allmänt gällande kollektivavtalet. Om kollektivavtalet däremot innebär att lönesättningen skall ske individuellt är en sådan tolkning av den gemensamma partsviljan mera främmande. Arbetsdomstolen har för det fallet uttalat, att vad man i sådana fall kan presumera är att parterna är överens om att arbetstagaren åtminstone skall ha den minimilön som fastställs i kollektivavtalet.¹³³⁷ Det är alltså den lönen som den oorganiserade arbetstagaren kan kräva, enligt sitt anställningsavtal.¹³³⁸ Partsautonomin kommer också till uttryck gentemot utanförstående arbetstagare. Kollektivavtalets fjärrverkan omfattar bara

¹³³⁴ Se Malmberg, Anställningsavtalet s. 155 med hänvisningar.

¹³³⁵ Kritiken är tydligast hos Glavå, Arbetsrätt s. 404 som uttryckligen tar ställning mot fiktionen. Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 154. Jfr Sigeman som menar att AD:s praxis inte bygger på en sådan fiktion (som alltså i och för sig kan tänkas), Löntagarrätt s. 118.

¹³³⁶ Se Glavå, Arbetsrätt s. 404: ”I stället för att i det enskilda fallet laborera med fiktioner om partsvilja och liknande vore det *mer adekvat* [min kursiv] att tala om att denna princip ger uttryck för en dispositiv rättsregel”, Malmberg, Anställningsavtalet s. 154 ”*AD:s domskäl används vanligen* [min kursiv] inte omvägen över en presumerad partsuppfattning. *Där framgår tydligare* [min kursiv] att det är fråga om en vanlig utfyllande rättsregel” och Sigeman i Löntagarrätt s. 118 ”*Synsättet får istället antagas vara* [min kursiv] att kollektivavtalet bör utfylla anställningsavtalet, eftersom kollektivavtalet normalt utgör en närliggande och förutsebar och även i övrigt godtagbar och lämplig utfyllnadsreglering.”

¹³³⁷ AD 1984 nr 79, AD 1991 nr 100.

¹³³⁸ AD 1984 nr 79.

normer som är generella i den meningen att de är avsedda att tillämpas på den grupp arbetstagare som den utanförstående arbetstagaren tillhör. Om en norm är generellt tillämplig eller inte avgörs därför av tolkning av kollektivavtalet, det vill säga av ”kollektivavtalsparternas gemensamma uppfattning, sådan denna låter sig fastställa på grundval av avtalets konstruktion och lydelse.”¹³³⁹

8.4.4.2 Om metaforen och legitimiteten

Termen fjärrverkan anknyter till en geografisk metafor (”fjärrverkan”), jämfört med den besläktade termen ”efterverkan” (8.4.3) som istället är tidslig (”efterverkan”).¹³⁴⁰ De båda metaforerna ger en bild av att kollektivavtalets materiella bestämmelser tillämpas utanför dess ”ursprungliga, ”riktiga”, eller kanske ”formella”, tillämpningsområde. Östen Undén använder termen ”fjärrverkan” (inom citationstecken), närmast i förbigående.¹³⁴¹ Han noterar därvid att ett kollektivavtals normer ofta fått en verkan utanför det område parterna faktiskt avsett, vilket väl strängt taget inte kan förenas med Arbetsdomstolens härledning av fjärrverkan till avtalsparternas förutsättningar för avtalet (se strax ovan 8.4.4.1). Däremot är det lättare att förena med tanken på att kollektivavtalet har egenskaper som får det att likna lag (n. 69). Visserligen talar man om ”lagstiftarvilja”, men jämfört med ”partsvilja” i fråga om tolkning av avtal har den en tillbakadragen betydelse. Avtalet syftar till att förverkliga partsviljan, lagen syftar inte till att förverkliga lagstiftarviljan skulle man kunna säga.¹³⁴²

Såväl partsvilja som lagstiftarvilja handlar om *legitimitet*. Mot bakgrund av liknelsen vid lag är det ur legitimitetsperspektiv betraktat mer begripligt, än om avtalsidentiteten markeras, att kollektivavtalsrätten tycks sträva efter att ”breda ut” kollektivavtalet (och framförallt dess materiella bestämmelser). Kollektivavtalets legitimitet är dock rotad i avtalskonstruktionen, vilken inte tillåter att avtalet binder utanför vad som kan motiveras identifierbara viljeförklaringar. Medlemsbundenheten kan förklaras med identifierbara viljeförklaringar som binder parterna till varandra, där medlemskapet kan sägas vara en viljeförklaring också i förhållande till föreningens dispositioner. Utanför medlemskapet, det vill säga för andra än medlemmar, behövs dock något extra för att motivera bundenhet.

¹³³⁹ Malmberg, Anställningsavtalet s. 159 och Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 180.

¹³⁴⁰ Om den geografiska rotmetaforen se också särskilt 2.1.

¹³⁴¹ Undén, Kollektivavtalet s. 133.

¹³⁴² ”Avtalet är ett instrument i partsautonomins tjänst” (Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 67 och n. 248). Lagstiftaren är dock bara en mellanhand mellan lagen och den vars vilja lagen skall förverkliga: *folket* (1 kap. 1 § 1 st. RF jfrt med 1 kap. 4 § RF).

Metaforens funktion är att legitimera en viss rättslig lösning, vilket sker genom att lösningen genom metaforen får en ”naturlig” plats i berättelsen. Metaforerna är inte bara beskrivande, utan också normativa. Om metaforerna överhuvudtaget ger en bild av något är det inte en bild av en viss rättslig konstruktion, utan de visar vad som (rättsligt) kan tänkas (2.1).

8.4.4.3 Om fjärrverkan och kollektivavtalsrättens utveckling

Fjärrverkan i uppgång...

Som bärande tankar bakom att ge kollektivavtalet fjärrverkan kan identifieras ett intresse av att anställningsvillkoren skall vara enhetligt reglerade på en arbetsplats och att en utanförstående arbetstagare inte skall komma i ett bättre läge än en organiserad arbetstagare.¹³⁴³ Ändå kan kollektivavtalets fjärrverkan, det vill säga tillämpningen av kollektivavtalets regler inte bara på anslutna arbetstagare, tyckas ge incitament till enskilda arbetstagare att *inte* ansluta sig till facket.¹³⁴⁴ Incitamentet bygger på att den enskilde arbetstagaren genom kollektivavtalets fjärrverkan kommer att åtnjuta samma anställningsförmåner vare sig denne erlägger avgifter till en arbetstagarorganisation eller inte, och därigenom slipper betala (medlemsavgifter till organisationen) för något denne ändå får (kollektivavtalsenlig lön).¹³⁴⁵

Stundom problematiseras incitamentsbilden, som i detta fall kan tyckas bli lite ambivalent.¹³⁴⁶ Genom att kollektivavtalen tillämpas på alla arbetstagare, organiserade som oorganiserade uppkommer vad som från arbetstagarorganisationens sida kan kallas ett ”snålskjuts-” (eller ”*free rider-*”) problem.¹³⁴⁷ Snålskjutsproblemet måste, för att den rådande ord-

¹³⁴³ AD 1978 nr 163, i vilket Arbetsdomstolen snarare uttalar att den utanförstående arbetstagaren varken skall komma i ett bättre eller sämre läge än den organiserade arbetstagaren. Se också AD 2002 nr 137, jfr dock strax nedan.

¹³⁴⁴ Det kan självfallet finnas många andra bevekelsegrunder för att vara medlem i en facklig organisation, liksom att stå utanför. Här, liksom i civilrätten och kollektivavtalsrätten i stort, behandlas de *ekonomiska* incitamenten. Det kan betraktas som en avgränsningsfråga, men avgränsningen följer i princip civilrätten själv. I den mån civilrätten handlar om annat än ekonomiska värden måste dessa översättas till ekonomiska termer, se om detta till exempel Andersson, Barthesianska meditationer s. 79 f. och Andersson, Likhetsargumentation – analogi och metamorfos s. 18 ff. och s. 26 (specifikt om den utomobligatoriska skadeståndsrätten).

¹³⁴⁵ Jfr Fahlbeck, Ert revolutionerat arbetsliv? s. 1029, som i dem svenska rätten ser ett rakt motsatt incitament, grundat på att ”[d]en som väljer att stå utanför [dessutom vanligen får] finna sig i ett antal mer eller mindre lagliga – oftast mindre – påtryckningar eller bestraffningar, t.ex. i form av lägre lön.” Vad som mer konkret avses framgår dock inte.

¹³⁴⁶ Se till exempel Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 98.

¹³⁴⁷ Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 98.

ningen skall accepteras, uppvägas av intresset att inte arbetsgivaren skall kunna tjäna på att anställa oorganiserad arbetskraft. Ändamålet bakom kollektivavtalets fjärrverkan antas också i allmänhet vara organisationernas intresse av att kollektivavtalet inte undergrävs.¹³⁴⁸

Intresset har med strävan efter inflytande att göra, en strävan som är inbyggd i den arbetsrättsliga historien. Fackföreningsrörelsens strävansmål är att förbättra arbetsvillkoren, vilket skulle motverkas om arbetsgivarna kunde anställa oorganiserad arbetskraft till lägre löner. En sådan konkurrenssituation på arbetstagersidan mellan organiserad och oorganiserad arbetskraft som en motsatt tolkningsregel skulle kunna medföra vill i vart fall inte arbetstagersidan ha. Inte heller den organiserade delen av arbetsgivarsidan gagnas antagligen av en sådan arbetsmarknad, utan föredrar den förutsebarhet och stabilitet som en tillämpning av kollektivavtalets normer ger. Kollektivavtalets utbredande egenskap fanns på detta sätt redan från början inbyggd i den med kollektivavtalslagen och Arbetsdomstolen juridifierade arbetsrätten, varför det kanske inte är förvånande att Arbetsdomstolen så entydigt genomförde den ovan diskuterade in dubioregeln, vilken därmed också historiskt inbyggd i kollektivavtalsdiskursen.

Kollektivavtal omförhandlas med jämna mellanrum. En särskild fråga är därvid om den utanförstående arbetstagaren "automatiskt" följer med i det tillämpade kollektivavtalets utveckling.¹³⁴⁹ Svaret på den frågan har av Arbetsdomstolen principiellt besvarats nekande.¹³⁵⁰ Eftersom respektive förpliktelse grundar sig på anställningsavtalet, inte kollektivavtalet, kan man inte utan vidare sluta sig till att anställningsavtalet skall tolkas så att det skall följa det tillämpliga kollektivavtalet. Endera parten i anställningsavtalet kan motsätta sig en sådan förändring, men åtminstone för arbetsgivaren har Arbetsdomstolen lagt till ett aktivitetskrav. Arbetsgivaren måste i relation till sin motpart klargöra vid det nya kollektivavtalets tillkomst att hon inte ämnar tillämpa det nya kollektivavtalets regler på den utanförstående arbetstagaren.¹³⁵¹ Principen har en doft av arbetstagar-skydd, men av allmänna avtalsrättsliga regler om passivitetsverkan torde också följa att arbetstagaren kan underkastas ett aktivitetskrav senast genom att denne måste reagera på en, som denne upplever, felaktig tillämpning av anställningsavtalet för att inte bli bunden av de nya vill-

¹³⁴⁸ Se till exempel Källström och Malmberg s. 177 f. på samma sätt går resonemanget i Norge, se Fougner m.fl. s. 236, och vad det verkar i Danmark se Hasselbalch, Arbejdsret s. 75.

¹³⁴⁹ *Automatiskt* är den dubbla konstruktionens rotmetafor, se n. 634.

¹³⁵⁰ AD 1991 nr 100.

¹³⁵¹ AD 1991 nr 100.

koren.¹³⁵² Kollektivavtalsrätten ger incitament att organisera arbetstagarna. Om arbetsgivaren vägrar ge arbetstagaren en löneförhöjning i enlighet med ett nytt kollektivavtal kan arbetstagaren garantera sig löneförhöjningen genom att bli medlem i den avtalsbärande arbetstagarorganisationen. Om det nya kollektivavtalet innebär en försämring av villkoren och det är arbetstagaren som vägrar gå med på de nya villkoren har dock inte arbetsgivaren motsvarande medel att ändra villkoren.

... och i nedgång – en berättelse om kollektivavtalets slut?

Kollektivavtalsrätten har utvecklats under vissa specifika betingelser. En sådan betingelse är att lönerna (för att ta det mest typiska normativa villkoret som exempel) *ökar*, eller åtminstone hålls oförändrade (det vill säga nominellt). Så länge lönerna ökar genom kollektivavtalen sätts inte kollektivavtalets fjärrverkan på prov. Om kollektivavtalsparterna däremot skulle komma överens om *sänkta* löner ställs en fråga, som systemet har svårt att svara på.¹³⁵³ Mellan kollektivavtalsparterna är det inget särskilt problem, och inte heller för deras medlemmar (som binds av kollektivavtalet enligt 26 § MBL). Frågan kan förstås som ett möte mellan olika rationaliteter, eller olika teorier. Den som passar bäst in i berättelsen kommer att "vinna", och därmed i förlängningen avgöra kollektivavtalsrättens framtid. Kollektivavtalsrätten är ett område som utvecklats i industrisamhället, och därmed i ekonomisk tillväxt. När (om) den prövas i nedgång kanske den skall visa sig anpassningsbar – eller så upphör den helt enkelt med industrisamhället, på ungefär samma sätt som den föddes med detta.

Om man provar att lämna den kollektivavtalsrättsliga rationaliteten och istället utgår från att varje anställningsavtal är ett individuellt och unikt avtal och därvid anknuter till den allmänna avtalsrätten blir valet

¹³⁵² Se till exempel Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II s. 101 ff. och Lehrberg, Avtals-tolkning s. 119 ff. om passivitetsverkan i avtalsförhållanden. Diskussionen sker i anslutning till *eftergift och kulans* (jfr dock Lehrberg s. 118), vilket knappast är den situation som är för ögonen här. Se dock också i fråga om avtalsverkan till följd av konkludent handlande i förening med passivitet Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 83 f. och Lehrberg, Avtals-rättens grundelement s. 127 f. (för att passivitetsverkan skall inträda krävs en "viss kvalificerad förhistoria" (s. 128), vilket de aktuella situationerna lär uppfylla). Se också Lehrberg, Omförhandlingsklausuler s. 56.

¹³⁵³ Att kollektivavtalsparterna vill sänka lönen är ingalunda otänkbart. En variant, som dock inte innebär sänkt lön per arbetad timme, är de tillfälliga (längst till och med 20100331) "Ramavtal om permittering och utbildning" som slöts 090302 mellan IF Metall och Teknikarbetsgivarna, Metallgruppen, Industri- och Kemigruppen respektive Teko, samt 20090310 mellan IF Metall och Motorbranchens arbetsgivareförbund. Enligt avtalen, som har lite olika rubriker, skall arbetstiden genom lokala överenskommelser kunna sänkas tillfälligt varvid också lönen sänks i motsvarande mån (den skall dock vara minst 80 %).

av förklaringsmodell avgörande för möjligheten att sänka *utanförståendes* löner genom kollektivavtal.¹³⁵⁴ Om kollektivavtalets fjärrverkan förklaras med att det utanförstående anställningsavtalet *utfylls* följer det vid varje given tidpunkt det normerande kollektivavtalet (som alltså får utgöra utfyllande rätt). Svårigheten blir att förklara varför det behöver fyllas ut varje månad (eller kanske ännu hellre löpande), men det kan nog motiveras med avtalsförhållandenas speciella natur. Anställningsavtalet är till exempel löpande, och det vilar på förutsättningen att de skall ändras löpande.¹³⁵⁵ En sådan modell är acceptabel för kollektivavtalsrätten, men inte nödvändigtvis för arbetsrätten i vidare mening. Det utanförstående anställningsavtalet tillhör dock i snäv mening inte kollektivavtalsrätten, varför rationaliteten kan vara en annan. Då blir frågan om arbetsrätten kan acceptera en sådan modell, och det är svårt att se vad som skulle hindra. Att enskilda anställningsavtal som utfyllts med normerna i närmast tillämpligt kollektivavtal vanligen utfyllts med samma eller högre belopp än det föregående är inget skäl för att avtalet inte skall kunna fyllas ut med ett lägre belopp. Inget i "utfyllnadsmodellen" tycks alltså hindra att också utanförstående arbetstagares löner sänks genom kollektivavtal (försåvitt inte det individuella anställningsavtalet innehåller uttryckliga bestämmelser om lön). Den modellen ger kollektivavtalet en plats som det dominerande medlet att reglera arbetsmarknaden.¹³⁵⁶

Om kollektivavtalets fjärrverkan istället förklaras utifrån en anbud-acceptmodell blir bilden annorlunda. Då ser man hellre att varje löneutbetalning, i vart fall en som varit högre än den föregående, är ett anbud från arbetsgivaren som accepteras genom att arbetstagaren stillatigande accepterar och tillägnar sig betalningen. Då kan det dock inte förklaras

¹³⁵⁴ Det som diskuteras möjligheten att förklara kollektivavtalets fjärrverkan i relation till sänkta villkor. Att utanförstående arbetstagare av en eller annan anledning kan samtycka till att ändra sina villkor, eller finna för gott att inte utmana arbetsgivarens rätt att ändra villkoren för hela personalstyrkan, är en annan sak.

¹³⁵⁵ Se AD 1990 nr 33, vari fråga var om avskaffandet av ett visst tillägg som enligt kollektivavtal utgått sedan länge skulle drabba också utanförstående arbetstagare. I målet, som därför rörde tolkningen av de utanförståendes anställningsavtal, fann Arbetsdomstolen att anställningsavtalen var slutna med den förutsättning att de skulle regleras enligt vad som följde av det vid tid efter annan gällande kollektivavtalet, inte att de skulle innehålla just det omtvistade tillägget. Se också AD 2002 nr 137 och AD 2007 nr 90. Inget av fallen gällde centrala anställningsvillkor som lön (jfr tillägget i AD 1990 nr 33), men det finns inte heller något som tyder på att det skulle finnas någon skillnad mellan olika bestämmelser.

¹³⁵⁶ Den bidrar därmed till att kollektivavtalet kan liknas vid lag, se särskilt n. 69. Intrycket förstärks av att arbetstagaren inte behöver ha känt till kollektivavtalets existens, än mindre dess innehåll, se till exempel AD 1978 nr 163 och AD 2002 nr 137 (jfr också ovan 6.3). Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 155 (n. 46).

varför kollektivavtalet skulle kunna få fjärrverkan om arbetstagaren inte accepterar, utan vill hålla sig till det dittills gällande avtalsinnehållet. En sådan modell passar bättre in i den allmänna avtalsrätten. Den innebär dock det för kollektivavtalsrätten (antagligen) oacceptabla incitamentet att det i kristider är mer fördelaktigt att vara utanförstående arbetstagare än organiserad, eftersom det (om arbetsgivaren kommer överens med facket, förstås) är svårare att sänka lönen för utanförstående arbetstagare.

Med utvecklingen följer också att arbetsmarknaden och dess reglering individualiseras (se ovan 3.4). Mer individualiserade normer i kollektivavtalen medför att fjärrverkansfiguren, i likhet med hur den "ursprungligen" formulerades, får karaktären av en minimumregel (se ovan 8.4.4.1) till skydd för arbetstagaren. Den oorganiserade arbetstagaren skall, löper resonemanget, inte hamna i en bättre position än organiserade arbetstagare (jfr strax ovan vid n. 1343). Eventuella "överlöner" (lön utöver minimilön) bestäms individuellt, varför också den oorganiserade arbetstagaren själv får försöka avtal med arbetsgivaren om en högre nivå.¹³⁵⁷ Ytterligare en annan sak är att arbetsgivaren i princip kan vara bunden i förhållande till sin motpart i kollektivavtalet att tillämpa vissa normer på samtliga anställda.¹³⁵⁸

Om normer helt saknas blir fråga om att hitta en skälighetsregel någon annanstans än i kollektivavtal.¹³⁵⁹ Det leder till att om tekniken i kollektivavtalen är att delegera normgivning till en individuell nivå kommer kollektivavtalens normativa verkan att neutraliseras i det avseendet. Ett lokalt kollektivavtal som ger entydiga och generella regler för ett visst arbete kan användas för att presumera partsviljan, men om kollektivavtalsregeln föreskriver individuell lönesättning kan den inte användas för att tolka vilken lön som skall anses avtalad.¹³⁶⁰ Den gemensamma partsavsikten i anställningsavtalet kan ju, med ledning av kollektivavtalet

¹³⁵⁷ AD 1984 nr 79. Arbetsdomstolen uttalar att det, på arbetsplatser där lönen är kollektivt reglerad är "vanligt att lönen bestäms kollektivt genom avtal och att eventuella överlöner bestäms för varje individ för sig." *Vanligheten* får alltså en normativ funktion, se n. 1208.

¹³⁵⁸ Se till exempel AD 1977 nr 49. I fallet formuleras, grundat på att "[i] praktiken gäller emellertid på arbetsmarknaden att en kollektivavtalsbunden arbetsgivare i allmänhet tillämpar kollektivavtalet inom dess sakliga giltighetsområde på samma sätt för arbetstagare som står utanför den kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationen som för organisationens medlemmar" och att [d]et synsätt som ligger bakom denna avtalstillämpning torde åtminstone numera vara så fast grundat att det finns anledning att anta att kollektivavtalet i allmänhet också innebär att arbetsgivaren är rättsligt förpliktad i förhållande till arbetstagarorganisationen att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser om anställningsvillkor även i fråga om utanförstående arbetstagare."

¹³⁵⁹ Se vidare 8.4.3.2.

¹³⁶⁰ AD 1984 nr 79.

inte vara annan än att lönen skall sättas individuellt. För det fall kollektivavtalet innehåller normer eller kriterier för hur lönesättningen skall göras kan dessa möjligen användas. I den utsträckning de kan sägas ge uttryck för sedvänja på arbetsplatsen, det vill säga de tillämpas generellt, utan åtskillnad mellan organiserade eller oorganiserade, torde det vara problemfritt. Om sådana regler däremot inte kan betraktas som sedvänja är saken mera öppen. Kollektivavtalsrätten utesluter inte fördelar för organiserade arbetstagare, tvärtom bör det finnas incitament till stöd för den rådande regleringsordningen, det vill säga kollektivavtalen. Den nu behandlade principen kan överhuvudtaget uppfattas som ett sätta att balansera mellan två motstående fackliga intressen, dels intresset av att oorganiserade inte anställs på sämre villkor än organiserade (och därför konkurrerar ut dessa), dels intresset av att oorganiserade inte åker snålskjuts på de organiserades förhandlingar (och att därmed incitamentet att vara organiserad minskar).¹³⁶¹

Hur kollektivavtalen faktiskt utformas har betydelse för hur rätten kan förväntas utvecklas i detta avseende. Individualiserade lönebestämmelser i kollektivavtal neutraliserar kollektivavtalens funktion som generell normerande källa, vilket kan leda till att det blir mindre närliggande att likna kollektivavtalen vid lag.¹³⁶² Individualiserade normer i kollektivavtal innebär också att inflytande flyttas från arbetsmarknadens parter, via parterna i anställningsavtalet, till Arbetsdomstolen, men i förlängningen också till lagstiftaren. Om kollektivavtalen inte kan garantera minimilöner öppnar det för lagstiftning om minimilöner. Arbetstagar-skydd är alltså en av arbetsrättens uppgifter, och om dessutom organisationsgraden sjunker, sjunker i någon utsträckning legitimiteten för ett helt avtalsbaserat system, utan offentlighetsrättsliga säkerhetsanordningar. I samma riktning verkar trycket från EU-rätten, som, utan att egentligen artikulera det, förutsätter lagstadgade minimilöner eller på annat sätt en direkt offentlighetsrättslig inblandning i lönebildningen.¹³⁶³

Om kollektivavtalsrätten kan stå emot eller om den kommer att förändras, kanske till oigenkännlighet, eller om den rent av kommer att för-

¹³⁶¹ Se särskilt AD 1984 nr 79. "Schematiskt skulle därmed anges som princip att den oorganiserade kan åberopa den kollektiva minimilönenivå som gäller för arbetsplatsen men inte den lönesättning som sker för olika individer. Man kan inte utgå från att den individuella lönesättningen för A också är normerande för B även om A och B har samma arbete. Den oorganiserade måste i princip med utgångspunkt från den kollektivt bestämda nivån själv söka nå överenskommelse med sin arbetsgivare om sin individuella överlön. 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.

¹³⁶² Se n. 69. Se också om individualiseringen som tendens betraktad ovan 3.4.

¹³⁶³ Se 3.2.4 och 6.2.4, också ovan vid n. 1262.

svinna – det är en fråga för den framtida historieskrivningen. Om någon har något att vinna eller förlora på det ena eller det andra – det är en fråga för den. Rättsvetenskapen kan – om den så vill – försöka att lugnt se på. Det vill den nog dock inte – och om den finner för gott att säga något kommer den genast att påverka skeendena, vare sig den vill eller inte. Därmed kan det vara hög tid att lämna de mer utpräglade materiella diskussionerna i kollektivavtalsrättens gränsområden och avsluta studien ungefär där den började.

9 Avslutning – om kollektivavtalsrättslig självreflektion

9.1 Inledning

I detta avslutande kapitel är syftet att beskriva några av de mer utmärkande dragen i kollektivavtalsrätten. Tanken är att dra ut några linjer från den materiellrättsliga behandlingen, och belysa dessa särskilt. Kapitlets primära adressat är rättsvetenskapen.¹³⁶⁴ Studieobjektet är också kollektivavtalsrätten förstådd som akademisk disciplin, och slutsatserna gäller just denna. Däremot säger de ingenting om enskilda rättsvetenskapare. Det handlar det om det språk vi är hänvisade till för att bedriva kollektivavtalsrätt, vilka metaforer, liknelser och uttryck som står till buds när vi vill kommunicera med varandra. När jag påstår att kollektivavtalsrätten är realistiskt grundat, eller modernt, betyder det *inte* att alla som ägnar sig åt kollektivavtalsrätt är bekännande realister (och ännu mindre att det skulle vara något *fel* med det), och inte heller att alla har en naiv, oreflektad syn på verkligheten. Detta är ett kapitel som framför allt handlar om rättsvetenskaplig självreflektion. Är man inte intresserad av det gör man kanske bäst i att sluta läsa här, eller senast efter avsnitt 9.2.

9.2 Slutsatser om kollektivavtalets framtid

Studien ger inte stöd för att kollektivavtalsrätten skulle behöva ändras på något mer genomgripande sätt. Det finns inte stöd för att regler om allmängiltigförklaring skulle behövas, att lagstadgade minimilöner skulle vara nödvändiga, inte heller för att några förändringar i de regler i vilka själva kollektivavtalsrelationen är ett rättsfaktum skulle behöva upphävas. Kollektivavtalsrätten har sina mekanismer för att fastställa om ett kollektivavtal är ingånget (se kap. 5), vilket innehåll det har (se kap. 7) och vilken verkan det har (se kap. 6 och kap. 8). De rättsliga frågor som

¹³⁶⁴ "The primary audience for doctrine is academic." Douzinas and Warrington with McVeigh, *Postmodern Jurisprudence* s. 141.

(framförallt) Arbetsdomstolen ställs inför kan alltid lösas inom de ramar, eftersom det är just de ramar som bestämmer vilka frågor som är rättsligt relevanta, och därför en angelägenhet för kollektivavtalsrätten. Ramarna ändras förstås karaktär lite grand över tid beroende på hur arbetsmarknadsparterna utformar kollektivavtalen, men att nya tolkningsfrågor dyker upp och gamla försvinner är knappast ägnat att förändra kollektivavtalet som regleringsinstrument.

Förändringar i kollektivavtalsfloran, liksom benägenheten bland arbetsgivare och arbetstagare att ansluta sig till sina respektive organisationer och organisationernas benägenhet att sluta kollektivavtal, har med förändringar i samhället att göra (se kap. 3). Dessa förändringar kan dock inte av sig själva, utifrån, hota kollektivavtalet. För att vara ett "hot" för kollektivavtalsrätten måste de vara i kollektivavtalsrätten. Det kan (det är inte så troligt, men för övnings skull) förvisso tänkas att arbetsmarknadsparterna upphör med att sluta kollektivavtal eller att lagstifaren ändrar alla bestämmelser som förutsätter kollektivavtal för sin tillämpning. Det finns dock inget i kollektivavtalsrätten som ger att det måste ske, och det vore inte heller liktydigt med att kollektivavtalsrätten därmed avskaffades. I och för sig skulle den antagligen tyna bort därför att ingen rättsvetenskapare längre skulle finna någon mening med att fortsätta bedriva kollektivavtalsrätt. Varken samhällsförändringarna eller den tekniska utvecklingen kan dock i sig själva åstadkomma det.

9.3 Gränsen mot den individuella arbetsrätten

Avhandlingen handlar om kollektivavtalsrätten. Perspektivet, om det är fråga om ett sådant, har varit att rättsområden kan förstås som *berättelser*. Samtidigt kommer jag själv, oundvikligen, att berätta – avhandlingen är alltså en berättelse om en berättelse. Den kollektivavtalsrättsliga berättelsen definieras dels av sin närhet till andra områden, dels av sina särdrag och sina gränser mot andra områden. På flera ställen ovan har också kollektivavtalsrätten behandlats utifrån sitt förhållande till dess gränsområden (metaforen är alltså den geografiska metafor som avhandlingen tog avstamp i, se 2.1). Arbetsrätten är ett rättsområde till skydd för svagare part, det vill säga arbetstagaren (genom att få status av arbetstagare åtnjuter man arbetsrättens skydd), men i kollektivavtalet är den obalansen *per definition* utjämnad. Kollektivavtalet kan visserligen användas för att skydda endera parten i något avseende, men kollektivavtalets *raison de être* är en annan.

Ett av de mest iögonfallande kollektivavtalsrättsliga särdragen är att åtminstone den ena sidan i avtalsförhållandet utgörs av en *kollektivi-*

ter. Erkännandet av denna kollektivitet, som typiskt sett uppträder på arbetstagersidan, bygger på att avtalsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare redan från början var fundamentalt ojämnt. Den enskilde arbetstagen i det nyfödda industrisamhället var ekonomiskt och socialt beroende av arbetsgivaren, varför denne kunde diktera villkoren. Det fick arbetstagarna att sluta sig samman i fackföreningar, genom vilka de gemensamt kunde kräva bättre villkor. Arbetsgivaren var i sin tur beroende av arbetstagarna, men som just kollektiv (utan arbetstagare ingen produktion). Arbetsrätten, och kollektivavtalet, växte fram ur detta ömsesidiga beroende. Genom kollektivavtalet reglerades priset på arbete, och det fick dessutom efterhand ett antal andra funktioner.

Kollektivavtalsrättens skyddsintresse är inte i första hand den enskilde arbetstagen (eller för den delen arbetsgivaren), utan snarare den kollektivavtalsrättsliga normgivningsordningen och regelsystemet som sådant och det därmed sammanhängande intresset av stabilitet på arbetsmarknaden.¹³⁶⁵ Kollektivavtalsrätten är dock, trots sina särdrag, *arbetsrätt*, varför arbetsrättens arbetstagskyddande egenskap lika väl som dess egna strävan efter stabilitet måste rymmas i den kollektivavtalsrättsliga berättelsens logik; kollektivavtalsrätten måste vara till fromma både för stabiliteten på arbetsmarknaden och för den enskilde arbetstagen. Det löses genom att de organisationer som uppträder på arbetstagersidan mer eller mindre underförstått förväntas vilja och kunna ta tillvara också den enskilde arbetstagens intressen (både i ”kollektiva” frågor, som lönebildningen, och i ”individuella” frågor, som arbetsledningsfrågor) gentemot den starkare parten i anställningsförhållandet, det vill säga arbetsgivaren.

”Priset” som den enskilde arbetstagen i sin tur förväntas betala för den likställdhet hon får i kollektivavtalet är att hon genom medlemskap i en fackförening får ge upp en del av sin rättsliga autonomi (27 § MBL). Efterhand har sedan kollektivavtalsrätten dock kommit att omfatta också oorganiserade arbetstagare (se ovan 8.4.4), praktiskt sett i den omfattning som arbetsmarknadsparterna bestämmer. Frågor som arbetsmarknadsparterna inte gjort till kollektivavtalsfrågor har däremot inte med kollektivavtalsrätten att göra, utan med den individuella arbetsrätten. Den mest typiskt kollektiva frågan torde historiskt vara lönebildningen (jfr till exempel den term som alltjämt används i Norge – *tariffavtale*). Till och med i den frågan, mitt i kollektivavtalsrättens centrum, utmanar dock förändringstendenser. Om, och i den utsträckning, lönebildningen *individualiseras* (se ovan 3.4) utmanas kollektivavtalet som sätt att reglera arbetsmarknaden, och därmed hela kollektivavtalsrätten. Individualise-

¹³⁶⁵ Se 3.5.2, 5.4.1.2 och 8.3.3.7.

ringen kommer också i form av *internationalisering* (se ovan 3.2). Särskilt framträdande är EU-rätten, i vilken den kollektiva dimensionen som står i förgrunden i den nationella kollektivavtalsrätten inte har samma självklara plats.

9.4 Kollektivavtalsrättens yttersta grund – de självgrundande cirkelarna

Berättelser bygger på cirklar ur vilken deras rationalitet stammar, det vill säga de är bara logiska i förhållande till sig själva och sina egna förutsättningar. Deras inre rationalitet gör dem till berättelser. Det blir mer uppenbart om man tar en banal berättelse som exempel: *The King died, then the Queen died of grief*. Kung minsann, varifrån härledde han då kungavärdigheten?, kanske någon kritiskt lagd läsare vill fråga. Han är inte kung i kraft av något annat än att berättelsen bestämmer det, blir svaret. Kan man verkligen dö av sorg?, kanske man vill invända. Kanske inte, men oavsett hur det står till med den saken är det ingen rättvis invändning mot den berättelsen. Drottningen i berättelsen dog verkligen av sorg, enligt den berättelsens interna logik.

Så länge det handlar om en fiktiv berättelse är allt frid och fröjd. Låt oss dock tänka på den skarpa åtskillnaden mellan fiktion och verklighet som ett drag i den moderna diskursen. Den narratologiska metoden förnekar inte skillnaden, men tar dess språklighet på allvar.¹³⁶⁶ Rätten, eller kollektivavtalsrätten, är inte en saga som den om kungen och drottningen. Fiktion skiljs från fakta, och vetenskap sysslar med fakta. Kollektivavtalsrätten är dock sin egen berättelse, och som sådan den är underkastad samma principer för att konstruera sin egen inre logik. Meningsskapandet sker i form av berättelser, vare sig berättelsen gör anspråk på att vara fiktiv eller verklig (det anspråket är i sig en del av berättelsen).

Men i påståendet att kollektivavtalsrätten är som den är ligger också att den är som den är på grund av sig själv, inte på grund av något annat (den är i *sin* ordning). Det finns ingenstans utanför kollektivavtalsrätten någonstans där man kan hitta dess grunder och dess rationalitet.¹³⁶⁷ Kollektivavtalsrättens yttersta grund behöver inte sökas i sakliga skäl, i

¹³⁶⁶ Med den narratologiska metoden följer en möjlighet att ta ansvar också för det som verkar naturligt. Ansvaret betonas till exempel av James Boyd White, se White, *Law and Literature: "No Manifesto"* s. 745 n. 14 och s. 749.

¹³⁶⁷ Att söka den yttersta grunden är ett karaktärsdrag i det moderna, se till exempel Douzinas and Warrington with McVeigh, *Postmodern Jurisprudence* s. 10.

arbetsmarknadens realiteter, i rättens rötter eller någon annanstans.¹³⁶⁸ Kollektivavtalsrättens yttersta grund finns i kollektivavtalsrätten själv. Därmed inte sagt att den saknar någonting, eller att den är irrationell eller godtycklig. Självgrundande cirklar finns i varje diskurs (eller varje kungarike), vilket innebär att sakligheten och rationaliteten finns i rätten. Vad som är rationellt vilar inte på något annat än rätten själv, och för att teckna en bild av kollektivavtalsrätten kan man, är tanken, spåra dess *självgrundande cirklar*. Genom att de belyses kan rättsvetenskapen, och andra aktörer, göra kollektivavtalsrättens grunder till föremål för en kritisk analys. De självgrundande cirkelarna sätter också fokus på att rättsområdet (kollektivavtalsrätten) *formuleras*, det vill säga att det är en diskursiv konstruktion, vilket öppnar för rättsvetenskapen att begrunda sin egen roll.

Uttrycket, självgrundande cirklar, är tänkt som en belysande ordlek. Med anspelning på logiken vari cirklar är önskad, ett uttryck för ett *fel* i argumentationen.¹³⁶⁹ Med anspelning på hermeneutiken är cirkeln emellertid istället ett uttryck för sökandet efter *förståelse*.¹³⁷⁰ Uttrycket är avsett att markera kollektivavtalsrättens paradigmatiske karaktär, det vill säga att kollektivavtalsrättens måttstockar bestäms av kollektivavtalsrätten själv.¹³⁷¹ Om rättsområdet inte har någon annan grund att vila på än sig självt, kommer det att definieras av sina inneboende cirklar.¹³⁷² Att identifiera de inneboende cirkelarna blir alltså ett sätt att identifiera rättsområdet, och att förstå dess inneboende rationalitet. Man bör inte haka upp sig på terminologin, tycker man inte om uttrycket självgrundande cirklar

¹³⁶⁸ Drömmen om grunden utanför rätten lever i metaforerna: "Systemet kortsluts om en domstol stödjer sig på t.ex. ett uttalande i en kommentar, varpå i en senare upplaga av denna rättsfallet återopas som stöd för den i kommentaren framförda åsikten." Sandgren, Vad gör juristen? Och hur? – del II s. 871 f.

¹³⁶⁹ Det är en lek, jfr till exempel Malmberg, Anställningsavtalet s. 27: "Det brukar framhållas att det ställs vissa logiska krav på rationell argumentation. Argumentationen får t.ex. inte bygga på cirkelresonemang, fiktioner eller skenargument."

¹³⁷⁰ Se till exempel Alvesson och Skoldberg, Tolkning och reflektion s. 191 ff. och Anderson, Topisk retorik 131 ff.

¹³⁷¹ Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions s. 176: "Not all circles are vicious".

¹³⁷² Tanken på rätten som ett system av självgrundande cirklar dyker upp lite varstans. Se för nedslag François Rigaux: "Every [legal] system defines the terms of validity of the rules it is made up of, and determines the regularities of acts accomplished by its organs, and that validity cannot be verified by any criterion external to it." Rigaux, The Concept of Fact in Legal Science s. 40, på ungefär samma tema talar Günter Teubner utifrån framförallt (rätts-)sociologen Niklas Luhmanns samhällsteorier om självskapande system och självrefererande cirklar, Teubner, The King's Many Bodies: Self-Deconstruction of Law's Hierarchy särskilt s. 764 f. och s. 777 (se också Boglind, Strukturalism och funktionalism s. 57 f.).

kunde man förslagsvis tala om systemimmanenta måttstockar.¹³⁷³ Det uttrycket fångar måhända också bättre att måttstockarna, som behövs för varje jämförelse, för vad som är en rationell, bra eller riktig lösning på ett visst problem, hämtas inifrån juridiken. De självgrundande cirklarna kan förstås som kollektivavtalsrättens sätt att behålla kontrollen över den kollektivavtalsrättsliga rationaliteten.¹³⁷⁴

9.5 Om rättsvetenskapens nytta

En följd av rättsvetenskapens strävan efter delaktighet är att rättsvetenskapens *nyttighet* blir en fråga för dess självbild. Frågan är också besläktad med rättsvetenskapens från tid till annan rätt ansträngda förhållande till sin egen vetenskaplighet.¹³⁷⁵ Rättsvetenskapens nytta är då och då temat för debatter. En tråd togs upp av Bert Lehrberg i början på 1990-talet.¹³⁷⁶ Lehrberg pläderade för nyttan av civilrättslig grundforskning, en nytta som skall komma såväl lagstiftare som andra praktiker till godo, men också för att "civilrättsforskningens uppgift i ett helhetsperspektiv primärt är av rent vetenskaplig natur".¹³⁷⁷ Att det helhetsperspektiv rättsvetenskapen kan erbjuda också i Lehrbergs värld skall vara till nytta för lagstiftare och praktiker (rättsvetenskapen har också enligt Lehrberg, en uppgift i samhället) räckte dock inte för Göran Lambertz, som hellre ville knyta de mer djupgående analyserna till det konkreta lagstiftningsprojekt, eftersom de då kunde "bli målinriktade och effektiva."¹³⁷⁸ Några år senare ger sig Dennis Töllborg in i debatten, på vetenskapens sida. Han markerar därvid mot ett drag i den samtida diskursen och den mekanistiska världsbild

¹³⁷³ Tore Sigeman beskriver domarens verksamhet: "Då en domare finner att de förnämsta källorna ger honom visst rättsligt spelrum söker han av tradition en lösning som i någon mening kan sägas vara *systemimmanent* på det sättet att den är förenlig med värderingar som kan utläsas av redan gällande rättsliga regleringar (främst i lag) vilka inte är direkt tillämpliga men som avser situationer som liknar den som domaren har framför sig." Sigeman, Den bastubadande sulfitoroperatören s. 263.

¹³⁷⁴ Den moderna rätten kan analyseras utifrån olika sätt att förklara rättens rationalitet. Kaarlo Tuori baserar en beskrivning och kritik av den moderna rätten på "Three narratives of modern law"; Max Webers formella rationalitet, François Ewalds normrationalitet och Jürgen Habermas kommunikativa rationalitet. Se Tuori, Critical Legal Positivism s. 31 ff.

¹³⁷⁵ "Juristernas förhållande till vetenskap och kravet på vetenskaplighet har alltid varit komplicerat" anmärker Marie Sandström, Rätt eller vetenskap? s. 284. Se också Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s. 31 ff.

¹³⁷⁶ Se Rättsvetenskapen i praktikens tjänst?, särskilt s. 753 n. 2, med hänvisningar till en omfattande litteratur.

¹³⁷⁷ Lehrberg, Rättsvetenskapen i praktikens tjänst? s. 767.

¹³⁷⁸ Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter s. 79.

som rättskälteorin ger uttryck för.¹³⁷⁹ Den skandinaviska rättsrealismen, är enligt hans förmenande därvid orealistisk, men angreppet har också med att det är någonting i språkbruket som stör att göra.¹³⁸⁰ Eftersom den moderna, skandinaviskt rättsrealistiska juridiken, argumenterar Töllborg, internaliserar *värden* så till den grad att moderna jurister inte längre är medvetna om dem, är det rättsvetenskapens uppgift att upptäcka dessa värden, en uppgift som otvivelaktigt är *nyttig*.¹³⁸¹

I början på 2000-talet återkommer Göran Lambertz till frågan om rättsvetenskapens nytta, alltjämt utifrån en distinktion mellan *praktik och teori*.¹³⁸² Distinktionen är inte neutral, trots ärliga försök att diskutera innebörden i nyttobegreppet visar sig, när vaksamheten släpper, praktikkens företrädare framför teorin: "Självfallet spelar nyttan roll. Det är bara de allra mest teoretiskt sinnade som kan tveka om detta."¹³⁸³ Det är alltså tydligt bara teoretikern som kan förneka nyttans relevans, och vad som är det eftersträvarvärda kan knappast råda tvivel om. Göran Lambertz synpunkter handlar om rättsvetenskapen i stort, men den får direkt betydelse för arbetsrätten genom att Peter Hanau och Michael Gotthard anknyter sin utvärdering av den arbetsrättsliga forskningen till diskussionen.¹³⁸⁴

Det borde vara lätt för rättsvetenskapen, arbetsrättslig och annan, att ta ställning i debatten (och, antagligen också för praktiken – om man antar att båda sidor av någon anledning vill behålla distinktionen). Man kan till exempel från rättsvetenskapens håll peka på att det är rätt oklart vilka "vi" är i frågan "Vad skall vi ha den juridiska forskningen till?",¹³⁸⁵ liksom i att "[v]i bör sträva efter att ytterligare öka nyttan av rättsvetenskapen"¹³⁸⁶ eller "[v]i måste ha ett antal kvalificerade jurister som behärskar sina rättsområden utan och innan och som ägnar sig väsentligen åt att tänka, utreda, sammanställa, systematisera och kritisera".¹³⁸⁷ Det är också, får

¹³⁷⁹ Töllborg, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken s. 361 f.

¹³⁸⁰ Angreppet känns igen – ett halvsekel tidigare markerar vetenskapens företrädare mot "metafysiska" drag i det egna språkbruket. Se ovan n. 642.

¹³⁸¹ Töllborg, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken s. 363 f.

¹³⁸² Lambertz, Nyttig och onyttig rättsvetenskap (med hänvisning till den tidigare debatten) s. 277.

¹³⁸³ Lambertz, Nyttig och onyttig rättsvetenskap s. 269.

¹³⁸⁴ Utvärderingen ger Lambertz synpunkter en framskjuten position, Hanau och Gotthard, Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995–2001 s. 20 f., särskilt n. 67 och 70.

¹³⁸⁵ Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter s. 78.

¹³⁸⁶ Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter s. 79.

¹³⁸⁷ Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter s. 80 (jfr ovan

man säga, rätt oklart på vilket sätt *internationaliseringen* (jfr 3.2), till vilken Lambertz hänvisar mer konkret gör skillnad.¹³⁸⁸

Jan Kleineman ansluter sig i princip till Bert Lehrberg.¹³⁸⁹ I ett avseende är dock Kleineman överens med Lambertz – rättsvetenskapen måste vara *nyttig*, och nyttan skall på något vis märkas konkret, kanske i dialog mellan teorin och praktiken. Ty, säger Jan Kleineman, "[g]od teoribildning och praktisk hantering av rättsregler går hand i hand och den förra är en förutsättning för den senare. Utan respons i det praktiska rättslivet blir teoribildningen en konststart utan berättigande. L'art pour l'art, kan endast sådana humanistiska discipliner ägna sig åt, som kan åberopa ett självständigt estetiskt värde."¹³⁹⁰

Det borde som sagt vara lätt att ta ställning, men samtidigt är det ganska ointressant. Naturligtvis måste rättsvetenskapen själv hävda att den är nyttig, men den vill gärna själv avgöra vad som är nyttigt. Det visar ju sig också svårt att få till den där dialogen som Kleineman efterlyser. När någon annan försöker "lägga sig i" bryter diskussionen samman, på ungefär samma sätt som diskussionen mellan Folke Schmidt och Hjalmar Karlgren med flera bröt samman ifråga om den avtalsrättsliga culpa-regeln (se ovan 7.3.2). Det finns gränser mellan de olika verksamheterna, gränser som bland annat markeras av att man inte vill att någon annan skall tala om hur man skall tänka. Därmed inte sagt att man inte kan ta intryck eller bejaka ett utbyte (varför skulle vi inte göra det?) – men om vi inte uppmärksammar gränserna mellan respektive verksamhet är risken onödigt stor att vi hamnar i spillrorna av en sammanbruten diskussion istället för i ett fruktbart utbyte.

Nyttotänkandet behöver dock inte märkas i en beredvillighet att gå lagstiftaren till mötes, eller vad det kan vara fråga om. Kollektivavtalsrätten ger för sin egen del utlopp för sin strävan efter att vara nyttig också i det att den är framtidsinriktad. Som en illustration kan man se hur historiska skildringar används i den arbetsrättsliga litteraturen. Genom att följa hänvisningarna till två arbetsrättsligt historiska verk framträder

2.2.3). Jag hävdade inledningsvis (1.2.2) att den rättsvetenskapliga verksamheten främst går ut på att tänka, men påståendet kunde lika gärna gälla den juridiska verksamheten. Kanske gör jag mig skyldig till en illojal läsning, men vilka jurister ägnar sig egentligen *inte* väsentligen åt att *tänka*? Det är nog inte avsett, men det kan synas som om Göran Lambertz målar upp en oroande bild av praktikerns självbild.

¹³⁸⁸ Lambertz, Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter s. 79. Se också Edlund, Replik från en praktiker s. 418 ff. (Lars Edlund var med i debatten redan i början av 1990-talet).

¹³⁸⁹ Se Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättsskälla s. 623 f. n. 7.

¹³⁹⁰ Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper s. 435.

ett mönster, där de används mer som en slags exposéer än som auktoritativt stöd för detaljerade faktauppgifter.

Till Axel Adlercreutz avhandling, *Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria*, hänvisas i princip enbart i inledande avsnitt, se till exempel Adlercreutz och Mulder, Svensk arbetsrätt s. 21 (under rubriken 1.3 Den moderna arbetsrättens tillkomst), Glavå, Arbetsrätt s. 26 f. noterna 3, 4 och 6 (under 1.1.1.1 Näringsfrihet, strejkkfrihet och kollektivavtal respektive 1.1.1.2 Decemberkompromissen och § 32), Göransson i Facklig arbetsrätt s. 42 n. 2 (under 2.1 Inledning) ("se till det följande [...]"), Malmberg i Malmberg och Källström s. 187 n. 57 (under 7.5 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt; 7.5.1 Inledning), Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 22 n. 9 (under rubriken 1.2 Bakgrund och utveckling) ("se till det följande [...]").

Detsamma gäller Tore Sigemans historiska skildring *Från legostadgan till medbestämmandelagen*.¹³⁹¹ Se Glavå, Arbetsrätt s. 26 ff. noterna 1, 9, 14 och 19 (under 1.1.1.1 Näringsfrihet, strejkkfrihet och kollektivavtal respektive 1.1.1.3 Arbetsmarknadens spelregler 1.1.1.4 Saltsjöbadsavtalet och 1.1.2 Sjuttioalets arbetsrättsreformer), Källström, i Malmberg och Källström n. 13 s. 62 ("se till det följande [...]"), Sigeman, Arbetsrätten, s. 16 n. 2 ("se till det följande [...]") (under 1.2 Utvecklingslinjer. Från legostadgan till krisavtal 2009), Sigeman i Facklig arbetsrätt s. 22 n. 9 (under rubriken 1.2 Bakgrund och utveckling) ("se till det följande [...]").

Kollektivavtalsrätten är ett modernt rättsområde, och det moderna följer vissa grundläggande synsätt. På själva ordet *modernt* följer också vissa associationer (vilka man möjligen kan ta avstånd ifrån i fråga om rent estetiska värdeomdömen, l'art pour l'art, men knappast annars): Modernt är *bra* och modernt är *nu* – pilen är riktad framåt (och uppåt).¹³⁹² Det innebär att framförallt den historiska dimensionens (2.2) betydelse måste tonas ner.¹³⁹³ Endast i den mån den handlar om hur *framtiden* skall hanteras är de verkligt intressanta för den materiellt orienterade vetenskapliga verksamheten.

¹³⁹¹ Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen SvJT 1984 s. 875–892

¹³⁹² Det gäller för övrigt inte bara kollektivavtalsrätten. Rolf Nygren målar i en metafor upp en modern kunskapssyn: "Om forskningen lett fram till vissa teoretiska slutsatser, så kan de senare i sin tur användas som utgångspunkt för ny forskning. Forskaren kan så att säga börja ett trappsteg högre upp i kunskapssökandet, eftersom teorin ger en bas att stå på; den tidigare forskningen behöver ju inte göras om på nytt." Nygren, Som man frågar får man svar – några tankar om källkritikens betydelse s. 102. Jfr Joel Samuelsson, som i den inställningen, också betraktad i ett vidare perspektiv än utifrån bara kollektivavtalsrättens, ser en annan figur: "Varför funktionalism? Därför att det är rationellt. Därför att det är vetenskapligt. Och just där kröker sig argumentationen till en cirkel." Samuelsson, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet s. 82.

¹³⁹³ Känslan av att vi måste *framåt* gör förändringstrycket skräckinjagande. Torgny Håstad sätter ord på det akuta i situationen (se ovan 3.2.4 om internationaliseringens

9.6 Kollektivavtalets funktioner och den sociologiska dragningen

Ett utmärkande drag i den moderna rättsvetenskapen om kollektivavtalet är att man brukar säga att kollektivavtalet har vissa *funktioner*.¹³⁹⁴ Användningen av begreppet är knappast enhetlig,¹³⁹⁵ och den är nog vanligen inte betingad av några teoretiska anspråk. Det är självfallet inget *fel* i att tala om kollektivavtalets funktioner,¹³⁹⁶ och man kan ju se att också jag har använt ordet *funktioner* ganska flitigt.¹³⁹⁷ Användningen av *funktioner* i kollektivavtalsrätten belyser emellertid ett grundantagande som ligger till grund för just kollektivavtalsrätten.

akuta närvaro), och han ger samtidigt uttryck för rättsvetenskapens samhällsorienterade nytta: "Tanken på att 1936 är mästerliga skuldebrevslag snart skall ersättas av en internationell konvention om fordringsöverlåtelse, som i sin tur återverkar på den nationella rätten, fastän delegaterna inte förmått skilja mellan formell och materiell, aktiv och passiv legitimation är en mardröm. Det blir en angelägen uppgift för rättsvetenskapen att följa sådana harmoniseringsförsök och att biträda den svenska regeringen med komparativ och systematisk överblick, så att konstruktiva insatser kan göras på ett tidigt stadium. Klarar vi inte dessa uppgifter, kan många länder snart bli förflyttade tillbaka till den juridiska medeltiden." Håstad, Juridiska fakulteten 1989–1996 s. 235.

¹³⁹⁴ Se på en mängd ställen ovan; n. 134, n. 315, n. 485 och följande noter samt n. 527. Se vidare under 2.3.2, 3.4.2, 4.6, 6.2.2, 6.2.3 (särskilt vid n. 626) och 7.8.3.2.

Se vidare för nedslag i litteraturen Schmidt och Neal, *International Encyclopedia of Comparative Law* s. 9 (till vilken flertalet av de ovan anförda noterna hänvisar), Malmberg, *The Collective agreement as an instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions*, s. 190, Fahlbeck, *Collective Agreements: A Crossroad Between Public Law and Private Law* s. 268 och s. 279 ff., Glavå, *Arbetsrätt* s. 137. Funktionsanalysen löper genom den moderna nordiska arbetsrätten. Se för ett nedslag Berg, *Anm. Av Knud Illum, Den kollektive Arbejdsret* s. 343: "Den norske og svenske positive lovregel gir uttrykk for at samfunnet har godtatt at kollektiv-avtalen har en viktig sosial funksjon i moderne samfunnsliv."

¹³⁹⁵ Ibland används andra uttryck än "funktion", men som i sammanhanget kan antas vara synonyma, till exempel "uppgift" [för kollektivavtalet], Edlund och Nyström, *Arbetsrätt i förändring* s. 48.

¹³⁹⁶ Jfr Mats Glavå och Ulf Petrusson, som från en socialkonstruktivistisk utgångspunkt kritiserar föreställningen om "gällande rätt". Efter att man avskaffat föreställningen om den gällande rätten tänker man sig att det "inte längre [är] intressant att tala om rättsens funktioner, i vart fall inte på det sätt som hittills varit brukligt." Glavå och Petrusson, *Illusionen om rätten!* s. 147. Jfr också Folke Schmidt, som tog avstånd från termen på grund av att han fann den såväl mångtydig som värdeladdad, Schmidt, *Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen* s. 563 f.

¹³⁹⁷ Ofta i fråga om vilken funktion en retorisk figur har. Till exempel har det bekanta "det var en gång ..." funktionen att tala om att sagan börjar och att därmed anspråken på "verklighet" upphör. Sagan förflyttas till en annan, obestämd, tid ("en gång"). Därmed skiljs den från (till exempel) en historisk berättelse med vetenskapliga anspråk, eller anspråk på att spegla "verkligheten."

Rotmetaforen är teknisk, och funktionsbegreppet kan användas utan teoretiska anspråk därför att användningen känns naturlig.¹³⁹⁸ Funktionerna är en del av den invanda vokabulären, även om termen som sådan kan ifrågasättas, också inom det paradigm där den verkar. Funktionerna förutsätter en viss förståelse av samhällets natur och en viss förståelse av rättens natur. Den förståelsen – vilken, som Roger Cotterrell påpekar, kan vara uttalad eller underförstådd – ligger alltså till grund för den rättsuppfattning som genomsyrar den samtida doktrinen.¹³⁹⁹

Analyserna av kollektivavtalets samhällseliga funktioner underförstår i sin tur en uppdelning mellan rätt och samhälle (se 3.1.1), vilket är särskilt tydligt när reglerna förutsätts vara beteendestyrande (se ovan 4.3 n. 396). De juridiska reglerna besitter en förmedlande verkan mellan de mål som skall förverkligas och det samhälle de skall förverkligas i ("funktionen" blir mediet mellan lagstiftarviljan och verkligheten).¹⁴⁰⁰ Arbetsrätten får, baserat på denna grundsyn, samtidigt en dragning åt sociologin, en vetenskap som, sedd från arbetsrätten, kommer att sysselsätta sig med "verkligheten".¹⁴⁰¹ Sociologin är också nära besläktad med arbetsrätten på det sättet att också sociologin är en produkt av (och en del av) samhälls-omvandlingen runt 1800-talet.¹⁴⁰²

¹³⁹⁸ Se ovan 4.5 om de av Paul Feyerabend introducerade *naturliga tolkningarna*.

¹³⁹⁹ Cotterrell, *The Sociology of Law* s. 71.

¹⁴⁰⁰ "Om man istället [...] tar de verkliga *samhällsförhållandena* till utgångspunkt, öppnas en möjlighet att självständigt formulera de frågor som rättsreglerna bör besvara för att till fullo fylla sin funktion att lösa i samhället uppkommande problem." Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* s. 27.

¹⁴⁰¹ Se till exempel Sigeman, *Från reception till ideologikritik* s. 528 f., med en uppräknning av avhandlingar med sociologiska inslag. Sigeman betraktar sociologiska och empiriska undersökningar med gillande, och härleder genom Folke Schmidts verksamhet sådana insatser till den svenska arbetsrättens identitet, se Sigeman a.a. s. 522 och s. 528. Axel Adlercreutz ger Otto Kahn-Freund äran för att han "inledde en ny trend med en sund uppfattning om juridikens begränsade roll på arbetslivets område och arbetsrättens behov av kontakt med samhällsvetenskaperna, främst sociologi, och med arbetslivets företrädare", Adlercreutz, *Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige* s. 21. Adlercreutz talar också om att den första rättssociologiska fältundersökningen i svensk rätt skall ha utförts av Folke Schmidt tillsammans med två studenter 1946, Minnesord över Folke Schmidt s. 93. Niklas Bruun talar, med hänvisning till Lord Wedderburn, om arbetsrättens navelsträng till de sociala realiteterna. Bruun, *The Autonomy of Collective Agreement* s. 5. Till slut har den sociologiska kopplingen till och med blivit ett rättsvetenskapligt kvalitetskriterium, se *Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995–2001* s. 17.

¹⁴⁰² Se till exempel Kaarlo Tuori, som inleder *Critical Legal Positivism* (s. 3) med att lyfta fram sociologins födelse. Arbetsrätten utmärker sig inte på så sätt att det skulle vara det enda sociologiskt tillvända rättsområdet. Tvärtom vilar nog hela den moderna juridiken på sociologiska tankar. Kaarlo Tuori tar därför, före det att han drar upp linjerna för sin "Critical Legal Positivism", "omvägen" över tre tolkningar av den moderna rätten (Max

Dragningen till sociologin är just en dragning (arbetsrätten är till exempel inte i sig rättssociologisk), och kanske kommer den tydligast till uttryck i önskemål om empiriska undersökningar. Kollektivavtalsrättens inställning till empiri har berörts på sina ställen ovan, och den underförstår en realistisk grundinställning.¹⁴⁰³ Konstatandet att kollektivavtalsrätten är realistiskt grundad är i sig triviale, mer intressant är att den realistiska grundhållningen öppnar berättelsen för vissa retoriska manövrar. Genom den grundhållningen kan en hänvisning till fakta, det vill säga till *verkligheten* vara (det vill säga på allvar avsedd att vara) slutgiltig, den är diskursens trumfess. Hänvisningen till verkligheten tillhör därmed vad Richard Rorty benämner "final vocabulary." Ord eller uttryck som tillhör "the final vocabulary" är slutgiltiga på så sätt att resonemanget inte har någon utväg som inte ger en cirkel.¹⁴⁰⁴ En hänvisning till verkligheten är slutgiltig i den meningen att det inte finns något nästa steg i diskussionen, inget som hänvisar till något annat än verkligheten själv.¹⁴⁰⁵ Det är i sig närmast triviale, men det ger verkligheten en särskild plats i argumentationen, och därmed en särskild makt åt den som kan formulera verkligheten.

En hänvisning till en värdering kan däremot diskuteras, det finns ett nästa steg i diskussionen. Hänvisningen till en värdering är till sina anspråk förhandlingsbar, det är däremot inte hänvisningen till fakta, det vill säga *verkligheten*. Kvar finns bara att förhandla om sanningshalten i den verklighetsbild som hänvisningen bygger på, vilket är en empirisk fråga (*Kungen dog, sedan dog drottningen av sorg* innefattar påståendet att drottningen dog, antingen av sorg eller av någon annan anledning"). Om inte samtalsparten godtar hänvisningen till verkligheten som trumfess ("drottningen dog inte av någon anledning alls, varken sorg, ålder-

Weber, François Ewald och Jürgen Habermas) "each with a social theoretical or philosophical flavour." Tuori, a.a. s. 30 (se också s. 51).

¹⁴⁰³ För en diskussion av relationen mellan teori och empiri i den positivistiska vetenskapssyn som präglar också rättsvetenskapen se Alvesson och Sköldberg, *Tolkning och reflektion* s. 32 ff. I spänningen mellan att alla fakta är teoriberoende och att teorin förväntas representera empiriska fakta (verkligheten) introducerar Alvesson och Sköldberg begreppet "*pragmatisk realism*", se a.a. s. 45.

¹⁴⁰⁴ Se Rorty, *Contingency, irony, and solidarity* s. 73 f.

¹⁴⁰⁵ Det har sagts att "[v]ad som är rätt inte är en fråga om vad som är sant, utan om vad som rationellt kan motiveras", Andersson, *Skyddsändamål och adekvans* s. 595. Det måste då vara en viktig rättsvetenskaplig uppgift att undersöka hur rationaliteten skapas. Annars kan en möjlighet öppnas att hänföra en lösning eller ett argument till rationalitet och därmed ge det en obestridlig legitimitet. Rationaliteten i sig blir ett *final vocabulary* – ett slutgiltigt och naturligt slut på diskussionen (se strax ovan vid n. 1404). Samma mistänksamma attityd bör alltså intas mot "rationellt" som mot (till exempel) "sunt förnuft", se 4.4, n. 411.

domssvaghet eller något annat”) flyttas diskussionen åt ett annat håll – då kommer den istället att handla om diskussionens regler. Man måste helt enkelt, för att komma vidare i spelet, förhandla sig fram till en lösning på huruvida man spelar med trumf, och om esset är högst. Och därmed, genom att hänvisningen inte accepteras, har man antagligen upptäckt en gräns mellan två paradigmer (se också n. 411).

9.7 Slutord

Uppgiften har varit att undersöka var kollektivavtalsrättens frågor om förändring kommer ifrån, och hur det rättsområde som ställer sig dessa frågor, det vill säga kollektivavtalsrätten, är beskaffat. Avhandlingen har därmed kommit att teckna en bild av ett rättsområde – eller berätta om kollektivavtalsrätten.¹⁴⁰⁶ Berättelsen består av en mer eller mindre oformlig massa av fragment: lagregler och rättspraxis blandas med historiska artefakter ur rättsvetenskapens begreppsbildning, rester av ideologiska strider och så vidare. Att bringa ordning i denna massa är en uppgift för rättsvetenskapen. Syftet med att bringa ordning är att göra materialet tillgängligt och begripligt – det vill säga att skapa *mening*.

Rättsvetenskapen griper sig an uppgiften utifrån sina förutsättningar och utgångspunkter. Den kommer att ordna materialet i befintliga igenkännbara kategorier, mer eller mindre dynamiska över tid. Allt är egentligen gott och väl med det, särskilt som vi *vet* att beskrivningar också är normativa, och att vi inte kan undvika att ge uttryck för värderingar. Man kan, som vetenskapare, om man är intresserad, dock ta ett steg tillbaka och på allvar försöka se sin egen nacke. Det man skall se är att rättsvetenskapen är en rätt säregen verksamhet, med sina bilder, sina ideal och sitt språkbruk. Rättsvetenskapen har till exempel oundvikligen ett visst förhållande till *verkligheten*. Naturligtvis – det ligger i vetenskapens natur att söka, eller åtminstone förhålla sig till, *sanningen*, det vill säga verkligheten. Vetenskapens förhållande till sanningen är som rättens till rättsvisan, eller konstens till skönheten.

Rättsvetenskapen och den akademiska juridiken har en speciell position i rätten. Eftersom akademien har monopol på att utbilda jurister kommer beskrivningarna, det vill säga bilden av den rättsliga verkligheten eller vad vi vill kalla den, att ärvas av generationer av arbetsrättsjurister. Studen-

¹⁴⁰⁶ ”Ovan har ofta berättelserna – de stora och små – artikulerats, och med detta narratologiska perspektiv kan beredvilligt hävdas, att diskurserna och språkspelen är allt vi har. Därför bör de odlas väl.” Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt s. 414.

terna blir praktiskt verksamma jurister, och de tar, oundvikligen, med sig den världsbild de begåvats med under studierna.¹⁴⁰⁷

Även sedan juristerna lämnat akademien sker dock en ständig *växelverkan* (om den tekniska metaforen i sig är rättvisande kan vi lämna därhän just här – dess begränsning ligger inte i att den överbetonar påverkan utan i att den överskattar möjligheten att förutse den) mellan den rättsvetenskapliga verksamheten och den praktiska verksamheten. I metaforen växelverkan ligger en ömsesidig påverkan, alltså inte bara att rättsvetenskapen tar intryck av den praktiska verksamheten och *beskriver* den rättsliga verkligheten, utan också att den praktiska verksamheten tar intryck av den rättsvetenskapliga.

Rättsvetenskapen är delaktig i att skapa rätten, vare sig vi vill eller inte. Det sker ”öppet”, genom analyser och förslag till lagstiftning, domar eller andra praktiska lösningar, men också ”dolt”, genom att rättsvetenskapen beskriver *verkligheten*. Den som har monopol på att formulera verkligheten har mycket makt, och vetenskapen gör anspråk på att ha just ett sådant monopol. Det är ett anspråk vi inte kan fränsäga oss – då vore det inte längre *vetenskap*. Istället för att försöka avsäga sig det anspråket bör rättsvetenskapen – rättsvetenskaparna – ta ansvar för den verklighet vi formulerar. Genom att ta den deskriptiva uppgiften på allvar blir det möjligt att ta ansvar för kollektivavtalsrättens normativa implikationer. Det förutsätter dock vetenskaplig självreflektion, en självreflektion som

¹⁴⁰⁷ Det är ju i själva verket det vi strävar efter att de skall göra – *tänka fritt är stort, tänka rätt är större*. Devisen, som är inhuggen ovanför ingången till aulan i Universitetshuset i Uppsala, tillskrivs Thomas Thorild och dennes *Rätt eller alla samhällens eviga lag* från 1794. Den kan naturligtvis diskuteras (och görs också så, flitigt), särskilt från liberalt håll. Thorild själv, vars kamp för tryckfrihet och mot ståndsuppdelning av riksdagen fick honom landsförvisad, och som försvarade kvinnans likvärdighet med mannen, hade kanske blivit lite förvånad över vissa av angreppen, även om han själv knappast var liberal, och inte heller i nutida mening demokrat. Thorild förespråkade (i förlängningen, inte nödvändigtvis som ett konkret politiskt mål) en världsrepublik, vilken skulle styras av *genierna*, vilka stod för det allmänna förståndet (devisen kan också förstås mot bakgrund av den uppfattningen). Man kan dock också, kanske som ett utslag av vår moderna vana att tänka i höger-vänstertermer (se n. 112) spåra både liberala och marxistiska drag i Thorilds filosofi, som därför tycks (om än till viss del anakronistiskt) omfamna den ideologiska konflikt som ligger till grund för kollektivavtalsrätten (se 2.2.4). En sådan övning ger kanske mest uttryck för att det är lätt att bli historieblind i det att man läser historien utifrån sina egna förutsättningar (se ovan 4.3), men hur vi läser säger också något om oss (se 1.2.3). Kanske kan Thorild rent av förstås så att han talar om den moderna kollektivavtalsrättsliga rättsvetenskapen. Med *geni* förstår Thorild nämligen ”inte en fritt skapande och självsvåldig person, utan en person som intuitivt uppfattar verklighetens sammanhang i en *allblick*”. Kanske är den moderna rättsvetenskapen, i sina anspråk på att kunna beskriva verkligheten, just ett sådant geni.

”den narratologiska rättsdogmatiken” strävar efter att ge redskap för. Studien, och dess metod, motiveras av kollektivavtalsrättens behov av självreflektion, ett behov som tycks accentueras av industrisamhällets död och kunskapsamhällets födelse.

Epilog

Stridsropen är lika taktfasta nu som när jag först fick för mig att det var nödvändigt att stanna upp. Larmet och det inbördes käbblat är lika starkt. Mitt eget, lite mer taktlösa, ropande har självfallet inte kunnat lugna någon. Om jag någonsin trott eller ens hoppats att jag skull kunna ändra arméns färd över landskapet vet jag inte längre. Kanske har jag inte uppnått mer än att se min egen roll i den brokiga skaran, som ändå så samfällt och enträget söker sin fiende. Mina gester, mina manér och min distans till de avhandlade sakernas obestridliga allvar avslöjar mig. Faktiskt, om jag bara ger mig tid att kasta en enda blick på mig själv i en tänkt spegel visar själva min uppenbarelse vad jag är för en figur. Det är inte fältherrens respektingivande uppsyn som möter, inte spejarens skarpa blick, inte ens fotsoldatens beslutsamma anlete. Istället är det en rätt raggig figur med en lustig mössa som bligar tillbaka. Jag är härens, kollektivavtalsrättens, narr. Och nej, insikten gör mig inte nedslagen, inte bestört, inte ens en smula förlägen. Narren har nämligen en eftersträvansvärd position, från vilken han i skydd av sin dårskap kan tillåta sig att leka med ord som andra måste ta för givna, och berätta sanningar som om de vore sagor. Kanske kan leken roa någon, men leken är viktig, ty den handlar om hur sant blir sant och falskt blir falskt. Och ett kan man säga säkert: Något måste förändras.

Summary

The Collective agreement – a legal narrative

Chapter 1. The collective agreement is generally thought to be the single most important instrument for regulation on the labour market, as it has been since the beginning of the twentieth century. It has been some time since the collective agreement was last subject to a legal scientific study. The present thesis deals with the collective agreement as legal field of its own, with its own questions, solutions and rationality. This rationality can be found in the narrative of the collective agreement. In creating the narrative of collective agreement, legal science has an important role (as well as in other legal fields, but this particular study deals with the collective agreement). This role is somehow problematic, which has to do with its self-image, and the scientific ideal to which it, implicitly, clings to. The narrative perspective opens up for scientific self-reflection. The point of the perspective is to be able to study a discourse in which the scientist himself is involved in. The legal discourse is examined as a narrative continuously produced by legislators, courts, the labour market parties and legal scholars. It is studied as it is told, narrated – that is; how it is.

Chapter 2. Labour law is often divided into “individual labour law” and “collective labour law”. The collective agreement is, more or less obviously, a part of collective labour law. That is at least how labour law is presented to students in textbooks. The collective agreement can, however, be studied as a legal field of its own. It is, of course, closely related to, for example, industrial actions, Freedom of association and co-determination, but at the same time it defines its own narrative – and its own rationality. The story of the collective agreement begins with the story of the modern, industrial society, which in its turn begins with the industrial revolution. The industrial revolution brought about not only new technologies, but also new ideologies. New ideas replaced older (in quite a violent manner). Liberal ideology (in different forms, the description must be simplified) met and mixed with various forms of socialist

ideology, democracy developed and within the first two decades of the twentieth century, a little later in Sweden than in most other western European countries, the transformation was complete. Sweden had gone from an agricultural, feudal society to a full-blown modern society. During the process, the employees had formed trade unions, which had been recognised (in an agreement of 1906 between the major social partners, LO and SAF) as legal by the employers (the Trade unions had, in return, recognised the employers right to hire and dismiss employees at will and to direct and distribute the work. Thus, the contemporary labour law has inherited the conflict between the employer side and the employee side; the conflict is situated within the labour law system itself.

Several attempts to incorporate the collective agreement in legislation did fail, due to lack of political unity. The collective agreement still, however, was established as a instrument for regulating the labour market, since the High Court in 1915 recognised the collective agreement as a legally binding contract (together with the, more or less, unspoken consent from the legislator). It could be noted that the established term “collective agreement” is not necessarily the most “correct” (if compared to something outside of its own discourse) term and that “collective contract” would perhaps be a better translation. However, – as many other concepts in legal discourse – the established term is established more as a consequence of tradition than by a carefully considered choice. Around the same time in history, the first jurisprudential studies of the collective agreements in Sweden appeared, most prominently by Östen Undén in a dissertation of 1912. The most explicit efforts to form labour law as a legal field was, however, made in Germany by Hugo Sinzheimer and other scholars. It was not until 1928 that the collective agreement (along with the Labour Court) was brought to legislation, and it was not until the 1950s that labour law was founded as an academic field in Sweden. Its roots and its identity are none the less firmly connected to its formative phase in the beginning of the twentieth century.

Chapter 3. The forming of labour law as a legal field may appear of little significance for the legal discourse of the collective agreement of today. However it involves *change*, and moreover a fundamental change in and of the society. The collective agreement was born in an era of change, and it will die in an era of change. Or, so the story is, more or less explicitly, told. The legal science has a part in the change, and in the crisis of the collective agreement. “Crisis”, as it seems, since the legal field – that is its participators – tend to perform its analyses with the basic assumption that the collective agreement is worth defending. The legal, academic field knows of no alternative. Moreover, it also does not know of any alterna-

tive to progression. Thus it reveals itself as a modern legal field, and what else could it be, since it is indeed a product of the modern society. What makes the change acute, and even overpowering, is that the modern society, as sprung out of the industrial revolution, is, as it seems, about to end. The economy is changing, the sales of services exceeds traditional production industry, knowledge is more important than machines.

Contemporary labour law is then about change, and the labour law conceptualises change by analysing *tendencies*. The first tendency described in the present thesis is *internationalisation* (or globalisation, or europeanisation), which first and foremost is represented by the European Union. Internationalisation is supposedly affecting labour law and the collective agreement in other manners as well. Supposedly, since the way in which the influence actually works seems to be somewhat mysterious, apart from the obvious influence through EU legislation. The second tendency is *flexibilisation* (of work, and of labour law regulations). The flexibilisation of the labour market has a special place in that it is not merely an observation, but also a political aim. As a political aim it collides with strive for stability, which is also an inherited part of labour law history. Or even further, it is invested in the logic of the labour organisations, since they themselves were a way of *avoiding* the consequences of flexibility, i.e. the absolute flexibility of the employer (who had the right to dismiss workers at will). This collision, or rather the attempts of handling it, has resulted in the European Union concept of *Flexicurity*. The third tendency described is *individualisation*. Society and, perhaps consequently, labour law is turning towards an individualistic ideal, a tendency that seems closely related to internalisation (international law grants certain rights for individuals) but also in a general decline in collectivistic ideals. The fourth tendency, which in turn may be seen as related to the individualisation is *decentralisation*. It is often argued that the Swedish labour market, while traditionally centralised, is now, at least partly due to the pressure of the internationalisation, decentralised. It is manifest in the fact that the collective agreement often (and increasingly) delegates norms to local parties or even to the individual employment contract. The last tendency discussed is the *technical development*. It is, perhaps, the most modern tendency of all. The modern industrial society was born with the industrial revolution; thus, the industrial society will end, or is in the process of ending, with technical development. Moreover, the technical developments have no alternative, at least not within the modern society. The modern society presupposes technical progression. The other tendencies, on the other hand, have an “other” side. The tendencies are merely an emphasis of one side of two in a dichotomy. The internationalisation is met by nationalisation, the flexibilisation by stabilisa-

tion and so forth. The technical developments have no such alternative. Technology is progressing in the modern society and modern society is progressing with technology; if technology is not progressing it is not the modern society.

Chapter 4. The starting point, historically, for the collective agreement is the industrial revolution, in Sweden somewhere around 1850 (it then took more than half a century before Sweden was industrialised). *Somewhere around*, as the specific time is not important, not for us, not today. The importance for us, today, is not the time, or the actual events, but the *change*. The tendencies occur in, or are at least driven by, society. The law is affected by them, but law has no influence over them. They are, in a very specific sense, *real*, and natural. They become powerful, since reality has a very special role in the modern legal discourse. An argument that rests upon a reference to reality is final. One can dispute the correctness (i.e. the correspondence with reality) of a statement, but if someone successfully can claim to describe reality, it is the end of discussion. Even “natural” concepts can be scrutinised though, or at least it can be a scientific task to examine what makes them natural. Tendencies presuppose time, and time presupposes chronology and causality. They are made natural by the discourse and consequently they cannot be questioned. The same goes, from the point of view of the collective agreement, for the relationship with other scientific fields. Since the discourse has rendered them the status of being natural, they cannot be evaluated inside the discourse of the collective agreement. They are bound to be either true or irrelevant. Since the forces behind the tendencies are outside the legal discourse, out of reach, the changes seem so much more impossible to handle from the point of view of the collective agreement.

Chapter 5. The collective agreement is by definition “an agreement in writing between an organisation of employers or an employer and an organisation of employers about conditions of employment or otherwise about the relationship between employers and employees” (Section 23 of the 1976 Joint Regulation Act). There is no definition in Swedish law of an “agreement” (or, rather, a “contract”), but it is commonly drawn from Section 1 of the law of contract 1915, that a contract is closed by an offer met by a corresponding answer. Even though this model may be considered more or less obsolete in general contract law, the collective agreement is, in principle, unaffected by such a view. Contrarily, the Labour Court, as well as jurisprudence, uses the model to describe the mechanism of concluding collective agreements, and the model is thus given its own place in the discourse of the collective agreement. Furthermore, in

every part of the definition of the collective agreement, it defines itself as a legal field of its own. The parties in the collective agreement are the employer or an employers' union on one side and a trade union on the other side. The conflict between employers and the employee is inherited in this asymmetric relationship; the conflict is in itself a part of the labour law. The definition of "conditions of employment or otherwise about the relationship between employers and employees", is, in principle, to be found in what is generally subject of collective agreements. Thus, the regulatory activities of the labour market parties define their own possibilities of regulating the labour market.

Chapter 6. The perhaps most conspicuous feature of the collective agreement is that it is binding in other relationships than that between its parties. Members in the organisations who are parties in a collective agreement are also bound by its provisions, if the parties so decide (that is, in the collective agreement). A provision in an individual contract between parties that are bound by a collective agreement is void, by law. No problems, as it seems. There are, however, some phenomena that are difficult to explain. One is the fact that so called normative provisions in collective agreements are considered applicable even after a collective agreement in itself is terminated. It is usually explained with the thought that normative provisions in collective agreements *automatically* become part of the employment contract. The binding effect of the collective agreement was subject of legal studies during the first decades of the twentieth century (most importantly perhaps in Östen Undén's dissertation of 1912), but the matter has since, as a theoretical such, been considered of little importance (indeed, it has actually most commonly been denied of any relevance at all).

Some sixty years ago, a debate raged concerning how to theoretically explain this effect. Interestingly enough, the debate was initiated with an attempt to get rid of the theoretical question, and it has since been nursed by attempts to render it irrelevant. Still, whether the theoretical model is considered to be of "merely pedagogical interest" or such, it is, as well as the denial of its relevance, an inherited part of the narrative of the collective agreement. It can also be noted, that when the Swedish model is challenged by EU-law, for example as followed by the *Laval* (and *Viking*) case(s), the Swedish labour market parties, as well as the legislator, reacts as if they were trying to defend the theoretical model in force (the "double construction"). The suggested legislation is kept as minimalistic as possible, creating, for very specific cases, what can be called a "triple construction".

Chapter 7. The collective agreement is a contract (even though it is frequently stated that it have similarities with statutory law) and it is thus interpreted as a contract in general. First and foremost the parties' common understanding decides the meaning of the contract, even though its provisions apply to employees which are themselves not part of the collective agreement. The wording is secondary (although in most cases before the Labour Court the wording ends up as decisive, since no common reference can be found). During the late 1950s (during, and as a part of, the formation of labour law as an academic legal field), the 1960s and in the beginning of the 1970s a debate raged in Swedish private law concerning the existence of a *culpa*-principle in the interpreting of contracts. On one side in the debate was Folke Schmidt, the founding father of Swedish labour law. He claimed, rather fiercely, that a *culpa*-principle described the actual interpretation (the activity) as it was carried out in the courts. On the other side were private law scholars who, from another, systematic, point of view, found no place for a *culpa*-principle. The debate is over and the *culpa*-principle has (at least almost) no place in general doctrine on the interpretation of contracts. However, as a consequence of labour law developing to a field of its own, the *culpa*-principle has survived in labour law doctrine, and therefore labour lawyers – including the Labour Court – appear to accept the *culpa*-principle (more) easily (and perhaps even eagerly) compared to general private law lawyers. There are also other topics in which the interpretation of the collective agreement is special, compared to the “typical contract”. For instance, the collective agreement has by the Labour Court been interpreted as containing “invisible”, or “hidden”, clauses, i.e. provisions that is part of collective agreements, even though they are not explicit in the text (for instance, the employers' right to decide the day-to-day duties of the employee). This may appear contrary to the requirement of written form of the collective agreement, and in other cases than concerning invisible clauses the interpretation must be connectable to the wording (as explicit in writing) of the contract. It is rational though, but the rationality has to be found within the collective bargaining system. It has to do with the collective agreement as an instrument for industrial peace; i.e. the concluding of a collective agreement gives rise to a peace obligation. As a consequence, it is often more important to determine whether a collective agreement is concluded than what it actually means (besides the peace obligation). Since the invisible clauses do not interfere with the peace obligation, the theoretical problem is set aside.

Furthermore, the interpretation of collective agreements have since 1929 been carried out in a special court, and it is often stated that the purpose of interpretation of a collective agreement is to give guidelines

for the labour market parties in their bargaining activities. Interpretation of the collective agreement forms its own narrative, a narrative that builds up on the common reference of the labour-market parties, the Labour Court, the legislator, and legal science.

Chapter 8. It is not uncommon for rules in different sources to *prima facie* be applicable in the same situation. Provisions in a collective agreement can be in conflict with statutes laid down by law or in individual employment contracts, as well as provision in another, competing, collective agreement. In many cases the labour market parties can, in collective agreements, set aside statutory law. The possibility is, though, laid down in the relevant law. The legislator has, in principle since 1906, followed a non-intervention policy, but there is of course always an implicit threat of legislation. Statutory law outranks collective agreements, if the legislator so decides. It is also quite common for these techniques to point out a certain level in the trade-union system, in which collective agreements differing from law have to be concluded. This presupposes, and thus confirms, the way in which the established trade-unions are organised, and the legal field is thus inherited in its own structures. The principles for solving conflicts between collective agreements are well established; a fact that in itself is worth exploring. The principle rests on a division between normative and obligatory statutes (the same division as between chapter 5 and 6 above). The first collective agreement concluded is exclusively applicable regarding normative provisions (that is, provisions applicable to employment contracts), while the second (and third) collective agreement is applicable concerning obligatory provisions (provisions applicable between the contracting parties) insofar they do not interfere with provisions in an older collective agreement. Even though there are some uncertainties regarding which collective agreement is to be considered the oldest, the principle in general is beneficial for those who have established collective agreement relations. The effect seems to be that new unions or unions that are otherwise outsiders are marginalised.

The collective agreement is often said to be a contract, but with characteristics similar to law. In relationship to the employer's contracts, it is shown in three ways. First, an individual employer's contract is void (by law, section 26 and 27 of the 1976 Joint Regulation Act) if it is covered by, and in conflict with, a provision in an applicable collective agreement. Secondly, even though there is no *erga omnes* effect by law, a collective agreement can have a normative effect on employment contracts outside the scope of positive law. It is well established that employment contracts not covered by a collective agreement *in dubio* is interpreted as being in accordance with the closest applicable collective agreement. The fact that

it is theoretically unclear how to legitimise this effect has been of little practical importance, since the covering rates have been high and salaries has been rising or at least not sinking. However, recently there have been signs showing that this may be changing. Thirdly, it is also well established that the normative provisions of the collective agreement is applied even after a collective agreement is terminated. The collective agreement thus has a normative effect wider than its legal status as a contract (as opposed to law or other public regulations) can explain. In conclusion, the collective agreement is an effective way of regulating the Swedish labour market, but its effectiveness is dependent on the legislator, the Labour Court and the labour market parties (“the collective actors”) acting in accordance with the traditions and the reality they have in common. This is however challenged through the tendencies described above. For instance, the “lack” of an *erga omnes* effect (or extension by law of collective agreements) in Swedish law makes Sweden different. Not that the Swedish model has to be inferior (or superior) to the EU model, but it is facing a different narrative, a narrative that (as narratives do) handle irregularities by making them an integral part of the narrative. This harmonising effect of European law will affect the collective agreement – but process of changing narratives is more of a literal process, or a biological, than a technical in a mechanistic sense (the metaphors we use to describe reality in themselves create reality, and the metaphors that labour law uses is often mechanistic).

Chapter 9. The collective agreement law is, at the beginning of the twenty-first century, a legal field *sui generis*. It was born as a part of the industrial society (thus, it is inherently *modern*). The industrial society is giving way for the information society, the postmodern society or such – in short; something different. The change of society affects, and even threatens, the collective agreement, and it does so from *outside* the law. In addition the legal field creates itself (“from within”), and the legal scholarship has a key role in this, and consequently is part of the threat against the collective agreement. The changes in society cannot in themselves affect the legal discourse; they have to be made a part of the legal narrative (and only legal discourse can create that narrative). Insofar as the collective agreement is concerned; the threat comes from *within* the law itself (the law decides what the law finds relevant). Science not only scrutinises reality, but also creates it. Moreover, science can not help but claim the ability to describe reality. She who has the power to compose reality possesses an infinite amount of power. Legal science should not deny its inherited pretensions, but it can, and should, reflect upon it. Then, and only then, is legal science able to take its role as an inventor of reality seriously.

Källförteckning

Offentligt tryck m.m.

Svenskt offentligt tryck

- Prop. 1910 nr 96 med förslag till lag om kollektivaftal mellan arbetsgivare och arbetstagare, lag om särskild domstol i vissa arbetstvister, lag om vissa arbetsaftal...
- Prop. 1911 nr 43 med förslag till lag om kollektivaftal mellan arbetsgivare och arbetstagare, lag om särskild domstol i vissa arbetstvister, lag om vissa arbetsaftal...
- Prop. 1928 nr 39 förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol.
- Prop. 1973:129 förslag till lag om anställningsskydd m.m.
- Prop. 1974:77 förslag till lag om rättegången i arbetstvister m.m.
- Prop. 1975/76:105 bilaga 1 Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet.
- Prop. 1975/76:105 bilaga 2 Arbetsrättsreform: Lag om offentlig anställning.
- Prop. 1976/77:90 om semesterlag m.m.
- Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.
- Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag.
- Prop. 1983/84:165 om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.
- Prop. 1988/89:76 om ny köplag.
- Prop. 1991/92:84 om ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister m.m.
- Prop. 1991/92:155 om skadestånd för arbetstagares deltagande i olovlig stridsåtgärd.
- Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.
- Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.
- Prop. 2004/05:23 Nationaldagen den 6 juni som allmän helgdag.
- Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.
Prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag.
Prop. 2009/10:48 Åtgärder med anledning av Lavaldomen.

SOU 1927:4 Utredningar till belysande av arbetsfredsfrågan.
SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal.
SOU 1988:49 Arbetsmarknadsstriden III.
SOU 1988:50 Arbetsmarknadsstriden IV.
SOU 1992:27 Årsarbetstid. Ny lag om arbetstid och semester.
SOU 1994:141 Arbetsrättsliga utredningar.
SOU 1996:145 Arbetstid – längd, förläggning och inflytande.
SOU 1998:141 Medling och lönebildning.
SOU 2000:123 Hur blir en ny infostruktur motorn i e-Sverige?
SOU 2002:67 Industrisamhällets kulturarv.
SOU 2006:32 God sed vid lönebildning.

Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.

Andra LU:s utlåtande 1928 nr 28 i anledning av Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om arbetsdomstol ävensom i anledning av därtill väckta motioner.

InU 1975/76:45 med anledning av propositionen 12975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m. jämte motioner.

Motion i Första kammaren 1928 nr 280 i anledning av Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol.

Motion 2009/10:A442 Proportionalitetsprincip vid fackliga stridsåtgärder.

Motion 2008/09:A221 Proportionalitetsprincip vid fackliga stridsåtgärder.

Rapporter från myndigheter

Konjunkturinstitutets rapport Lönebildningsrapporten 2009.
Medlingsinstitutets årsrapport 2001. Avtalsrörelsen och lönebildningen.
Medlingsinstitutets årsrapport 2005. Avtalsrörelsen och lönebildningen.
Medlingsinstitutets årsrapport 2007. Avtalsrörelsen och lönebildningen.
Medlingsinstitutets årsrapport 2008. Avtalsrörelsen och lönebildningen.

Utländskt offentligt tryck

RP 153/2007 rd förslag till lag om säkerställande av patientsäkerhet vid arbetskonflikt inom hälso- och sjukvården.

EU-dokument

Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones. Report by the European Expert Group on Flexicurity. June 2007. Gemensamma principer för ”flexicurity”: Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet KOM(2007) 359 slutlig.

Grönbok. En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar Kom(2006) 708 slutlig.

Kommissionens meddelande IP/07/919 av den 27 juni 2007, Flexicurity: Fler bra jobb.

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Flexicurity – den danska modellen (2006(c 195/12).

Litteratur

Abbott, H.P. The Cambridge Introduction to Narrative. Cambridge University Press 2002.

Adam, B. Time and Social Theory, Polity Press 1990.

Adlercreutz, A. Arbetstagarbegreppet. Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt. P.A. Norstedt & Söners förlag 1964.

– Avtalsrätt I, 12 uppl. Juristförlaget i Lund 2002.

– Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis, Variationer på ett obligationsrättsligt tema s. 24–46 också i Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 312–325.

– Centralistic and Decentralistic Tendencies in Swedish Industrial Relations and Labour Law. In memoriam Sir Otto Kahn-Freund s. 1–10, också i Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 163–175.

– En jubeldoktor ser tillbaka – 1954–2004, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 13–20.

– Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige, Nyström (red.) Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund, Carlssons Bokförlag 1993 s. 15–32.

– Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria. CWK Gleerup, Lund 1954.

- Kollektivavtalet som avtalsform och avtalsstyp, *Liber Amicorum* Reinhold Fahlbeck, Juristförlaget i Lund 2005 s. 11–24.
- Minnen från min verksamhet som lärare i civilrätt och handelsrätt Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 59–68.
- Minnesord över Folke Schmidt, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser. Juristförlaget i Lund 2009 s. 91–98, också i Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundet i Lund. Årsberättelse 1980–1981 s. 34–41.
- Minnesord över Fritjof Lejman, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 99–102, också i Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundet i Lund. Årsberättelse 2002–2003 s. 58–62.
- Minnesord över Hjalmar Karlgren, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 83–89, också i Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundet i Lund. Årsberättelse 1979–80 s. 18–25.
- Ny regel om avtalslut? SvJT 1968 s. 749–751.
- Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet, Festskrift till Per Stjernquist s. 43–54, också i Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 373–382.
- Om avtalsstolkning. Anmälan av Kurt Grönfors, Tolkning av fraktavtal och Paolo Fohlin, Avtalsstolkning, SvJT 1990 s. 578–583, också i Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 273–279.
- Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler, Festskrift till Jan Ramberg 1996 s. 17–29, också i Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, Juristförlaget i Lund 2009 s. 312–325.
- Svensk arbetsrätt, 12 uppl, Norstedts Juridik 2003.
- Adlercreutz, A* och *Gorton, L*, Avtalsrätt II, 6 uppl. Studentlitteratur 2010, Juristförlaget i Lund 2010.
- Adlercreutz, A* och *Mulder, B J*, Svensk arbetsrätt, 13 uppl, Norstedts Juridik 2007.
- Agell, A*, Anm. av Lehrberg, Avtalsstolkning, SvJT 1995 s. 746–748.
- Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen. Med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige, SvJT 2002 s. 243–260.
- Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom. Festskrift till Jan Hellner, P.A. Norstedt & Söners förlag s. 23–63.
- Agell, A* och *Malmström, Å*, Civilrätt, 20 uppl. Liber förlag 2007.
- Ahlberg, K*, Nordisk reaktion på grönboken: Kollektivavtal gör vår arbetsrätt flexibel, EU & Arbetsrätt nr 2 2007 s. 4.

- Ahlberg, K* och *Bruun, N*, Sweden: Transition through collective bargaining, Blanpain (ed.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*. Germany, France, The Netherlands, Sweden and the United Kingdom, Kluwer Law International 2005 s. 117–143.
- Ahlberg, K* och *Edling, M*, Vad säger kollektivavtalet? Arbetsrättsliga uppsatser 5, Lag & Avtals skriftserie 1988.
- Alexander, J*, Corporate Narrative. Communicating Values With Stories, InterMedia Publications 2006.
- Almén, T*, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl. P.A. Norstedt & Söners förlag 1960.
- Alvesson, M* och *Sköldberg, K*, Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod, 2 uppl. Studentlitteratur 2008.
- Andersson, A*, *Bejstam, L*, *Edström, Ö*, *Zanderin, L*, Arbetsrätten i staten, 2 uppl. Studentlitteratur 2004.
- Andersson, H*, 24 preludier utan fuga. Stilövningar samt föreberedande tankar om den glada vetenskapen, Asp, P och Nuotio, K, (red.) Konsten att rättsvetenskap, Iustus Förlag Uppsala 2004 s. 15–46.
- Barthesianska meditationer, Hyldekrift till Jørgen Nørgaard, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2003 s. 71–97.
 - Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum? JT 2000-01 s. 897–909.
 - Kausalitetsproblem – kausalitet eller problem? Festskrift till Anders Agell, Iustus Förlag s. 19–49.
 - Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet, JFT 2000 s. 22–48.
 - Likhetsargumentation – analogi och metamorfos, Festskrift till Åke Frändberg, Iustus Förlag 2003 s. 13–37.
 - Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringskiss, JFT 2007 s. 377–414.
 - Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion, Gräns, M och Westerlund, S (red.) Interaktiv rättsvetenskap. En antologi. Universitetstryckeriet, Uppsala 2006 s. 11–46.
 - Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser, Iustus Förlag 1993.
 - Topisk retorik inom juridiken, Mellqvist, M och Persson, M, (red.), Retorik & rätt sett genom tio författares ögon, Iustus Förlag 1994 s. 111–154.
- Assmann, A*, Tid och tradition. Varaktighetens kulturella strategier, Nya Doxa 1999.
- Baron, J B* och *Epstein, J*, Is Law Narrative? Buffalo Law Review 1997 s. 141–187.
- Barthes, R*, The Semiotic Challenge, University of California Press 1994.

- Bauman, Z*, Det individualiserade samhället, Daidalos 2002.
- Globalisering, Studentlitteratur 2000.
- Belmont, J*, The Path to Personal Success and Freedom: Turning Hurdles into Stepping Stones, AuthorHouse 2005.
- Bengtsson, B*, Om rättsvetenskapen som rättskälla, Tfr 2002 s. 14–32.
- Berg, A*, Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling. En studie av svensk rätt och kollektivavtalsreglering med komparativa inslag. Juristförlaget i Lund 2008.
- Berg, P*, Anm. av Knud Illum, Den kollektive Arbejdsret, Tfr 1940 s. 338–351.
- Arbejdsrett, Norli 1930.
- Bergqvist, O, Lunning, L och Tøijer, G*, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer, 2 uppl. Norstedts Juridik 1997.
- Bergström, S*, Arbetsrättsliga spörsmål I. Om räckvidden av den s.k. 200-kronorsregeln i kollektivavtalslagen. Studier över enskild arbetstagares skadeståndsskyldighet enligt kollektivavtalslagen Sveriges juristförbunds förlags AB Stockholm 1950.
- Kollektivavtalslagen, Studier över dess huvudprinciper 2 uppl. Liber 1948.
- Om vinstregler och vinstgrundsats SvJT 1951 s. 247–259.
- ”Vår juridiks fyrttioalister”. Ett genmäle, SvJT 1949 s. 494–507.
- Binder, G and Weisberg, R*, Literary Criticisms of Law, Princeton University Press 2000.
- Birk, R*, Labour Law Scholarship in France, Germany, and Italy: Some remarks on a difficult question, Comparative Labor Law & Policy Journal 2001-2002 s. 679–699.
- Björkdahl, E P*, Lojalitet och kontraktliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, Iustus Förlag 2007.
- Björne, L*, Banbrytare, tekniker, iakttagare – den nordiske rättsvetenskapsmannens roller, SvJT 2002 s. 235–242.
- Bogdan, M*, Den svenska internationella arbetsrättens grunder, SvJT 1979 s. 81–121.
- Boglund, A*, Strukturalism och funktionalism, Månson, P, (red.) Moderna samhällsteorier, 7 uppl. Norstedts Akademiska Förlag 2007 s. 25–69.
- Bordwell, D*, Narration in the Fiction Film, Methuen & Co. Ltd 1985, reprinted by Routledge 1995.
- Bruun, N*, The Autonomy of Collective Agreement. Reports, VII European Regional Congress, International Society for Labour Law and Social Security 2002 s. 3–45.

- The Future of Nordic Labour Law, *Scandinavian studies in Law* Vol. 43 s. 375–385.
- Industrial Relations, kunskapssamhället och forskningen. Några kommentarer till Nils Elvanders artiklar om IR-fältets utveckling, *Arbetsmarknad & Arbetsliv* 2000 nr 4 s. 265–269.
- Kollektivavtal och rättsideologi, En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924, *Juridica*, Vammala 1979.
- Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet, Tuori, K, (red.) *Rättsdogmatikens alternativ* s. 31–39, *Juridica* 1988.
- Bruun, N* och *Hellsten, J*, (ed.) *Collective Agreement and Competition in the EU*, The Report of the COLCOM-project, Iustus Förlag 2001.
- Bruun, N* och *von Koskull, A*, *Allmän arbetsrätt*, Schildts 2005.
- Calleman, C*, *Ett riktigt arbete? – om regleringen av hushållstjänster*, PANG, Säter 2007.
- Turordning vid uppsägning, *Norstedts Juridik* 2000.
- Carlsson, L*, *Searching for Equality: Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*, Iustus 2007.
- Casebeer, K.M.* och *Minda, G*, *Work Law in American Society*, Carolina Academic Press 2005.
- Castells, M*, *Informationsåldern. Ekonomi, samhälle och kultur. Band I, Nätverkssamhällets framväxt*, 2 uppl. Daidalos 2000.
- *Informationsåldern. Ekonomi, samhälle och kultur. Band II, Identitetens makt*, Daidalos 1997.
- Chatman, S*, *Story and Discourse. Narrative structure in fiction and film*, Cornell University Press 1978.
- Christensen, A*, *Avstängning från arbetslöshetsersättning*, P.A. Norstedt & Söners förlag 1980.
- Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster TfR 1996 s. 519–574.
- Cotterrell, R*, *The Sociology of Law. An Introduction*. 2nd ed. Butterworth 1992.
- Culler, J*, *The Pursuit of Signs. Semiotics, Literature, Deconstruction*, Cornell University Press 1983.
- Dahl, T S*, (red.) *Kvinneret I och II, Kvinnors levkår og livsløp*, Universitetsforlaget 1985.
- Dahlén, M*, *The Negotiable Child. The ILO Child Labour Campaign 1919–1973*, Uppsala 2007.
- Dahlman, G*, Något om Arbetsdomstolens betydelse för arbetsrättens utveckling, SvJT 1954 s. 1–20.

- Danhard, E*, Konkursarbetsrätten 3 uppl. Åhnberg 2006.
- Davies, A.C.L.*, Perspectives on Labour Law, Cambridge University Press 2004.
- Deakin, S* and *Morris, G.S.*, Labour Law 3rd ed. Butterworth 2001.
- Dege, J T.*, Arbeitsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold. Minerva 2003.
- Doublet, D R*, Hermeneutikken og rettsvitenskapen, Tfr 1989 s. 589–612.
- Douzinas, C, Warrington, R* with *McVeigh, S*, Postmodern Jurisprudence. The law of text in the texts of law, Routledge 1991.
- Dølvik, J E* och *Stokke, T A*, Norsk allmängiltigförklaring gäller endast avtalens minimilöner, EU & arbetsrätt nr 1 2005 s. 3–4.
- Eckhoff, T*, Rettskildelære, 5 utg. ved Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Edlund, L*, Replik från en praktiker, SvJT 1992 s. 418–420.
- Edlund, S*, Bör den arbetsrättsliga lagstiftningen samordnas mera? Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz, Juridiska föreningen i Lund 1983 s. 37–65.
- Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden. En rättslig studie av två riksavtal i tillämpning, P.A. Norstedt & Söners förlag 1967.
- Edlund, S* och *Nyström, B*, Arbetsrätt i förändring, Nerenius & Santérus förlag 1995.
- Edström, Ö*, Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhälle, Iustus Förlag 2001.
- MBL och medbestämmandeavtalet. Samverkansförhandlingar i företag, Fritzes. Stockholm 1994.
 - Svensk arbetsrätt i EU – mellan lag och kollektivavtal, Edström (red.) Svensk rätt i EU – en antologi, Iustus Förlag 2007 s. 81–115.
- Ekeberg, M*, Elsa Eschelsson. Vår första kvinnliga rättsvetenskapare, SvJT 1960 s. 669–677.
- Ekelöf, P O* och *Boman, R*, Rättegång, första häftet 7 uppl. Norstedts Juridik 1990.
- Eklund, P*, Rätten i klasskampen. En studie i rättens funktioner, Tidens förlag 1974.
- Eklund, R*, Anm. av Calleman, Turordning vid uppsägning, JT 1999-00 s. 692–696.
- Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser, P.A. Norstedt & Söners förlag Stockholm 1983.
 - Empirisk forskning, Källström, K, och Malmberg, J, (red.), Arbetsrätt 1999, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt, Iustus 1999 s. 99–105.

- (red.) Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, 2 uppl. Norstedts Juridik 2005.
- i Facklig arbetsrätt – se *Schmidt*.
- Ellenius, A*, Vetenskapens sinnebilder, Libens morito. Festskrift till Stig Strömholm på sjuttioårsdagen 16 september 2001. Kungl. Vetenskaps-samhället i Uppsala 2001 s. 105–114.
- Elmqvist, HJ. V.*, Den kollektive arbeidsoverenskomst som retligt problem, Arnold Busk Kjøbenhavn 1918.
- Elvander, N*, Industrial Relations, A Short History of Ideas and Learning. Arbetsliv i omvandling 2002:3.
- Industrial Relations: Från Webbs till Warwick, Arbetsmarknad & Arbetsliv 1998 nr 3 s. 171–185.
- Industrial Relations i USA, Arbetsmarknad & Arbetsliv 2000 nr 1 s. 5–17.
- Industrial Relations: Internationellt, svenskt, allmänt, Arbetsmarknad & Arbetsliv 2000 nr 3 s. 139–158.
- Industrial Relations – slutkommentar, Arbetsmarknad & Arbetsliv 2001 nr 4 s. 271–273.
- Engblom, S*, Self-employment and the personal Scope of Labour law. Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States. European University Institute. Department of Law. Florens 2003.
- Estreicher, S*, Collective Bargaining or "Collective Begging"? Reflections on Antibrakeer Legislation, Michigan Law Review 1994-1995 s. 577–608.
- Evju, S*, Sosialpakt og arbeidskamp. Arbeidskampretten efter Europarådets sociale charter, JFT 2008 s. 174–196.
- Tariffavtalens eftervirkning, TfR 1984 s. 254–292.
- Ufravikelighet – en kommentar, Arbeidsrett vol. 2 2005 s. 137–139.
- Ewerman, A*, Marknaden 1000 år. Fem eror i Europa, Ewerman Business Intelligence 1996.
- Fahlbeck, R*, Arbete kontra kapital. En omvänd tankeövning, Vänbok till Axel Adlercreutz (2007) s. 81–89.
- Collective Agreements: A Crossroad Between Public Law and Private Law, Comparative Labor Law Journal 1987 s. 268–295.
- En fråga rörande dubbla kollektivavtal enligt svensk rätt, Liber amicum Kjell Å Modéer, Juristförlaget i Lund 2007 s. 161–167.
- Ett revolutionerat arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling, JT 1997- 98 s. 1016–1033.
- Flexibilisation of Working life: Potentials and Challenges for Labour Law, Juristförlaget i Lund 1998.

- Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features, Scandinavian studies in Law Vol. 43 s. 87–133.
- Om arbetsprocessrätt. Studier i det fackliga tvisteförhandlandets juridik, P.A. Norstedt & Söners förlag 1974.
- Ora et labora – Bed och arbeta – Om religionsfrihet i arbetslivet, TfR 2002 s. 467–549.
- i Rättegången i arbetstvister – se *Eklund*.
- Work versus capital – An exercise in inverted thinking, Liber Amicorum prof. dr. habil. Andrezej Marian Swiatkowski, Kraków 2009.
- Feyerabend, P*, Mot metodtvånget, Arkiv förlag 2000.
- Fish, S*, Fish v. Fiss, Stanford Law Review vol. 36 1984 s. 1325–1347, också i Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies, Duke University Press 1989 s. 120–140.
- Is there a text in this class? The Authority of Interpretative Communities, Harvard University Press 1982.
- Fiss, O*, Objectivity and Interpretation, Stanford Law Review vol. 34 1981-82 s. 739–763.
- Fitzpatrick, P*, Modernism and the grounds of law, Cambridge University Press 2001.
- The mythology of modern Law, Routledge 1992.
- Flodgren, B*, Det lokala facket och medbestämmandet, Liber Förlag 1985.
- Fackföreningen och rätten. En jämförande studie av föreningsrätten i Sverige och USA, P.A. Norstedt & Söners förlag 1978.
- Handelsrätten i globaliseringen – Harmonisering eller ”The Battle of Laws”? Festskrift Lars Gorton Juristförlaget i Lund s.2007 s. 111–128.
- Fohlin, P*, Avtalsstolkning, Iustus Förlag 1989.
- Forster, E.M.*, Aspects of the Novel First published 1927, pocket edition (1949, reprinted 1953).
- Fougner, J*, Anm. av Sigeman, Arbetsrätten, TfR 1997 s. 552.
- (red.) Kollektiv arbetsrett, Universitetsforlaget 2004.
- Frick, G*, Arbetsrätt – handbok för chefer, Uppsala Publishing House 2007.
- Friedmann, W*, Law in a Changing Society, Abridged Edition. Penguin Books 1964.
- Frändberg, Å*, Begreppet rättsstat, Sterzel (red.) Rättsstaten – Rätt, politik och moral, Rättsfondens skriftserie nr 31 s. 21–41.
- Gadamer, H-G*, Sanning och metod i urval. Urval, inledning och översättning av Arne Melberg, Daidalos 1997.

- Geijer, L*, Arbetsrättens språk. Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz, Juridiska föreningen i Lund 1983.
- Geijer, L* och *Schmidt, F*, Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte. En studie i rättsbildningen på arbetsmarknaden, Lund 1958.
- Genette, G*, Narrative Discourse Revisited, Cornell University Press 1988.
- Giddens, A*, Modernitetens följder, Studentlitteratur 1996.
- Glavå, M*, Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie. Norstedts Juridik 1999.
- Arbetsrätt. Studentlitteratur 2001.
 - Principbefästade undantagslagstiftning – rättskonstruktionistiska reflektioner med utgångspunkt i Britanniaprincipen och Lex Britannia, Johansson, S O (red.), Nya och gamla perspektiv på transporträtten, Svenska sjörettsföreningen 2003.
- Glavå, M* och *Petrusson, U*, Illusionen om rätten! – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna, Askeland, B och Bernt J F (red.), Erkjennelse og Engasjement. Minnesseminar for David Roland Doublet, Fagbokforlaget 2002 s. 109–151.
- Gonäs, L*, Industrial Relations på svenska. Några kommentarer till Nils Elvanders artiklar om IR-fältets utveckling, Arbetsmarknad & Arbetsliv 2000 nr 3 s. 159–166.
- Granqvist, L* och *Regnér, H*, Lön och individuella drivkrafter, SACO 2005.
- Graver, H P*, Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger, Tfr 2008 s. 149–178.
- Grönfors, K*, Avtal och omförhandling, Nerenius & Santérus förlag 1995.
- Avtalsgrundande rättsfakta Nerenius & Santérus förlag 1993.
 - Avtalslagen, 3 uppl. under medverkan av Dotevall, Fritzes förlag 1995.
 - Eek m.fl., Juridikens källmaterial, 9 uppl. Förlaget akademilitteratur 1979.
- Gustafsson, H*, Cyklopens öga, Retfærd 2006 s. 3–25.
- Göransson, H*, i Facklig arbetsrätt – se *Schmidt*.
- Hidden Clauses in Collective Agreements, Scandinavian Studies in Law vol. 34 1990 s. 93–113.
 - Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, De grundläggande förbudet mot stridsåtgärder i historisk och internationell belysning, Juristförlaget 1988.
- Hagerup, F*, Nyere nordisk litteratur om de kollektive arbeidsaftaler, Tfr 1919 s. 239–250.

- Hamskär, I* och *Gustafsson, S*, Anställningsskyddet var inte bättre förr, Lag & Avtal nr 5 2009 s. 34.
- Hanau, P* och *Gotthard, M*, Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995 – 2001 FAS 2003.
- Hasselbalch, O*, Arbejdsret, 9 utgåve, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005.
- Kollektivarbejdsretten, 2 uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999.
 - Nyere udviklingstendenser i dansk arbejdsret, Källström, K, och Malmberg, J, (red.), Arbetsrätt 1999, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt, Iustus 1999 s. 47–74.
 - Profiler af den nordiske arbejdsrets historie, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000.
 - The Roots – The History of Nordic Labour Law, Scandinavian Studies in Law Vol. 43 s. 11–35.
- Hellner, J*, Kontrollansvaret, Festskrift till Curt Olsson, Juridiska föreningen i Finland 1989 s. 114–136.
- Köprätt, 3 uppl. P.A. Norstedt & Söners förlag 1967.
 - Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt, Jure 2001.
- Hellner, J* och *Johansson, S*, Skadeståndsrätt, 6 uppl. Norstedts Juridik 2000.
- Hellner, J* och *Radetzki, M*, Skadeståndsrätt, 8 uppl. Norstedts Juridik 2010.
- Hellner, J*, *Hager, R* och *Persson, A H.*, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen, 4 uppl. Norstedts Juridik 2006.
- Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal, 4 uppl. Norstedts Juridik 2005.
- Hellsten, J*, Allmängiltiga kollektivavtal täcker huvuddelen av finsk arbetsmarknad. EU & Arbetsrätt 1 2005 s. 2.
- Hemström, C*, Fackföreningarna och de anställda. Om arbetstagarorganisationernas uppgifter för och skyldigheter mot medlemmar och icke-medlemmar, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1981.
- Organisationernas rättsliga ställning. Om ekonomiska och ideella föreningar 8 uppl. Norstedts Juridik 2007.
- Hemström, C* och *Giertz, M*, Föreningar. Om ekonomiska och ideella föreningar samt något om stiftelser, LitteraturCompagniet 2007.
- Hepple, B* och *Veneziani, B* (ed.), The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004, Hart Publishing 2009.
- Herzfeld Olsson, P*, Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet, Iustus 2003.

- Hetzler, A*, Rätten som mål eller medel? Nyström (red.) Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok til Sten Edlund, Carlssons Bokförlag 1993 s. 189–202.
- Holmberg, E, Stjernquist, N, Isberg, M, Eliason, M och Regner, G*, Grundlagarna, 2 uppl. Norstedts Juridik 2006.
- Holmbäck, U*, Avtalsstolkning. En replik till professor Folke Schmidt, SvJT 1960 s. 620–621.
- Förklaringsmisstag och oklara avtal, SvJT 1960 s. 321–338.
- Holmbäck, Å*, Föreläsningar i arbetsrätt, Juridiska föreningen i Uppsala 1943.
- Holmes, O W*, The Path of the Law, Harvard Law Review vol. 10 1896–1897 s. 457–478.
- Hydén, H*, Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen Juristförlaget i Lund 2000 s. 119–155.
- Rättssociologi som emancipatorisk vetenskap, Lund 1999.
- Hydén, H och Flodgren, B*, Arbetsrättens grunder, Liber Ekonomi 1988 (omtryckt 2000).
- Hyman, R*, National Industrial Relations Systems and Transnational Challenges: An Essay in Review. European journal of industrial Relations 1999 s. 89–110.
- Understanding European Trade Unionism: Between market class and society, SAGE Publications 2001.
- Håstad, T*, Juridiska fakulteten 1989–1996, Uppsala universitet inför 2000-talet. Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala universitet 1997 s. 229–235.
- Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl. Iustus Förlag 2009.
- Illum, K*, Den kollektive arbejdsret, Ejnar Munksgaards forlag 1939.
- Inghammar, A*, Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder, Juristförlaget i Lund 2007.
- Jacobsen, P*, Kollektiv arbejdsret, 4 utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1987.
- Jackson, B.S.*, The Normative syllogism and the problem of reference, Nerholt (ed.), Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, Kluwer Academic Publishers 1990 s. 379–401.
- Jakhelln, H*, Oversikt over arbeidsretten 3 utgave, N.W. Damn & Søn 2004.
- Jakhelln, H*, Tariffavtalers opphavsrettslige vern og noen bemerkninger om det opphavsrettslige vern for standardavtaler, Arbejdsrettslige studier Bind I, Universitetsforlaget 2000.

- Jareborg, N*, Bedömning av vetenskaplig kvalitet i rättsdogmatiken, Festskrift till Vagn Greve, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2008 s. 255–266.
- Jensen, U, Rylander, S och Lindblom, P H*, Att skriva juridik. Regler och råd, 4 uppl. Iustus Förlag, Uppsala 2006.
- Johanesson, C*, Systemutveckling och medbestämmandelagen, MBL, Vänbok till Peter Seipel på 50-årsdagen, Norstedt förlag 1989 s. 181–192.
- Johansson, A*, Narrativ teori och metod, Studentlitteratur 2005.
- Johansson, S*, Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, Norstedts Juridik 2007.
- Julén Votinius, J*, Föräldrar i arbete. En könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning, Makadam förlag 2007.
- Júliúsdóttir, L V*, Icelandic Labour Law, Scandinavian Studies in Law vol. 43 s. 357–374.
- Kafka, F*, Processen, Wahlström & Wistrand 2001.
- Kahn-Freund, O*, On Uses and Misuses on Comparative Law, Selected Writings, Stevens & Sons 1978 s. 294–319.
- Karhu, J*, Anm. Av Samuelsson, Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema, SvJT 2009 s. 805–810.
- Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället, JFT 3-4/2009 s. 351–362.
- Karlgren, H*, Anm. av Lennart Vahlén, Avtal och tolkning SvJT 1961 s. 212–220.
- Anm. av Skadeståndsrättsliga spörsmål. Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 10. SvJT 1954 s. 242–248.
- Kutym och rättsregel, P.A. Norstedt & Söners förlag 1960.
- Obehörig vinst och värdeersättning. Av Fritjoff Lejman översedd utgåva. P.A. Norstedt & Söners förlag 1982.
- Skadeståndsrätt, 5 uppl. P.A. Norstedt & Söners förlag 1972.
- Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen, SvJT 1966 s. 160–170.
- Karlsson N och Lindberg, H*, En ny svensk modell, Vägval på arbetsmarknaden: Sönderfall, omreglering, avreglering eller modernisering? Norstedts Akademiska Förlag 2008.
- Kaufman, B.E.* The global evolution of industrial relations. Events, ideas and the IIRA, International Labour Office 2004.
- Kaufmann, W*, Editor's Introduction, Friedrich Nietzsche. The Will to Power, Random House 1968.
- Kleineman, J*, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433–460.

- Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet, (Flodgren m.fl. red.) Avtalslagen 90 år, Norstedts Juridik 2005 s. 41–59.
- Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994-95 s. 621–646.
- Kristiansen, J*, Den kollektive arbejdsrett, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004.
- Kuhn, T*, The Structure of Scientific Revolutions 3 uppl. The University of Chicago Press 1996.
- Kumlien, M*, Continuity and Contract. Historical Perspectives on the Employee's Duty of Obedience in Swedish Labour Law, Institutet för rättshistorisk forskning 2004.
- Källström, K*, Jämkning av kollektivavtal och långtidskontrakt med stöd av 36 § avtalslagen, JT 1991-92 s. 119–124.
- Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten, JT 1997-98 s. 1153–1162.
- Kvalitetskriterier inom rättsvetenskapen, Källström, K, och Malmberg, J, (red.), Arbetsrätt 1999, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt, Iustus Förlag 1999 s. 75–82.
- Lokala kollektivavtal. Om lokala parterers rättsliga ställning inom fackliga organisationer, Liber förlag 1979.
- i Löntagarrätt – se *Schmidt*.
- Källström, K*, och *Malmberg, J*, Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten, 2 uppl. Iustus Förlag 2009.
- Lambertz, G*, Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter, SvJT 1992 s. 78–80.
- Nyttig och onyttig rättsvetenskap, SvJT 2002 s. 261–278.
- Langton, R*, Feminsism in epistemology, Fricker, M, and Hornsby, J (ed.), Feminsism in Philosophy, Cambridge University Press s. 127–145.
- Larsson, Å*, Om kommunaltjänstemän och kommunalarbetare. Med särskild hänsyn till kollektivavtalets utbredning, Stockholm 1948.
- Lehrberg, B*, Avtalsrättens grundelement, 2 uppl. Institutet för Bank- och Affärsjuridik 2006.
- Avtalstolkning, 4 uppl. Institutet för Bank- och Affärsjuridik 2005.
- Förutsättningsläran, Iustus Förlag 1989.
- Omförhandlingsklausuler. Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder. Institutet för Bank- och Affärsjuridik 2008.
- Praktisk juridisk metod, 4 uppl. Iustus Förlag 2001.
- Rättsvetenskapen i praktikens tjänst? SvJT 1991 s. 753–768.
- Liedman, S-E* och *Linell, B*, Karl Marx, Texter i urval, Ordfront 2003.

- Lind, J*, Materiell processledning i Arbetsdomstolen. Eklund (red.) Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen 2 uppl., Norstedts Juridik 2005 s. 303–321.
- Lindhagen, A*, Muntlighet och omedelbarhet vid arbetsdomstolen, Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg s. 379–388.
- Ludvigsson, M*, Mer Dansk Design, Svenskt Näringsliv 2006.
- Lundell, B* och *Nyström, B*, Industrial Relations och den svenska arbetsrätten, Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck, Juristförlaget i Lund 2005 s. 403–415.
- Lunning, L* och *Toijer, G*, Anställningsskydd. Kommentrar till anställningsskyddslagen 9 uppl. Norstedts Juridik 2006.
- Lysgaard, S*, Arbejderkollektivet. En studie i de underordnedes sosiologi, 2. uppl. Universitetsforlaget 1967.
- Madsen, P B*, Anm. av Lehrberg, Avtalsstolkning, TfR 1996 s. 190–194.
- Maier, L*, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten. En rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas rättsliga normgivningssystem 2000.
- Malmberg, J*, Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering. Iustus Förlag 1997.
- Arbetsdomstolarna och arbetsrättens autonomi, JT 2008-09 s. 827–834.
 - i Collective Agreement and Competition in the EU – se *Bruun & Hellsten*.
 - The Collective agreement as an instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions, Scandinavian Studies in Law vol. 43 s. 198–213.
 - m.fl. Kartläggning av arbetstidsförkortningar, Arbetslivsrapport 2003: 15.
- Malmström, Å*, Civilrätt, 5 uppl. CWK Gleerup 1973.
- De nordiska juristmötena 100 år, TfR 1972 s. 387–407.
 - Privaträtt och samhällsutveckling. Studier tillägnade Torgny Segerstedt, Uppsala 1968.
- Mellqvist, M* och *Persson, I*, Fordran & Skuld 8 uppl. Iustus Förlag 2007.
- Minda, G*, Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century's end, New York University Press 1995.
- Moberg, E*, Lockout, strejk och blockad – en strategisk analys av konfliktvapnen på den svenska arbetsmarknaden, Ratio 2006.
- Mulder, B J*, Anställningen vid verksamhetsövergång, Juristförlaget i Lund 2004.
- Munukka, J*, Kontraktuell lojalitetsplikt, Jure förlag 2007.

- Månson, P*, *Marxism*, Månson (red.) Moderna samhällsteorier, 7 uppl. Norstedts Akademiska Förlag 2007 s. 101–148.
- Möller, T*, *Svensk politisk historia. Strid och samverkan under tvåhundra år*, Studentlitteratur Lund 2007.
- Nial, H*, *Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel*, Minnesskrift utgiven av juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957, P.A. Norstedt & Söners förlag 1957 s. 190–202.
- Nielsen, R*, *Laerebog i arbejdsret*, 8. uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001.
- Nielsen, R* och *Roseberry L. M*, *Dansk Arbejdsret* Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008.
- Nielsen R* og *D. Tvarnø*, *Retskilder & Retsteorier*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005.
- Nielsen, R*, *Europeanization of Nordic Labour Law*, *Scandinavian Studies in Law* Vol. 43 s. 39–75.
- Nietzsche, F*, *Den glada vetenskapen*, Bokförlaget Korpen 1987.
- Numhauser – Henning, A*, *Arbetets flexibilisering*, *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman* s. 255–296, Iustus Förlag 1993.
- *Den framtida arbetsrättens förutsättningar*, *Arbetsmarknad och Arbetsliv* nr 2 1997 s. 97–108.
 - *Den neoliberala arbetsrätten. Exemplet Chile*, *Juristförlaget i Lund* 1996.
 - *Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock*. *SvJT* 2001 s. 314–325.
- Nycander, S*, *Las var en förgiftad gåva till löntagarna*, *Lag & Avtal* nr 4 2009 s. 34–35.
- *Makten över arbetsmarknaden. Ett perspektiv på Sveriges 1900-tal*, SNS förlag 2002.
 - *Rättvisbegreppet i juridisk och politisk debatt*, *JT* 1995-96 s. 269–281.
 - *Socialdemokratin och historiens list*, *Bennich-Björkman, L, & Blomqvist, P* (red.), *Mellan folkhem och Europa – svensk politik i brytningstid*, Liber 2008 s. 330–349.
- Nygren, R*, *Rättshistoria och samhällsförändring. Ett pedagogiskt perspektiv*, *Rättshistoria i förändring*. Olinska stiftelsen 50 år. Ett internationellt symposium i Stockholm den 19–21 november 1997, Institutet för rättshistorisk forskning 2002 s. 67–81.
- *Som man frågar får man svar – några tankar om källkritikens betydelse*, *Gräns, M* och *Westerlund, S* (red.) *Interaktiv rättsvetenskap. En antologi*. Universitetstryckeriet, Uppsala 2006 s. 101–113.

- Nyström, B*, Anm. av Rimsten, ”Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande”, JT 1998-99 s. 1007–1013.
- Kollektivavtalet – ett flexibelt regleringsinstrument, Festskrift till Lars Gorton, Juristförlaget i Lund 2007 s. 454–468.
 - Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad, Festskrift till Anna Christensen, Juristförlaget i Lund 2000 s. 303–323.
- O’Higgins, P*, ’Labour is not a Commodity’ – an Irish Contribution to International Labour Law, *Industrial Law Journal* 1997 s. 225–234.
- Ojeda Avilés, A*, Modern theories on the binding effect of European collective agreements, Festskrift till Anna Christensen, Juristförlaget i Lund 2000 s. 325–346.
- Olin, G*, Kollektivavtalet i den utländska lagstiftningen. En jämförande översikt, P.A. Norstedt & söner 1911.
- Olsson, C*, Anm. av Hjalmar Karlgren, Kutym och rättsregel, SvJT 1961 s. 296–299.
- Oscarsson, H*, Det svenska parti- och valsystemet, Bennich-Björkman, L, & Blomqvist, P (red.), Mellan folkhem och Europa – svensk politik i brytningstid, Liber 2008 s. 63–88.
- Peczenik, A* med *Aarnio, A* och *Bergholtz, G*, Juridisk argumentation, Norstedts förlag 1990.
- Petrén, S*, Arbetsrätten inför vetenskapens forum. Några radanteckningar till en nyutkommen avhandling, SvJT 1949 s. 241–250.
- Arbetsrätten och vetenskapen än en gång. Slutreplik, SvJT 1949 s. 507–514.
- Ramberg, J*, Köplagen, Norstedts Juridik 1995.
- Ramberg J* och *Ramberg, C*, Allmän avtalsrätt, 7 uppl. Norstedts Juridik 2007.
- Reuterskiöld, C. A.*, Om det systematiska värdet av balkindelningen i 1734 års lag, NJA II 1900 nr 7.
- Rigaux, F*, The Concept of Fact in Legal Science, Nerholt (ed.), Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, Kluwer Academic Publishers 1990 s. 38–49.
- Rimsten, O*, Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande, Iustus 1998.
- Rodhe, K*, Obligationsrätt. P. A. Norstedt & Söners förlag 1984.
- van Roermund, B*, Law, Narrative and Reality, Kluwer Academic Publishers 1997.
- Roos, C M*, Behövs det nya grepp i tolkningsläran? SvJT 1973 s. 152–154.
- Tvetydigheter i avtal, SvJT 1972 s. 625–639.

- Rorty, R*, Contingency, irony, and solidarity. Cambridge University Press 1989.
- Rose, E*, Blanpain (ed.), Ideas and suggestions. Input for the German debate, Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective. Germany, France, The Netherlands, Sweden and the United Kingdom, Kluwer Law International 2005 s. 145–157.
- Ryberg-Welander, L*, Arbetstidsregleringens utveckling. En studie av arbetstidsreglering i fyra länder, Lund 2000.
- Ryman, A*, Är det lönsamt med individuell lön – vad säger forskningen? Offentliganställdas förhandlingsråd (OFR)/S, P, O 2004.
- Rönnmär, M*, Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext. Juristförlaget i Lund 2004.
- Samuelsson, J*, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, Europarättslig tidskrift 2009 s. 63–86.
- Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrätts-teoretiskt tema, Iustus Förlag 2008.
- Samuelsson J* och *Melander, J*, Tolkning och tillämpning 2 uppl. Iustus Förlag 2003.
- Sandgren, C*, Hänvisningar i rättsvetenskapen, JT 2005-06 s. 65–87.
- Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004-05 s. 297–333.
- Rättsvetenskap och samhällsnytta. Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, Norstedts Juridik 2007.
- Vad gör juristen? Och hur? – del II, JT 1999-00 s. 867–893.
- Sandström, M*, Den late, den tyste och den onde – en forskningsprofil för 2000-talet? Asp, & Nuotio, (red.) Konsten att rättsvetenskap, Iustus Förlag 2004 s. 223–238.
- Rätt eller vetenskap? Till frågan om rättsvetenskapens nytta, SvJT 2002 s. 282–292.
- Sarkko, K*, Arbetsrätt, allmän del. Finlands juristförbunds förlag 1981.
- Schelin, J*, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden, Iustus Förlag 1997.
- Schmidt, F*, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen, Tfr 1980 s. 549–581.
- Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen, Festskrift till Per Olof Ekelöf, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1972 s. 569–585.
- Bör de nordiska avtalslagarna revideras? Förhandlingarna vid det tjugofjärde nordiska juristmötet i Stockholm 31 augusti–2 september 1966. – 1967. – Bilaga 7, a 182–210.

- Domaren forskar efter avtalsinnehållet. En kommentar till ett rättsfall. Festskrift till Håkan Nial P.A. Norstedt & Söners förlag 1966 s. 480–492.
 - En culpapregel vid avtalsstolkning SvJT 1960 s. 420–429.
 - m.fl., Facklig arbetsrätt, 4 uppl., Norstedts Juridik 1997.
 - Från socialism till löntagarmakt, SvJT 1976 s. 513–526.
 - Föreläsningar i arbetsrätt, Lund 1946.
 - Kollektiv arbetsrätt 4 uppl. P.A. Norstedt & Söners förlag 1962.
 - Law and Industrial Relations in Sweden, Almqvist & Wiksell 1977.
 - m.fl. Löntagarrätt, reviderad uppl., Norstedts Juridik 1994.
 - Model, Intention, Fault, Scandinavian Studies in Law vol. 4 s. 177–207.
 - Om culpabegreppet, SvJT 1954 s. 467–469.
 - Orsaksproblemet under debatt, SvJT 1954 s. 209–216.
 - Tjänsteavtalet 1 uppl. P.A. Norstedt & Söners förlag 1959.
 - Tjänsteavtalet 2 uppl. P.A. Norstedt & Söners förlag 1968.
 - Typfall, partsavsikt och partsculpa, SvJT 1959 s. 497–520.
 - Tysk abstrakt metod. Reflektioner kring systematiken i Bürgerliches gesetzbuch, Teori och praxis, Studier i svensk civilrätt, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1964 s. 279–304.
- Schmidt, F* och *Neal, A.C.*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XV Labour Law, Chapter 12 Collective Agreements and Collective Bargaining 1984.
- Schultz, M.*, Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation, Jure förlag 2007.
- Sciarra, S.*, Is Flexicurity a European Policy? Skrifter till Anders Victorins minne, Iustus Förlag 2009 s. 447–462.
- Sebart, R.*, Redundancy and the Swedish Model. Swedish Collective Agreements on Employment Security in a national and International Context, Iustus förlag 2005.
- Seth, T.*, Svensk internationell arbetsrätt, Studentlitteratur 2009.
- Sigeman, T.*, 36 § avtalslagen och arbetsrätten, Festskrift till Jan Hellner, P.A. Norstedt & Söners Förlag 1984 s. 587–628.
- Anm. av Olof Bergqvist och Lars Lunning, Medbestämmandelagen SvJT 1987 s. 609–615.
 - Arbetsrätten. En översikt, 5 uppl. Norstedts Juridik 2010.
 - Arbetsrättens utveckling i Sverige under 1990-talet, Källström, K, och Malmberg, J, (red.), Arbetsrätt 1999, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt, Iustus 1999 s. 9–23.
 - i Civilrätt, se *Agell* och *Malmström*.

- Den bastubadande sulfitoperatören. AD 1978 nr 89, Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997 2 uppl. Norstedts Juridik 1998 s. 251–267.
 - i Facklig arbetsrätt – se *Schmidt*.
 - Från legostadgan till medbestämmandelagen, SvJT 1984 s. 875–892.
 - Från reception till ideologikritik. Om arbetsrättens doktrinhistoria, Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck, Juristförlaget i Lund 2005 s. 515–532.
 - Grundlagsskydd för facklig stridsrätt. Några Svenska erfarenheter, JFT 2008 s. 156–173.
 - Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten. En minnesskrift. Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år s. 512–531.
 - Lönefordran. Studier över löneskydd och kvittningsregler, P.A. Norstedt & Söners förlag 1967.
 - i Löntagarrätt – se *Schmidt*.
 - i Rättegången i arbetstvister – se *Eklund*.
 - Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp, Festskrift till Per Olof Ekelöf, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1972 s. 619–637.
 - Var Thyssenkonflikten olaglig? Lag och avtal nr 7 1997 s. 8–9.
- Singer, A*, Föräldraskap i rättslig belysning, Iustus Förlag 2000.
- Sinzheimer, H*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2 auflage. Jena, Verlag von Gustav Fischer 1927.
- de Sousa Santos, B*, Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, Journal of Law and Society 1987 s. 279–302.
- Spaak, T*, Guidance and Constraint, The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning, Iustus Förlag 2007.
- Steinberg, M*, Skyddsombud i allas intresse – en rättsvetenskaplig studie, Norstedts Juridik 2004.
- Strömberg, T*, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform 3 uppl. juristförlaget i Lund 1999.
- Strömholm, S*, Har den komparativa rätten en metod? SvJT 1972 s. 456–465.
- Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 5 uppl. Norstedts Juridik 1996.
 - Tre lagböcker: 1734, 1934 och 1984. Några anteckningar, SvJT 1984 s. 893–906.
- Ställvik, O*, Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal. Uppsala 2009.
- Sundberg, J.W.F.*, fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i Norden, Andra oförändrade upplagan, Juristförlaget JF, Stockholm 1990.

- Sundell, J-O*, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914, Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning 1987.
- Supiot, A*, Beyond Employment. Changes of Work and the Future of Labour Law in Europe, Oxford University Press 2001.
- Suviranta, A*, Invisible Clauses in Collective agreements, Scandinavian Studies in Law vol. 9 1965.
- Syrpris, P*, The Treaty of Lisbon: Much Ado...But About What? Industrial Law Journal Vol. 37 2008 s. 219–235.
- Teubner, G*, After Privatisation? – The many Autonomies of Private Law, Wilhelmsson, T, Hurri, S, (ed.), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, privatisation and Private Law, Aldershot 1999 s. 51–82.
- The King's Many Bodies: Self-Deconstruction of Law's Hierarchy, Law & Society Review, Volume 31, Number 4 1997 s. 763–787.
 - Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, The Modern Law Review 1998 s. 11–32.
- Tikriti, A-K*, Tripartism and the International Labour Organisation, SIFIR Vol 7, Almqvist & Wiksell International 1982.
- Trägårdh, L*, Utopin om den sociala ekonomin. Wijkström, F, och Johnstad, T, (red.), Om Kooperation & social ekonomi. Röster i ett nordiskt samtal. Kooperativ årsbok 2000, Föreningen kooperativa studier 2000 s. 1–21.
- Tuori, K*, Critical Legal Positivism, Ashgate 2002.
- Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat). Anmälan av Gustafsson, Håkan, Rättens polyvalens: En rättslig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet, TfR 2003 s. 341 – 365.
- Töllborg, D*, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken, JT 1995-96 s. 354–365.
- Ulander-Wänman, C*, Företrädesrätt till återanställning, Iustus Förlag 2008.
- Undén, U*, Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt Lund 1912.
- Om arbetsreglementenas rättsliga natur, Ekonomisk Tidskrift Årg. 12 häft 12 1910 s. 430–447.
- Vahlén, L*, Anm. av Hjalmar Karlgren: Passivitet. SvJT 1967 s. 357–363.
- Avtal och tolkning P.A. Norstedt & Söners förlag 1966.
- Victorin, A*, Dissens och tolkning, SvJT 1973 56 – 61.
- The Implementation of a Wage Policy: Centralized Collective Bargaining in Sweden, Scandinavian studies in law 1975 s. 293–315.
 - Lönenormering genom kollektivavtal, Allmänna förlaget 1973.
- Viklund, L*, Fotbollens kollektivavtal – återigen – en replik, Idrottsjuridisk skriftserie Nr 8, Artikelsamling 2003 SISU Idrottsböcker 2003 s. 265–269

- Viljanen, V-P*, De grundläggande friheterna och rättigheternas betydelse inom olika rättsområden, Gräns, M och Westerlund, S (red.) Interaktiv rättsvetenskap. En antologi. Universitetstryckeriet, Uppsala 2006 s. 163–180.
- Villa, V*, Normative Coherence And Epistemological presuppositions of Justification, Nerholt, P (ed.), Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, Kluwer Academic Publishers 1990 s. 431–455.
- Votinius, S*, Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund, Brutus Östlings bokförlag Symposion 2004.
- Vourio, J*, Om kollektivavtalets reglerande verkan i nordisk rätt, Tfr 1957 s. 38–58.
- Wedderburn, J*, Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology? Industrial Law Journal 1997 s. 1–34.
- Weihe, A*, m.fl. Teknikföretagens rapport No size fits all – möjligheterna heter lokal anpassning.
- Wennström, B*, Rättens kulturgräns, 2. uppl. Iustus Förlag 2002.
- Westerhäll, L*, Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten Tfr 1989 s. 295–304.
- Westerlund, L*, Tryggare på andra sidan sundet? – Om flexicurity i Danmark, LO 2006.
- Westerlund, S*, Världsbilder, rättsvetenskap, juridik och hållbar utveckling SvJT 2006 s. 309–344.
- Westregård, A. J.*, Integritetsfrågor i arbetslivet, Juristförlaget i Lund 2002.
- Wetterberg, G*, Den nya lönebildningen – en idéskrift av Gunnar Wetterberg, SACO 2006.
- White, H*, The Content of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation, Johns Hopkins University Press 1990.
- White, J.B.*, Justice as translation. An essay in Cultural and legal Criticism, University Of Chicago Press 1994.
- Law and Literature: "No Manifesto" Mercer Law Review 1987–1988 s. 739–751.
- The Legal Imagination, Abridged edition, University Of Chicago Press 1985.
- Wildman, W A*, Collective Action By public school teachers, Industrial and Labor Law Relations Review Vol. 18 No. 1 1964 s. 3–19.
- Wilhelmsson, T*, Avtal och jämlikhet, SvJT 1997 s. 505–527.
- Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik, Iustus 2001.

- Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Juristförbundets förlag 1987.
- Wilthagen, T*, Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform? Discussion Paper FS-I 98–202. Berlin: Wissenschaftszentrum, Berlin, 1998.
- Mapping out flexicurity pathways in the European Union. Tilburg University, Flexicurity Research Programme the Netherlands.
- Winroth, A. O.* Strödda Uppstatser I. Juridiska artiklar skrifna för Nordisk familjebok. 2 uppl. Upsala 1901.
- Wistrand, L*, Kollektivavtalslagen och arbetsdomstolen, Tidens förlag 1936 (med nya upplagor 1939 (oförändrad) och 1948 (reviderad).
- von Wright, G H*, Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi, Nya Doxa 1993.
- Zahle, H*, Kvinderet og forfatningsret, TfR 1989 s. 27–37.
- Zwigert, K*, och *Kötz, H*, Introduction to comparative law, 3 uppl. Oxford University Press 1998.
- Åkerman A*, och *Olin, G*, Promemoria angående lagstiftning om arbetsafstal aflämnad till Kungl. civildepartementet, Stockholm 1907.
- Öhman, T*, Fotbollens kollektivavtal och anställningsvillkor – ett udda regelsystem, Idrottsjuridisk skriftserie Nr 7, Artikelsamling 2002 SISU Idrottsböcker 2002 s. 337–347.
- Østerdahl Poulsson, E*, Kjetterske tanker om ufravikelighetsprincippet, Arbeidsrett vol. 2 2005 s. 65–91.

Rättsfall m.m.

Arbetsdomstolens domar

AD 1929 nr 26	396	AD 1934 nr 7	224
AD 1929 nr 29	287	AD 1934 nr 123	230
AD 1931 nr 128	200	AD 1934 nr 142	176
AD 1932 nr 95	395, 396, 397	AD 1934 nr 148	397
AD 1932 nr 116	396	AD 1934 nr 165	397
AD 1932 nr 128	396	AD 1935 nr 4	396
AD 1932 nr 188	396	AD 1935 nr 15	396
AD 1932 nr 203	396	AD 1935 nr 16	396
AD 1933 nr 30	396	AD 1935 nr 37	395, 396
AD 1933 nr 74	396	AD 1935 nr 49	396
AD 1933 nr 75	396	AD 1935 nr 50	396
AD 1933 nr 159	322, 323	AD 1935 nr 59	396
AD 1933 nr 183	396	AD 1935 nr 63	396

AD 1935 nr 76	396	AD 1950 nr 41	150
AD 1935 nr 84	396	AD 1950 nr 65	247
AD 1935 nr 89	396	AD 1951 nr 37	260, 268
AD 1935 nr 110	304	AD 1955 nr 13	252
AD 1935 nr 143	396	AD 1956 nr 22	294
AD 1935 nr 153	396	AD 1957 nr 7	247
AD 1936 nr 4	396	AD 1958 nr 23 II	327
AD 1936 nr 25	396	AD 1961 nr 29	364, 369
AD 1936 nr 29	396	AD 1962 nr 31	354
AD 1936 nr 97	396	AD 1964 nr 11	247, 248
AD 1936 nr 101	396	AD 1964 nr 13	249
AD 1936 nr 106	396	AD 1965 nr 6	254, 275, 276
AD 1937 nr 38	200	AD 1966 nr 25	327
AD 1937 nr 59	150	AD 1967 nr 30	294
AD 1937 nr 64	396	AD 1969 nr 2	294
AD 1937 nr 69	396	AD 1971 nr 4	255
AD 1937 nr 72	343, 396	AD 1972 nr 12	183
AD 1937 nr 73	351	AD 1972 nr 19	360
AD 1937 nr 77	396	AD 1973 nr 39	255
AD 1937 nr 97	396	AD 1974 nr 9	183
AD 1937 nr 111	396	AD 1974 nr 10	183
AD 1937 nr 119	396	AD 1974 nr 14	344, 353, 360
AD 1937 nr 127	396	AD 1974 nr 16	167
AD 1937 nr 130	396	AD 1974 nr 50	360
AD 1937 nr 138	396	AD 1974 nr 51–53	360
AD 1938 nr 16	379, 380, 384, 385	AD 1976 nr 84	255
AD 1939 nr 24	342, 352, 360	AD 1977 nr 21	292
AD 1940 nr 16	247	AD 1977 nr 35	301
AD 1940 nr 32	396	AD 1977 nr 49	82, 280, 353, 354, 398, 405
AD 1940 nr 38	396	AD 1977 nr 87	247, 337
AD 1940 nr 84	247	AD 1977 nr 116	340, 341
AD 1943 nr 34	247	AD 1977 nr 164	236, 251
AD 1943 nr 69	247	AD 1978 nr 18	363, 366, 368, 369
AD 1945 nr 12	181	AD 1978 nr 72	147, 258
AD 1945 nr 22	149	AD 1978 nr 75	351, 360
AD 1946 nr 2	224	AD 1978 nr 83	300, 301
AD 1946 nr 67 III	274	AD 1978 nr 89	118, 178, 201, 302, 318, 332
AD 1947 nr 13	327	AD 1978 nr 95	183
AD 1947 nr 35	254, 275, 276		
AD 1947 nr 66	247		
AD 1950 nr 29	224		

AD 1978 nr 111	344, 345, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 360, 372	AD 1984 nr 128	326, 327
AD 1978 nr 112	344, 353	AD 1985 nr 36	154
AD 1978 nr 124	150, 262	AD 1985 nr 57	67
AD 1978 nr 132	255, 286	AD 1985 nr 68	256
AD 1978 nr 134	199, 387, 390, 394	AD 1985 nr 76	181
AD 1978 nr 163	181, 398, 401, 404	AD 1985 nr 108	169
AD 1978 nr 165	167	AD 1985 nr 112	303
AD 1979 nr 92	149	AD 1985 nr 136	147, 274
AD 1979 nr 137	386, 387, 388, 389	AD 1986 nr 11	138, 247
AD 1980 nr 98	252	AD 1986 nr 26	297
AD 1980 nr 114	147, 148	AD 1986 nr 68	297
AD 1980 nr 143	183	AD 1986 nr 91	320
AD 1981 nr 12	294	AD 1986 nr 134	177, 297
AD 1981 nr 124	169, 172, 176	AD 1986 nr 138	363, 365
AD 1981 nr 152	276	AD 1986 nr 151	296
AD 1982 nr 4	325	AD 1987 nr 18	289, 290
AD 1982 nr 68	295	AD 1987 nr 21	68
AD 1982 nr 105	68	AD 1987 nr 45	363
AD 1982 nr 143	183	AD 1987 nr 75	363, 368, 370
AD 1983 nr 1	252	AD 1987 nr 137	301
AD 1983 nr 18	177, 297, 344, 353	AD 1987 nr 165	301
AD 1983 nr 58	181	AD 1988 nr 17	338
AD 1983 nr 77	148, 154	AD 1988 nr 69	149, 280, 293
AD 1983 nr 107	303, 305, 306, 307	AD 1988 nr 73	270, 274
AD 1983 nr 112	171, 306	AD 1988 nr 98	297, 344, 353
AD 1983 nr 130	391	AD 1988 nr 102	256
AD 1983 nr 141	171, 297	AD 1988 nr 125	294
AD 1983 nr 145	365, 367	AD 1988 nr 128	183
AD 1984 nr 28	274	AD 1989 nr 12	363, 365, 366, 367, 368
AD 1984 nr 50	338, 344, 347	AD 1989 nr 13	161
AD 1984 nr 79	398, 399, 405, 406	AD 1989 nr 45	256, 274
AD 1984 nr 114	289	AD 1989 nr 51	247, 301
		AD 1989 nr 60	292
		AD 1989 nr 61	77, 338
		AD 1989 nr 67	201
		AD 1989 nr 112	371
		AD 1989 nr 120	86, 178, 357, 361, 398
		AD 1989 nr 130	86
		AD 1989 nr 140	168, 247, 255, 260, 261

AD 1990 nr 4	294	AD 1992 nr 110	260, 267, 282, 283
AD 1990 nr 33	398	AD 1992 nr 116	257
AD 1990 nr 34	313	AD 1992 nr 124	256, 274
AD 1990 nr 35	86	AD 1992 nr 130	258
AD 1990 nr 38	256	AD 1992 nr 143	257, 268, 297
AD 1990 nr 51	255	AD 1993 nr 18	314
AD 1990 nr 59	278, 287, 368	AD 1993 nr 19	289
AD 1990 nr 67	147	AD 1993 nr 28	86
AD 1990 nr 73	256	AD 1993 nr 31	292
AD 1990 nr 75	256, 257, 260	AD 1993 nr 35	272
AD 1990 nr 79	255	AD 1993 nr 39	257, 289
AD 1990 nr 80	294	AD 1993 nr 54	285
AD 1990 nr 87	285	AD 1993 nr 55	114, 272, 280
AD 1990 nr 113	86	AD 1993 nr 61	253
AD 1991 nr 1	86	AD 1993 nr 67	276
AD 1991 nr 24	254, 275, 276	AD 1993 nr 68	260, 270
AD 1991 nr 25	254, 266, 268	AD 1993 nr 79	268
AD 1991 nr 38	297, 298, 299, 300	AD 1993 nr 85	290
AD 1991 nr 49	398	AD 1993 nr 100	285
AD 1991 nr 51	252, 267, 272, 283	AD 1993 nr 109	255, 262
AD 1991 nr 52	247, 248, 275	AD 1993 nr 118	297
AD 1991 nr 65	316	AD 1993 nr 123	256
AD 1991 nr 72	289	AD 1993 nr 128	257
AD 1991 nr 77	77, 293, 313	AD 1993 nr 131	252, 257, 260, 297, 298
AD 1991 nr 78	284	AD 1993 nr 133	290
AD 1991 nr 88	338	AD 1993 nr 138	290
AD 1991 nr 92	293	AD 1993 nr 143	290
AD 1991 nr 94	267	AD 1993 nr 148	263
AD 1991 nr 100	399, 402	AD 1993 nr 172	290
AD 1991 nr 103	251	AD 1993 nr 173	83
AD 1991 nr 127	363, 366	AD 1993 nr 191	247
AD 1991 nr 132	284	AD 1993 nr 194	65, 183, 184
AD 1992 nr 10	86	AD 1993 nr 220	290
AD 1992 nr 22	244	AD 1994 nr 3	253, 283, 317
AD 1992 nr 67	298, 299, 300	AD 1994 nr 26	289
AD 1992 nr 70	277, 286	AD 1994 nr 28	303
AD 1992 nr 81	363, 365	AD 1994 nr 39	294
AD 1992 nr 90	290, 292	AD 1994 nr 49	292, 304
AD 1992 nr 93	390	AD 1994 nr 56	290
		AD 1994 nr 60	252, 302

AD 1994 nr 62	273	AD 1997 nr 14	360
AD 1994 nr 100	252, 280	AD 1997 nr 29	325, 330
AD 1994 nr 107	250, 261	AD 1997 nr 35	297, 301
AD 1994 nr 113	247, 249, 260	AD 1997 nr 43	247
AD 1994 nr 130	68	AD 1997 nr 45	340
AD 1994 nr 148	257	AD 1997 nr 69	180
AD 1995 nr 2	290	AD 1997 nr 94	89, 280, 337, 338
AD 1995 nr 9	247, 363, 365, 366, 368, 370	AD 1997 nr 104	301
AD 1995 nr 29	269, 271	AD 1997 nr 127	365
AD 1995 nr 31	363, 365, 367, 368, 369	AD 1998 nr 4	274, 337
AD 1995 nr 44	181	AD 1998 nr 5	363, 365, 370
AD 1995 nr 46	247, 252, 255, 273, 286	AD 1998 nr 6	252
AD 1995 nr 64	257, 260	AD 1998 nr 17	205, 356
AD 1995 nr 79	154	AD 1998 nr 37	363, 365
AD 1995 nr 88	261, 304	AD 1998 nr 50	290
AD 1995 nr 95	246	AD 1998 nr 70	325
AD 1995 nr 102	290	AD 1998 nr 85	326
AD 1995 nr 106	255, 256	AD 1998 nr 97	330
AD 1995 nr 108	148, 171, 192, 305	AD 1998 nr 103	297
AD 1995 nr 147	363, 365	AD 1998 nr 109	324, 326
AD 1995 nr 157	326, 327	AD 1998 nr 125	293, 313
AD 1996 nr 12	304, 325	AD 1998 nr 143	272, 297
AD 1996 nr 16	184	AD 1999 nr 48	254
AD 1996 nr 20	305	AD 1999 nr 57	324
AD 1996 nr 30	181	AD 1999 nr 89	278
AD 1996 nr 48	290, 291	AD 1999 nr 99	278
AD 1996 nr 52	290, 292	AD 1999 nr 127	273
AD 1996 nr 54	290	AD 1999 nr 149	280
AD 1996 nr 92	148	AD 2000 nr 6	273, 282
AD 1996 nr 95	283	AD 2000 nr 8	154, 181
AD 1996 nr 114	171, 305, 307	AD 2000 nr 46	387
AD 1996 nr 126	250, 256, 294	AD 2000 nr 85	149
AD 1996 nr 138	252, 272, 284, 285	AD 2001 nr 9	297
AD 1996 nr 147	156, 283	AD 2001 nr 78	274, 337
AD 1996 nr 149	302	AD 2001 nr 82	398
AD 1997 nr 7	296	AD 2001 nr 91	94
		AD 2002 nr 15	298, 299, 300
		AD 2002 nr 34	171
		AD 2002 nr 37	306
		AD 2002 nr 72	301
		AD 2002 nr 128	307

AD 2002 nr 137	401, 404	AD 2005 nr 84	260
AD 2003 nr 9	247	AD 2005 nr 98	307
AD 2003 nr 21	315	AD 2005 nr 121	386
AD 2003 nr 26	86	AD 2006 nr 5	284
AD 2003 nr 46	86, 177, 254, 297, 357	AD 2006 nr 58	320, 356
AD 2003 nr 57	244	AD 2006 nr 76	378
AD 2003 nr 78	257	AD 2006 nr 87	363, 365, 367, 368, 370
AD 2004 nr 5	256	AD 2007 nr 2	205, 325
AD 2004 nr 18	68	AD 2007 nr 49	394
AD 2004 nr 61	155	AD 2007 nr 54	249
AD 2004 nr 67	252, 283, 313	AD 2007 nr 55	172
AD 2004 nr 73	276, 305	AD 2007 nr 81	249, 284
AD 2004 nr 76	252	AD 2007 nr 90	398, 404
AD 2004 nr 80	244	AD 2008 nr 9	147
AD 2004 nr 91	294	AD 2008 nr 11	297, 300, 301
AD 2004 nr 96	357	AD 2008 nr 47	307
AD 2005 nr 25	147, 155, 156	AD 2008 nr 49	258, 276
AD 2005 nr 49	86	AD 2008 nr 61	181, 182
AD 2005 nr 50	247, 252, 260, 261	AD 2009 nr 5	274, 337
AD 2005 nr 53	171, 306	AD 2009 nr 36	328, 330
AD 2005 nr 59	301	AD 2009 nr 39	177, 197
AD 2005 nr 79	297, 301	AD 2009 nr 59	330
		AD 2009 nr 89	86, 381

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1910 s. 428	38	NJA 1968 s. 570	397
NJA 1915 s. 233	38	NJA 1977 s. 393	309
NJA 1933 s. 147	394	NJA 1981 s. 1205	301
NJA 1948 s. 1	397	NJA 1989 s. 751	309
NJA 1948 s. 799	397	NJA 2005 s. 608	381
NJA 1959 s. 562	386, 387	NJA 2007 s. 86	227
NJA 1967 s. 513	397, 398		

Övriga svenska rättsfall

Hovrättens dom T 3574-08 av den 1/12 2009 297

Rättsfall från EU-domstolen

Mål C-415/93 Union Royale Belge des Sociétés de
Football Association ASBL and Others mot
Jean-Marc Bosman and Others, 1995 ECR I-4921 101

Mål C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot
Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska
Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1,
Byggettan, och Svenska Elektrikerförbundet,
REG 2007 I-11767 86, 87, 88, 89,
104, 207

Mål C-438/05, Finnish Seamen's Union mot
Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti,
REG 2007 I-10779 87

Mål C-313/07 Kirtruna SL, Elisa Vigano mot
Red Elite de Electrodomésticos SA m.fl.
REG 2008 I-7907 180

Mål C-396/07 Mirja Juuri mot Fazer Amica Oy,
REG 2008 I-8883 181

Rättsfall från Europadomstolen

Evaldsson and Others v. Sweden, no. 75252/01
(Sect. 2) (Eng) – (13.2.07) 84

Myndighetsbeslut

Konkurrensverkets beslut dnr. 1257/93 66

Datainspektionens beslut av den 17 december 2007
dnr 498-2007 331

Övriga källor

Artiklar i dagstidningar

Antoni, B, Huldt, B, Jeppsson, P, Klackenberg, D, Milton, J, Narvinger, A, Ågren, C, Ansvarsfulla parter kan rädda jobben, Svenska Dagbladet 2009-09-15.

Bengtsson, U, Fahlberg, C, Löfven, S, Nilsson, H-O, Sandberg, J-H, Sjö, P-O, Reallönerna kan höjas nästa år trots krisen, Dagens Nyheter 2009-09-10

Milton, J, Modernisera kollektivavtalen, Svenska Dagbladet 2009-09-10

Zaremba, M, Den polske rörmokaren Del 1–5 Dagens Nyheter 2005-11-10, 2005-11-11, 2005-11-15, 2005-11-17, 2005-11-19.

Övrigt

<http://www.juridicum.su.se/iri/>

Lag & Avtal nr 2 2004, s. 21.

Lag & Avtal nr 4 2008, s. 20–23.

Lübke, P, (red.) Filosoflexikonet, Forum 1988.

Pressmeddelande från Europafacket 2007-12-18.

Pressmeddelande från LO och PTK 2009-03-11.

Pressmeddelande Svenskt näringsliv 2009-03-11.

Professor Wolfgang Friedmann *In Memoriam*, Modern Law Review 1973 s. 1.

Sakregister

- § 32 37, 323, 350
29/29-principen 278, 287, 332,
368
- ackord 149, 250, 256, 272, 280,
293, 294
- Aldercreutz, Axel 33, 44, 48, 70,
223 f., 264, 318, 416
- aktör 24, 67
- anbud-accept 148 f., 151, 179
- arbetaravtal 321, 322, 362, 364 f.,
368 f., 370
- arbetsgivarbegreppet 167
- arbetstagarbegreppet 64 ff., 167,
258 f.
- arbetstid 91 ff., 101, 257, 283, 387
- Aristoteles 67, 120, 122, 126
- avtalsturlista 171, 305 ff., 310
- barnarbete 71 f.
- Bergström, Svante 48, 161, 198 f.,
202
- condictio indebeti 39, 380
- culpa in contrahendo 151 f., 394
- decemberkompromissen 37 ff., 53,
108
- dejuridifiering 109, 195, 245
- dispositionsprincipen 242, 256,
368
- drogtester 328
- Edlund, Sten 49, 309
- Fahlbeck, Reinhold 49
- focalization 38
- fragmentisering 70, 210, 215, 217
- fredsplikt 88, 95, 105, 146 f., 156,
158, 194, 230, 232, 250, 254, 259,
265, 271, 275, 318 ff., 349, 388
- förutsättningsläran 237, 296
- gaps 132
- Geijer, Lennart 49, 65
- gula fackföreningar 350
- Holmbäck, Åke 48, 157, 166
- hängavtal 108, 168, 181, 243,
247 ff., 348
- ILO 56 ff., 72, 78, 86
- indubiotolkningar 287, 318
- industrial relations* 50, 57, 80, 135 f.
- industriella revolutionen 35, 113
- intressetvist 320, 323
- ironist 96, 134
- Javakaffe 358
- juridifiering 88, 99, 109, 195, 216,
245, 392
- Kahn-Freund, Otto 87, 418
- klargörandeplikt 271, 273, 285,
360
- Koch, Michaël 245
- kommission 195 ff.
- kumulativa teorier 197 ff.
- law and literature* 23, 159

- Laval 86 ff., 104 f., 206 ff., 253, 361
- liberalism 50 ff., 54 f., 57 ff., 95
- Lindhagen, Arthur 49, 200, 241, 397
- lojalitetsplikt 94, 151, 213, 233, 236, 292, 315, 374 f.
- Lotmar, Philip 47, 50, 193
- Marx, Karl 51, 57
- metafor 23
- kart- 32 f.
- kompost- 144
- pendel- 142 f., 218
- rot- 32, 54, 59, 113, 140, 199, 400, 402, 418
- narratologi 22 ff., 67, 76, 117, 122 f., 125, 411, 420
- naturliga tolkningar 141, 418
- Nietzsche, Friedrich 78, 128 f.
- obehörig vinst 382 ff.
- omöjlighetslära 355 ff.
- organisationsklausuler 343, 351, 373
- pacta sunt servanda* 39, 312
- pedagogisk 43, 204, 345
- permitteringsavtal 92
- Philadelphiadeklarationen 56
- plot 122 f.
- politiska demokratin 174, 176
- procedere 228, 229, 230
- proportionalitetsprincip 173, 205, 356, 376
- representationalism 33, 34, 95, 133
- rättsinformatik 115, 155
- rättskällehära 21, 28, 51, 62 f., 414
- rättstvist 320, 368, 390
- schablonavgöranden 68, 169, 287 f.
- Schmidt, Folke 33, 46, 49, 127, 220 f., 225, 228 f., 231, 235, 236, 238, 241, 264, 266, 268, 370, 415, 417 f.
- semidispositiv 110, 232, 250, 275 f., 303, 325, 330, 336, 388
- Sigeman, Tore 50, 61, 65, 287
- Sinzheimer, Hugo 47, 50, 189
- självbevarelsestrift 71, 67, 78, 87, 94, 97, 192
- snålskjuts 401, 406
- socialism 50 f., 58 f., 95
- stabiliseringsavtal 286
- story 22, 45, 113, 122 f., 129
- stupstock 88, 105, 109 ff., 313 f., 336
- sydfrukter 358
- tidslighet 31, 117 f., 120, 246, 278, 281, 283
- tolkningsgemenskap 133
- tjänstamannaavtal 322, 362 ff., 368 ff.
- TurA-S 290 ff.
- turordning 98, 171, 290 ff., 305 ff.
- ufravikelighetsprincipen 41, 373 ff., 382
- Undén, Östen 46 ff., 51, 157, 192, 196, 202, 277, 400
- upprepningsbarhet 139 f.
- verkligheten 28, 33 f., 41, 50, 58, 75, 79, 91, 138, 199, 208, 224 f., 228 f., 231, 248, 266, 298, 321, 330, 341, 408, 417 ff.
- Victorin, Anders 224, 229, 304
- Widstrand, Lode 48
- Winroth, Alfred Ossian 46 f., 72
- Ådalen 37







ALLTSEDAN SVERIGE blev ett modernt industrisamhälle har kollektivavtalet betraktats som det viktigaste instrumentet för att reglera den svenska arbetsmarknaden. Det är ganska länge sedan kollektivavtalet var föremål för en övergripande rättsvetenskaplig behandling, och just nu framstår en sådan som särskilt angelägen. Internationaliseringen, den snabba tekniska utvecklingen och andra tendenser i samhället utsätter kollektivavtalet för ett förändringstryck. Industrisamhället, vilket kollektivavtalet satts att reglera, tycks vara på väg att ersättas av kunskapssamhället. Den samtida kollektivavtalsrätten är därmed en berättelse om förändring, en berättelse i vilken lagstiftaren, arbetsmarknadens parter och Arbetsdomstolen har framträdande roller. En särskild roll innehas av rättsvetenskapen, en roll som borde mana till reflektion över den egna självbilden. Avhandlingen handlar om ett rättsområde i förändring, men kanske skall det visa sig att förändringarna, åtminstone vill avhandlingen ge luft åt den tanken, inte i första hand finns där kollektivavtalsrätten förväntar sig att finna dem.

Mikael Hansson är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Akademisk avhandling.