

## RECENSIONER

Redaktör: Edvard Nilsson

Einar Engh, Kan en arbeidstaker reservere seg mot at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver? *Anmälan av Ronnie Eklund* s. 431

Lena Olsen, Borgenärens val vid kontraktsbrott. En obligationsrättslig studie. *Anmälan av Göran Karlstedt* s. 434

Carl Svernlöv, Aktiebolagets suppleanter. Suppleantinstitutet i svensk aktiebolagsrätt. *Anmälan av Katarina Olsson* s. 438

Ola Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt. *Anmälan av Johan Munck* s. 442

Festskrift till Jan Ramberg. *Anmälan av Hans-Gunnar Solerud* s. 449

Einar Engh, **Kan en arbeidstaker reservere seg mot at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver? IUSEF nr. 28.** Universitetsforlaget 1998.

EG-domstolen har i målet *Katsikas* klarlagt att en arbetstagare kan motsätta sig att anställningsförhållandet överflyttas till ny arbetsgivare vid en företagsöverlåtelse enligt direktivet 77/187 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.<sup>1</sup> Skälet är att något annat skulle undergräva en arbetstagares rätt att fritt välja sin egen arbetsgivare.<sup>2</sup> Samma sak följer egentligen av allmänna obligationsrättsliga grundsatser, dvs. att en gäldenär (arbetsgivare) inte kan sätta annan i sitt ställe utan samtycke från borgenären (arbetstagare). Däremot ger EG-rätten inte någon lösning på frågan vad som avses gälla efter det att en arbetstagare avböjt övergång till ny arbetsgivare. Har arbetstagaren rätt att kvarstå i sin anställning hos överlåtaren eller skall den anses ha upphört? EG-domstolen anför härom i målet *Katsikas*: "The Member States may, in particular, provide that in this case, the contract of employment or the employment relationship may be considered as terminated either on the initiative of the employee or on the initiative of the employer. They may also provide that the contract of employment or the employment relationship be continued with the transferor."<sup>3</sup> Dvs. medlemsstaterna har full frihet

<sup>1</sup> Målen C-132/91, 138/91 och 139/91 *Katsikas v. Konstantinides et al.* [1992] ECR I-6577.

<sup>2</sup> Detta följer tysk rätt där en "Widerspruchsrecht" gällt sedan 1974, se *R. Eklund*, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser, Stockholm 1983, s. 108-110.

<sup>3</sup> *Katsikas*, stycke 36.

att ordna upp förhållandet på sätt som de finner lämpligt.

Det är denna fråga som Engh behandlar i sin skrift. Analysen sker utifrån norsk rätt. Då skall sägas att det aktuella EG-direktivet infördes i samband med EES-avtalets ikraftträdande i Norge 1 januari 1994. Nya regler tillfördes då den norska arbetsmiljøloven (kapitel 12 A).<sup>4</sup> Ganska troget följer den norske lagstiftaren vad som föreskrivs i direktivet. Frågan om arbetstagares reservationsrätt berörs dock inte. Denna fråga tycks inte heller tidigare ha blivit föremål för norsk domstols prövning. Ett skäl till detta kan vara att den norska arbetsmiljøloven § 60 nr. 3 tidigare innehöll följande regel: "Overdragelse av virksomheten fra en eier til en annan gir alene ikke saklig grunn for oppsigelse. Ved oppsigelse fra den nye eiers side, skal det legges vekt på om begrunnelsen også vil kunne anses saklig om overdragelsen ikke hade funnit sted." Som framgår av detta innehöll således norsk rätt redan före EES-avtalets ingående – till skillnad från övriga nordiska länder – en regel som i sina huvuddrag motsvarade artikel 3 i EG-direktivet. Denna särregel upphävdes i och med tillkomsten av kapitel 12 A.

Det är en svaghet i Enghs skrift att rättsläget bakåt i tiden inte närmare behandlas. Det gör nämligen att det inte är så lätt att förstå utifrån vilket perspektiv frågan om en arbetstagares reservationsrätt i norsk rätt behandlas. Engh ställer nu två frågor: kan det anses att en arbetstagare har hävningsrätt i dessa fall (s. 14-23), och kan det anses att arbetstagare har reservationsrätt i betydelse rätt att kvarstå i sin forna anställning om han säger nej till övergång (s. 23-48)?

I sina slutsatser (s. 23, 48) finner Engh först att arbetstagaren har hävningsrätt. På s. 15 pekas bl.a. på det ofta "personliga" förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, vilket kan ge arbetstagare hävningsrätt om företaget kommer i andra händer.<sup>5</sup> Detta synes vara ovedersägligt. Men det är orkeslöst – som Engh gör – att söka finna stöd för detta i EG-domstolens mål *Daddy's Dance Hall* och *Berg & Busschers* – båda dessa mål rör helt andra ting.<sup>6</sup> För övrigt kan tillfogas att hävningsrätt – i obligationsrättslig mening – egentligen inte betyder mer än att part kan frånträda ett avtal om motparten gör sig skyldig till ett väsentligt kontraktsbrott. Om så sker i samband med en företagsöverlåtelse, har arbetstagaren ju även lämnat sin anställning. Detta kan närmast sägas urholka en arbetstagares anställningstrygghet. Hävningsrätten har "liten reell verdi", som Engh påpekar (s. 23). Sedd i ett

<sup>4</sup> Ot. prp. nr. 71 (1991-92).

<sup>5</sup> Frågan om hävningsrätt synes här följa delvis allmänna obligationsrättsliga regler, jfr de överväganden som redovisas i NOU 1996:6. Arbejdstakeres stilling i konsernforhold m.v., s. 47, 99-102. Jfr härtill läran om "bristande förutsättningar" som tillämpats vid företagsöverlåtelser i dansk rätt och som beskrivits i dels min bok, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, Stockholm 1993, s. 113-116, dels min artikel, "Partsvänsningsmodeller vid företagsöverlåtelser" i *Arbejdsretligt tidsskrift* 1983, s. 201-202.

<sup>6</sup> Mål 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S* [1988] ECR 739 (fråga om arbetstagare kunde avstå från visst arbetsvillkor till förmån för ett annat; nekande besvarad) och målen 144/87 och 145/87 *Harry Berg och J.T.M. Busschers v. Ivo Martin Besselsen* [1988] ECR 2559 (fråga om gamle arbetsgivaren kvarstod som solidariskt ansvarig för vissa förpliktelser utan stöd i nationell lag; nekande besvarad).

större sammanhang har en hävningsrätt likaledes ringa betydelse jämfört med den reservationsrätt som EG-domstolen slagit fast. Man kan t.o.m. säga att denna reservationsrätt konsumerar den hävningsrätt som kan föreligga på "personliga" grunder.

Det centrala är i stället om den reservationsrätt som EG-domstolen påbjudit betyder att samma arbetstagare *kan göra anspråk på att få kvarstå i anställning* hos överlåtaren av företaget. På denna punkt synes rättsläget i Norge för närvarande vara allt annat än klart.<sup>7</sup> Av det offentliga materialet framgår – märkligt nog – att någon generell reservationsrätt för arbetstagare inte avses föreligga.<sup>8</sup> Vad som därför får Engh att i sina slutsatser slå fast att "det er ikke holdepunkter at norsk rett skal tolkes dithen at arbeidstakeren er forpliktet til å begynne hos ervereren" (s. 48) är i ljuset av detta inte så lätt att förstå.

Ett speciellt problem vid tillämpningen av kapitel 12 A är den norska arbetsmiljøloven § 60 nr. 2(2) (se Enghs skrift s. 30-33). Denna bestämmelse lyder: "En oppsigelse som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens ordinaere drift på oppdrag, er ikke saklig med mindre det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift." Dvs. det skall inte vara möjligt för en arbetsgivare att göra sig av med de egna arbetstagarna för att uppnå en ringa vinst genom att i stället hyra in eller på annat sätt engagera utomstående arbetskraft som utför samma arbetsuppgifter. Man kan tycka att detta är en anmärkningsvärd regel. Den indikerar att lagstiftaren vet bättre hur företag skall organisera arbetet än företagarna själva. Samma sak gäller för övrigt betr. "vikarvirksomhet" i Norge, dvs. frågan om hur man skall se på uthyrning av arbetstagare där Norge – som enda nordiska land – alltså tror sig veta bäst hur arbetet skall organiseras i företag.<sup>9</sup> Det är uppenbart att enbart förekomsten av § 60 nr. 2(2) komplicerar bilden därför att det mycket lätt kan uppfattas som att en fråga som faller inom ramen för § 60 nr. 2(2) ävenledes faller under de bestämmelser som tar sikte på företagsöverlåtelser i

<sup>7</sup> Jfr de tre underrättsdomarna som anförs i Enghs skrift, s. 39-40. Kritik mot underrättspraxis anförs av *Lars Holo* i *O. Friberg*, *Arbetsmiljøloven*, 7 rev. udg. 1998, s. 556. Kritiken går ut på att dessa domar vilar på den felaktiga förutsättningen att en arbetstagare skulle ha plikt att ta anställning hos den som övertar företaget. Jag menar att denna kritik har stort fog för sig.

<sup>8</sup> Se NOU 1996:6, s. 45-46. Det är anmärkningsvärt att inte ens det lagförslag som framlagts för att förtydliga norsk rätt på denna punkt ger en norsk arbetstagare total reservationsrätt, se a.a., s. 47, 99-102. Det anses i stället att arbetstagare skall ha *plikt* att stå till förfogande med undantag för fall då det t.ex. kan anses att en ny arbetsgivare inte har "forsvarlig grundlag" att bedriva verksamhet eller om förhållandet mellan gamle arbetsgivaren och arbetstagaren bygger på ett "særlig tillits- og samarbeidsforhold". Omvänt, betyder det att man fäster avseende vid arbetsgivarens intresse av att kunna förlita sig på att en viss arbetsstyrka trots allt står till förfogande; eljest skulle omsättningslivet kunna hotas, sägs det. Ett sådant argument torde knappast godtas i EG-rätten, se t.ex. Case C-362/89 *D'Urso et al. v. Ercole Marelli Elettromeccanica General Spa et al.* [1991] ECR I-4105.

<sup>9</sup> Se härom utförligt i en rapport till Nordiska ministerrådets expertkommitté, *R. Eklund* m.fl., *Ut- och inhyrning av arbetskraft i de nordiska länderna*, September 1993; även *R. Eklund*, "A Look at Contract Labour in the Nordic Countries", *JT* 1995-96 No. 3, s. 625-654.

kapitel 12 A. Då är sagt att kap. 12A skall gälla som tillägg,<sup>10</sup> men det synes högst oklart vad detta har för innebörd.

Det är en allmän iakttagelse efter läsningen av Enghs skrift att även en relativt sett liten ändring i en lag kan leda till förvecklingar. Som jag sökt påvisa ovan var steget från den "äldre" ordningen i norsk rätt till "den nya" genom EG-direktivet inte så särdeles stort. Det är kanske mer anmärkningsvärt att en norsk utredning, i ljuset av målet *Katsikas*, kan framhärda i att hävda en renodlat "norsk" uppfattning vad gäller reservationsrättens innebörd som går på tvärs med EG-rätten.<sup>11</sup> Utredningens mening är ju att det inte föreligger någon generell reservationsrätt för enskilda arbetstagare. Med litet mer frimodighet hade Engh funnit att norsk rätt här i stället är på kollisionkurs med EG-normerna. Det går inte att vifta bort 1996 års utredningsförslag – som Engh gör (s. 9) – med hänvisning till att det är "usikkert" om lagförslaget kommer att genomföras eller att i vart fall "rettskildevärdien av dette" är lågt.

Ronnie Eklund

Lena Olsson, *Borgenärens val vid kontraktbrud*. (Svensk Juristförening, 1996. 120 sidor. Pris 120 kr.)

Vad skall man göra när man parten i ett avtal brutit? Skall man stanna i det och hoppas på att det hela ändå kommer att gå bra eller skall man säga upp avtalet och i så fall vilken? Detta är i kortligt uttryck vad som handlar om. Det kan tyckas att påföljden vid kontraktbrud är ganska enkel och självklar. Men frågan om parts val vid kontraktbrud är inte så enkel som den ser ut. Det är ett ämne som behandlas i svensk juridisk litteratur.

Däremot har spörsmålet penetrerat i andra sammanhang. I samband med tillkomsten av 1980 års konvention om internationella köp ägnades ett betydande uppmärksamhet åt parts val mellan olika påföljder. Detta ämne har återkommit till flera omgångar på världens främsta konferens för internationella köp. De regler som gäller för det slaget, vilket inte är så konstigt eftersom lagen i sig i sig själva bygger på 1980 års konvention. Motvartande gäller för konsumtionsköp.

Lena Olsson bok innehåller tre delar. I Del I Enghs avhandling behandlas vad som gäller för påföljderna och som tar upp vissa grundläggande frågor. Det handlar om vad som är en giltig påföljd och vad som är en giltig påföljd och om ett avtal är den fortsatta framställningen. Därefter följer en avsnitt med följande titel: "Borgenärens val vid kontraktbrud". Lena Olsson behandlar här en del frågor som kan förhållas på borgenärens och gäldenärens sida. Det är ett ämne som kan förhållas på borgenärens och gäldenärens sida. Det är ett ämne som kan förhållas på borgenärens och gäldenärens sida.