



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anders Elvingsson

Skiljeklausuler i kollektivavtal –
en analys av Arbetsdomstolens praxis och förenlighet med europarätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: Period 1 VT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställningar	7
1.2 Teori och metod	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Perspektiv	9
1.5 Material och forskningsläge	9
1.6 Uppsatsens disposition	12
2 DEN SVENSKA MODELLEN	13
2.1 Historisk bakgrund till den svenska modellen	13
2.1.1 Från Saltsjöbadsavtal till lagstiftning	14
2.1.2 Europarättens intåg	15
2.2 Kännetecknande drag i den svenska modellen	16
2.3 Kollektivavtal	17
2.3.1 Rekvisit för ett kollektivavtal	17
2.3.2 Bindande verkan	18
2.3.3 Bundenhet för oorganiserade	19
2.3.4 Sammanfattning av AD:s syn på styrka i kollektiva förhandlingar	21
2.4 Semidispositiv lagstiftning	22
2.4.1 Gränsen för avtalsfriheten	23
2.4.2 Stridande mot grunden för lagstiftningen	25
2.5 Stridsåtgärder i svensk rätt	25
2.6 Slutsatser	26
3 FÖRENINGSFRIHET	28
3.1 FN	28
3.2 ILO	29
3.3 EKMR	30

3.3.1	Föreningsfriheten i EKMR	31
3.3.2	Staten ska skydda enskilda	32
3.4	Föreningsfriheten i svensk rätt	32
3.5	Gustafsson v. Sweden	33
3.5.1	Bakgrund till Gustafssonmålet	33
3.5.2	Slutsatser och diskussion	37
3.6	Evaldsson med flera och granskningsavgifter	40
3.6.1	Bakgrund till Evaldsson	40
3.6.2	Godtagbart med avgifter	42
3.6.3	Staten misslyckas med att skydda individen	44
3.7	Slutsatser Gustafsson och Evaldsson	45
4	SKILJEKLAUSULER I SVENSK ARBETS RÄTT	47
4.1	Skiljeförfarande	47
4.1.1	Proposition 1974:77	48
4.1.2	36§ AvtL och skiljeklausuler	48
4.1.3	Svagare part	49
4.1.4	Tydlighet	53
4.2	Slutsatser skiljeklausuler	54
5	ART 6 EKMR RÄTT TILL EN RÄTTVIS RÄTTEGÅNG	56
5.1	Langborger och bostadsdomstolen	56
5.2	Kellerman och Arbetsdomstolens sammansättning	59
5.3	AD:s praxis	61
5.4	Slutsatser intresseledamöter	62
6	UPPLYSNINGSDIREKTIVET (91/533/EEG)	64
7	ANALYS OCH SAMMANFATTNING	67
7.1	Det kollektiva framför individen – den svenska modellen	67
7.1.1	Gränsen för avtalsfriheten	67
7.1.2	Normerande verkan för alla	68
7.1.3	Organisationsgrad	69
7.2	EKMR och den formella rättssäkerheten	70
7.3	EKMR och den materiella rättssäkerheten	71
7.3.1	Negativa påföljder för oorganiserade	72
7.3.2	Är skiljeklausul en allvarlig form av tvång?	74
7.3.3	Val av skiljeman	75
7.4	AD:s praxis i förhållande till upplysningsdirektivet	76

7.4.1	Är skiljeklausul ett väsentligt drag?	76
7.4.2	Konsekvenser av att skiljeklausul är ett väsentligt drag	77
7.5	Egen reflektion och diskussion	78
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	80
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	84

Summary

For the greater part of the 20th and 21st century, collective ideology has characterized the Swedish labour market. Individual rights have been weak in relation to the associations on the labour market. The idea that everyone can get the same protection, through membership of an association, has characterized the law and enforcement. The positive freedom of its association has been encouraged by the legislator, unlike the negative. This paper examines how unorganized workers are affected by arbitration clauses in collective labour agreements. Agreements between labour associations are binding for the employee even though he is not a member in any association, even in the case of an arbitration clause. The employee must settle the dispute before an arbitration tribunal.

The issues have been to investigate whether the practice of the Swedish labour court (AD) meet the formal and material practice on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention), and how AD practices meet the requirements of the Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship (the Directive).

My conclusions are that practice from AD satisfies the formal legal requirements in relation to the Convention. Lay assessors sitting on a court contribute to a fair trial, provided that they do not have a common interest opposite to the applicant. In the material part there is doubt as to AD practice meets rule of law. Expensive proceedings in the arbitration panel may cause unorganized employees not to have their dispute resolved; the economic risk becomes too big. An arbitration clause can also be compared with a forced membership to an organization, something that violates the applicant's negative freedom of association. A violation of Art 11 of the Convention is thus possible.

The Directive was incorporated into Swedish law at the same time Sweden became a member of the EU. The purpose of the Directive is to protect workers in the labour market by requiring employers to inform the employee of essential aspects of the employment contract. With regard to arbitration clauses it is sufficient to refer to it by reference to a collective agreement or workplace regulations. My conclusion is that this is insufficient based on Tore Sigeman's writings and case C-350/99 from the European Court of Justice.

The negative right to freedom of association needs to be strengthened in Swedish law. The individual's rights needs to be protected from violations of organizations on the labour market. Swedish legislation and practice need to change to fulfil the Convention and the Directive.

Sammanfattning

Under större delen av 1900-talet och in på 2000-talet har den kollektiva ideologin präglat svensk arbetsmarknad. Individens rättigheter har varit svaga i förhållande till organisationerna på arbetsmarknaden. Tanken att alla kan få samma skydd, det är bara att bli medlem i en organisation, har präglat lagstiftning och rättstillämpning. Den positiva föreningsrätten har uppmuntrats av lagstiftaren till skillnad mot den negativa.

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur oorganiserade arbetstagare påverkas av skiljeklausuler i kollektivavtal. Genom kollektivavtalets normerande verkan i svensk arbetsrätt, blir även den oorganiserade arbetstagaren bunden av skiljeklausul i kollektivavtal. Rätten att gå till allmän domstol försvinner och arbetstagaren måste driva tvisten inför skiljenämnd.

Frågeställningarna har varit hur AD:s praxis uppfyller den formella och den materiella rättssäkerheten i förhållande till praxis i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheter (EKMR) och hur AD:s praxis uppfyller kraven i upplysningsdirektivet(91/533/EEG).

Mina slutsatser är att AD:s praxis väl uppfyller den formella rättssäkerheten i förhållande till EKMR. Intresseledamöter i en domstol är inget hinder mot en rättvis rättegång, under förutsättning att dessa inte har ett motsatt intresse till den klagande. Däremot den materiella delen anser jag att det finns tveksamhet om AD:s praxis uppfyller rättssäkerheten. Höga kostnader i skiljenämnd kan medföra att arbetstagare inte får sin tvist prövad, den ekonomiska risken blir för stor. Den ekonomiska bördan blir så stor att alternativet att stå utanför blir en betungande påföljd, ett straff för att inte ingå i en organisation. En viss sannolikhet finns därför för att en skiljeklausul kan jämföras med tvångsanslutning av den oorganiserade till en organisation. Något som strider mot den negativa föreningsrätten i art. 11 EKMR.

Upplysningsdirektivet införlivades i svensk rätt vid samma tidpunkt som Sverige blev medlem i EU. Direktivets syfte är att skydda arbetstagare genom att arbetsgivare är skyldiga att upplysa arbetstagaren om väsentliga villkor i anställningsavtalet. Skiljeklausul är ett villkor det räcker med hänvisning till enligt AD:s praxis, antingen genom hänvisning till kollektivavtal eller regelsamling. Min slutsats är att detta inte är tillräckligt. Den slutsatsen baseras på Tore Sigemans skrifter och Langedomen C-350/99 från EU-domstolen.

Den negativa föreningsrätten behöver stärkas i svensk rätt och individens rättigheter skyddas från kränkningar av organisationer på arbetsmarknaden. Svensk lagstiftning och praxis behöver förändras för att leva upp till EKMR och upplysningsdirektivet.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AF	Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
HRF	Hotell- och restauranganställdas förbund
ILO	International Labour Organization - Internationella arbetsorganisationen
KAL	Lag (1928:253) om kollektivavtal
KU	Konstitutionsutskottet
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
LO	Landsorganisationen
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1972:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
SAP	Socialdemokratiska arbetarpartiet
SOU	Statens offentliga utredningar
Upplysningsdirektivet	Rådets direktiv av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet (91/533/EEG)

1 Inledning

Den negativa föreningsfriheten handlar om rätten att stå utanför en förening eller organisation. Under sent 1800-tal bildades, med några års mellanrum, det socialdemokratiska arbetarpartiet (SAP) och Landsorganisationen (LO). Bakom bildandet stod i bägge fallen fackföreningar och ett nära samarbete fanns tidigt mellan SAP och LO.¹ År 1900 skapades möjligheter för de olika föreningarna i LO att kollektivansluta sina medlemmar till SAP.²

Arbetstagaren sökte medlemskap i ett fackligt förbund som i sin tur var uppdelat i avdelningar. Avdelningen arbetstagaren skulle tillhöra styrdes av arbetsplatsens geografiska placering. Varje avdelning var en juridisk person och hade sin egen rättshandlingsförmåga. Därför var det upp till varje avdelning om de ville kollektivansluta sina medlemmar till partiet eller inte. Möjligheten fanns att antingen ansluta avdelningen eller att ansluta varje medlem individuellt.³ Till en början fanns inte någon möjlighet för medlemmar att avstå från att bli kollektivanslutna, men den möjligheten skapades efter några år.⁴

Anslöts medlemmarna individuellt skedde det genom beslut i föreningen, den medlem som inte ville bli kollektivansluten var tvungen att reservera sig. Aktiv handling krävdes inte av medlemmen för att bli kollektivansluten, istället krävdes en aktiv handling för att inte bli ansluten till partiet. De medlemmar som valde att reservera gjorde ingen vinst på att stå utanför SAP. Alla medlemmar fick betala samma avgift till avdelningen, oavsett om de blev medlemmar i SAP eller reserverade sig. Istället för att en del av avgiften skulle bekosta medlemskapet i SAP, gick den extra avgiften till att bekosta det allmänna fackliga arbetet.⁵

¹ De olika föreningarna i SAP bestod till en början av 90 % fackföreningar. Christensen (1985) s. 116.

² Norborg (1995) s. 136.

³ Christensen (1985) s. 116ff.

⁴ Norborg (1995) s. 136.

⁵ Christensen (1985) s. 117f.

Kritik framfördes under många år mot systemet med kollektivanslutning, bland annat från konstitutionsutskottet. Systemet med att arbetstagaren var tvungen att reservera sig för att undvika kollektivanslutning, innebar att individen blev tvungen att avslöja vilket parti den inte ville tillhöra. Detta ansågs strida mot åsiktsfriheten.⁶ En sökning av ”kollektivanslutning” på riksdagens hemsida gav 445 träffar, 144 av dessa var motioner. Majoriteten kom från borgerliga riksdagsledamöter och handlade om att riksdagen skulle förbjuda kollektivanslutning av individer till politiska partier.⁷ År 1987 tog SAP ett kongressbeslut om att kollektivanslutningen skulle upphöra. Något ingripande behövde aldrig ske från lagstiftaren och någon rättslig prövning skedde inte heller av kollektivanslutningen. Exemplet med kollektivanslutningen visar på hur svagt skyddet för den negativa föreningsfriheten har varit i den svenska rättstraditionen.

Att individer ansluts mot sin vilja är inget nytt i Sverige. Snarare kan kollektivanslutning ses som något naturligt, en del av den svenska traditionen. Arbetsrätten är inget undantag från traditionen med kollektivanslutning. Kollektivavtal har en normerande verkan för de arbetstagare som valt att stå utanför arbetstagarorganisationer, så kallade oorganiserade arbetstagare. Valet att stå utanför arbetstagarorganisationer kan bero på olika skäl, exempelvis ekonomiska, politiska eller religiösa. Oavsett anledning till valet påverkas arbetstagaren av de villkor arbetsmarknadsparterna kollektivavtalar, villkor som kan innebära ekonomisk belastning för den oorganiserade. Ett exempel är skiljeklausuler som innebär att tvister ska prövas av skiljenämnd.

⁶ KU betänkande 1978/79:11 s. 2.

⁷ Sveriges riksdag: <[https://www.riksdagen.se/sv/global/sok/?q=kollektivanslutning+](https://www.riksdagen.se/sv/global/sok/?q=kollektivanslutning+>)>, besökt 2017-05-08.

1.1 Syfte och frågeställningar

Jag har valt att undersöka hur oorganiserade arbetstagare påverkas av skiljeklausuler i kollektivavtal. Syftet är att undersöka om den svenska rättstillämpningen följer europeisk rätt med fokus på Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) och Rådets direktiv av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet 91/533/EEG (upplysningsdirektivet).⁸ För att undersöka detta har jag valt att utgå från följande fyra frågeställningar:

- Hur ser AD på skiljeklausuler som företeelse i svensk rätt?
- Uppfyller AD:s praxis den formella rättssäkerheten i förhållande till praxis i EKMR?
- Uppfyller AD:s praxis den materiella rättssäkerheten i förhållande till praxis i EKMR?
- Uppfyller AD:s praxis kraven i upplysningsdirektivet (91/533/EEG)?

1.2 Teori och metod

Jag har valt att arbeta enligt klassisk rättsvetenskaplig metod, även kallad rättsdogmatisk metod.⁹ Nils Jareborg försöker kort beskriva det som en rekonstruktion av ett rättssystem. Primärt kan det uppfattas att metoden är begränsad av den maktutövning som sker av lagstiftare och domstolar. Jareborg menar dock att detta är en för snäv utgångspunkt och att det inte finns hinder för att gå utanför gällande rätt och söka ideala lösningar på rättsliga problem.¹⁰ Studier av gällande rätt innebär inte att endast fastställa hur gällande rätt tillämpas av den dömande makten, bedrivandet av kritisk forskning innebär att undersöka rättsläget och utifrån slutsatser visa om

⁸ Direktivet kallas också för Cinderelladirektivet, men jag har valt att använda upplysningsdirektivet.

⁹ Sandgren (2015) s. 39.

¹⁰ Jareborg (2004) s. 4.

rättsläget är tillfredsställande eller inte.¹¹ Vid användandet av klassisk rättsvetenskaplig metod, finns risken att det blir svårt att förhålla sig neutral till materialet. Önskan att få fram en särskild slutsats i analysen kan påverka omdömet och medföra att materialet inte studeras med största möjliga objektivitet. Genom att höga krav ställs på hur materialet presenteras för läsaren kan detta problem minska. Hög transparens ökar möjligheten för läsaren att upptäcka brister.¹²

Målsättningen under arbetet har varit att leva upp till dessa krav.

Presentationen av gällande rätt kommer att vara de lege lata, den kritik jag framför kommer vara de lege ferenda. Dessa två får inte blandas ihop. För läsaren ska det vara tydligt när gällande rätt presenteras och när hur rätten borde vara presenteras. Jag har försökt att tydliggöra detta i mitt arbete och hoppas att läsaren kan uppfatta det vid läsning. Ambitionen har under hela arbetet varit att på ett korrekt och öppet sätt presentera materialet för att ge läsaren möjlighet att följa tankegången. Svar på frågor har sökts i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin.¹³

När jag undersöker EKMR kommer jag att studera den formella och den materiella rättssäkerheten. Med den formella rättssäkerheten menar jag hur intresseledamöter påverkar om det blir en rättvis rättegång. Med den materiella rättssäkerheten menar jag hur kostnaden för den oorganiserade arbetstagaren påverkar möjligheten att få sin sak prövad.

1.3 Avgränsningar

Undersökningen har avgränsats till oorganiserade arbetstagare. Den svenska regleringen är likadan, gällande kollektivavtalets normerande verkan, oavsett om arbetstagaren är oorganiserad eller med i en arbetstagarorganisation som saknar kollektivavtal. Någon skillnad mellan de

¹¹ Kleineman (2013) s. 39.

¹² Kleineman (2013) s. 43.

¹³ Kleineman (2013) s. 21.

två situationerna har jag inte kunnat finna. Däremot är utsattheten och risktagandet, i alla fall ekonomiskt, större för den oorganiserade arbetstagaren än den som är organiserad. Den oorganiserade arbetstagarens situation är skälet till att jag valt den infallsvinkeln på arbetet. Jag kommer inte undersöka arbetssökande, arbetstagare från tredje land, papperslösa eller arbetstagare från EU/EES-land enligt utstationeringsdirektivet.

1.4 Perspektiv

Under arbetet har jag valt två perspektiv. Individens rättigheter kontra kollektivets, eftersom jag undersöker skiljeklausuler i kollektivavtal. Det andra perspektivet är förutsebarhetsperspektivet med fokus på möjligheterna att förutse vilka rättigheter och skyldigheter som flyter in i anställningsavtalet. Viktiga delar för arbetstagaren i den situation en tvist uppstår med arbetsgivaren, inte minst med tanke på de betungande kostnader en skiljeklausul kan innebära.

1.5 Material och forskningsläge

Europakonventionen blev svensk lag vid samma tidpunkt som Sveriges inträde i Europeiska unionen (EU) 1 januari 1995.¹⁴ Enligt 2:19 RF får inte lag i Sverige stå i strid med EKMR, inom rättshierarkin anses den stå över svensk rätt, även grundlagen.¹⁵ Uppstår konflikt ska svensk domstol åsidosätta svensk lag och tolka rätten utifrån EKMR. Senaste årens utveckling i dömandet av HD, stärker bilden av att europeisk rätt står över den svenska rätten när normkonflikt uppstår. HD har under senare år gått över till att se sig mer och mer som rättsskapande.¹⁶ I NJA 2005 s. 462 väckte inte åklagaren åtal inom skälig tid. Personen ifråga delgavs misstanke om brott den 20 december 1991. Friande dom i tingsrätten kom den 3 december 1998, nästan sju år efter att personen blivit delgiven

¹⁴ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁵ Bernitz och Kjellgren (2014) s. 170f.

¹⁶ Wersäll (2016) s. 234f.

misstanke om brott.¹⁷ HD prövade skälig tid mot rättspraxis från Europadomstolen och bedömde att åtal inte hade skett inom skälig tid. Personen ifråga var därmed berättigad till ideellt skadestånd för skada, trots att svensk rätt traditionellt varit mycket restriktivt med utdömande av ideellt skadestånd.¹⁸

Normkonflikt uppstod även i mål NJA 2005 s. 805. Pastor Green hade fällt uttalande om homosexuella vid en predikan 2003 i Borgholm.¹⁹ HD konstaterade att de uttryck pastor Green använt uttryckte missaktning för gruppen homosexuella enligt 16:8 BrB (hets mot folkgrupp). Varken skydden för yttrandefrihet eller religionsfrihet i RF medförde att Green kunde gå fri från ansvar, enligt svensk lagstiftning skulle pastor Green kunna fällas för brott.²⁰ Däremot fann HD vid beaktande av yttrandefriheten i EKMR att pastor Green troligtvis inte skulle fällas vid en prövning i Europadomstolen. HD:s antagande att pastor Greens uttalande inte var av den sort att det utgjorde brott enligt art. 10 EKMR, medförde att 16:8 BrB ansågs ha en mer restriktiv tolkning än vad förarbetena angav.²¹ HD dömde efter en prognos hur de trodde att Europadomstolen skulle döma om det aktuella målet kommit upp till prövning.²²

Båda målen är en tydlig indikation på att den europeiska rätten har fått en framskjuten plats i svensk rätt. Förarbetena har förlorat i betydelse på bekostnad av inflytandet europarätten har fått i rättstillämpningen. Förarbetenas betydelse för domstolarna har i större utsträckning blivit att ge en bild av hur lagstiftaren ser på europarätten.²³ Europadomstolens syn på den negativa föreningsrätten blir därmed en viktig källa till hur den ska tolkas i svensk rätt.

¹⁷ NJA 2005 s. 462 (på s. 462).

¹⁸ NJA 2005 s. 462 (på s. 497f).

¹⁹ NJA 2005 s. 805 (på s. 805).

²⁰ NJA 2005 s. 805 (på s. 826ff).

²¹ NJA 2005 s. 805 (på s. 831).

²² Wersäll (2016) s. 235.

²³ Åhman (2011) s. 196.

Material består av lagar, praxis genom domar främst från Europadomstolen och AD, förarbeten såsom propositioner och utredningar och slutligen doktrin. Målen jag studerat innefattar även arbetstagare som är medlemmar i icke-kollektivavtalsbunden arbetstagarorganisation. Anledningen är som jag tidigare nämnt att den svenska regleringen inte gör någon skillnad mellan dessa och oorganiserade. Målen får därmed ett stort värde i min undersökning. När det gäller Europadomstolen har jag fokuserat på de mål som handlat om Sverige och negativ föreningsfrihet, eftersom de är mer direkt relevanta än utländska mål om föreningsfrihet.

Forskningsläget kring frågeställningarna jag valt skiljer sig åt. Till de tre första frågeställningarna är materialet gott, det finns både många rättsfall och mycket forskning. Några verk jag använt mig av i uppsatsen bör framhävas extra. Petra Herzfeld Olssons doktorsavhandling ”*Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*”, ett omfattande verk som ger en djup förståelse för föreningsfrihetens omfattning och Sveriges internationella åtagande. Hans Danelius bok ”*Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*”, erbjuder en både djup och bred kunskap om Europadomstolen och den praxis som framkommit genom åren. Lars Lunning och Gudmund Toijers bok ”*Anställningsskydd - en lagkommentar*” beskriver praxis i svensk rätt och Axel Adlercreutz och Bernard Johann Mulders bok ”*Svensk arbetsrätt*”.

Däremot bjuder upplysningsdirektivet inte på något överflöd av material. Jag har fått förlita mig på det mål jag funnit från EU-domstolen och artiklar skrivna av Tore Sigeman. Artiklarna är gamla men fortfarande aktuella och hänvisas till av andra rättsvetenskapliga aktörer.²⁴ Sigemans artiklar är både från tiden innan och efter Wolfgang Lange mot Georg Schünemann GmbH C-350/99 som prövades av EU-domstolen 2001. Det målet indikerar är att Sigeman tänker på samma sätt som EU-domstolen i tvisten. Jag är medveten

²⁴ Lunning och Toijer (2016); AD 2002 nr 137.

att avsaknaden av ett större källmaterial till min fjärde frågeställning medför mer spekulation i min slutsats än mina andra frågeställningar.

1.6 Uppsatsens disposition

Kapitel 1 har en beskrivning av uppsatsens uppbyggnad med syfte och frågeställningar. Därefter följer ett kapitel om den svenska modellen inom arbetsrätten och hur den formats i samspel mellan lagstiftaren och arbetsmarknadsparterna. Förutom den historiska bakgrunden och kännetecknande drag beskrivs kollektivavtal, semidispositiv lagstiftning och stridsåtgärder. Alla tre centrala delar på den svenska arbetsmarknaden. Kapitel 3 behandlar föreningsfriheten, med fokus på Europadomstolens praxis angående den negativa föreningsfriheten. Följande kapitel tar upp skiljeklausuler som företeelse inom svensk arbetsrätt, undersökta områden är kostnader, tydlighet och rättvis rättegång. Kapitel 5 behandlar praxis från Europadomstolen med fokus på intresseledamöter²⁵ och rättvis rättegång. Införlivandet av upplysningsdirektivet (91/533/EEG) och förenligheten med svensk rätt studeras i kapitel 6. Analys och sammanfattning sker i kapitel 7 där jag även har en avslutande del med egna reflektioner.

²⁵ Intresseledamöter är ledamöter i domstol utsedda av organisationer. Exempelvis i AD där arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer utser intresseledamöter till domstolen.

2 Den svenska modellen

En enkel och enhetlig bild av den svenska modellen är inte möjlig att presentera. Dock behövs en genomgång och förklaring av den svenska modellen för att ge läsaren en förståelse för det samhällssystem som kännetecknat Sverige under stora delar av 1900-talet och vidare in på 2000-talet.

2.1 Historisk bakgrund till den svenska modellen

Under 1800-talet skedde en industrialisering av Sverige, gamla arbetsätt försvann och nya tillkom. Industrin präglades under denna period av en stark hierarkisk uppdelning där tydliga skiljelinjer gick mellan utbildad och outbildad arbetskraft. Skiljelinjer fanns även mellan män och kvinnor, där kvinnorna ofta fick en underordnad position i förhållande till männen på arbetsplatserna.²⁶ Arbetstagarna organiserade sig efterhand och fackföreningarna blev starkare och starkare. År 1898 bildades LO och 1902 bildades SAF (Svenska arbetsgivareföreningen). Efter ett antal kraftmätningar mellan organisationerna ingick de år 1906 decemberkompromissen. Kompromissen innebar att LO erkände arbetsgivarnas arbetsledningsrätt, medan SAF erkände arbetstagarnas rätt att bilda och verka i föreningar. Kompromissen anses ligga till grund för synsättet att lösa tvister på svensk arbetsmarknad genom förhandlingar.²⁷

Trots överenskommelsen ökade antalet konflikter med stridsåtgärder under 1920-talet, vilket medförde att lagstiftaren ansåg det nödvändigt att ingripa. 1928 kom arbetsfredslagstiftningen, bestående av lag (1928:253) om kollektivavtal (KAL) och lagen (1928:254) om arbetsdomstol.²⁸ Genom KAL blev det klarlagt att fredsplikt skulle råda under den tid

²⁶ SOU 1999:69 s. 27f.

²⁷ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 17.

²⁸ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 18.

arbetsmarknadsparterna var bundna av kollektivavtal.²⁹ HD hade redan 1915 konstaterat att kollektivavtal var rättsligt bindande och därmed kunde ge upphov till skadeståndsskyldighet vid brott mot fredsplikten, men nu blev det fastställt i lag.³⁰ KAL blev därmed, i delen om fredsplikt, en bekräftelse på tidigare praxis. Både SAP och LO var motståndare till lagstiftningen.³¹ Missnöjet yttrade sig i strejker organiserade av LO och SAP.³² En av anledningarna till missnöjet från arbetstagsarsidan var förbudet mot att bruka stridsåtgärder i rättstvister.³³ Genom arbetsfredslagstiftningen gjordes nu en åtskillnad mellan intresse- och rättstvister. Intressetvister kunde angripas genom stridsåtgärder, så länge parterna inte var bundna av kollektivavtal. Rättstvister skulle i fortsättningen slitas av den nyskapade Arbetsdomstolen (AD).³⁴

2.1.1 Från Saltsjöbadsavtal till lagstiftning

Under 1930-talet drabbades USA av en stor depression som spred sig vidare till Europa, en tid av oroligheter och konflikter präglade den svenska arbetsmarknaden.³⁵ Med syfte att minska oroligheterna och konflikterna förbereddes en lagstiftning som skulle förhindra bland annat samhällsfarliga stridsåtgärder. Under hot om detta kom år 1938 SAF och LO överens om vilka regler som skulle råda på arbetsmarknaden, det så kallade Saltsjöbadsavtalet.³⁶ Kärnan till den svenska modellen finns i den relation som växte fram mellan arbetsmarknadsparterna i och med Saltsjöbadsavtalet.³⁷ Även om avtalet i sig innehåller många regleringar, är det inte vad det blivit mest känt för, utan det är den anda avtalet gav uttryck för som sedan präglade arbetsmarknaden. Parterna tog ett ansvar för

²⁹ Glavå och Hansson (2016) s. 30.

³⁰ Norberg (2002) s. 341.

³¹ Lundh (2009) s. 24f.

³² Norberg (2002) s. 342.

³³ Glavå och Hansson (2016) s. 30.

³⁴ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 18.

³⁵ Norberg (2009) s. 106.

³⁶ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 18f.

³⁷ SOU 1999:69 s. 29.

lönebildningen och att stridsåtgärder inte missbrukades. Lagstiftaren intog en passiv roll fram till 1970-talet.³⁸

Under 1970-talet kände lagstiftaren att det fanns behov att reglera arbetsmarknaden. Folkopinionen i flera länder hade lett till demonstrationer, bland annat i Paris och Rom, även i Sverige fanns ett missnöje och många vilda strejker utbröt under några år. Nya lagar tillkom under 1970-talet med syfte att stärka arbetstagarnas ställning, några av de lagar som tillkom var Lagen (1974:12) om anställningsskydd³⁹ och Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL).⁴⁰ Förutom att stärka arbetstagarnas ställning på arbetsmarknaden, stärktes även fackföreningarnas. Arbetsgivare fick bland annat en skyldighet att förhandla med arbetstagarorganisationerna, på deras begäran, i fråga rörande förhållandet mellan arbetsgivaren och medlemmen 10 § MBL. En särställning fick de arbetstagarorganisationer arbetsgivaren var bunden till genom kollektivavtal, exempelvis förhandlingsskyldigheten för arbetsgivaren i 11 § MBL.⁴¹

2.1.2 Europarättens intåg

Åren efter 1970-talet har inneburit fortsatta utmaningar för den svenska modellen. En stor utmaning kom 1995 i och med medlemskapet i EU, även om denna utmaning började redan 1994 i samband med att Sverige anslöt sig till EES-avtalet.⁴² En intensiv period startade för den svenska lagstiftningen när den svenska arbetsrätten behövde anpassas till olika EU-direktiv.⁴³ Under samma period blev EKMR införlivad i svensk lag. Regleringar från EU tillammans med införlivandet av EKMR anses av en del utmana den svenska modellen, genom ett ökat fokus på individens

³⁸ Glavå och Hansson (2016) s. 31f.

³⁹ Ersattes senare av Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS).

⁴⁰ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 20.

⁴¹ Glavå och Hansson (2016) s. 33.

⁴² Glavå och Hansson (2016) s. 39.

⁴³ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 23.

rättigheter och att mänskliga rättigheter blivit en del av arbetslivet.⁴⁴ Den negativa föreningsrätten är en av de rättigheter som fått en mer framträdande roll än tidigare i den svenska modellen.

Trots utmaningarna har den svenska modellen fortsatt att framstå som stark och värnas av parterna på arbetsmarknaden. Bevis på detta fortsatta samarbete är Industriavtalet som slöts år 1997 mellan organisationer och fackförbund inom SAF och LO. Industriavtalet har bland annat beskrivits som den klassiska svenska modellen, men i ny skepnad.⁴⁵ Industriavtalet sågs som en framgång och 2011 slöts ett nytt avtal mellan organisationerna.⁴⁶ Detta har i sin tur fått en efterföljare i 2016 års Industriavtal. Syftet med avtalet är att se till att förstärka industrins konkurrenskraft och skapa goda villkor för företagets anställda, möjligt genom en stabil lönebildning där parterna ska beakta de konsekvenser lönebildningen har på konkurrenskraft, sysselsättning och inflation. Internationell konkurrensen måste beaktas vid lönebildningen för att inte sysselsättning ska riskera undermineras.⁴⁷

2.2 Kännetecknande drag i den svenska modellen

Den svenska modellen är ett uttryck som används frekvent, inte minst av politiker, för att beskriva delar av det svenska samhället. Modellen handlar inte endast om en arbetsrättslig del, utan om en samhällskultur som format samhället och därmed format Sverige. Ord som används vid beskrivningen av den svenska modellen är bland annat samförstånd, samarbetsanda och social välfärdspolitik.⁴⁸ Tre drag som lyfts fram som karakteristiska för den arbetsrättsliga delen av den svenska modellen är organisationsgrad, samförståndsanda och semidispositivitet. Den höga andelen organiserade

⁴⁴ Glavå och Hansson (2016) s. 39f.

⁴⁵ Glavå och Hansson (2016) s. 37.

⁴⁶ Källström, Malmberg och Öman (2016) s. 25.

⁴⁷ Industriavtalet (2016) s. 8f.

⁴⁸ Edlund och Nyström (1995) s. 26 not 15.

arbetstagare och arbetsgivare gör kollektivavtalet till ett effektivt verktyg för att reglera arbetsmarknaden.⁴⁹ Fackligt anslutna arbetstagare låg 2015 på 69 %, en andel som sjunkit sedan 90-talet då det låg på drygt 80 %.⁵⁰ Andelen arbetstagare som täcks av kollektivavtal har varit mer stabilt och 2014 täcktes 90 % av arbetstagarna av kollektivavtal.⁵¹

Styrka finns i vart och ett av de tre karakteristiska dragen, men det är vad de kan åstadkomma i kombination med varandra som anses ge styrka åt den svenska modellen. Samförståndsanda i kombination med semidispositivitet i lagstiftningen gör den svenska modellen både flexibel och arbetsgivarvänlig. Något som medfört att Sverige framhållits som ett företagsvänligt land av vissa juridiska forskare. Tack vare den semidispositiva lagstiftningen och parter som utnyttjar den i samförstånd har branscher kunnat anpassa sig efter de svårigheter som uppkommit. Exempelvis innehåller många kollektivavtal undantag från de semidispositiva reglerna, bland annat turordningsreglerna.⁵²

2.3 Kollektivavtal

Lagstiftaren har intagit en passiv hållning på den svenska arbetsmarknaden och organisationerna har till stor del fått sköta regleringen. Kollektivavtal har blivit en viktig del på arbetsmarknaden, inte minst tack vare sin normerande verkan som gjort det möjligt att förhindra arbetsgivare att ge sämre villkor till oorganiserade arbetstagare.

2.3.1 Rekvisit för ett kollektivavtal

För att ett kollektivavtal ska vara gällande behöver fyra rekvisit uppfyllas.⁵³ Det vara skriftligt, det ska vara ett avtal och det ska vara mellan

⁴⁹ Glavå och Hansson (2016) s. 75f.

⁵⁰ Kjellberg (2016) s. 3.

⁵¹ Kjellberg (2016) s. 9.

⁵² Glavå och Hansson (2016) s. 76ff.

⁵³ 23 § MBL.

arbetsgivarorganisation eller enskild arbetsgivare och arbetstagarorganisation. Slutligen ska innehållet reglera anställningsvillkor eller förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Muntliga överenskommelser räknas inte som kollektivavtal, om det inte är ett muntligt avtal med hänvisning till ett gällande kollektivavtal.⁵⁴ Skriftlighetskravet avviker från vad som gäller för de flesta avtal. Kollektivavtalet avviker även från andra avtal genom att det inte endast binder parterna i avtalet, utan även dess medlemmar.⁵⁵ Kollektivavtalet kan sägas vara avtal sui generis, det vill säga avtal i en unik form.⁵⁶ Enskilda arbetstagare kan inte förhandla fram ett kollektivavtal, eftersom det endast gäller mellan arbetstagarorganisation och arbetsgivare eller arbetsgivarorganisation.

Arbetsgivare som av olika skäl inte vill vara medlemmar i arbetsgivarorganisationer har möjlighet att teckna hängavtal. Hängavtalet är ett kollektivavtal en oorganiserad arbetsgivare ingår med arbetstagarorganisation. Det innebär att arbetsgivaren skriftligen förbinder sig att tillämpa det vid varje tidpunkt aktuella branschavtalet.⁵⁷ Arbetstagarorganisationer ställer ibland krav på arbetsgivaren, vid tecknande av hängavtal, som går längre än det centrala kollektivavtalet med arbetsgivarorganisationen.

2.3.2 Bindande verkan

Både arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer är att betrakta som ideella föreningar och juridiska personer, några minimikrav finns för att det ska vara en förening. Dels ska det finnas en styrelse i föreningen och dels ska det finnas stadgar, när dessa delar är genomförda kan föreningen åta sig förpliktelser och förvärva rättigheter. Föreningen kan däremot inte

⁵⁴ Karnov internet, Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet 23 §, not 54, 2017-02-06.

⁵⁵ 26 § MBL.

⁵⁶ Ahlström (2013) s. 37.

⁵⁷ Adlercreutz och Mulder (2013) s. 118.

ingå avtal som är bindande för andra än föreningen, bindande avtal för medlemmarna är inte möjliga att ingå utan fullmakt. Exempelvis kan föreningen inte ingå några ekonomiska förpliktelser medlemmarna är ekonomiskt ansvariga för.⁵⁸ Systemet skulle innebära ett problem för organisationer på arbetsmarknaden, en oönskad situation skulle uppstå om kollektivavtal slöts mellan arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer men deras medlemmar blev inte bundna av överenskommelsen. Lösningen på problemet finns i 26 § MBL som stadgar att kollektivavtalet inte endast binder organisationerna, utan även dess medlemmar. Bindningen gäller oavsett om medlemmen inträtt i organisationen före eller efter kollektivavtalets slutande, undantaget är ifall medlemmen redan är bunden av ett annat kollektivavtal.⁵⁹ För den medlem som lämnar organisation fortsätter bundenheten till avtalet, trots att medlemmen inte är med i organisationen längre.⁶⁰ Bryter organisation, enskild arbetsgivare eller arbetstagar mot kollektivavtal kan skadeståndsskyldighet uppstå enligt 54 § MBL.

Arbetsgivare och arbetstagar som är bundna av kollektivavtal kan inte ingå överenskommelser som bryter mot kollektivavtalet.⁶¹ Sluts en sådan överenskommelse är den ogiltig, men precis som enligt allmänna avtalsrättsliga principer kan de avtalsslutande parterna godkänna en överenskommelse i efterhand.⁶²

2.3.3 Bundenhet för oorganiserade

Hur uppstår bundenhet för den oorganiserade arbetstagaren? Praxis etablerades tidigt av AD. Redan år 1932 prövades tvist i AD om arbetsgivares skyldighet att iaktta bestämmelserna i gällande kollektivavtal även för oorganiserade.⁶³ AD konstaterade att arbetsgivare som är bundna

⁵⁸ Adlercreutz och Mulder (2013) s. 91f.

⁵⁹ 26 § 1 st MBL.

⁶⁰ 26 § 2 st MBL.

⁶¹ 27 § MBL.

⁶² AD 1977 nr 116 s. 9.

⁶³ AD 1932 nr 95 s. 415.

av kollektivavtal inte skall tillämpa sämre villkor för arbetstagare som står utanför den kollektivavtalsslutande organisationen, även om det inte kommit till uttryck i kollektivavtalet. För att annat ska gälla skall det framkomma av avtalet. Fullgör inte arbetsgivaren förpliktelsen kan det innebära brott mot kollektivavtalet och leda till skadeståndsskyldighet till arbetstagarorganisationen.⁶⁴ Arbetsgivaren blev i det aktuella målet skyldig att betala skadestånd till arbetstagarorganisationen för brott mot kollektivavtalet. AD skrev i ett liknade mål 1944:

*”... att det vid slutande av kollektivavtal i allmänhet måste vara en naturlig förutsättning, att arbetsgivare, som är bundna av avtalet, icke skall tillämpa sämre villkor än de i avtalet angivna i fråga om sådana arbetare, vilka stå utanför den avtalsslutande arbetareorganisationen men sysselsätts i arbete, som avses med avtalet, en dylik förpliktelse måste således även utan uttrycklig föreskrift i avtalet åligga arbetsgivaren gentemot nämnda organisation, såvitt icke annat framgår av avtalet”.*⁶⁵

Normerande verkan i kollektivavtal gör det svårare för arbetsgivare att anlita utanförstående för att undvika betungande villkor i kollektivavtalet. AD påpekade också att det alltid har varit normalt förfarande att avlöna alla arbetare lika oavsett organisationstillhörighet.⁶⁶ Det aktuella fallet var till fördel för arbetsgivaren, som inte behövde tillämpa ett bättre avtal på arbetstagare som utförde samma arbete som de som var medlemmar i kollektivavtalsbunden organisation.

I AD 1966 nr 2 konstaterade AD återigen att arbetsgivare inte fick tillämpa sämre villkor på arbetstagare som stod utanför en kollektivavtalsbunden organisation, om inget annat framgick av avtalet.⁶⁷ Arbetsgivaren är inte förhindrad att ingå bindande enskilda överenskommelser med arbetstagaren, men risken uppstår då att arbetsgivaren gör sig skyldig till kollektivavtalsbrott och blir skadeståndsskyldig till den

⁶⁴ AD 1932 nr 95 s. 417.

⁶⁵ AD 1944 nr 37 s. 256.

⁶⁶ AD 1944 nr 37 s. 256.

⁶⁷ AD 1966 nr 2 s. 7.

kollektivavtalsbundna parten. Avtalsförhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstägaren kvarstår dock.⁶⁸

Kollektivavtalets normerande verkan innebär inte att alla kollektivavtalets villkor blir normerande för utomstående. Arbetstagarorganisationer har möjlighet att förhandla fram villkor i kollektivavtal som endast ska gynna dess egna medlemmar. I AD 1983 nr 184 hade den kollektivavtalsbärande organisationen förhandlat fram ett kollektivavtal som skulle flytta upp deras egna medlemmar till en högre lönegrupp. Konkurrerande arbetstagarorganisation, som inte hade kollektivavtal med arbetsgivaren, yrkade att även deras medlemmar skulle få del av löneökningen. Grunden för det var att kollektivavtalet skulle vara normerande även för de som inte var medlemmar i den kollektivavtalsbärande organisationen.⁶⁹ AD konstaterade att arbetstagarorganisationer ska ha rätt att konkurrera om att träffa kollektivavtal inom sitt verksamhetsområde, där styrkan hos respektive organisation får fälla avgörandet. Utökning av kollektivavtalets normerande verkan skulle få för långtgående konsekvenser, förändringar ska ske genom lagstiftning och inte rättstillämpning.⁷⁰ De utomstående vann ändå bifall för sitt yrkande i AD. Rättigheten baserades istället på anställningsavtalet och den hänvisning som fanns till gällande kollektivavtal.⁷¹

2.3.4 Sammanfattning av AD:s syn på styrka i kollektiva förhandlingar

Oorganiserades avsaknad av rätt till löneökningen genom kollektivavtalets normerande verkan ska inte ses som ett straff. Kollektiva förhandlingar ger större styrka för de arbetstagare som är med i arbetstagarorganisation, de ska kunna dra fördel av den kraft som finns i den kollektiva förhandlingen. Oorganiserade arbetstagare har rätt att bli medlemmar och därmed också

⁶⁸ Adlercreutz och Mulder (2013) s. 134.

⁶⁹ AD 1983 nr 184 s. 1f.

⁷⁰ AD 1983 nr 184 s. 9.

⁷¹ AD 1983 nr 184 s. 14.

kunna dra fördel av kollektiv förhandling. Liknande resonemang gäller även arbetsgivare som väljer att stå utanför arbetsgivarorganisation och istället ingår hängavtal. Oorganiserade arbetsgivare får ett sämre förhandlingsläge än de arbetsgivare som är medlemmar i en organisation. När de saknar styrkan i de kollektiva förhandlingarna, får de ibland acceptera att de inte lyckas förhandla fram lika bra villkor som organiserade arbetsgivare.

Kollektivavtalet är normerande för arbetstagare vare sig de vill det eller inte. Möjligheten finns att skriva in i anställningsavtalet att kollektivavtalet inte ska vara tillämpligt, med stor risk för att arbetsgivaren begår ett kollektivavtalsbrott. En risk de flesta arbetsgivare inte vill ta på grund av skadeståndsskyldigheten till den kollektivavtalsbundna arbetstagarorganisationen. Med tanke på att 90 % av alla arbetsgivare är bundna av kollektivavtal är sannolikheten för de flesta oorganiserade arbetstagare att de får acceptera kollektivavtalet, vare sig de vill eller inte.

2.4 Semidispositiv lagstiftning

Reglering genom lagstiftning är bindande för parterna på arbetsmarknaden, såvida den inte är semidispositiv. Sådan lagstiftning ger möjlighet att genom kollektivavtal avvika från tvingande lagregler på det arbetsrättsliga området, ett exempel är 2 § 3 st LAS som ger parterna på arbetsmarknaden möjlighet att avvika från turordningsreglerna i 22 § LAS. Lagstiftaren har med semidispositiv lagstiftning placerat ett stort ansvar på arbetsmarknadsparterna och givit parterna möjlighet att anpassa regleringen efter olika branschens skiftande förhållande.⁷² Möjligheter för den enskilda arbetstagaren att omförhandla semidispositiv lagstiftning finns inte, detta är förbehållet arbetstagarorganisation.

⁷² Adlercreutz och Mulder (2013) s. 111.

2.4.1 Gränsen för avtalsfriheten

Hur långt sträcker sig då möjligheten att avtala bort lagstiftning för parterna på arbetsmarknaden? I prop. 1976/77:90 om semesterlag m. m skriver lagstiftaren att om avtalet innebär en otillbörlig urholkning av arbetstagarnas rättigheter strider det mot grunderna i lagen.⁷³ Semidispositiv lagstiftning är inte tänkt att överlämna all makt till parterna. Lagens grundläggande syfte att skydda arbetstagares rättigheter måste upprätthållas, i alla fall får avvikelserna inte vara otillbörliga.

Fartyget Svea Corona trafikerade linjen Stockholm - Åbo. Ett rederiföretag (bolaget) övertog driften och ansåg att fartyget var överbemannat och ansåg det skulle vara möjligt att effektivisera bemanningen. Fartyget var svenskt, tillhörde ett svenskt rederi och enligt lagen skulle kaptenen på fartyget tala svenska. Målsättningen var att alla på fartyget skulle vara tvåspråkiga, de skulle tala finska och svenska. Enligt bolaget var det en säkerhetsfråga, även om de medgav att arbetstagarnas språkkunskaper inte bidragit till några olyckor. Tillsammans med Sjöfolksförbundet gjorde bolaget upp en turordningslista med hänsyn till turordningsreglerna och vilka språk arbetstagarna talade.⁷⁴ Nitton arbetstagare, alla medlemmar i den kollektivavtalsbundna arbetstagarorganisationen, blev uppsagda på grund av arbetsbrist. Fyra turordningslistor upprättades beroende på vilken yrkeskategori arbetstagarna tillhörde. På alla fyra listorna sattes de arbetstagare som endast talade finska längst ner på listan. Resterande arbetstagare blev placerade efter anställningstid, de med längst anställningstid längst upp.⁷⁵

AD konstaterade att arbetsgivaren inte lyckats styrka att uppsägningen var motiverad ur sjösäkerhetssynpunkt. Överenskommelsen om turordning ansågs istället vara diskriminerande mot de arbetstagare som endast talade finska och stred därmed mot god sed på arbetsmarknaden. Turordningslistan

⁷³ Prop. 1976/77:90 s. 169.

⁷⁴ AD 1983 nr 107 s. 690.

⁷⁵ AD 1983 nr 107 s. 684f.

jämkades så den inte längre framstod som oskälig, istället för att bortse från överenskommelsen helt och hållet. När hänsyn inte längre togs till språkkunskaper på turordningslistorna, blev resultatet att 13 av de 19 arbetstagarna var berättigade till ekonomiskt och ideellt skadestånd.⁷⁶ När målet var uppe i AD 1983 fanns det ingen diskrimineringslag, därför ansågs förfarandet strida mot god sed på arbetsmarknaden istället för mot diskrimineringslagen.

Till skillnad mot föregående mål var de två kärande i AD 1983 nr 112 oorganiserade. Vid uppsägning på grund av arbetsbrist, avvek arbetsgivaren och den lokala arbetstagarorganisationen från turordningsreglerna i 22 § LAS, hade turordningslistan följts skulle de två kärande inte blivit uppsagda.⁷⁷ De uppsagda, som var oorganiserade, grundade sina yrkanden på att avvikelser från turordningslistan inte var grundad på sakliga och objektiva skäl och därmed stred mot god sed. AD konstaterade att det fanns andra oorganiserade vilka inte blev uppsagda, något avseende behövde därmed inte läggas vid att de två var oorganiserade.⁷⁸ Om målet för de kollektivavtalsbundna parterna är att slå ut de oorganiserade, ska en sådan överenskommelse ses som rättstridig.⁷⁹ Men endast om det handlar om att slå ut dessa. Att de två blev uppsagda stred inte mot god sed på arbetsmarknaden. Inte heller var det på annat sätt otillbörligt.⁸⁰

Möjligheterna för de kollektivavtalsbundna parterna att sluta avtal som frångår den semidispositiva lagstiftningen är långtgående, oorganiserade arbetstagares möjligheter att få avsteg jämkade är små. Är det inte stridande mot god sed eller på annat sätt otillbörligt, till exempel genom direkt diskriminering är det svårt att få bifall i domstol. Båda målen visar på att det finns stora möjligheter för arbetsgivare och den arbetstagarorganisation som har kollektivavtal med arbetsgivaren, att göra överenskommelser som

⁷⁶ AD 1983 nr 107 s. 685f.

⁷⁷ Sammanlagt var det tre personer som blev uppsagda. Den tredje var inte heller medlem i kollektivavtalsbärande organisation.

⁷⁸ AD 1983 nr 112 s. 739ff.

⁷⁹ Prop. 1973:129 s. 233.

⁸⁰ AD 1983 nr 112 s. 740.

avviker från turordningsreglerna. Avtalsfriheten är stor för parterna och därmed möjligheten att frångå den semidispositiva lagstiftningen.

2.4.2 Stridande mot grunden för lagstiftningen

Avtalsfriheten är stor mellan de kollektivavtalsbundna parterna, men avtalet får inte strida mot grunderna för lagen. Kabinanställda hade vid uppsägning på grund av arbetsbrist förlorat rätten till återanställning. Bolaget och lokala klubbordförande hade avtalat om avvikelser från turordningsreglerna och återanställningsrätten.⁸¹ AD konstaterade att en otillbörlig urholkning av arbetstagarnas lagstadgade rättigheter genom kollektivavtal, anses ogiltig då den strider mot lagens grunder.⁸² Lagstiftaren hade valt semidispositiv lagstiftning i syfte att parterna på arbetsmarknaden skulle kunna ta hänsyn och anpassa sig efter förutsättningarna för respektive bransch. Det måste finnas en betydande rörelsefrihet för parterna på arbetsmarknaden. Samtidigt fyllde återanställningsrätten ett socialt skyddssystem som skulle ses som tvingande i sina väsentliga delar. Fördelarna för arbetsgivaren att kunna förhandla om turordning måste balanseras mot rätten till återanställning. Avtalet bolaget och klubbordförande hade ingått hade inte som syfte att anpassa efter branschens förutsättningar. Istället var syftet att utnyttja den semidispositiva regeln och avtala bort företrädesrätten. Ett avtal där arbetstagares rätt förhandlas bort utan att arbetstagarsidan vinner något annat, urholkar arbetstagarnas rättigheter på ett sådant sätt att avtalet ska ses som ogiltigt. Avtalet ogiltigförklarades i den delen att de anställda förlorat företrädesrätten till återanställning.⁸³

2.5 Stridsåtgärder i svensk rätt

Stridsåtgärder på arbetsmarknaden regleras i 41-45 § MBL. Vad som är en stridsåtgärd är svårt att definiera. En beskrivning är att det är en åtgärd

⁸¹ AD 1995 nr 108 s. 17.

⁸² AD 1995 nr 108 s. 10.

⁸³ AD 1995 nr 108 s. 21f.

menad att inverka på motparten, något som kan uppnås antingen genom handling eller genom underlåtenhet. Några situationer som i normala fall inte ska anses falla under stridsåtgärder är bland annat kritik, propaganda eller begäran om förhandling.⁸⁴ Huvudregeln på arbetsmarknaden är att föreningar av arbetstagare och arbetsgivare har rätt att vidta stridsåtgärder så länge inte annat följer av lag eller avtal enligt 2:14 RF. Tanken med RF är att den enskilde ska vara skyddad från ingrepp av det allmänna, undantaget från denna regel är 2:14 RF som är tillämplig även mellan enskilda. AD har i AD 2003 nr 46 varit tydlig med att domstolen inte får införa begränsningar för användande av stridsåtgärder. Finns det inte i lag eller i avtal mellan parterna något som förhindrar stridsåtgärder, ser AD sig inte behörig att införa begränsningar.⁸⁵ Arbetstagarorganisationerna har alltid rätt att strida för att kollektivavtal ska tecknas, och att vidta sympatiåtgärder för att stödja den som strider för kollektivavtal.

2.6 Slutsatser

Målet med detta avsnitt har inte varit att ge en heltäckande bild av den svenska modellen, utan att försöka lyfta fram de kännetecknande drag som finns i den. Det framträdande draget fram till 1970-talet är den passivitet lagstiftaren intog efter 1938 när den överlämnade regleringen av arbetsmarknaden till arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna. Efter 1970-talet har lagstiftaren intagit en mer aktiv roll. Arbetstagare och arbetstagarorganisationer fick en stärkt roll, särskilt de arbetstagarorganisationerna med kollektivavtal. Inträdet i EU har skapat nya utmaningar för den svenska modellen, och individens rättigheter i den svenska modellen har fått en mer framträdande roll även om det inte skett någon dramatisk förändring.

Den svenska modellen har gynnat framväxten av kollektivavtal och lagstiftaren har genom semidispositiv lagstiftning givit

⁸⁴ AD 2004 nr 6 s. 13.

⁸⁵ AD 2003 nr 46 s. 12f.

arbetsmarknadsorganisationerna en stark position på arbetsmarknaden. Lagstiftaren har, i sitt mål med den svenska modellen, reglerat arbetsmarknaden med syfte att få en arbetsmarknad styrd genom kollektivavtal. Så många som möjligt ska vara medlemmar i arbetstagarorganisationer och bundna av kollektivavtal. De som valt att stå utanför har själv fått stå risken för de konsekvenser de kan drabbas av.

Kollektivavtal, semidispositiv lagstiftning och stridsåtgärder är delar av den svenska modellen som fått stor påverkan på arbetsmarknaden. Påverkan som inte endast sträcker sig till medlemmarna, utan i minst lika stor utsträckning till de arbetstagare och arbetsgivare som väljer att vara oorganiserade. Oorganiserades möjligheter att påverka är små och de får acceptera framförhandlade avtal, möjligheten att få ingångna kollektivavtal jämkade eller ogiltigförklarade rättsligt är inte stora.

3 Föreningsfrihet

Föreningsfriheten handlar inte endast om rätten att få bilda och verka i föreningar, den så kallade positiva föreningsrätten. Det finns en negativ del av föreningsrätten, rätten att inte tvingas ansluta sig till en förening. Föreningsfriheten berörs i många internationella avtal Sverige har åtagit sig att följa, en del av dessa åtagande är även svensk lag. I detta kapitel kommer jag att gå igenom de centrala internationella åtagande Sverige ingått med Internationella arbetsorganisationen (ILO) och Förenta nationerna (FN) som berör föreningsfriheten, därefter kommer en genomgång av EKMR. De centrala och tvingande bestämmelserna finns i EKMR, men EKMR är påverkat av tankar från ILO och FN. Efter det följer föreningsfriheten i svensk rätt, sedan en genomgång av de uppmärksammade Gustafsson- och Evaldssonmålen från Europadomstolen. Kapitlet avslutas med slutsatser från Gustafsson- och Evaldssonmålen.

3.1 FN

I Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (AF) tas både föreningsfriheten och den fackliga föreningsfriheten upp. Var och en har rätt till fredliga möten och sammanslutningar, ingen ska tvingas att tillhöra en sammanslutning art. 20:2 AF. Var och en har också rätt att både bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen art. 23:4 AF.

I diskussionen om rätten till den negativa föreningsfriheten, att inte behöva tillhöra en förening, diskuterades om det även skulle innefatta organisationsklausuler.⁸⁶ En del länder ansåg att den negativa föreningsfriheten inte hade så stort tillämpningsområde att det skulle innebära förbud mot organisationsklausuler. Många ansåg att det räckte med

⁸⁶ En organisationsklausul i ett kollektivavtal innebär att arbetsgivaren förbinder sig att endast anställa arbetstagare tillhörande en särskild arbetstagarorganisation.

de begränsningar som var möjliga att göra tack vare art. 29:2 AF, att stater har möjlighet att göra inskränkningar i friheterna genom lag. Inskränkningar ska ske i syfte att trygga hänsyn och respekt för andras rättigheter och friheter, samt för att upprätthålla moral, allmän ordning och välfärd. Möjligheter att tvinga in medborgare i föreningar finns, om det uppfyller kraven. Tydligt ställningstagande angående vad som skulle gälla för organisationsklausuler gjordes inte, utan frågan lämnades öppen för tolkning. Rättigheten att vidta stridsåtgärder nämns inte i art. 23 AF, något som enligt förarbetena ansågs vara underförstått eftersom det var en del av en fackförenings rättigheter.⁸⁷

Allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna är inte juridiskt bindande, betydelsen av den kan därför anses vara av mindre värde. Dock ska inte glömmas att den ligger som grund för fortsatt arbete kring mänskliga rättigheter och hur de ska utformas.⁸⁸

3.2 ILO

Internationella arbetsorganisationen (ILO) skapades 1919 i syfte att förbättra arbetsvillkoren för arbetstagare.⁸⁹ Ett av målen var ett erkännande av rätten att bilda föreningar.⁹⁰ ILO-konvention 87 behandlar föreningsfriheten och rätten att organisera sig, Sverige ratificerade konventionen 1949.⁹¹ Ansvarig för att denna frihet ska kunna utövas ligger på staten enligt art. 11, parterna på arbetsmarknaden ska kunna utöva sin föreningsfrihet. Statens skyldighet handlar inte endast om en skyldighet att inte begränsa friheten, utan att aktivt se till att parterna ska kunna utnyttja den.⁹² Till skillnad mot art. 20:2 AF finns ingen reglering av den negativa föreningsfriheten i ILO-

⁸⁷ Herzfeld Olsson (2003) s. 120ff.

⁸⁸ Herzfeld Olsson (2003) s. 122.

⁸⁹ ILO: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-en/index.htm>>, besökt 2017-02-15.

⁹⁰ ILO: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-en/index.htm>>, besökt 2017-02-15.

⁹¹ ILO:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:-312232>, besökt 2017-02-17.

⁹² Herzfeld Olsson (2003) s. 129.

konvention 87. Diskussion fördes under arbetet med att ta fram konventionens innehåll. Beslutet blev att ansvaret skulle ligga på medlemsstaterna att själv avgöra huruvida en negativ föreningsfrihet ansågs nödvändig.⁹³

3.3 EKMR

Europarådet upprättades 1949 och Sverige var en av de ursprungliga medlemsstaterna i denna mellanstatliga organisation.⁹⁴ För tillfället består Europarådet av 47 medlemsstater.⁹⁵ Europarådets påverkan på sina medlemmar har genom åren till stor del varit genom EKMR från 1950.⁹⁶ EKMR fastställer de fri- och rättigheter som ska tillkomma alla som befinner sig inom deras jurisdiktion enligt art. 1 EKMR. Rättigheter är alltså inte knutna till medborgarskap, utan att personen befinner sig inom medlemsstaternas geografiska område. Europadomstolen i Strasbourg är den domstol som tillämpar EKMR och den består av en domare från varje konventionsstat.⁹⁷

Mål som kommer upp i Europadomstolen rör förhållanden mellan enskilda och medlemsstater. Frågor som berör tvist mellan enskilda ligger inte inom domstolens behörighet att pröva. Rätt att väcka talan i Europadomstolen regleras i art. 34 EKMR och gäller bland annat enskilda personer. Talan får inte väckas förrän alla inhemska rättsliga medel har uttömts art 35.1 EKMR. Kommer Europadomstolen fram till att en kränkning av rättigheterna har skett, kan den enskilde vara berättigad till ekonomisk ersättning art. 41 EKMR. Rättigheter som genom åren fått en omfattande rättspraxis är art. 6 EKMR om rättvis rättegång och art. 1 i första tilläggsprotokollet om äganderätt.⁹⁸

⁹³ Herzfeld Olsson (2003) s. 141.

⁹⁴ Bernitz och Kjellgren (2014) s. 24.

⁹⁵ Mänskliga rättigheter: Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter, <<http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/europaradet>>, besökt 2017-02-09.

⁹⁶ Bernitz och Kjellgren (2014) s. 24.

⁹⁷ Bernitz och Kjellgren (2014) s. 148f.

⁹⁸ Bernitz och Kjellgren (2014) s. 149.

Europadomstolen har utarbetat en särskild doktrin kallad ”margin of appreciation” de använder när de tillämpar EKMR. Doktrinen innebär att medlemsländerna i Europarådet har ett visst rörelseutrymme i hur de tillämpar EKMR. Europadomstolen har inte en strikt och entydig tolkning, men det är Europadomstolen som avgör hur stort detta rörelseutrymme är för medlemsländerna. Margin of appreciation ger Europadomstolen möjlighet att anpassa rätten efter de olika medlemsländernas förutsättningar.⁹⁹

3.3.1 Föreningsfriheten i EKMR

Föreningsfriheten i EKMR regleras i art.11 EKMR, som säger att alla har rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar. Möjligheter finns för staten att inskränka dessa rättigheter genom lagstiftning. Inskränkningen ska vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle, med hänsyn till den nationella- eller allmänna säkerheten, förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral och till skydd för andra personers fri- och rättigheter.¹⁰⁰

Negativ föreningsrätt nämns inte i EKMR, anledningen var att frågan ansågs kontroversiell. Många mål har varit upp i Europadomstolen angående den negativa föreningsfriheten sedan tillkomsten av EKMR, det är nu klarlagt att den ryms inom art. 11 EKMR, även om den inte nämns uttryckligen.

Negativ frihet kopplad till föreningsfriheten är inte heller konstigt med tanke på hur de andra frihetsartiklarna i EKMR tolkats. Negativ föreningsfrihet handlar inte endast om rätten att inte tvingas tillhöra en förening, det handlar även om att inte behöva drabbas av påföljder för att man inte är medlem.¹⁰¹

⁹⁹ Österdahl (2007) s. 886

¹⁰⁰ Art. 11.2 EKMR.

¹⁰¹ Danelius (2015) s. 530f.

3.3.2 Staten ska skydda enskilda

EKMR och de friheter som finns i konventionen är till för att skydda enskilda mot staten, staten har också en skyldighet att skydda enskilda från att få sina friheter begränsade av enskilda. Denna slutsats kom Europadomstolen fram till i *Young, James and Webster v. the United Kingdom*. British Rail ingick 1975 ett avtal med tre fackförbund innehållande en organisationsklausul. Undantagna var de som av religiösa skäl inte ville vara medlemmar i en arbetstagarorganisation.¹⁰² De tre klagande vägrade gå med i någon av de tre organisationerna och blev därför uppsagda.¹⁰³ Organisationsklausulen fanns inte när de tre blev anställda och deras vägran att gå med berodde inte på religiösa skäl. Istället var det av personlig övertygelse de inte ville vara medlemmar i någon av arbetstagarorganisationerna. Europadomstolen konstaterade att det var staten som genom lagstiftning gjort det möjligt att kränka individernas rättigheter, eftersom staten möjliggjort kränkningen var den också ansvarig.¹⁰⁴

3.4 Föreningsfriheten i svensk rätt

Föreningsfriheten tillförsäkrar den enskilde friheten att ansluta sig tillsammans med andra, antingen för enskilda eller för allmänna syften.¹⁰⁵ Med förening menas exempelvis politiska partier och arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer.¹⁰⁶ Friheten att ansluta sig till förening innefattar även rätten att verka inom sammanslutningen.¹⁰⁷

Begränsning av vissa av friheterna får ske, däribland föreningsfriheten.¹⁰⁸ Begränsningar genom lag får endast ske för att tillgodose ändamål godtagbara i ett demokratiskt samhälle enligt 2:21 RF, exempel på det är att

¹⁰² *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, no. 7601/76; 7806/77, punkt 29.

¹⁰³ *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, no. 7601/76; 7806/77, punkt 12.

¹⁰⁴ *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, no. 7601/76; 7806/77, punkt 49.

¹⁰⁵ 2:1 5 p RF.

¹⁰⁶ Karnov internet, Regeringsform (1974:152) 2 kap. 1 §, not 18, 2017-03-13

¹⁰⁷ Prop. 1975/76:209 s. 144.

¹⁰⁸ 2:20 1 st 1p RF

verksamheten innebär förföljelse av folkgrupp på grund av etnicitet, hudfärg eller liknande förhållande¹⁰⁹. Den negativa föreningsfriheten i svensk rätt kommer till uttryck i 2:2 RF. Det allmänna får inte tvinga någon att tillhöra sammanslutning med viss åskådning, men privata rättssubjekt som arbetstagarorganisationer träffas inte av detta förbud. Åskådning som nämns i 2:2 RF är politisk, religiös, kulturell eller liknande åskådning.

3.5 Gustafsson v. Sweden

En viktig och uppmärksammas dom för att förstå den negativa föreningsfriheten är *Gustafsson v. Sweden* som prövades i Europadomstolen 1996. *Gustafsson*målet förtydligade den negativa föreningsfriheten och hur långtgående den är i förhållande till den positiva.

3.5.1 Bakgrund till *Gustafsson*målet

Gustafsson ägde och drev sommarrestaurangen *Ihrebaden* och ett vandrarhem på Gotland. Restaurangen hade färre än 10 anställda, alla var säsonganställda. *Gustafsson* var inte medlem i någon arbetsgivarförening, något hängavtal fanns inte heller mellan *Gustafsson* och arbetstagarorganisation. I början av sommaren 1987 ville Hotell- och restauranganställdas förbund (HRF) sluta hängavtal med *Gustafsson*, detta motsatte sig han sig utifrån ideologiska skäl. Han hävdade att de anställda redan tjänade mer än vad de skulle enligt kollektivavtalet och att hans anställda motsatte sig kollektivavtal.¹¹⁰ Enligt villkoren i hängavtalet skulle *Gustafsson* förbinda sig att följa de kollektivavtal som framförhandlades mellan parterna på arbetsmarknaden och teckna försäkringar i det försäkringsbolag organisationerna ägde, krav som ofta finns i hängavtal. Förutom det skulle *Gustafsson* förbinda sig att endast anställa medlemmar i

¹⁰⁹ 2:24 2 st RF

¹¹⁰ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 9ff.

den organisation han skulle teckna hängavtal med, en så kallad organisationsklausul.¹¹¹

Krav på organisationsklausul framställdes, i stort sett, endast mot arbetsgivare som skulle ingå hängavtal och då främst arbetsgivare med få och tillfälligt anställda. Några organisationsklausuler förekom inte inom den offentliga sektorn och inte heller i kollektivavtal med SAF.¹¹² SAF var tidigt ute med att inte tillåta organisationsklausuler i sina kollektivavtal, de ansåg strida mot arbetsgivarens rätt att fritt välja vem som ska anställas.¹¹³

Gustafsson beslutade att inte teckna hängavtal med HRF. Efter att han avvisat även ett andra reviderat förslag till hängavtal beslutade HRF att sätta Gustafsson i blockad. Sympatiåtgärder vidtogs av Handelsanställdas förbund och Svenska Livsmedelsarbetareförbundet. Sommaren 1988 vidtog även Svenska transportarbetareförbundet och Kommunalarbetareförbundet sympatiåtgärder, leveranserna till restaurangen blev därmed stoppade. Under tiden stridsåtgärderna pågick gick en anställd, som var medlem i HRF, ut och kritiserade de vidtagna åtgärderna. Den anställde menade på att lönen och arbetsförhållandena var bra. Dock hävdade regeringen vid förhandlingarna i Europadomstolen att anledningen till stridsåtgärderna var att en anställd, som var medlem i HRF, 1986 hade begärt hjälp av arbetstagarorganisationen. HRF hävdade då att de anställda fick en lägre lön än de skulle haft enligt kollektivavtalet, de fick inte heller korrekt semesterersättning.¹¹⁴

Augusti 1988 ansökte Gustafsson hos regeringen om att de skulle förbjuda HRF att fortsätta med blockaden och att även sympatiåtgärderna skulle upphöra. Regeringen avvisade Gustafssons ansökan med motiveringen att detta var en angelägenhet mellan två privata subjekt och därmed inte en angelägenhet för regeringen, som inte ansåg sig behörig i ärendet.

¹¹¹ Källström (1999) s. 21.

¹¹² SOU 1982:60 s. 287ff.

¹¹³ Adlercreutz och Mulder (2013) s. 103.

¹¹⁴ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 12ff.

Gustafsson tog då ärendet till regeringsrätten, där ärendet också avvisades.¹¹⁵ I början av 1991 sålde Gustafsson restaurangen, den nya ägaren hade kollektivavtal och därmed avslutades stridsåtgärderna.¹¹⁶ Gustafsson klagade till kommissionen 1 juli 1989 bland annat över att hans föreningsfrihet enligt art. 11 EKMR hade kränkts. Regeringen motsatte sig att det skett kränkning av Gustafssons rättigheter.¹¹⁷

Europadomstolen konstaterade, precis som i *Young, James and Webster*, att även om det är privata subjekt inblandade och kränkningen inte sker direkt av staten, har staten ett ansvar för en kränkning om de inte har lyckats säkerställa att individens rättigheter är skyddade på grund av ett misslyckande från deras sida. Domstolen konstaterade också att tvång att ansluta sig inte alltid innebar en kränkning, den uppstod om det träffade kärnan i art. 11 EKMR. Slog det mot kärnan var det statens skyldighet att ingripa för att garantera att individens rättigheter inte kränktes. Dock måste staten få ha en ”margin of appreciation” för att kunna uppnå en balans mellan motstående intressen, på grund av de känsliga sociala och politiska frågor som är inblandade.¹¹⁸ Inom margin of appreciation rymdes även möjligheten att använda stridsåtgärder, något som tidigare inte varit klarlagt att det rymdes inom art. 11 EKMR.¹¹⁹ För att Gustafssons negativa föreningsrätt skulle ha kränkts behövde kärnområdet för föreningsfriheten beröras. Det avgörande var om tvånget var tillåtet eller inte, om det berörde föreningsrättens kärna och hur kraftigt tvång som utövades mot den enskilde.¹²⁰

Att den negativa föreningsrätten berörs betyder inte att den kränks, utan det måste beröra kärnan i den negativa föreningsrätten. Vid dessa situationer uppstår en konflikt mellan den positiva och den negativa föreningsrätten. Arbetstagarorganisationernas rätt att vidta stridsåtgärder i syfte att teckna

¹¹⁵ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 16ff.

¹¹⁶ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 23.

¹¹⁷ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 36ff.

¹¹⁸ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 45.

¹¹⁹ Källström (1999) s. 29.

¹²⁰ Källström (1999) s. 32.

kollektivavtal, kontra individens rätt att stå utanför. Vilken rätt som är starkast i denna situation är inget Europadomstolen tog ställning till, domstolen tog inte heller ställning till om dessa rättigheter kunde jämföras med varandra. Utan för att en kränkning ska ske, ska det slå mot ”*the very substance of the freedom*”.¹²¹

För att göra bedömningen om det slog mot kärnan i den negativa föreningsrätten gjorde Europadomstolen en avvägning mellan skadeverkningarna och syftet med stridsåtgärderna.¹²² Tvång för Gustafsson att ansluta sig till en arbetsgivarorganisation fanns inte, Gustafsson hade valmöjligheten att ingå hängavtal och därmed behövde han inte ansluta sig till någon organisation. Hängavtalet minskade möjligheterna att påverka framtida framförhandlingar av kollektivavtal, men det fanns möjligheter att omförhandla individuella delar i hängavtalet för att anpassa efter Gustafssons förutsättningar.¹²³ Hade det handlat om att tvinga Gustafsson att ansluta sig till en arbetsgivarorganisation hade det kunnat vara så att kärnan i den negativa föreningsfriheten hade berörts.¹²⁴

Skyddet för den negativa föreningsrätten ansågs svagare när det inte fanns något tvång att gå med i en organisation. Detta tvång minskade med möjligheten att skriva på hängavtal.¹²⁵ Gustafsson hade, enligt Europadomstolen, inte heller visat på att hans anställda hade förmånligare avtal än vad de hade haft enligt kollektivavtalet. Domstolen kom med beaktande av staters ”margin of appreciation” fram till att någon kränkning av art. 11 EKMR inte skett.¹²⁶ Gustafsson överklagade sedermera domen och menade på att Europadomstolen hade kommit fram till sitt beslut på felaktiga grunder. Ansökan avslogs av domstolen med motiveringen att de

¹²¹ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 45.

¹²² Källström (1999) s. 32f.

¹²³ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 52.

¹²⁴ Källström (1999) s. 34.

¹²⁵ Sigeman (1999) s. 44.

¹²⁶ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 53f.

ståndpunkter Gustafsson tagit upp inte varit avgörande för domstolens utslag.¹²⁷

3.5.2 Slutsatser och diskussion

Även om det kan anses viktigt att det ska finnas en balans på arbetsmarknaden, är frågan om detta har någon större relevans i Gustafssonmålet. Här handlar det istället om hur långt den ena parten kan gå i utnyttjandet av sin övermakt, i Gustafssons fall hur långt arbetstagarorganisationen kunde utnyttja sin maktposition i förhållande till en enskild.¹²⁸ Tvånget från arbetstagarorganisationen är ingen kränkning eftersom Gustafsson kan ingå hängavtal och därmed tvingas han inte in i en organisation han motsätter sig av ideologiska skäl. Ett hängavtal skulle sedermera ge Gustafsson möjligheter att framförhandla villkor som enligt Europadomstolen skulle kunna anpassas efter hans förutsättningar.¹²⁹ Möjlighet att kunna anpassa hängavtal med individuella villkor, anser en del juridiska forskare är ett misstag från domstolens sida.¹³⁰ Reinhold Fahlbeck menar på att förhandlingar om innehåll i hängavtal inte sker med arbetsgivare, någon avtalsfrihet existerar inte för arbetsgivaren. Undertecknande av hängavtal sker ”*med pistolen för pannan*”.¹³¹

Staterna har en skyldighet att se till att enskildas frihet respekteras. När det kommer till arbetsmarknaden har staterna stor frihet att avgöra var gränsen ligger för statligt ingripande och vilka medel som ska kunna användas. Europadomstolen menade att eftersom Gustafsson inte behövde ansluta sig till en arbetsgivarorganisation, utan kunde sluta ett hängavtal var staten inte skyldig att skydda honom. Gustafsson hade principiella skäl att inte vilja teckna hängavtal, men att inte vilja teckna kollektivavtal innefattas inte i den negativa föreningsfriheten.¹³²

¹²⁷ Källström (1999) s. 26ff.

¹²⁸ Källström (1999) s. 29.

¹²⁹ *Gustafsson v. Sweden*, no. 15573/89 punkt 42 och 52.

¹³⁰ Källström (1999) s. 31. Fahlbeck (1996) s. 19.

¹³¹ Fahlbeck (1996) s. 19.

¹³² Danelius (2015) s. 532.

Principiella skäl att inte vilja anslutas är något Europadomstolen tar hänsyn till. Både i *Young, James och Webster* och i *Gustafsson* målet anger de klagande att de av ideologiska skäl inte vill vara med i organisationer. I *Sibson v. the United Kingdom* saknas denna ideologiska övertygelse hos den klagande.¹³³ *Sibson* hade utträtt ur arbetstagarorganisationen, vilket grundade sig i en konflikt *Sibson* hade med fackföreningen. *Sibson*'s rättigheter enligt art. 11 hade inte kränkts.¹³⁴ *Sigeman* menar på att det ska finna ett motiv från den enskilde för att inte vilja ansluta sig till organisation. *Sigeman* ser ett samband mellan tankefrihet och åsiktsfrihet (art 9 och 10 EKMR) och att dessa ska sättas i samband med föreningsfriheten.¹³⁵

För att den negativa föreningsrätten ska anses ha blivit kränkt behövs det ha vidtagits starka påtryckningar med syfte att tvinga in någon i en organisation. I *Young, James och Webster* var påtryckningen att de blev uppsagda om de inte anslöt sig till de arbetstagarorganisationer som nämndes i organisationsklausulen, i *Gustafsson* var det fråga om fackliga stridsåtgärder. Påtryckningar förekommer i båda målen, skillnaden uppkommer i att effekten blir olika. I *Young, James och Webster* var effekten uppsägning om de inte anslöt sig till en av organisationerna i organisationsklausulen, någon annan valmöjlighet fanns inte för arbetstagarna. I *Gustafsson* handlade det om att tvinga in någon i ett kollektivavtalssystem som han av ideologiska skäl inte ville tillhöra, något krav på att *Gustafsson* skulle gå med i organisation fanns inte.¹³⁶ *Gustafsson* hade en valmöjlighet, det hade inte *Young, James och Webster*. Hot om avskedande är en mycket allvarlig form av tvång.¹³⁷ Principiella invändningar mot ett system är inte tillräckligt för att den negativa föreningsfriheten ska anses kränkt, det krävs ett tvång som i stort sett utesluter andra valmöjligheter än att ansluta sig.

¹³³ *Sibson v. the United Kingdom*, no. 14327/88 punkt 29.

¹³⁴ *Danelius* (2015) s. 531.

¹³⁵ *Sigeman* (1999) s. 45.

¹³⁶ *Sigeman* (1999) s. 43f.

¹³⁷ *Danelius* (2015) s. 531.

Men kan då inte organisationsklausulen i hängavtalet ses som en allvarlig form av tvång? Gustafsson skulle tvingas att endast anställa arbetstagare som var medlemmar i HRF och den som väljer att stå utanför ska inte drabbas av negativa påföljder. Om Gustafsson påtvingas en organisationsklausul, innebär det en sämre position än om Gustafsson varit med i en arbetsgivarorganisation som inte accepterat organisationsklausuler i kollektivavtal, men hängavtal är något som arbetstagarorganisationerna drivit på för att få in i kollektivavtal. I en SOU från 1975 nämns att organisationsklausuler endast finns i ett mycket begränsat antal i riksavtal. En av anledningarna till att det är så begränsat med organisationsklausuler är att SAF inte tagit med dem i sina kollektivavtal.¹³⁸ Att Gustafsson pressas för att acceptera ett hängavtal med en organisationsklausul innebär inte att Gustafsson behandlas sämre än andra arbetsgivare. Det innebär att Gustafsson inte har den styrka som SAF har i sina förhandlingar, vilket gjort att SAF kunnat undvika organisationsklausuler. Gustafsson behandlas inte sämre, Gustafsson behandlas precis som alla andra. Det är bara att Gustafsson är ensam i sin kamp. Arbetsgivare som däremot är med i exempelvis SAF har lyckats få bättre villkor, något som kommer av att de är starkare tillsammans. Gustafsson blir lika behandlad som andra arbetsgivare, men han lyckas inte förhandla fram lika goda villkor. Därför drabbas inte Gustafsson av några negativa påföljder för att han väljer att stå utanför.

Organisationsklausuler är fortfarande inte förbjudet inom svensk rätt, men de har till stor del försvunnit. Detta på grund av europeisk rättspraxis och den kritik som det fått internationellt, bland annat Danmark har förbjudit dem.¹³⁹

¹³⁸ SOU 1975:1 s. 237.

¹³⁹ Lunning och Toijer (2016) s. 437f.

3.6 Evaldsson med flera och granskningsavgifter

Till skillnad mot Gustafssonmålet uttalar sig Europadomstolen inte om art. 11 EKMR i Evaldssonmålet. Negativ föreningsrätt berörs i målet, men det är en kränkning av art. 1 i tilläggsprotokollet om skydd för egendom som konstateras av domstolen.

3.6.1 Bakgrund till Evaldsson

Evaldsson och fyra andra klagande var anställda på ett byggbolag under fem månader 1999. Ingen av dem var medlemmar i arbetstagarorganisation.

Bolaget var bundna av kollektivavtal med Svenska

Byggnadsarbetareförbundet, vars lokala förening var Byggettan.

Arbetsgivaren var enligt avtalet skyldig att dra av 1,5 % av lönen för de anställda, en så kallad granskningsavgift. Summan betalades till Byggettan för att de skulle granska och se till att ackord- och resultatlön blev rätt.¹⁴⁰ De fem klagande bad om att få bli undantagna från löneavdraget, vilket bolaget godtog och slutade att betala granskningsavgift för dem. Byggettan ansåg att detta inte var överensstämmande med avtalet.¹⁴¹ Efter lokala och centrala förhandlingar tog Sveriges Byggindustrier tvisten till AD för klargörande.

Arbetsgivarorganisationen hävdade att bolaget inte skulle vara skyldiga att göra avdrag på lönen för granskningsavgifter och att granskningsavgiften var högre än kostnaden för att genomföra mätningar. Överskottet använde arbetstagarorganisationen till att bedriva det vanliga fackliga arbetet.

Granskningsavgiften kunde därför ses som ett påtvingat medlemskap i arbetstagarorganisation för de oorganiserade, en kränkning av den negativa föreningsfriheten i art. 11 EKMR.

¹⁴⁰ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 5ff.

¹⁴¹ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 11.

Föga förvånande delades inte denna åsikt av arbetstagarorganisationen. De kunde inte se granskningsavgiften som påtvingat, särskilt med tanke på att medlemsavgiften betalades separat till organisationen. Byggettan påpekade att de klagande inte hade uttryckt någon ideologisk övertygelse till att inte behöva betala avgiften. Dessutom gick systemet med granskningsavgifter med minus, något som kunde ses i räkenskaperna eftersom granskningsavgifterna redovisades separat. Byggettan hävdade också att den positiva föreningsrätten var starkare än den negativa i art. 11 EKMR. Förbud mot att ta ut granskningsavgifter från oorganiserade skulle uppmuntra medlemmar att lämna arbetstagarorganisationen för att slippa betala avgiften.

AD avslag arbetsgivarorganisationens yrkande med motiveringen att kärnan i den negativa föreningsrätten måste vara kränkt. Kränkningen sker om det finns ett visst tvång eller stark påtryckning att gå med i en arbetstagarorganisation. Tvång att ansluta sig till en arbetstagarorganisation fanns inte i det aktuella fallet och att betala granskningsavgift ansågs inte vara jämförbart med ett tvångsmedlemskap. Vidare skedde arbetstagarorganisationens arbete med granskningarna på samma sätt oavsett om personen var medlem eller inte, att granskningsavgiften skulle vara ett tvång för att få de klagande att bli medlemmar kunde inte AD hålla med om. De klagandes rättigheter hade inte kränkts.¹⁴²

Evaldsson och de fyra andra klagade hos Europadomstolen tillsammans med Sveriges Byggindustrier. Klagan gällde kränkning av art. 9 (tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet), art. 10 (yttrandefrihet), art. 11 (mötes- och föreningsfrihet), art. 14 (förbud mot diskriminering) och art. 1 tilläggsprotokollet (skydd för egendom).¹⁴³ Europadomstolen prövade slutligen endast kränkningen av art. 1 i tilläggsprotokollet om skydd för egendom, de ansåg inte det nödvändigt att pröva de andra artiklarna.¹⁴⁴

¹⁴² *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 12ff.

¹⁴³ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 1.

¹⁴⁴ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 67.

De klagande hävdade att granskningsavgiften var en förtäckt medlemsavgift till arbetstagarorganisationen och genom den avgiften bidrog de till arbetstagarorganisationens allmänna fackliga arbete, något de av ideologiska skäl inte sympatiserade med. Räkenskaper presenterades vilka skulle visa på att det överskott som skapades av granskningsavgifterna användes till det allmänna fackarbetet. De hävdade också att de inte fick den juridiska hjälp medlemmar fick vid tvister på grund av granskningsavgiften. Den svenska staten hade därmed en skyldighet att skydda de klagandes rättigheter i art. 11 eftersom svenska staten hade gjort det möjligt att kränka dem.¹⁴⁵

Svenska staten menade på att granskningsavgifterna skyddade inte bara rättigheter, utan var i det allmännas intresse för att upprätthålla legitimiteten av den svenska modellen. Regeringen lyfte fram kollektivavtalssystemet och dess normativa verkan, något som bidrog till att skydda arbetstagares rättigheter. Behövde oorganiserade inte bidra till granskningsavgifter skulle det innebära en ökad ekonomisk börda på medlemmarna i arbetstagarorganisationerna. Räkenskaper presenterades som visade på att Byggettan gick med förlust med granskningsavgifterna och inte vinst som hävdades av motparten.¹⁴⁶

3.6.2 Godtagbart med avgifter

Europadomstolen konstaterade att avdraget för granskningsavgiften rymdes inom art. 1 i tilläggsprotokollet, därefter prövades frågan om det var i allmänhetens intresse eller om det följde av lag. Domstolen konstaterade att regleringen av löner och arbetsförhållanden på arbetsmarknaden till stor del sköttes av arbetsmarknadsparterna och att det inte fanns någon statlig myndighet som kontrollerade detta. Under de förhållandena var det godtagbart, ur ett allmänt intresse, att granskningsavgiften användes för att täcka inspektionsarbetet som utfördes av arbetstagarorganisationerna. Syftet med inspektionerna var att tillvarata arbetstagarnas intresse, oavsett om de

¹⁴⁵ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 44ff.

¹⁴⁶ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 48ff.

var medlemmar eller inte. Därefter gjordes en proportionalitetsbedömning för att se om intrånget innebar för stor börda för individen.¹⁴⁷

Räkenskaperna som presenterats för domstolen innehöll flera frågetecken och det var svårt att utröna vilka kostnaderna var för arbetet. Enligt avtalet skulle granskningsavgiften endast täcka de kostnader som följde av granskningsarbetet. De klagande hade enligt avtalet rätt till information för att kontrollera att så var fallet. Med tanke på att de klagande tvingades betala granskningsavgift till en organisation som de motsatte sig av ideologiska skäl, ansåg domstolen det var ännu viktigare att avgiften endast användes till granskningsarbetet. Räkenskaperna som presenterades kunde inte verifiera att avgiften endast gått till att täcka granskningsarbetet.¹⁴⁸

Europadomstolen konstaterade att det måste finnas en ”margin of appreciation” i hur stater organiserar sin arbetsmarknad, även när det som i det svenska systemet överlåtes till organisationer på arbetsmarknaden. Men om det överlåtes till organisationer, måste dessa kunna ställas till svars för hur de sköter uppgiften. Regleras det i kollektivavtal att även oorganiserade måste vara med och bidra finansiellt till ett system som sköts av arbetstagarorganisationen, är det statens positiva skyldighet att skydda deras rättigheter. Systemet med granskningsavgifter saknade den transparens som krävdes för att ingreppet skulle anses vara proportionellt. Individen hade inte en ordentlig möjlighet att kontrollera hur avgiften användes och då rymdes det inte inom allmänhetens intresse. En kränkning hade skett av art. 1 i tilläggsprotokollet.¹⁴⁹

Dessvärre går domstolen inte vidare och undersöker om det hade skett en kränkning av ytterligare artiklar i EKMR, särskilt den negativa föreningsrätten. Frågan kvartstår om granskningsavgiften kan ses som ett påtvingat medlemskap i en arbetstagarorganisation. Europadomstolen konstaterade att staten har en positiv skyldighet att skydda individen från de regleringar och aktiviteter som organisationer genomför på

¹⁴⁷ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 52ff.

¹⁴⁸ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 58ff.

¹⁴⁹ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 63f.

arbetsmarknaden, särskilt i en situation som den svenska där staten nästan helt lagt över ansvaret på regleringen av arbetsmarknaden.¹⁵⁰ Staten har då en positiv skyldighet, speciellt i de situationer skyldigheterna sträcker sig till oorganiserade arbetstagare, att se till att dessa skyldigheter inte kränker deras rättigheter. I det aktuella fallet handlade det om ekonomisk skyldighet att bidra till ett system de klagande hade nytta av enligt domstolen.¹⁵¹

3.6.3 Staten misslyckas med att skydda individen

En av de skiljaktiga domarna var den svenska som hellre hade sett att domstolen bedömt målet mot art. 11 istället för art. 1 i EKMR. Utifrån AD:s resonemang hade det, enligt den svenska domaren, skett en kränkning av de klagandes rättigheter enligt art. 11 EKMR. De klagande hade genom att arbetsgivaren gjorde avdrag på deras lön för granskningsavgifter, varit tvingade att bidra till en organisation de inte ville vara medlemmar i. Svenska staten hade misslyckats med att skydda individernas negativa föreningsrätt och därmed var det en kränkning.¹⁵²

Med utgångspunkt i detta resonemang hade den svenska staten med utformandet av den svenska modellen lagt över för stora rättigheter på arbetsmarknadsparterna. Individens rättigheter skyddades inte, utan individen fick acceptera de normer och regleringar som parterna skapat. Att parterna genom kollektivavtal anses kontrollera varandra och därmed skydda individen från kränkningar är inte tillräckligt. Någon kontroll behövs över att dessa organisationer befinner sig inom de rättsliga ramarna. Inte bara med beaktande av den svenska lagstiftningen och skapad praxis, utan även med beaktande av EKMR. En kränkning av kärnan i den negativa föreningsrätten är inte endast att du tvingas in i en organisation. Det kan

¹⁵⁰ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 63.

¹⁵¹ *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, punkt 56.

¹⁵² *Evaldsson and others v. Sweden*, no. 75252/01, Concurring opinion of judge Fura-Sandström.

också innebära att du indirekt tvingas att bidra till organisationens verksamhet.

Detta visade sig i målet *Vördur Olafsson mot Island*, där klagande var skyldig att betala en avgift till en isländsk industriorganisation han inte tillhörde.¹⁵³ Precis som i *Evaldsson* konstaterade domstolen att det saknades möjligheter för den klagande att se vad avgiften användes till.¹⁵⁴

Proportionalitetsbedömning gjordes och den klagandes föreningsfrihet ansågs väga tyngre.¹⁵⁵ Precis som i *Evaldsson* konstaterade domstolen att avsaknande av transparens innebar en kränkning av klagandes rättigheter, men till skillnad mot *Evaldsson* målet var det nu en kränkning av art. 11 EKMR.¹⁵⁶ Redan skyldigheten att betala en avgift till en organisation kan därmed anses strida mot art. 11.¹⁵⁷

3.7 Slutsatser Gustafsson och Evaldsson

Gustafsson och Evaldsson är intressanta mål av olika skäl. I *Gustafsson* konstaterade domstolen att det fanns en kärna i den negativa föreningsrätten, tvinga någon att ansluta sig till en organisation med tvång är att kränka kärnan. Har individen däremot ett val, som i *Gustafsson* målet, är det tillräckligt för att det inte ska innebära en kränkning. Bruket av tvångsmedel från arbetsmarknadsorganisationerna, exempelvis stridsåtgärder, är helt enligt den positiva föreningsrätten. Stridsåtgärder är endast ett sätt för arbetstagarorganisationer att skydda arbetstagares rättigheter, speciellt i ett system som det svenska där lagstiftaren lagt över ansvaret på att reglera och kontrollera arbetsmarknaden till organisationerna. En möjlighet måste finnas för att organisationerna att skydda sina medlemmar och bland annat förhindra lönedumpning.

¹⁵³ *Vördur Olafsson v. Iceland*, no. 20161/06, punkt 7.

¹⁵⁴ *Vördur Olafsson v. Iceland*, no. 20161/06, punkt 81.

¹⁵⁵ *Vördur Olafsson v. Iceland*, no. 20161/06, punkt 24.

¹⁵⁶ *Vördur Olafsson v. Iceland*, no. 20161/06, punkt 82.

¹⁵⁷ Danelius (2015) s. 533.

Däremot får staten inte helt släppa kontrollen över hur parterna reglerar arbetsmarknaden. Europadomstolen konstaterar i Ewaldssonmålet att staten har ett ansvar för att kontrollera hur organisationerna reglerar arbetsmarknaden när de har så stor makt som i den svenska. Rättigheterna för kollektivet får inte innebära att individens rättigheter kränks. För att undvika att det sker är det viktigt med transparens på arbetsmarknaden så den oorganiserade kan kontrollera att exempelvis avgifter kommer honom till nytta.

4 Skiljeklausuler i svensk arbetsrätt

En del kollektivavtal innehåller skiljeklausuler. Den normerande verkan kollektivavtal har binder även oorganiserade, om det inte i det enskilda anställningsavtalet skrivits in en överenskommelse att skiljeklausulen inte ska tillämpas. I detta kapitel kommer jag att ge en kort beskrivning av anledningar till att skiljeklausul används. Därefter kommer jag att beskriva hur skiljeklausuler, inom arbetsrätten, hanterats av rättstillämpningen. Jag kommer då att titta på både organiserade och oorganiserade arbetstagare.

4.1 Skiljeförfarande

Twist som ska prövas får inte tas upp av domstol om det finns avtal att det ska lösas genom skiljenämnd enligt 10:17 RB. Hinder mot rättegång på grund av skiljeklausul ska endast beaktas efter invändning från part 10:17a RB. Denna invändning måste ske första gången en part för talan i målet, om det inte finns laga förfall 4 § 2 st Lag (1999:116) om skiljeförfarande. Mål angående arbetstvister får hänskjutas till avgörande av skiljenämnd 1:3 LRA.

Skiljeförfarande förekommer i stor utsträckning på arbetsmarknaden. För att det ska bli tillämpligt med skiljeförfarande krävs att det finns avtal om det, exempelvis ett kollektivavtal. Fördelarna med skiljeavtal kan vara flera. Det kan bli snabbare handläggning än i domstol. Parterna har möjlighet att välja skiljemän som besitter den kunskap parterna anser behövs för att avgöra målet. Parterna har också möjlighet att undvika den ofentlighet som kommer med att mål avgörs i allmän domstol. En nackdel som brukar nämnas angående skiljenämnd är de höga kostnaderna.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Adlercreutz och Mulder (2013) s. 146.

4.1.1 Proposition 1974:77

I propositionen 1974:77 till LRA hade lagstiftaren ett resonemang angående problem som skulle kunna uppkomma vid bruk av skiljeklausul i kollektivavtal. Skiljeklausulen skulle förlora sin verkan om medlem inte var bunden av klausulen, utan själv kunde välja att gå till domstol med tvisten. Något som också skulle kunna utnyttjas av den organisation som ville undvika ett skiljeförfarande.¹⁵⁹

Vill organisationen inte föra medlems talan ansåg lagstiftaren att olika scenarion kunde uppstå. Innebar klausulen att endast organisationen fick företräda medlem inför skiljenämnd, skulle medlemmen ha rätt att föra sin egen talan inför domstol. Medlemmen måste ha rätt att få sin sak prövad och kan det inte ske inför skiljenämnd måste rätten finnas kvar att få tvisten prövad inför domstol. Annat scenario uppkommer om skiljeklausulen ger medlemmen rätt att själv föra talan inför skiljenämnd. I händelse av den situationen ska medlemmen ses som bunden av skiljeklausulen, dock med tillägget att medlemmen ska kunna påverka valet av skiljemän. Detta var helt enligt den praxis AD etablerat. Kan medlemmen inte påverka valet av skiljemän ska bundenheten avgöras genom vilka garantier som finns för att medlemmen får en opartisk prövning av skiljenämnden.¹⁶⁰

4.1.2 36§ AvtL och skiljeklausuler

År 1976 började 36 § i Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) att gälla, paragrafen skulle enligt prop. 1975/76:81 vara tillämplig även på arbetsrättens område. Utrymmet för att använda den på kollektivavtal skulle dock vara mycket begränsat, möjligheten att använda 36 § AvtL skulle istället vara på anställningsavtal.¹⁶¹

¹⁵⁹ Prop. 1974:77 s. 146.

¹⁶⁰ Prop. 1974:77 s. 146.

¹⁶¹ Prop. 1975/76:81 s. 114.

4.1.3 Svagare part

I AD 1978 nr 83 prövades 36 § AvtL på arbetsrättens område. Tvisten gällde ett marknadsföringsavtal, med en skiljeklausul, mellan ett handelsbolag med två bolagsmän och ett aktiebolag. AD hänvisade i sina domskäl till det resonemang som fördes vid införandet av LRA. Om skiljeklausuler skulle bedömas på något annat sätt i och med införandet av 36 § AvtL så skulle lagstiftaren tagit upp detta i propositionen. Inte heller vid ändringar av LRA, sedan tillkomsten av 36 § AvtL, hade det antytts att någon förändring av tolkningen skulle vara aktuell. AD diskuterade även om 36 § AvtL skulle vara tillämplig på grund av det underläge de båda bolagsmännen befann sig i. Underläge hade ofta ansetts vara av stor betydelse vid tillämpningen av 36 § AvtL, men AD menade att det på arbetsrättens område fanns en jämvikt som inte fanns på konsumenträttens område. Arbetstagare hade möjlighet att ansluta sig till arbetstagarorganisationer och därmed få ett stöd av sin organisation vid tvister, om arbetstagaren hade fog för sin talan. Denna jämvikt gjorde att 36 § AvtL i princip inte blev tillämplig för organiserade arbetstagare.¹⁶²

*”Arbetstagare har nämligen undantagslöst möjlighet att ansluta sig till en facklig organisation och begära biträde av den vid förhandlingar med arbetsgivaren. Därmed uppkommer normalt ett jämviktsläge mellan arbetsgivar- och arbetstagersidan. Skulle tvist uppkomma kan den organiserade arbetstagaren räkna med stöd från sin fackliga organisation i tvisten förutsatt att arbetstagaren har något fog för sin talan. Detta gäller även om tvisten skulle avgöras genom skiljeförfarande”.*¹⁶³

Med utgångspunkt från detta resonemang kom AD fram till att det skulle vara egendomligt om 36 § AvtL endast skulle kunna tillämpas på oorganiserade arbetstagare, men möjligheten för att 36 § AvtL skulle vara tillämplig på oorganiserade ansågs inte utesluten. Det kunde finnas situationer där en skiljeklausul genomdrivits på ett sådant sätt att 36 § AvtL

¹⁶² AD 1978 nr 83 s. 642.

¹⁶³ AD 1978 nr 83 s. 642.

kunde bli aktuell att tillämpa.¹⁶⁴ I det aktuella fallet var omständigheterna inte sådana.

AD:s resonemang bygger på att arbetsmarknaden regleras av två parter som är jämlika i styrka. Den skillnad i ekonomisk styrka som finns mellan en arbetstagarorganisation och en arbetsgivare försvinner i och med att arbetstagarorganisationen har en möjlighet att ansluta sig till en arbetstagarorganisation och därmed erhålla det skydd han eller hon behöver om tvist skulle uppkomma. Väljer arbetstagarorganisationen att stå utanför en arbetstagarorganisation är det ett val denne själv gör. Möjligheten finns att ansluta sig och därmed finns det ingen anledning att tillämpa 36 § AvtL på annat sätt bara för att arbetstagarorganisationen valt att vara oorganiserad; den oorganiserade får till viss del skylla sig själv. Precis som i Gustafsson finns möjligheterna att organisera sig och därmed erhålla ett bättre skydd. Individer drabbas inte av påföljder för att de väljer att stå utanför, utan drabbas på grund av att de inte har skyddet från kollektivet bakom sig, att stå ensam är att ha en sämre förhandlingsposition.

Resonemanget om en svagare part, då det inte finns stöd av en organisation, utvecklades i AD 1987 nr 165. Arbetstagarorganisationen hade blivit anställd av ett aktieföretag som säljare med ansvar för försäljning och promotion, i anställningsavtalet fanns med att tvister skulle lösas genom skiljedom. Arbetstagarorganisationen blev avskedad och tvisten skulle hänskjutas till skiljenämnd. Arbetstagarorganisationen yrkade att skiljeklausulen utgjorde ett oskäligt avtalsvillkor enligt 36 § AvtL och att jämkning skulle ske. AD konstaterade att skiljeklausulen fanns i ett individuellt utformat anställningsavtal där det hade en klart framträdande plats, arbetstagarorganisationen hade inte heller antytt att han hade missat att uppmärksamma den. Inte heller ansågs det vara något anmärkningsvärt att det fanns en skiljeklausul i anställningsavtalet. Arbetstagarorganisationen hade kvalificerade arbetsuppgifter och vad som kunde betecknas som en förtroendeställning, det är då inte ovanligt att vid tvist utnyttja det snabbare skiljeförfarandet som inte är offentligt. Däremot kan de betydande kostnader som finns vid ett skiljeförfarande medföra att

¹⁶⁴ AD 1978 nr 83 s. 642f.

arbetstagare, den svagare parten, väljer att avstå från att utnyttja sin rätt att få tvist prövad. Något AD ansåg borde beaktas även i arbetstvister, och inte endast i de situationer det hänför sig till konsumenter. I det fall arbetstagaren inte har stöd av sin organisation påminner situationen om den som en konsument befinner sig i vid tvist med näringsidkare, men vid arbetstvister kan inte de ekonomiska förhållandena vara den enda omständigheten som beaktas. Bedömning måste göras där alla dessa omständigheter tas i beaktande. I det aktuella fallet ansåg AD att det inte var så betydande kostnader med skiljemän att det skulle vara oskäligt, ersättning för ombud kunde erhållas genom den rättshjälp som fanns att tillgå även vid skiljedomsförfarande. Vid tvister av det aktuella slaget borde inte kostnaderna uppgå till betydande belopp ansåg AD. Den ekonomiska risk arbetstagaren löper ansågs inte vara oskälig, 36 § AvtL ansågs inte tillämplig på skiljeklausulen.¹⁶⁵ Domskälen i målet klargjorde att kostnader för skiljenämnd inte kunde vara så betungande att 36 § AvtL skulle bli tillämplig. Kostnaderna måste vägas tillsammans med andra omständigheter i ett mål.

I de fall anställningsavtal hänvisar till kollektivavtal med skiljeklausul har AD liknande resonemang. Arbetstagaren tillhörde en annan arbetstagarorganisation än den arbetsgivaren var bunden till genom kollektivavtal, i det kollektivavtalet fanns en skiljeklausul. Hon var anställd som controller på en bank. AD resonerade på liknande sätt i domskälen som i AD 1987 nr 165. Arbetstagaren hade kvalificerade arbetsuppgifter med inslag av förtroendeställning och inom bankområdet var det vanligt med skiljeklausuler på grund av banksekretessen. Kostnaden för skiljedomstolen skulle, för arbetstagaren, endast sträcka sig till kostnaden för den egna skiljemannen. Banken skulle bekosta ordförande, även om arbetstagaren förlorade målet. Kostnaderna för arbetstagaren kunde därmed inte tillmätas någon betydelse i målet enligt AD. Skiljeklausulen ansågs inte vara oskälig.¹⁶⁶

¹⁶⁵ AD 1987 nr 165 s. 1ff.

¹⁶⁶ AD 1994 nr 28 s. 1ff.

Kostnaderna för det dyrare skiljeförfarandet anses inte av AD vara ett tillräckligt skäl för att en skiljeklausul ska anses vara oskälig. Istället ska kostnaderna vägas in med andra omständigheter i målet, exempelvis arbetstagarens arbetsuppgifter, förtroendeställning och hur vanligt det är med skiljeklausuler i branschen. Skäl som effektivitet och behovet av sekretess blir viktiga delar vid bedömningen av skälighet. I två fall har skiljeklausulen ansetts vara oskälig. Båda målen handlade om personer med underordnade positioner på sina arbetsplatser och skiljeklausulerna var införda i det enskilda anställningsavtalet. I det ena målet var arbetstagaren ombud på en arbetsgivarorganisation och ansågs ha en underordnad position, detta tillsammans med en svår ekonomisk situation för honom gjorde att AD bedömde klausulen som oskälig.¹⁶⁷ I det andra målet var personen telefonförsäljare och ansågs inte ha någon framskjuten position på företaget. Hon ansågs inte heller ha ekonomiska förutsättningar för ett skiljeförfarande och detta tillsammans med att det inte ansågs finnas några andra skäl för en skiljeklausul medförde att skiljeklausulen ansågs oskälig.¹⁶⁸

Arbetstagarna i båda målen ansågs inte ha vare sig en position på företaget eller ekonomiska förutsättningar för ett skiljeförfarande. Företagen lyckades inte övertyga domstolen att det fanns skäl för en skiljeklausul på grund av behov av effektivitet eller sekretess. Jag uppfattar det som att behov av effektivitet och sekretess är de omständigheter AD lägger störst vikt vid när den samlade bedömningen sker. Kan företaget visa på att skiljeklausul är normalt i branschen får arbetstagaren svårt att övertyga domstolen om att tillämpa 36 § AvtL. Arbetstagarens position och ekonomiska förhållande är omständigheter som vägs in i bedömningen, men kan arbetsgivaren visa att det är normalt med skiljeklausuler i branschen väger det tyngre. I de två sista målen kunde arbetsgivaren inte påvisa detta. En viktig del vid analysen av de två målen är att skiljeklausulen var i enskilda anställningsavtal och inte i kollektivavtal. En anledning, till att klausulerna var i enskilda

¹⁶⁷ AD 1994 nr 120 s 5.

¹⁶⁸ AD 1995 nr 135 s. 2f.

anställningsavtal, kan vara att ingen arbetstagarorganisation hade accepterat skiljeklausuler i kollektivavtal för anställda på de positionerna.

Arbetstagarorganisationerna hade inte accepterat det, eftersom det inte kan anses behövt utifrån behov av effektivitet och sekretess.

4.1.4 Tydlighet

Ett krav för att en skiljeklausul ska anses tillämplig är att den framträder på ett tydligt sätt i arbetstagarens anställningsavtal. Brist på tydlighet kan medföra att skiljeklausulen inte anses ingå som en del av anställningsavtalet. I AD 1993 nr 141 fanns det en hänvisning i anställningsavtalet till en regelsamling. Regelsamlingen gällde alla anställda på bolaget och var skriven på ett klart, tydligt och pedagogiskt sätt. Däremot hade skiljeklausulen inte den framträdande roll i regelsamlingen som kunde förväntas för ett så betydande villkor. Detta medförde en ökad risk för att en arbetstagar skulle missa att uppmärksamma skiljeklausulen.¹⁶⁹ AD uttryckte:

”En konsekvens av klausulens för arbetstagaren betungande karaktär är att höga krav måste ställas vad gäller tydlighet.”¹⁷⁰

Förutom en kostsam process riskerade arbetstagaren även att missa preskriptionstiden. Omständigheterna medförde att skiljeklausulen inte ansågs ha blivit en del av anställningsavtalet.¹⁷¹

Trots den betungande karaktär AD anser att en skiljeklausul utgör räcker det med en hänvisning till kollektivavtal för att skiljeklausulen ska bli tillämplig. AD konstaterade i AD 2002 nr 72 att en oorganiserad arbetstagar ansågs ha förstått att andra villkor skulle påverka hans anställning i och med att det fanns en hänvisning till ett kollektivavtal.

¹⁶⁹ AD 1993 nr 141 s. 1048f.

¹⁷⁰ AD 1993 nr 141 s. 1048.

¹⁷¹ AD 1993 nr 141 s. 1048.

Skiljeklausulen ansågs inte ha någon undångömd plats i kollektivavtalet, hänvisningen var tillräcklig för att arbetstagaren skulle bli bunden av den.¹⁷²

Resonemanget utvecklades i ett annat mål samma år, där arbetsgivaren inte hade kollektivavtal vid anställningstillfället. Kollektivavtalet slöts först 2,5 år efter anställningen. Något som måste beaktas är de särskilda omständigheter som rådde i målet. Arbetstagaren blev uppsagd den 6 juni 2001 när det inte fanns kollektivavtal på arbetsplatsen. Bestridandet av uppsägningen gick därmed till tingsrätten. Under processen i tingsrätten slöt arbetsgivaren hängavtal, med en skiljeklausul, som blev gällande 29 juni 2001. Uppsägningen av arbetstagaren ogiltigförklarades av tingsrätten den 10 augusti 2001, sedan blev arbetstagaren uppsagd på nytt den 14 september 2001. Målet handlade om skiljeklausulen kunde återopas av arbetsgivaren och därmed tvinga arbetstagaren att bestrida den andra uppsägningen i skiljenämnd.

Arbetstagaren ansågs i det aktuella målet inte ha blivit tillräckligt uppmärksam på kollektivavtalets innehåll. Detta med tanke på den upplysningsskyldighet i 6 a § LAS (sedermera 6 c § LAS) som tillkom vid införlivandet av upplysningsdirektivet i svensk rätt. Skiljeklausulen hade inte införlivats i anställningsavtalet på ett korrekt sätt. En ledamot från arbetsgivarsidan var skiljaktig och ansåg att skiljeklausulen skulle anses införlivad i anställningsavtalet.¹⁷³

4.2 Slutsatser skiljeklausuler

Möjligheterna att få en skiljeklausul bedömd som oskälig enligt 36 § AvtL är svårt för arbetstagare, oavsett om det handlar om organiserade eller oorganiserade arbetstagare. Däremot löper den oorganiserade en större risk än den organiserade. Avsaknaden av stöd av en organisation gör att den oorganiserade tar de ekonomiska riskerna själv, med risk för att drabbas av

¹⁷² AD 2002 nr 72 s. 5.

¹⁷³ AD 2002 nr 137 s. 8ff.

betydande privata kostnader. I de mål jag undersökt framgår det tydligt att kostnader inte anses vara tillräckligt skäl för att en skiljeklausul ska jämkas i ett avtal. Snarare är det så att kostnaden är av mindre betydelse när den samlade bedömningen görs av domstolen. Större betydelse har arbetstagarens position, behovet av sekretess och effektivitet för bolaget. Mål där en skiljeklausul bedömts som oskälig har bolagen inte lyckats övertyga domstolen om behovet av sekretess och effektivitet. Arbetstagarna har istället bedömts vara i underordnade positioner, där kostnaden har fått betydelse för utgången av målet.

Angående tydlighet framgår det att en skiljeklausul är bindande för arbetstagaren, om den finns med i ett anställningsavtal eller det finns en hänvisning till kollektivavtal eller liknande med skiljeklausul. Klausulen behöver inte nämnas, men däremot behöver den ha en framträdande plats i kollektivavtalet eller regelverket. Finns en hänvisning är arbetstagaren bunden och får svårt att göra sig fri från bundenhet vid en tvist. I AD 2002 nr 137 tillkommer skiljeklausulen vid ett senare tillfälle än anställningstillfället. I en sådan situation måste arbetstagaren göras uppmärksam på grund av det betungande villkor skiljeklausul är för arbetstagaren. Frågan som uppkommer är om det räcker att arbetstagaren uppmärksammas på att det nu finns kollektivavtal på arbetsplatsen, eller att det finns kollektivavtal innehållande skiljeklausul? Precis som jag skrev tidigare var det mycket speciella omständigheter i målet, med kort tid mellan första och andra uppsägningen och det åberopade hängavtalet. Delen om betungande villkor för arbetstagaren återkommer jag till längre fram när jag undersöker upplysningsdirektivet.

5 Art 6 EKMR rätt till en rättvis rättegång

I denna del kommer jag att undersöka hur väl rättspraxis i Sverige angående skiljeklausuler, överensstämmar med den praxis som skapats av Europadomstolen och rättvis rättegång. Rätten till en rättvis rättegång är i svensk rätt reglerad i 2:11 2 st RF: en rättegång ska genomföras offentligt, rättsvist och inom skälig tid. Samma punkter är med i art. 6 EKMR, men här tillkommer att var och en ska vara berättigad till en rättvis rättegång inför en opartisk och oavhängig domstol som upprättats enligt lag.

5.1 Langborger och bostadsdomstolen

Langborger var missnöjd med hyran och att vara representerad av hyresgästföreningen i förhandlingar med hyresvärden. Hyresgästföreningen erhöll 0,3 % av hyreskostnaden för att de skötte förhandlingarna.

Langborger ville ha förändringar i sitt avtal och sa upp avtalet med målet att omförhandla villkoren i hyresavtalet med sin hyresvärd. Han ville få bort förhandlingsklausulen ur sitt hyresavtal för att själv kunna förhandla.¹⁷⁴

Möjlighet att förhandla för den individuella hyrestagaren fanns inte enligt avtalet.¹⁷⁵ Förhandlingsklausulen innebar att förhandlingar skulle ske av hyresgästföreningen med hyresvärd ansluten till Sveriges

Fastighetsägareförbund.¹⁷⁶ Förhandling gällde även för de hyresgäster som inte var med i hyresgästföreningen.¹⁷⁷

Hyresvärden motsatte sig denna förändring och Langborger förde tvisten till hyresnämnden som bestod av en ordförande och två intresseledamöter.

Ordförande utsågs av regeringen eller av en myndighet utsedd av dem.¹⁷⁸ De

¹⁷⁴ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 7f.

¹⁷⁵ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 16.

¹⁷⁶ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt p. 7.

¹⁷⁷ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 16.

¹⁷⁸ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 19.

två intresseledamöterna utsågs, en var, av Svenska Fastighetsägareförbundet och Hyresgästföreningen. Langborger yrkade att förhandlingsklausulen från hyresavtalet skulle bli borttagen och att han själv skulle kunna förhandla hyran. Till en början klagade Langeborger på att det inte skulle bli en rättvis rättegång i och med att två av tre ledamöter i hyresnämnden utsågs av organisationerna som tvisten handlade om. Detta var till fördel för dessa organisationer och det skulle inte bli en opartisk rättegång. Klagan avslogs eftersom det inte var möjligt att klaga på utnämningen av intresseledamöterna, även övriga yrkande fick avslag.¹⁷⁹

Langborger överklagade till Bostadsdomstolen, med hänvisning till art. 6 (rättvis rättegång), art. 11 (föreningsfrihet) och art. 13 (effektivt rättsmedel) i EKMR. Han klagade även över intresseledamöterna, förutom att själv få förhandla sin hyra och slippa vara representerad av hyresgästföreningen.¹⁸⁰ Bostadsdomstolen hade fyra ledamöter, två av dessa var intresseledamöter utsedda av samma organisationer som i hyresnämnden, ordförande hade utslagsrösten.¹⁸¹ Bostadsdomstolen fastställde hyresnämndens beslut, efter att ha avvisat Langborgers klagan om partiska intresseledamöter.¹⁸² Langborger hade därmed uttömt de nationella möjligheterna att driva sin talan.

Langborger ansökte om prövning i Europadomstolen, dom kom i målet den 22 juni 1989. Domstolen prövade målet enligt art. 6 EKMR om rätt till en rättvis rättegång av en oberoende och opartisk domstol.¹⁸³ Langborger hävdade att det även skett en kränkning enligt andra artiklar i EKMR, men domstolen avfärdade de yrkandena.¹⁸⁴ Eftersom Bostadsdomstolen var sista instans i nationell rätt, var det deras objektivitet och opartiskhet som var uppe till prövning.¹⁸⁵

¹⁷⁹ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 9ff.

¹⁸⁰ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 12.

¹⁸¹ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 22f.

¹⁸² *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 15.

¹⁸³ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 29.

¹⁸⁴ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 38ff.

¹⁸⁵ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 30f.

En domstol kan bedömas vara oberoende och opartisk. Med oberoende menade Europadomstolen på att det bland annat behöver undersökas hur ledamöterna utses, deras mandatperiod, garantier mot påtryckningar och ”*appearance of independence*”.¹⁸⁶ Angående opartiskhet konstaterade domstolen att det fanns en skillnad mellan objektiv och subjektiv opartiskhet. Den subjektiva delen handlade om den personliga övertygelsen hos en ledamot i domstolen och den objektiva om det fanns garantier ”*to exclude any legitimate doubt*”.¹⁸⁷ Intresseledamöterna som satt i bostadsdomstolen ansågs vara väl kvalificerade för att delta i tvisteförhandlingar mellan hyrestagare och hyresvärdar.¹⁸⁸

Europadomstolen konstaterade en kränkning av art. 6, intresseledamöternas objektiva partiskhet kunde ifrågasättas. Detta på grund av att de nominerades och hade nära band till de två organisationer som hade ett fortsatt intresse av att förhandlingsklausulen skulle finnas kvar. För hyresvärdens del handlade det om ekonomiska vinster av att hyreshöjningarna direkt trädde i kraft, för Hyresgästföreningen för att de erhöll förhandlingsersättning för lägenheterna. Langborger hade skäl att frukta att intresseledamöterna hade ett intresse motsatt till hans eget, detta bidrog till att balansen i bostadsdomstolen rubbades till Langborgers nackdel. Två professionella ledamöter i bostadsdomstolen ansågs inte tillräckligt för att garantera en rättvis rättegång.¹⁸⁹

En rubbning av balansen i en domstol innebär en kränkning av art. 6 EKMR. Det räcker inte med att det finns intresseledamöter för att denna rubbning ska ske, det krävs även skäl för att frukta att intresseledamöterna har ett motsatt intresse mot den sökande. I detta mål var inte intresseledamöterna i majoritet, vilket de är i AD utom i diskrimineringsmål och även kan vara i en skiljenämnd.

¹⁸⁶ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 32.

¹⁸⁷ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 32.

¹⁸⁸ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 34.

¹⁸⁹ *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, punkt 35f.

5.2 Kellerman och Arbetsdomstolens sammansättning

AB Kurt Kellerman (bolaget) var verksamt inom textilindustrin och hade varken kollektivavtal eller hängavtal. Däremot hade företaget två anställda som var medlemmar i Industrifacket. Våren 1997 begärde Industrifacket förhandlingar med bolaget. Bolaget framförde då att de inte var intresserade av något kollektivavtal, men att de skulle ta frågan i beaktande, senare meddelades att de inte var intresserade. Industrifacket begärde då att de skulle ingå hängavtal, något som avböjdes med hänvisningen att de redan hade bättre avtal för sina anställda än vad som skulle följa av hängavtalet. Bolaget kunde tänka sig att ingå hängavtal om de fick ta med sina villkor i avtalet, något Industrifacket inte var villiga att tillmötesgå.¹⁹⁰

I oktober varslade Industrifacket om stridsåtgärder, bolaget väckte då talan hos tingsrätten på grunderna att stridsåtgärderna var olagliga.¹⁹¹

Industrifacket hävdade att tingsrätten inte hade jurisdiktion i målet och att det istället skulle tas upp i AD, vilket också blev utfallet. Bolaget yrkade att stridsåtgärderna var olagliga och att prövningen skulle ske av endast professionella domare; där inga intresseledamöter skulle medverka. AD avslog begäran.¹⁹² Bolaget ansåg stridsåtgärderna olagliga eftersom de innebar en kränkning av bolagets negativa föreningsfrihet, oavsett så var stridsåtgärderna inte proportionerliga till syftet.¹⁹³

AD konstaterade att stridsåtgärderna inte var olagliga och hänvisade till Gustafssonmålet från 1996. Angående proportionalitet konstaterade AD att någon sådan regel inte tillämpades i arbetstvister. Intresseledamoten från SAF var skiljaktig och menade på att stridsåtgärderna innebar en kränkning av art. 11 EKMR, av det skälet att Industrifacket inte visat att

¹⁹⁰ AB Kurt Kellermann v. Sweden, no. 41579/98, punkt 10ff.

¹⁹¹ AB Kurt Kellermann v. Sweden, no. 41579/98, punkt 14f.

¹⁹² AB Kurt Kellermann v. Sweden, no. 41579/98, punkt 19f.

¹⁹³ AB Kurt Kellermann v. Sweden, no. 41579/98, punkt 23.

kollektivavtalet var mer förmånligt för de anställda.¹⁹⁴ Våren 1998 vidtog andra arbetstagarorganisationer sympatiåtgärder mot bolaget, och den 8 april ingick bolaget kollektivavtal genom att ansluta sig till Sveriges textil och modeföretag (TEKO). I juni 1998 likviderades bolaget på grund av sjunkande lönsamhet.¹⁹⁵

I februari 1998 väckte bolaget talan vid Europadomstolen för kränkning av art. 6 EKMR.¹⁹⁶ Bolaget ansåg inte att problemet var subjektiv partiskhet hos ledamöterna, utan det var den objektiva partiskheten.

Intresseledamöterna i AD hade ett intresse motsatt till bolaget angående bruket av stridsåtgärder och indirekta kopplingar till Industrifacket genom att de tillhörde andra förbund i LO. Organisationerna som utsåg ledamöter hade ett intresse av att begränsa arbetsgivare som valde att stå utanför kollektivavtalssystemet, de sågs som störande element på arbetsmarknaden, något den svenska regeringen till viss del medgav.¹⁹⁷

Europadomstolen konstaterade att intresseledamöter i AD besatt en kunskap som bidrog till domstolens kunskap om arbetsmarknaden. Det viktiga var om det fanns tillräcklig garanti för intresseledamöternas objektiva opartiskhet och hänvisade till Langborger. Frågorna var om balansen rubbades i domstolen på grund av intresseledamöterna och resulterade denna obalans i att domstolen inte var opartisk. En av intresseledamöterna, SAF:s, representant var skiljaktig i förhållande till de tre andra intresseledamöterna i AD. Enbart detta ansågs inte avgörande för att domstolen skulle anses opartisk. De tre andra intresseledamöterna kunde ha ett motsatt intresse mot den klagande och var i majoritet av intresseledamöterna.¹⁹⁸ Istället var det frågans natur som ansågs avgörande. Bruket av stridsåtgärder kunde inte medföra en misstro mot intresseledamöterna, konstaterade Europadomstolen. Arbetsgivare vill typiskt sett inte att fackföreningar ska ha vidsträckt strejkrätt.

¹⁹⁴ *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, no. 41579/98, punkt 25ff.

¹⁹⁵ *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, no. 41579/98, punkt 36ff.

¹⁹⁶ *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, no. 41579/98, punkt 1.

¹⁹⁷ *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, no. 41579/98, punkt 50ff.

¹⁹⁸ *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, no. 41579/98, punkt 60ff.

Intresseledamöterna kunde därmed inte anses ha något gemensamt intresse mot bolaget. Med röstsiffrorna 5-2 konstaterade Europadomstolen att det inte kunde påvisat någon kränkning av art 6.1 EKMR.¹⁹⁹

Intresseledamöterna i Kellermannmålet hade direkta eller indirekta kopplingar till organisationerna som var representerade i domstolen, precis som i Langborger. Skillnaden var att i Langborgermålet hade organisationerna som utsåg representanter ett motsatt intresse mot Langborger, organisationerna hade ett intresse av att förhandlingsklausulen skulle vara kvar. Ekonomiska fördelar gav starka skäl för bägge organisationerna att behålla förhandlingsklausulen. I Kellermann hade inte organisationerna ett gemensamt intresse motsatt till Kellermann. En intresseledamot röstade mot de övriga, någon annan anledning behövde inte Europadomstolen för att inte betvivla AD:s opartiskhet, enligt Danelius.²⁰⁰

5.3 AD:s praxis

Åren mellan Langborger och Kellermann hade AD ett mål där skiljenämnds opartiskhet prövades. En arbetstagare ansåg att han fått ut för låg pension på grund av ett avtal som ingåtts av parterna på arbetsmarknaden. Den numera pensionerade arbetstagaren var inte längre medlem i arbetstagarorganisationen. Men han var fortfarande bunden av kollektivavtalet sedan sitt utträde och skiljeklausulen i kollektivavtalet var därmed tillämplig. Skiljenämnden skulle bestå av sju ledamöter. Arbetstagaren motsatte sig prövning av skiljenämnd på den grunden att ledamöterna skulle utses av organisationerna som ingått avtalet.²⁰¹

Ordförande i skiljenämnden skulle vara en domare från AD. Vid prövningen konstaterade AD att detta inte var tillräckligt för att det skulle anses vara en

¹⁹⁹ *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, no. 41579/98, punkt 67ff.

²⁰⁰ Danelius (2015) s. 228.

²⁰¹ AD 1997 nr 104 s. 2ff.

opartisk rättegång, ordförande hade endast en röst av sju.²⁰² Endast organisationerna utsåg ledamöter och därmed ansågs det finnas en risk för att balansen som skall råda i en skiljenämnd kunde rubbas. Ändring av avtalet skulle innebära omfattande ekonomiska försämringar för organisationerna.²⁰³ En objektiv iakttagare skulle rimligen kunna befara att det fanns ett gemensamt intresse motsatt till kärende.²⁰⁴

5.4 Slutsatser intresseledamöter

Europadomstolen anser inte att intresseledamöter är något hinder för en rättvis rättegång. Intresseledamöter kan snarare bidra till en domstol, tack vare den specifika kunskap de besitter. Det har inte heller någon avgörande betydelse om intresseledamöterna är i majoritet i domstolen, exempelvis som i AD. Problemet uppstår när intresseledamöternas objektivitet kan ifrågasättas och det kan misstänkas att de har ett gemensamt intresse, motsatt till den klagande. I Langborger målet var det tydligt att båda organisationerna som utsåg intresseledamöter hade ett intresse i att hyresförhandlingarna skedde kollektivt, och opartiskheten var möjlig att ifrågasätta. I Kellermann däremot var det inte lika självklart. Att arbetstagarorganisationer ställer sig positiva till stridsåtgärder är inte förvånande. Arbetsgivarorganisationer är däremot oftast inte positiva till att stridsåtgärder får användas fritt, något som också visade sig då en av intresseledamöterna från arbetsgivarsidan var skiljaktig. Skäl för att ifrågasätta att Kellermann fick en rättvis prövning i AD fanns inte. Alla intresseledamöterna kunde inte anses ha motsatt intresse till Kellermann, balansen i domstolen rubbades inte.

Liknande resonemang använder AD ifråga om skiljeklausuler och skiljenämnd. Om den enskilde arbetstagaren inte har möjlighet att utse sin egen skiljeman måste det finnas garantier för att intresseledamöterna inte

²⁰² AD 1997 nr 104 s. 2.

²⁰³ AD 1997 nr 104 s. 8.

²⁰⁴ AD 1997 nr 104 s. 3.

har motsatt intresse till arbetstagaren, denna garanti fanns inte i AD 1997 nr 104. Organisationerna som ingått det tvistade avtalet var de som skulle utse skiljemännen, organisationer som hade ett gemensamt ekonomiskt intresse av att avtalet skulle fortsätta tillämpas på det sätt de avtalat. En förändring av avtalet skulle innebära betydande kostnader för avtalsparterna. Den objektive iakttagaren kunde befara att det fanns ett gemensamt intresse motsatt till kärke, opartiskheten kunde ifrågasättas och balansen rubbas.

6 Upplysningsdirektivet (91/533/EEG)

Upplysningsdirektivet tillkom i syfte att skapa en större öppenhet på arbetsmarknaden. Arbetstagare skulle få bättre skydd på arbetsmarknaden och ett bättre skydd mot kränkningar av deras rättigheter. Arbetstagarna behövde bli medvetna om de förmåner och skydd som följer av en anställning för att kunna åberopa det i rättsliga tvister.²⁰⁵ Vid införlivandet fanns regleringen i 6 a § LAS och mötte tidigt kritik för inte leva upp till kraven i direktivet. Tore Sigeman var en av kritikerna, han menade på att art. 2.2 upplysningsdirektivet inte skulle anses uttömmande i sin uppräkningsav vad en arbetsgivare var skyldig att informera arbetstagare om.²⁰⁶ Skiljeklausul var ett av de villkor Sigeman ställde sig frågande till om inte arbetsgivaren skulle vara skyldig att informera om. En bokstavstolkning av direktivet innebar att arbetsgivaren borde ge upplysningar om villkor som var särskilt viktiga, men inte med i uppräkningsav art. 2.2, bland annat skiljeklausuler.²⁰⁷

I och med Langedomen visade det sig att 6 a § LAS inte levde upp till kraven. En arbetstagare hade inte blivit upplyst om sina skyldigheter att arbeta övertid. EU-domstolen konstaterade att art. 2.2 upplysningsdirektivet inte var uttömmande, utan som det stod i art. 2.1 skulle arbetsgivaren underrätta arbetstagaren om de väsentliga dragen i anställningen. Även om övertid inte fanns uppräknat i art. 2.2, ansågs arbetsgivaren skyldig att underrätta arbetstagaren om skyldigheten att arbeta övertid, underrättelsen skulle ske skriftligen. Information kunde även lämnas i form av hänvisning till lag, författning eller kollektivavtal i analogi till hur informationen om normal arbetstid skulle ske art 2.2 (i) upplysningsdirektivet.²⁰⁸

²⁰⁵ Sigeman (2001) s. 291f.

²⁰⁶ Sigeman (1994) s. 602.

²⁰⁷ Sigeman (1994) s. 593.

²⁰⁸ C-350/99 *Wolfgang Lange mot Georg Schünemann GmbH*, EU:C:2001:84 punkt 24f.

Innan Langemålet fanns en tveksamhet om arbetsgivaren behövde informera om villkor som föll utanför uppräkningsen i art. 2.2.²⁰⁹ Efter Langemålet försvann tveksamheten och det stod klart att även andra villkor än de uppräknade i art. 2.2 upplysningsdirektivet kunde innebära informationsskyldighet för arbetsgivaren.

Efter Langedomen gick det att konstatera att 6 a § LAS inte levde upp till de krav som ställdes i upplysningsdirektivet, något som också konstaterades av lagstiftaren.²¹⁰ Efter förändringen av 6 a § LAS till 6 c § LAS var det inte längre någon tvekan om att direktivet hade införlivats på ett mer korrekt sätt.²¹¹ Enligt den nya paragrafen ska arbetsgivaren ”åtminstone” informera arbetstagaren om det som står i 6 c § 2 st LAS, något som inte stod i 6 a § LAS. Lagstiftaren menade på att med den nya skrivningen blev det tydligare att det är en miniminivå för vad arbetstagaren ska informeras om, andra villkor av väsentlig betydelse kan bli aktuella att informera om.²¹² I en skrift efter Langemålet står Sigeman fast vid sin ståndpunkt om skiljeklausuler. Han skriver att skiljeklausuler är ett av de väsentliga drag som borde vara med i en lagtext om vad arbetsgivaren är skyldig att informera om.²¹³

I propositionen nämns inget om skiljeklausuler och informationsskyldigheten, något som kan tolkas att lagstiftaren är nöjd med gällande rättsläge. I prop. 2005/06:185 påpekas att det inte är möjligt att i förväg nämna alla väsentliga drag det ska informeras om, men vid bedömningen är det viktigt att ha direktivets syfte i åtanke, nämligen att skydda arbetstagarna.²¹⁴

Någon skyldighet för arbetsgivare att informera arbetstagare om skiljeklausuler i anställningsavtalet finns inte. Med nuvarande rättsläge finns endast skyldighet för arbetsgivaren att informera om väsentliga drag och

²⁰⁹ Lunning och Toijer (2016) s. 309.

²¹⁰ Prop. 2005/06:185 s. 62.

²¹¹ Lunning och Toijer (2016) s. 313.

²¹² Prop. 2005/06:185 s. 62.

²¹³ Sigeman (2001) s. 300.

²¹⁴ Prop. 2005/06:185 s. 63.

vilka de är ligger på rättstillämpningen att avgöra. Även Lunning och Toijer anser att det finns stöd för att skiljeklausuler ska kunna anses vara ett väsentligt drag baserat på AD 2002 nr 137 och Sigemans diskussion om tyngande avtalsvillkor.²¹⁵ I AD 2002 nr 137 fanns inget kollektivavtal när arbetstagaren blev anställd, utan hängavtal slöts 2,5 år senare, arbetstagaren blev inte upplyst om detta. Men som jag nämnt tidigare var det väldigt speciella omständigheter i det målet, det var väldigt kort tid mellan hängavtalets ingång och tvisten. Något som gör att det blir svårt att dra långtgående slutsatser från målet, enligt min mening. Lunning och Toijers slutsats att en skiljeklausul skulle kunna vara ett väsentligt drag utifrån AD 2002 nr 37, kan vara att dra en för långtgående slutsats. Jag håller med Lunning och Toijer i deras slutsats att en skiljeklausul ska anses vara ett sådant väsentligt drag arbetsgivaren ska ha en skyldighet att skriftligt informera om. Däremot anser jag inte att den slutsatsen kan dras från AD 2002 nr 37 med tanke på omständigheterna i målet.

²¹⁵ Lunning och Toijer: Lag (1982:80) om anställningsskydd med kommentarer (4 maj 2017, Zeteo, zeteo.wolterskluwer.se), kommentaren till 6 c §, under rubriken Informationens innehåll.

7 Analys och sammanfattning

7.1 Det kollektiva framför individen – den svenska modellen

Den svenska modellen och dess grundtankar med samförstånd och samarbetsanda har tydligt präglat den svenska arbetsmarknaden under 1900-talet och in på 2000-talet. Genom att ge kollektivavtal en normerande verkan och göra centrala delar av den arbetsrättsliga lagstiftningen semidispositiv har lagstiftaren lagt över ett betydande ansvar på arbetsmarknadsparterna. Med Saltsjöbadsavtalet visade organisationerna att de var beredda att ta det ansvar som krävdes för att få en stabil arbetsmarknad, med färre konflikter än tidigare som resultat. Avtal och inte lagstiftning skulle under många årtionden framöver vara kännetecknen för den svenska arbetsmarknaden. I de fall lagstiftaren valde att intervensera med lagstiftning, till stora delar under 1970-talet, var det för att stärka arbetstagarorganisationernas makt och påverkansmöjligheter. Även om det innebar ett förbättrat skydd för individen, låg ändå makten hos organisationerna genom den semidispositiva lagstiftningen.

7.1.1 Gränsen för avtalsfriheten

Möjligheterna för organisationer att omförhandla den semidispositiva lagstiftningen genom avtal har varit stor. Grova övertramp har krävts för att avtalen ska ha jämkats (AD 1983 nr 107) eller blivit underkända (AD 1995 nr 108). Antingen har det handlat om stridande mot god sed, genom direkt diskriminering, eller stridit mot grunderna för lagstiftningen. Även om anledningen till den semidispositiva lagstiftningen är att ge parterna möjligheter att anpassa efter branschens förutsättningar, är inte diskriminering eller att helt förhandla bort arbetstagares rättigheter acceptabelt.

I målet med kabinpersonal AD 1995 nr 108 är det ett par faktorer som är avgörande för att avtalet mellan parterna underkänns. I avtalet får några av kabinpersonalen behålla sitt arbete, i utbyte mot att andra kabinsanställda förlorar sin rätt till återanställning. Att personal skulle få behålla sitt arbete är helt enligt gällande lagstiftning, och inte något arbetstagarorganisationen förhandlar fram. Det är en rättighet arbetstagarna redan har, inte något de får i utbyte. Arbetstagarorganisationen får inget mot att de avtalar bort återanställningsrätten för resterande arbetstagare. Det är inte endast en dålig förhandling, det är en urholkning av arbetstagarnas rättigheter. Urholkningen sker av den organisation som har till uppgift att tillvarata arbetstagarnas rättigheter på arbetsmarknaden. Även om det är tillåtet att ingå en ”dålig deal”, kan det tolkas som att AD menar på att det behöver påvisas att någonting kommit i utbyte vid förhandlingen.

Förutom urholkning av rättigheterna är det inte acceptabelt med diskriminering. Uppsägning av personal för att de endast talar finska är att ta avtalsfriheten för långt, men att säga upp endast oorganiserade är inte det. I alla fall inte så länge det finns några oorganiserade som inte blir uppsagda. Gränserna för avtalsfriheten är omfattande och långtgående. Möjligheterna för arbetstagare att ogiltigförklara kollektivavtal är små, något oorganiserade måste ta med i beräkningarna när de väljer att vara utanförstående.

7.1.2 Normerande verkan för alla

Förutom den semidispositiva lagstiftningen har arbetsmarknadsparterna gynnats av den normerande verkan ett kollektivavtal har fått genom praxis från AD. Oorganiserade arbetstagare väljer att stå utanför, men står egentligen endast utanför medlemskap i en organisation. Kollektivavtalets normerande verkan medför i praktiken att kollektivavtalets skyldigheter binder den oorganiserade, utan det skydd den organiserade kan få från sin organisation. Ett exempel är det ekonomiska skydd en organisation kan bidra med vid prövning av tvist i skiljenämnd. Möjligheten att genom det

enskilda anställningsavtalet avtala bort en skiljeklausul är inte stor. Det enskilda anställningsavtalet går före kollektivavtalet för oorganiserade arbetstagare. Men den praktiska betydelsen av detta är minimal, för vem skriver in i sitt anställningsavtal att de ska ha rätt att gå till allmän domstol vid tvist?

7.1.3 Organisationsgrad

Den svenska modellen har sedan tiden för Saltsjöbadsavtalet haft som syfte att organisera så stor andel av arbetstagare och arbetsgivare som möjligt. Det kollektiva har ansetts vara en styrka och skänker stabilitet på arbetsmarknaden. Oorganiserade, vare sig det är arbetsgivare eller arbetstagare, har ansetts skapa oro och ska bekämpas. Oorganiserade arbetsgivare genom att stridsåtgärder har fått brukas fritt, utan något krav på proportionalitet. Oorganiserade arbetstagare genom att de bundits till kollektivavtalets villkor, oavsett om de vill eller inte.

För att ge legitimitet åt den svenska modellen är det av vikt att det finns en hög organisationsgrad på både arbetstagar- och arbetsgivarsidan, utan den höga organisationsgraden skulle legitimiteten för kollektivavtalets normerande verkan avta. Därför är det i bägge parter intresse att få så många som möjligt att ansluta sig till systemet, vare sig det är arbetstagare eller arbetsgivare. Den höga organisationsgraden, även om den avtagit under senaste årtiondet, visar att bägge parterna på arbetsmarknaden lyckats bra. Dock har det funnits och finns individer vilka av olika skäl inte vill vara medlemmar av organisationer på arbetsmarknaden, men dessa individers rättigheter har inte ansetts väga lika tungt som arbetsmarknadsparternas rätt att skydda sina intressen. Den positiva föreningsrätten har vägt tyngre än den negativa, kollektivets rättigheter tyngre än individens.

Den svenska modellens kollektiva tänkande har inneburit att individens rättigheter haft ett svagt skydd. Den oorganiserade har fått acceptera framförhandlade kollektivavtal och de skyldigheter som följer av avtalen.

Möjligheterna att frångå kollektivavtal genom enskilda anställningsavtal är små. De arbetsgivare som frångår kollektivavtal i anställningsavtal riskerar att få betala skadestånd för kollektivavtalsbrott. Att vara organiserad har fördelar och med den svenska modellen har lagstiftaren sett till att dessa fördelar är betydande.

7.2 EKMR och den formella rättssäkerheten

Intresseledamöter är ett vanligt förekommande fenomen i domstolar och innebär inte att balansen som ska finnas i en domstol rubbas, enligt Europadomstolen. Det som rubbar balansen är ifall intresseledamöterna har ett motsatt intresse till den klagande. Situationen uppstod i Bostadsdomstolen när Langborger ville få bort förhandlingsklausulen ur sitt hyreskontrakt. De två organisationerna som ingått avtalet hade starka skäl för att se till att förhandlingsklausulen fanns kvar. Fastighetsägarna tjänade på en förhandlingsklausul, eftersom den kollektivt avtalade hyran direkt trädde i kraft. Hyresgästföreningen tjänade ekonomiskt eftersom den erhöll förhandlingsersättning för lägenheterna. Eftersom de båda organisationerna utsåg intresseledamöterna fanns det risk för att balansen skulle rubbas. Men att intresseledamöterna utses av organisationer eller har koppling till organisationerna som berörs av tvisten är inte tillräckligt för att balansen ska rubbas.

Kellermannmålet påminner om Langborgermålet, även i AD utses intresseledamöterna av organisationer som berörs i tvisten. Ändå anser Europadomstolen att balansen inte rubbas. Anledningen är att intresseledamöterna inte har ett gemensamt intresse motsatt till Kellermann, vilket till viss del bevisas av att en av dessa är skiljaktig mot de andra. Arbetsgivare vill generellt att strejkrätten ska vara begränsad, medan arbetstagarorganisationerna vill att den ska vara vidsträckt.

Den formella praxis AD har etablerat angående skiljeklausul anser jag stämmer väl överens med Europadomstolens. AD kommer i AD 1997 nr 104 fram till att en skiljeklausul under vissa omständigheter kan vara oskälig. I det målet handlade det om den situation att arbetstagaren inte kunde påverka vilka skiljemän som skulle sitta i skiljenämnden. Att arbetstagaren inte hade möjlighet att påverka vilka som skulle sitta i skiljenämnden gjorde att det fanns en risk att arbetstagaren inte kom att få en opartisk rättegång. Balansen som skulle finnas i en skiljenämnd riskerade att påverkas negativt för arbetstagaren. Men att arbetstagaren inte får utse sin representant är inte det som slutligen rubbar balansen i målet. Organisationerna har ett gemensamt intresse i frågan motsatt till arbetstagaren, en förlust i frågan skulle innebära en betydande kostnad för dem. Deras gemensamma intresse är motsatt till den klagande och balansen kan rubbas i skiljenämnden.

En skiljeklausul innebär en prövning av sakfrågan inför en skiljenämnd. Finns inte möjligheten för arbetstagaren att utse sin egen representant till en skiljenämnd, måste det finnas garantier för att organisationernas representanter inte har ett motsatt intresse till arbetstagaren. Har de ett motsatt intresse sker en rubbning av balansen i skiljenämnden och arbetstagaren får inte en rättvis prövning. I händelse av att arbetstagaren kan utse sin egen representant kommer balansen inte att rubbas. Utses skiljemännen av organisationerna behöver en avvägning ske om frågans natur och om balansen rubbas.

7.3 EKMR och den materiella rättssäkerheten

Många domar från Europadomstolen har konstaterat att det inte är förenligt med EKMR att tvinga någon att ansluta sig till en organisation.

Användandet av tvång för att få någon att ansluta sig till en organisation, särskilt om personen av ideologiska skäl vill stå utanför, är en kränkning av art. 11 EKMR om det berör kärnan i den negativa föreningsrätten. Det har

inneburit att den positiva och den negativa föreningsrätten kommit i konflikt med varandra. På den ena sidan organisationers föreningsrätt att skydda sina medlemmar, på den andra sidan står individens val att vilja vara oorganiserad. I Sverige blir den konflikten särskilt påtaglig, eftersom lagstiftaren har överlåtit stora delar av regleringen till arbetsmarknadsparterna.

Europadomstolen konstaterar att alla medlemsstater har sina system för arbetsmarknaden och att den balans som råder inom respektive arbetsmarknad inte ska rubbas, staterna har sin ”margin of appreciation”. Den svenska arbetsmarknaden regleras till stor del genom kollektivavtal och svenska staten har varit passiv och överlåtit på organisationerna att skydda sina medlemmars intressen. För att ge organisationerna möjligheter för detta, har den positiva föreningsrätten en stark position i den svenska arbetsrätten, däremot har den negativa föreningsrätten historiskt haft en svag position.

7.3.1 Negativa påföljder för oorganiserade

Någon uttalad negativ föreningsrätt finns inte i EKMR, den negativa föreningsrätten har istället skapats genom praxis från Europadomstolen. Det första målet att beröra den negativa föreningsrätten var *Young, James och Webster* från 1981. Men det var vid prövningen av *Gustafsson* målet som Europadomstolen utvecklade hur den negativa föreningsrätten skulle tolkas.

I *Gustafsson* målet skedde inte någon kränkning av *Gustafsson*s negativa föreningsrätt, även om den enligt Europadomstolen berördes.

Stridsåtgärderna som vidtogs mot *Gustafsson* kränkte inte kärnan i den negativa föreningsrätten. Kärnan kan tolkas som att ingen får tvingas in i en organisation, att tvinga *Gustafsson* att skriva på hängavtal var inte att tvinga *Gustafsson* in i en organisation. Hängavtalet var till för att *Gustafsson*s anställda skulle garanteras samma rättigheter och förmåner som arbetstagare arbetande för kollektivavtalsanslutna arbetsgivare. Att det sedan är med

pistolen mot pannan, som Fahlbeck skriver, betyder inte att den negativa föreningsrätten har blivit kränkt.²¹⁶

Den positiva föreningsrätten är starkare än den negativa under de omständigheter som rådde i Gustafssonmålet. Arbetstagarorganisationen ser till att skydda sina medlemmars intressen, genom att se till att inga anställda jobbar under sämre villkor än i kollektivavtalet. En arbetstagarorganisations positiva intresse att skydda arbetstagare genom stridsåtgärder, väger tyngre än Gustafssons negativa föreningsrätt. Användandet av tvång är acceptabelt så länge det sker i ett legitimt syfte och personen som utsätts för tvång har en valmöjlighet.

Men, som Danelius skriver, handlar den negativa föreningsrätten också om att inte behöva drabbas av påföljder på grund av valet att stå utanför organisationen.²¹⁷ I Gustafssons fall skulle han enligt hängavtalet bli bunden av en organisationsklausul. Detta var inte endast en negativ påföljd för Gustafsson, många mindre företagare som valde att stå utanför skrev också på hängavtal där det kunde finnas organisationsklausuler. Det handlade inte endast om Gustafsson. Därmed drabbades inte Gustafsson av påföljder för att han valde att stå utanför. Gustafsson drabbades av påföljder för att hans förhandlingsposition var svagare än de arbetsgivare som förhandlade genom sin organisation.

Den oorganiserade arbetstagare som blir bunden av en skiljeklausul hamnar i en sämre situation, i och med ett större ekonomiskt risktagande, än den som är medlem i kollektivavtalsbunden organisation. Detta avfärdar AD med att det bara är att bli medlem och därmed undvika risken som finns med att stå utanför. Men personen har gjort ett val, kanske av ideologiska skäl, och ska därmed inte behöva gå med för att undvika att hamna i en sämre position än den som är medlem. Skiljeklausulen blir ett påtryckningsmedel mot den anställde vid en tvist. Den oorganiserade löper

²¹⁶ Fahlbeck (1996) s. 19.

²¹⁷ Danelius (2015) s. 530.

en större ekonomisk risk än om tvisten gått till allmän domstol. Om det funnits en försäkring som täckt denna kostnad hade det kunnat ses som en nackdel för den oorganiserade, liknande nackdelen för Gustafssons bundenhet till organisationsklausul. Men för arbetstagaren handlar det om rätten till en rättslig prövning. En av de grundläggande delarna av ett rättssystem. Det gör att det åtminstone finns en möjlighet att svensk praxis strider mot EKMR.

7.3.2 Är skiljeklausul en allvarlig form av tvång?

I Young, James och Webster är domstolen tydlig med att allvarliga former av tvång för att få någon att ansluta sig till en organisation är en kränkning. I Young, James och Webster handlade det om att personerna riskerade avsked om de inte gick med i arbetstagarorganisationen. Kan då en skiljeklausul ses som liknande form av tvång?

AD är mycket restriktiva med att jämka skiljeklausuler på grund av den kostnad som är förknippad med skiljenämnd. I de två mål där skiljeklausulen jämkats på grund av kostnad, är kostnaden inte enda skälet för jämkning. Dels är skiljeklausulen del av ett individuellt anställningsavtal och dels har arbetstagarna underordnade positioner på arbetsplatsen. Jag ställer mig tveksam till att AD jämkat skiljeklausulen om det endast handlat om kostnaden. Dessutom motiverar AD ibland denna restriktivitet med att arbetstagare kan gå med i organisation och därmed erhålla skydd. Effektivitet och sekretess väger tyngre än kostnaden för den enskilde. Oavsett om arbetsgivaren kommer att stå för större delen av kostnaden eller inte.

I Evaldssonmålet konstaterar Europadomstolen att det måste finnas en ”margin of appreciation” på arbetsmarknaden, speciellt i en situation där staten lagt över stora delar av ansvaret på arbetsmarknadens organisationer. Lagstiftaren har en skyldighet att skydda arbetstagarna från de regleringar

organisationerna genomför på arbetsmarknaden. När ansvaret för regleringar överläts på organisationerna, ökar ansvaret på staten att se till att skydda individer från de kränkningar som kan uppstå. Särskilt i fall där villkor i avtalet sträcker sig till oorganiserade arbetstagare. Även om Europadomstolen inte tar upp art. 11 EKMR i Ewaldssonmålet, utan nöjer sig med att konstatera att det är en kränkning av äganderätten, finns det skäl att anta att det även inneburit en kränkning av den negativa föreningsrätten. Särskilt med tanke på att Europadomstolen konstaterar att svenska staten inte levt upp till sina positiva skyldigheter att skydda de klagande, något som också den svenska domaren i Europadomstolen nämner. I Ewaldssonmålet var det inte storleken på beloppet som var det centrala. Det centrala var att avgiften inte bara finansierade mätningen, utan även det fackliga arbetet. I frågan om skiljeklausuler är det just precis den höga kostnaden för domstolsprövning som är det allvarliga. Något såvitt jag vet inte varit uppe till prövning i Europadomstolen, och osäkerheten kring rättsläget är stor.

Rättsläget är oklart i den betydelsen att en organisation eller individ som har råd att förlora kan överväga att driva en sådan tvist. Men kombinationen av att arbetstagarorganisationerna bara tillåter skiljeklausuler för höga tjänster och att arbetsgivaren ibland bär kostnaden som förlorande part, innebär att det är svårt att finna ett lämpligt mål.

7.3.3 Val av skiljeman

En ytterligare aspekt på skiljeklausul är val av skiljeman för parterna. Genom den praxis AD etablerat är det skäligt med skiljeklausul om arbetstagaren kan påverka valet av skiljeman. Har den enskilde arbetstagaren den kunskap som krävs för detta? Tänk dig själv in i situationen att du måste utse en skiljeman. Till vem hade du vänt dig? Det är svårt att kvantifiera vilka svårigheter detta kan innebära för den oorganiserade arbetstagaren. Men att det kan innebära betydande svårigheter

för många arbetstagare är något AD borde ta med när de väger samman omständigheterna.

7.4 AD:s praxis i förhållande till upplysningsdirektivet

Skiljeklausul i anställningar kan bli överraskande för arbetstagaren vid en tvist med arbetsgivaren. AD har etablerat i praxis att arbetstagaren inte behöver upplysas om skiljeklausulen vid anställningen, så länge det finns en hänvisning till kollektivavtal eller annat regelverk där klausulen inte har en undandömd position. Höga krav ställs på arbetstagaren att eftersöka innehållet i kollektivavtal och regler på arbetsplatsen.

En fråga som uppstår är hur förenlig AD:s praxis är med upplysningsdirektivet. Enligt direktivet ska arbetstagaren upplysas om de väsentliga dragen i anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.

7.4.1 Är skiljeklausul ett väsentligt drag?

Kan då en skiljeklausul anses vara ett så väsentligt drag att arbetstagaren ska upplysas om det, och i så fall räcker det med en hänvisning till ett kollektivavtal? I och med Langedomen från EU-domstolen blev det tydligt att art 2.2 upplysningsdirektivet inte var uttömmande. Det fanns andra väsentliga villkor, förutom de uppräknade, som arbetsgivaren var skyldig att upplysa arbetstagaren om. I Langemålet ansågs skyldigheten att arbeta övertid vara ett så väsentligt drag att arbetsgivaren ansågs vara skyldig att upplysa om det. Skyldighet att jobba övertid finns i de flesta kollektivavtal på den svenska arbetsmarknaden. Ur ett svenskt perspektiv skulle en särskild upplysningsplikt kännas överflödigt på den punkten. Det var också den slutsats EU-domstolen hade i Langemålet, hänvisning till kollektivavtal är tillräcklig angående övertidsarbete.

Skiljeklausul är däremot inte lika vanligt i kollektivavtal som skyldigheten att jobba övertid. De arbetstagare som blir överraskad att de är skyldiga att

jobba övertid, på arbetsgivarens begäran, bör inte vara särskilt många. De arbetstagare som blir överraskade av att det finns en skiljeklausul i deras kollektivavtal bör procentuellt sett vara fler. Även bland oorganiserade arbetstagare bör överraskningen vara större, att de är bundna till en skiljeklausul än att de är skyldiga att jobba övertid på arbetsgivarens begäran. Om EU-domstolen ser övertid som väsentligt drag, är möjligheten stor att de även skulle se en skiljeklausul som ett väsentligt drag. Något som också Tore Sigeman påpekade både vid införlivandet av upplysningsdirektivet i LAS och efter att Langedomen hade kommit.²¹⁸ Den praxis som etablerats av AD i svensk rätt förstärker den tyngande delen av en skiljeklausul. AD säger i AD 1993 nr 141 att en skiljeklausul har en sådan betungande karaktär att det är viktigt med tydlighet mot arbetstagaren.

Genom Langedomen vet vi säkert att upplysningsdirektivet inte innehåller en uttömmande uppräkningslista av det arbetsgivaren är skyldig att informera arbetstagaren. Vi vet också att skiljeklausuler är betungande och inte sällan överraskande för arbetstagaren. Min slutsats angående skiljeklausul är att den praxis AD har angående bundenhet till skiljeklausuler sannolikt inte är korrekt enligt upplysningsdirektivet. För att bundenhet ska uppstå för den oorganiserade arbetstagaren behöver det finnas en skriftlig information att en skiljeklausul är tillämplig på anställningsförhållandet. Denna slutsats anser jag mig kunna dra trots att materialet inte är särskilt omfattande.

7.4.2 Konsekvenser av att skiljeklausul är ett väsentligt drag

Men vad ska då hända om ett villkor inte har uppfyllts av arbetsgivaren såsom krävs enligt 6 c § LAS och upplysningsdirektivet? EU-domstolen säger att avsaknaden av information inte per automatik medför att det villkoret blir ogiltigt, tillämpliga sanktioner är upp till den nationella rätten att besluta om. Lagstiftaren har sagt att om informationsskyldigheten inte uppfylls så kan arbetstagaren begära skadestånd enligt 38 § LAS.

²¹⁸ Sigeman (1994) s. 593 och Sigeman (2001) s. 300

I AD 2002 nr 137 tillkom skiljeklausulen vid ett senare tillfälle i anställningen. De omständigheterna medförde att skiljeklausulen blev ogiltig. Ett starkare skydd än det som gäller enligt upplysningsdirektivet, där ogiltighet inte är ett krav för att leva upp till direktivet. Men fallet har så unika omständigheter att det är svårt att dra slutsatser ifrån det. Den korta tiden mellan hängavtalets införande och att arbetstagaren nyligen varit i allmän domstol har påverkat utgången i målet. Jag är tveksam till att AD hade jämkat en skiljeklausul på grund av att det inte fanns hängavtal vid ingången av anställningen, om det gått längre tid mellan hängavtalets ingång och en tvist.

Möjligheter finns för en arbetstagare att driva frågan om en skiljeklausul är införlivad eller ej i ett kollektivavtal. Om arbetstagaren inte blivit informerad skriftligen om skiljeklausulen, utan den blivit införlivad genom hänvisning till avtal, tror jag möjligheter finns att vinna målet. Men det arbetstagaren vinner med en sådan tvist är bara ett ekonomiskt skadestånd för att arbetsgivaren brutit mot en ordningsregel. Klausulens giltighet berörs inte.

7.5 Egen reflektion och diskussion

Den normerande verkan ett kollektivavtal har, binder arbetstagare till överenskommelser mellan organisationer individen inte vill vara en del av. Den negativa föreningsfriheten har under lång tid haft ett svagt skydd, istället har ett kollektivt system med starka organisationer uppmuntrats av lagstiftaren. Enligt mig behöver den negativa föreningsfriheten stärkas inom den svenska arbetsrätten. Individens rättigheter, inte minst i förhållande till EKMR, behöver få ett bättre skydd.

AD:s praxis i förhållande till den formella rätten i EKMR, stämmer väl överens med den praxis Europadomstolen etablerat. Däremot kan det finnas brister i den materiella rätten. Kostnaderna för en skiljenämnd har inte

prövats mig veterligen av Europadomstolen. Ett osäkert rättsläge får anses råda på det området och hur ett sådant mål skulle dömas är svårt att förutse. Att få sin sak prövad är en viktig del i en rättsstat, att behöva avstå från prövning på grund av kostnader är inte rättssäkert. AD:s praxis strider sannolikt mot upplysningsdirektivet men rättsföljden här blir inte mer än ett måttligt skadestånd för brott mot en ordningsregel.

Sverige pressar hela tiden gränserna för den negativa föreningsfriheten. Ibland förlorar vi i Europadomstolen som i Evaldsson- och Langborgerfallen. Men även när Sverige vinner mål är de ofta enhälliga. Min uppfattning är att vi bör lagstifta om den negativa föreningsfriheten och ge den ett starkare skydd än den minimireglering EKMR sätter upp.

Kollektivanslutningen mellan LO och SAP avskaffades utan att det behövde prövas i domstol. Om kollektivanslutningen hade prövats, är det inte orealistiskt att det hade ansetts strida mot den negativa föreningsrätten. Precis som med kollektivanslutningen till SAP handlar det om vad som ska komma först. En ändring av svensk praxis eller en ny dom som förbjuder den. Det var den allmänna debatten som ändrade kollektivanslutningen till SAP, inte lagstiftaren. Samma sak kan ske i Gustafssonfallet och på skiljeklausulens område. I flera av de rättsfall AD prövat har arbetsgivaren tagit på sig kostnader så att problemet med kostnaderna har mildrats för den oorganiserade. Jag tror att medvetenheten om att man rör sig i utkanten av det tillåtna när det gäller oorganiserade och negativ föreningsfrihet är en del av förklaringen till detta handlande. Idag ger Europadomstolen Sverige en ”wide margin of appreciation”, frågan är om Sverige håller sig inom denna.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Utredningsbetänkanden

SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen – Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal.

SOU 1982:60 MBL i utveckling.

SOU 1999:69 Individerna och arbetslivet – Perspektiv på det samtida arbetslivet kring sekelskiftet 2000.

Propositioner och regeringsskrivelser

Prop. 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1974:77 med förslag om lag till rättegången i arbetstvister, m.m.

Prop. 1975/76:81 om ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §.

Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen.

Prop. 1976/77:90 om semesterlag m.m.

Prop. 2005/06:185 Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen.

Utskottsbetänkanden

Konstitutionsutskottets betänkande 1978/79:11 med anledning av motioner om förbud mot kollektivanslutning till politiskt parti, m.m.

Elektroniska källor

Henrik Jermsten: Karnov kommentarer – Regeringsform (1974:152) – besökt 2017-03-13.

ILO – International Labour Organization < <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--en/index.htm> > besökt 2017-02-15.

ILO – International Labour Organization <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>> besökt 2017-02-15.

ILO – International Labour Organization ratificering konvention 87
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232> besökt 2017-02-17.

ILO – International Labour Organization konvention 98
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::no::P12100_Ilo_Code:C098> besökt 2017-02-17.

ILO – International Labour ratificering konvention 98
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312243> besökt 2017-02-17.

Lars Lunning och Gudmund Toijer: Zeteo kommentarer – Lag (1982:80) om anställningsskydd – besökt 2017-05-04.

Industrirådet <<http://www.industriradet.se/wp-content/uploads/Industriavtalet-2016.pdf>> besökt 2017-02-22.

Mänskliga rättigheter – Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter
<<http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/europaradet>> besökt 2017-02-09.

Per Dalekant och Anders Weihe: Karnov kommentarer – Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet – besökt 2017-02-06.

Sveriges riksdag
<<https://www.riksdagen.se/sv/global/sok/?q=kollektivanslutning+>> besökt 2017-05-08.

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Mulder, Bernard Johann (2013), *Svensk Arbetsrätt*. 14:e upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm.

Ahlström, Kristina (2013), *Kollektivavtal – Formalia, giltighet och tolkning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), *Europarättens grunder*. 5:e upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Christensen, Anna (1985), 'Kollektivanslutning till hemförsäkring och till politiskt parti', i: Håstad, Torgny (red.), *Festskrift till Henrik Hessler*. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm.

- Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 5:e upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm.
- Edlund, Sten och Nyström, Birgitta (1995), *Arbetsrätt i förändring*, Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm.
- Fahlbeck, Reinhold (1996), 'Gustafsson mot Sverige – båda förlorade', *Lag & Avtal Nr 6/96*.
- Glavå, Mats och Mikael Hansson (2016), *Arbetsrätt*. 3:e upplagan. Studentlitteratur AB, Lund.
- Herzfeld Olsson, Petra (2003), *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus förlag, Uppsala.
- Jareborg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT 2004* s. 1-10. u.o.
- Kjellberg, Anders (2016), *Facklig anslutning i Sverige och andra länder: medlemsrekrytering mm*. Seminarieriet fackliga utmaningar, Göteborg, Sverige.
- Kleineman, Jan (2013), 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur AB, Lund.
- Källström, Kent (1999), 'Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund', i: Anders Agell (red.), *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden – Gustafssonmålet i perspektiv*. Iustus Förlag AB, Uppsala.
- Källström, Kent; Malmberg, Jonas och Öman, Sören (2016), *Den kollektiva arbetsrätten – En lärobok*. Iustus förlag, Uppsala.
- Lundh, Christer (2009), 'Lönekostnader och lönebildningens transaktionskostnader – Kollektivavtalssystemets utveckling i Sverige 1906-1956', i: Lundh, Christer (red.), *Nya perspektiv på Saltsjöbadsavtalet*. SNS Förlag, Stockholm.
- Lunning, Lars och Toijer, Gudmund (2016), *Anställningsskydd – en lagkommentar*. 11:e upplagan. Wolters Kluwer Sverige AB, Stockholm.
- Norberg, Per (2002), *Arbetsrätt och konkurrensrätt – En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*. Juristförlaget i Lund, Lund.
- Norberg, Per (2009), 'Konkurrensrättens betydelse för Saltsjöbadsavtalets tillkomst', i: Lundh, Christer (red.), *Nya perspektiv på Saltsjöbadsavtalet*. SNS Förlag, Stockholm.

Norborg, Lars-Arne (1995), *Sveriges historia under 1800- och 1900-talen – Svensk samhällsutveckling 1809-1992*. 4:e upplagan. Almqvist & Wiksell Förlag AB, Stockholm.

Sandgren, Claes (2015), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*. 3:e upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Sigeman, Tore (1994), 'Informationsplikt rörande anställningsvillkor', i: Håstad, Torgny; Lindblom, Per Henrik och Saldeen, Åke (red.), *Festskrift till Anders Agell*. Iustus förlag, Uppsala.

Sigeman, Tore (1999), 'Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund', i: Anders Agell (red.), *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden – Gustafssonmålet i perspektiv*. Iustus Förlag AB, Uppsala.

Sigeman, Tore (2001), 'Information om anställningsvillkor', i: Eklund, Ronnie; Koch, Michaël; Nilsson, Edvard och Sigeman, Tore (red.), *Festskrift till Hans Stark*. Arbetsrättsliga föreningens skrifter volym V. u.o.

Wersäll, Fredrik (2016), 'Europarätten och svenska domstolar – några reflektioner', i: Dahlberg, Mattias och Åhman, Karin (red.), *de lege – Europarätten – 20 år i Sverige*. Iustus Förlag AB, Uppsala.

Åhman, Karin (2011), *Normprövning – Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000-2010*. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Österdahl, Inger (2007), 'Normprövning ur ett EKMR perspektiv', *SvJT* 2007 s. 882. u.o.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 2005 s 462

NJA 2005 s. 805

Arbetsdomstolen

AD 1932 nr 95

AD 1944 nr 37

AD 1946 nr 64

AD 1966 nr 2

AD 1977 nr 116

AD 1978 nr 83

AD 1983 nr 107

AD 1983 nr 112

AD 1983 nr 184

AD 1987 nr 165

AD 1993 nr 141

AD 1994 nr 28

AD 1994 nr 120

AD 1995 nr 108

AD 1995 nr 135

AD 1997 nr 104

AD 2002 nr 72

AD 2002 nr 137

AD 2003 nr 46

AD 2004 nr 6

Europa

Europadomstolen

AB Kurt Kellermann v. Sweden, Judgement of 26 october 2004 Application no. 41579/98

Evaldsson and others v. Sweden, Judgement 13 february 2007 Application no 75252/01

Gustafsson v. Sweden, Judgement of 25 april 1996 Application no. 15573/89

Langborger v. Sweden, Judgement of 22 june 1989 Application no. 11179/84

Sibson v. the United Kingdom, Judgement of 20 april 1993, Application no. 14327/88

Vördur Olafsson v. Iceland, Judgement of 27 april 2010 Application no. 20161/06

Young, James and Webster v. The United Kingdom, Judgement of 13 august 1981 Application no. 7601/76; 7806/77

EU-domstolen

C-350/99 Wolfgang Lange mot Georg Schünemann GmbH, EU:C:2001:84