



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Veronica Olofsson

Negativ facklig föreningsrätt

*En studie av svensk rätt i ljuset av
Sveriges internationella åtaganden*

Examensarbete
20 poäng

Handledare Mia Rönmar

Arbetsrätt

Höstterminen 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Problemformulering, syfte och frågeställningar	7
1.2 Metod och material	8
1.3 Terminologi	9
1.4 Disposition och avgränsningar	10
2 BAKGRUND	12
2.1 Den svenska modellen	12
2.2 Facklig föreningsrätt	13
2.3 Negativ föreningsrätt	15
2.4 Problemet med oorganiserade aktörer på arbetsmarknaden	16
2.5 Kollektivet kontra individen	17
3 FÖRENINGSFRIHET OCH FÖRENINGSRÄTT I SVENSK RÄTT	19
3.1 Regeringsformen	19
3.1.1 Föreningsfrihet	19
3.1.2 Negativ föreningsfrihet	20
3.2 Medbestämmandelagen och lagen om facklig förtroendeman	21
3.2.1 Föreningsrätt enligt MBL	21
3.2.2 Föreningsrätt enligt FML	23
3.3 Europakonventionen	24
4 SVERIGES INTERNATIONELLA ÅTAGANDEN	27
4.1 Förenta nationerna	28
4.1.1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna	28
4.1.2 Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter ³⁰	
4.1.3 Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter	32
4.2 Internationella arbetsorganisationen	33
4.2.1 ILO-konvention nr 87	34

4.2.2	ILO-konvention nr 98	35
4.3	Europarådet	36
4.3.1	Europarådets sociala stadga	36
4.3.2	Europakonventionen	38
4.3.2.1	Församlings- och föreningsfrihet	39
4.3.2.2	Praxis från Europadomstolen	40
4.3.2.3	Sammanfattning	45
4.4	Europeiska unionen	46
4.4.1	1989 års stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter	47
4.4.2	EU:s stadga om grundläggande rättigheter	48
5	SVENSK RÄTT I BELYSNING AV SVERIGES INTERNATIONELLA ÅTAGANDEN - ANALYS	50
5.1	Inledning	50
5.2	Arbetssökandens negativa föreningsrätt	52
5.3	Arbetstagarens negativa föreningsrätt	53
5.3.1	Allmänt	54
5.3.2	Löneavdrag för granskningsarvode och mätningsavgift	56
5.4	Arbetsgivarens negativa föreningsrätt	59
5.4.1	Allmänt	59
5.4.2	Stridsåtgärder	60
5.4.3	Stridsåtgärder i förhållande till den negativa föreningsrätten	62
5.5	Debatten om den negativa föreningsrätten	65
6	AVSLUTNING	69
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72
	Offentligt tryck	72
	Litteratur	72
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77
	Svensk rättspraxis	77
	Rättsfall från Europadomstolen	77

Sammanfattning

Genom åren har röster höjts vid ett flertal tillfällen för att i Sverige reglera den negativa fackliga föreningsrätten, det vill säga rätten att stå utanför arbetsmarknadens föreningar. Någon sådan reglering har dock inte kommit till stånd främst med anledning av de effekter ett sådant skydd skulle få för det svenska förhandlingssystemet samt med anledning av att det skulle innebära att statsmakten grep in i organisationernas interna förhållanden.

I den svenska arbetsrätten är den negativa föreningsrätten enbart skyddad i förhållande till staten genom skyddet i 2:17 RF. Det saknas specifikt skydd för den negativa föreningsrätten i MBL och FML, dessa bägge lagar omfattar dock ett skydd för den positiva föreningsrätten. Genom att Sverige numera har upphöjt Europakonventionen till nationell lag så har dock den negativa föreningsrätten numera fått ett visst skydd genom den praxis som har utformats gällande denna konvention av Europadomstolen.

Sverige är även anslutna till ett flertal andra internationella instrument som innehåller regler som skulle kunna få betydelse för den negativa föreningsrätten.

Den allmänna negativa föreningsfriheten åtnjuter ett skydd enligt FN:s allmänna förklaring detta gäller dock ej den negativa *fackliga* föreningsfriheten. Den allmänna förklaringen har även liten praktisk relevans då den inte är juridiskt bindande för staterna och då den inte kan åberopas direkt av enskilda individer. I FN:s två konventioner om medborgerliga och politiska respektive ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter behandlas också föreningsfriheten. I bägge dessa konventioner saknas belägg för ett skydd av den negativa föreningsfriheten, troligt är dock att de bägge skyddar mot statligt tvång att förmå en individ att ingå i en viss organisation.

ILO har utformat två olika konventioner som innehåller regler för föreningsrätten, ILO-konventionerna nr 87 och 97. Dessa konventioner innehåller regler för att förändra relationerna på arbetsmarknaden för att stärka arbetstagarna. På grund av detta saknas skydd för den negativa föreningsfriheten i dessa konventioner.

Europarådet har utformat två olika dokument som är relevanta i föreningsrättsliga sammanhang, den sociala stadgan och Europakonventionen. Den sociala stadgan innehåller ett långtgående skydd för den negativa föreningsfriheten, detta skydd kan dock inte åberopas av individen direkt. I Europakonventionen skyddas föreningsfriheten i artikel 11 om rätt till förenings- och församlingsfrihet. Ett flertal fall som rört den negativa föreningsfriheten har varit uppe till prövning i Europadomstolen som har utvecklat en sammanhållen praxis på detta område. Enligt denna praxis är individen skyddad mot angrepp på sin negativa föreningsfrihet även i de fall där tvånget för att ansluta utförs av ett annat privaträttsligt subjekt. Den negativa föreningsfriheten åtnjuter dock ett svagare skydd än den positiva och skyddar främst i situationer där kränkningen slår mot själva kärnan av föreningsrätten såsom när en individ mot sina ideologiska övertygelser måste ansluta sig till en förening för att inte riskera att bli

avskedad. Europakonventionen kan åberopas av enskilda och i Sverige kan man även gå direkt till inhemsk domstol och hävda att ens rättigheter enligt konventionen har blivit kränkta.

Sedan 1995 är Sverige medlem i den europeiska unionen. Unionen har två olika stadgor som innehåller regler om föreningsfriheten. I EU: sociala stadga finns ett skydd för den negativa föreningsfriheten. Denna stadga saknar dock bindande verkan utan den utgör enbart en utgångspunkt för vad medlemsstaterna skall sträva efter. Den borde därför få liten egentlig betydelse även om dess innebörd har använts som tolkningshjälpmedel både av AD och ED. Det senaste instrument som har tillkommit från EU är EG:s stadga om grundläggande rättigheter. Även i denna stadga finns ett visst skydd för den negativa föreningsfriheten, det är dock omtvistat hur omfattande detta skydd är. Klart är dock att staten har ett visst ansvar att skydda individens rätt enligt denna stadga. Skillnaden mellan de bägge stadgorna är att stadgan för grundläggande rättigheter synliggör det ansvar som vilar på staten medan den sociala stadgan mer skall ses som ett mål att sträva efter.

Den oorganiserade *arbetsökanden* saknar i stort sett skydd både enligt de svenska och enligt de internationella reglerna. Situationen har dock förbättrats på senare år i och med att organisationsklausulerna försvunnit i Sverige, då dessa klausuler stängde ut arbetsökande som inte vara anslutna till den avtalsslutande organisationen. Ett utökat skydd för den arbetsökande finns även vid tillsättandet av statliga tjänster då dessa skall tillsättas efter bestämda kriterier.

För en *arbetstagarare* är situationen bättre än för arbetsökanden eftersom denne i sin anställning skyddas mot kränkningar av sin negativa föreningsrätt genom till exempel LAS regler om saklig grund för omplacering och uppsägning. En fråga som har debatterats flitigt har dock varit om den är kränkande mot en arbetstagarares negativa föreningsrätt om denna tvingas att genom ett löneavdrag för granskningsarvode bidra till den fackliga verksamheten. Svenska AD har funnit att sådana avdrag inte strider mot den negativa föreningsrätten såsom denna ser ut enligt svensk rätt och Europakonventionen. Frågan är nu uppe till prövning i Europadomstolen varför vi inom en snar framtid kommer att få definitivt besked om dessa avgifters förenlighet med den negativa föreningsrätten.

För *arbetsgivaren* aktualiseras den negativa föreningsrätten främst när denne tvingas att teckna kollektiv- eller hängavtal på grund av stridsåtgärder vidtagna av fackföreningarna. I Sverige har vi en långtgående stridsrätt där en stridsåtgärd mot en oorganiserad arbetstagarare varken behöver ha ett visst syfte eller vara proportionell med dess ändamål. De svenska stridsåtgärderna har varit uppe till prövning i Europadomstolen i det så kallade Gustafssonsfallet. Europadomstolen fann här att ingen kränkning förelåg i det aktuella fallet men uteslöt inte att långtgående stridsåtgärder skulle kunna kränka arbetsgivarens negativa föreningsfrihet. Svenska domstolar har efter detta avgörande dömt i enlighet med denna praxis.

Slutsatsen av arbetet är att den svenska arbetsrätten inte uppenbart står i strid med den negativa föreningsfriheten enligt våra internationella åtaganden. Det vore dock påkallat att göra en inventering av regleringen med framtida regeländringar i åtanke.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen, Arbetsdomstolens domar
AF	FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna
Bet	Betänkande
ED	Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna
EG	Europeiska gemenskapen
EKMR	Den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ERT	Europarättslig tidskrift
ESS	Europarådets sociala stadga
EU	Europeiska unionen
FFL	Lag om förenings- och förhandlingsrätt
FML	Förtroendemannalagen
FN	Förenta Nationerna
FAA	Frami Automobile Association
IKMPR	Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
IKESKR	Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
ILO	International Labour Organisation
JT	Juridisk Tidskrift
KU	Konstitutionsutskottet
L&A	Lag & Avtal
LAS	Lag om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag om medbestämmande i arbetslivet
RF	Regeringsformen 1974
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
SFS	Svensk författningssamling
SiD	Specialarbejderforbundet i Danmark
SOU	Statens offentliga utredningar
TfR	Tidsskrift för rettsvetenskap

1 Inledning

Sedan början av 1900-talet har vi i Sverige haft en arbetsmarknad med en högre andel arbetstagare som har varit organiserade i de fackliga föreningarna. Tack vare denna höga anslutningsgrad och det nära förhållande som finns mellan statsmakt och de fackliga organisationerna har statsmakten kunnat lämna över mycket av arbetsrätten att regleras internt mellan arbetsmarknadens aktörer, den så kallade svenska modellen.

På grund av behovet av förtroende mellan arbetsmarknadens aktörer och statsmakten har man varit beroende av att arbetstagarna organiserar sig. Som en effekt av detta har *föreningsrätten*, det vill säga rätten att tillhöra och verka för en förening, av tradition haft ett starkt skydd i det svenska rättssystemet. Föreningsrättens framträdande roll har dock inneburit att skyddet varit svagt för den *negativa föreningsrätten*, det vill säga rätten att stå utanför en förening.

I årsskiftet 1995 skedde två förändringar som kom att få stor inverkan på det svenska rättssystemet. Dels blev Sverige medlem i den europeiska unionen, EU, och dels kom den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna att bli en del av den svenska lagstiftningen. Detta har inneburit att Sverige nu har två nya internationella rättsordningar som skall beaktas vid bedömningen av den egna rätten, rättsordningar där andra prioriteringar än de svenska har fått styra och där det finns regler som kan påverka föreningsrätten. Sverige är även anslutna till andra internationella instrument såsom FN-stadgan och ILO:s konventioner som även de innehåller bestämmelser som kan få betydelse för föreningsrätten.

1.1 Problemformulering, syfte och frågeställningar

Sveriges arbetsmarknad är reglerad efter den svenska modellen och efter svenska principer och värderingar. I dagens allt mer internationella samhälle är dock rättssystemen inte längre slutna utan de har öppnats upp av ländernas anslutningar till internationella organisationer och regleringar. Denna omställning kan innebära en konflikt mellan den nationella och den internationella rätten.

Mitt syfte med detta arbete är att undersöka den svenska rätten vad gäller negativ föreningsrätt samt att ställa den svenska rätten i perspektiv till Sveriges internationella åtaganden vad gäller föreningsrätten. Följande frågeställningar är centrala för arbetet:

1. Vilket skydd har den negativa föreningsrätten enligt svensk rätt?
2. I vilka situationer kan den negativa föreningsrätten aktualiseras?
3. Hur stämmer den svenska rätten vad gäller negativ föreningsrätt överens med Sveriges internationella åtaganden speciellt vad gäller granskningsarvoden och stridsåtgärder?

1.2 Metod och material

I detta arbete återfinns en jämförelse mellan tre olika rättsordningar; svensk rätt, folkrätt och EG-rätt. För att konstatera vad som är gällande rätt i respektive rättsordning har jag använt mig av den rättsdogmatiska metoden. Rättsdogmatik är den del av rättsvetenskapen som sysslar med det rättsliga normsystemet och normernas tolkning. För att finna vad som är gällande rätt skall man enligt denna metod använda sig av rättskällorna.¹

Inom den svenska arbetsrätten är de primära rättskällorna lagar, förordningar och övriga författningar, kollektivavtal, förarbeten, rättspraxis, allmänna rättsgrundsatser samt sedvänja och bruk. Då detta arbete behandlar föreningsrätten blir det även aktuellt att se till grundlagen då denna rättighet åtnjuter ett däri befast skydd. Jag har i detta arbete främst använt mig av den svenska lagtext som rör föreningsfriheten eller föreningsrätten samt av de förarbeten som rör denna fråga. Vidare har jag använt mig av praxis från Arbetsdomstolen i relativt stor utsträckning.

Europakonventionen åtnjuter en särställning bland de internationella instrumenten då denna är inkorporerad i svensk rätt. Detta innebär att den är direkt tillämplig i Sverige. Europakonventionens innehåll preciseras genom avgöranden från Europadomstolen, denna praxis är bindande för medlemsstaterna och deras nationella rätt skall tolkas konformt med Europadomstolens praxis. För att få en bild av vilket skydd som Europakonventionen uppställer för den negativa föreningsfriheten har jag därför i stor utsträckning läst Europadomstolens domar där denna fråga har aktualiserats.

För att finna vad som utgör folkrättens källor brukar man hämta ledning ur artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Denna artikel räknar visserligen upp de rättsregler som domstolen skall döma efter men den ger samtidigt ledning i vilka som är de bakomliggande källorna. Här finner vi att källorna är överenskommelser och sedvänja, traktater, allmänna rättsgrundsatser samt rättspraxis och doktrin. Här är viktigt att förtydliga att rättspraxis och doktrin enbart ses som vägledande, det vill säga de utgör inte i sig en rättskälla.² Föreningsrätten skyddas i en rad folkrättsliga instrument till vilka Sverige är anslutet. I detta arbete kommer det föreningsrättsliga skyddet enligt FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt två olika FN-konventioner att behandlas. Vidare kommer skyddet i två konventioner från ILO samt det skydd som finns i Europarådets sociala stadga att tas upp.

EG-rätten utgör en egen rättsordning. I detta arbete kommer dock denna inte att tas upp i sin helhet utan enbart det skydd som rör föreningsfriheten vilket återfinns i EUs stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter samt i EUs stadga om grundläggande rättigheter.

På grund av att arbetet rör sig om ett relativt litet område har jag främst riktat in mig på hur den aktuella konventionen reglerar detta område. Detta innebär att det finns risk för att jag kan ha missat större drag i

¹ Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt* (2001) s. 22.

² Bring & Mahmoudi, *Sverige och folkrätten* (2001) s. 21 ff.

en konvention och försummat att se den i ett större perspektiv. Jag har i detta arbete till stor del fått förlita mig på doktrin som rör de folkrättsliga och EG-rättsliga källorna. Här skall främst nämnas Petra Herzfeld Olssons bok *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet* som ger en mycket heltäckande bild av föreningsrättens internationella reglering.

En svårighet genom arbetet har varit att den traditionella rättsskälreläran i Sverige innebär att rätten främst får sitt innehåll genom lag och genom uttalanden i förarbeten. Domstolen har visserligen i vissa fall möjlighet att precisera lagen genom sina avgöranden men de svenska domstolarna skapar inte rätt. I till exempel Europakonventionen är det istället så att rätten skall vara dynamisk vilket innebär att den får sitt innehåll av domstolens tolkningar av rätten. Detta får till effekt att förarbetena till konventionen oftast inte är relevanta och att domstolen inte nödvändigtvis är bunden av tidigare praxis.³ För att ta reda på hur konventionen skall tolkas så har jag dels läst domarna men även läst doktrin som avhandlar konventionen.⁴ Problemet med detta är att det skulle kunna ske rent språkliga misstag men även att utländska källor inte tar upp tolkningens betydelse för den svenska rätten. Ett sätt att komma runt detta problem är att läsa svensk doktrin om Europakonventionen⁵ eller läsa artiklar där olika avgöranden sätts i relation till förhållanden i den svenska rätten.⁶ Problemet med detta är dock att de olika författarna kan tolka rätten på olika sätt och att det saknas ”facit” då de svenska förhållandena inte faktiskt har varit uppe till prövning. Även då de svenska förhållandena har prövats kan det dock förekomma skilda meningar om vad detta egentligen innebär.⁷ Detta innebär en svårighet att tolka och veta vad som faktiskt utgör rätt.

Framställningen innehåller dels rent deskriptiva inslag där gällande svensk och internationell rätt avhandlas ur ett de lege lata-perspektiv, kapitel 2-4, och dels kommer rätten att behandlas mer analyserande ur ett de lege ferenda-perspektiv, kapitel 5-6. I de fall synpunkterna som framförs är mina egna kommer detta att åskådliggöras på tydligt sätt.

1.3 Terminologi

Innan jag går in på den materiella delen av arbetet skall jag göra vissa definitioner av de begrepp som jag använder vilket förhoppningsvis skall underlätta det fortsatta läsandet.

³ Sigurður A. Sigurjónsson *mot Island*, dom den 30 juni 1993, Serie A nr. 264, p. 15 ; van Dijk & van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998) s. 77 ff.

⁴ Här skall särskilt nämnas van Dijk & van Hoof (1998) och Ovey C. m.fl., *Jacobs and White - the European Convention on Human Rights* (2002).

⁵ Se till exempel Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* (2002).

⁶ Se till exempel Agell m.fl., *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden* (1999).

⁷ För exempel på denna problematik se avsnitt 5.5 som rör just den svenska debatt som har varit kring den svenska rättsens förhållande till Europakonventionen.

Denna framställning handlar om föreningsrätt och föreningsfrihet. I svensk rätt och doktrin skiljer man mellan dessa två begrepp. *Föreningsfrihet* är en rättslig frihet som innebär att staten skall garantera individen att denne får tillhöra eller inte tillhöra en förening. *Föreningsrätten* däremot innebär ett skydd för individen gentemot andra rättssubjekt, till exempel en motpart i ett avtalsförhållande. Sammantaget kan sägas att både föreningsrätten och föreningsfriheten skyddar samma sak, rätten att vara med i eller stå utanför föreningar, men att de skiljer sig åt vad gäller vem de skyddar emot.⁸

Det finns två olika aspekter av föreningsrätten och föreningsfriheten, en positiv och en negativ. Den *positiva föreningsrätten eller föreningsfriheten* innebär rätten att forma, ansluta sig till samt verka för en förening. I denna framställning kommer dock vikten att läggas på den *negativa föreningsrätten eller föreningsfriheten*, vilket är individens rätt att stå utanför en förening. Den negativa och den positiva aspekten av föreningsfriheten och föreningsrätten förutsätter delvis varandra eftersom man måste ha rätt att stå utanför en viss förening för att kunna vara medlem i en annan.

1.4 Disposition och avgränsningar

Framställningen inleds i kapitel 2 med en kortare bakgrund till den svenska modellen för arbetsmarknadens reglering samt med en kort historik över skyddet för den negativa föreningsrätten i Sverige från början av 1900-talet och fram till idag.

Därefter kommer i kapitel 3 att följa en redogörelse för regleringen av föreningsfriheten och föreningsrätten i svensk rätt (frågeställning 1).

I kapitel 4 återfinns en genomgång av de internationella konventioner som Sverige har förbundit sig till samt vilket skydd dessa olika regleringar uppställer för den negativa föreningsfriheten. I samband med detta kommer även att redogöras för de olika instrumentens rättsverkan och vilken betydelse de kan ha för en nationell rättsordning. Viss fokus i detta kapitel kommer att ligga på EKMR då detta är en internationell förordning som direkt är en del av det svenska rättssystemet. Som tidigare nämnts är Sverige sedan 1994 medlem i EU vars regler till viss del har betydelse för föreningsrätten. I kapitel 4 skildras därför även vilken betydelse EU-medlemskapet har för den svenska arbetsrätten gällande föreningsrätt.

I det nästföljande kapitlet, kapitel 5 kommer de tidigare kapitlen att knytas samman på så sätt att detta kapitel sätter den svenska rätten i perspektiv till reglerna i de internationella dokumenten. För att åskådliggöra detta kommer diverse situationer där den negativa föreningsrätten aktualiseras att belysas (frågeställning 2). Skyddet som den svenska rättsordningen erbjuder i dessa situationer kommer därefter att jämföras med skyddet i de internationella instrumenten (frågeställning 3).

⁸ Sigeman, *Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt* (1999) s. 37.

Avslutningsvis kommer i kapitel 6 de slutsatser som jag har kommit fram till under arbetets gång att presenteras.

Då både tid och omfattning av detta arbete har varit begränsade har jag tvingats att göra vissa avgränsningar. Jag har främst valt att inrikta mitt arbete på oorganiserade aktörer, det vill säga jag har inte fördjupat mig i situationen för medlemmar i minoritetsorganisationer, detta trots att situationen för minoritetsorganisationsmedlemmar och oorganiserade ofta är likartad.⁹ I vissa avsnitt kommer visserligen minoritetsmedlemmarna att nämnas men då främst för att sättas i perspektiv till de oorganiserade. Denna framställning behandlar den negativa föreningsrätten för både arbetssökande, arbetstagare och arbetsgivare. Alla fall där föreningsrätten kan aktualiseras kommer dock inte att behandlas utan arbetet kommer att innehålla en allmän redogörelse för den negativa föreningsrätten och sedan en fördjupning rörande den negativa föreningsrätten vad gäller löneavdrag för granskningsarvoden för arbetstagare och stridsåtgärder som skulle kunna strida mot arbetsgivarens negativa föreningsrätt.

Den negativa föreningsrätten för arbetsgivare aktualiseras främst när denne utsätts för stridsåtgärder som syftar till att få in denne i det fackliga systemet. Med anledning av detta kommer strejkrätten i svensk rätt att behandlas i arbetet. Jag har dock inte valt att fördjupa mig i strejkrätten som sådan eller vilket skydd som denna rätt åtnjuter i de internationella instrumenten utan jag har enbart sett till hur den svenska rätten skulle kunna stå i strid med arbetsgivarens negativa föreningsrätt.

⁹ Den negativa föreningsrätten aktualiseras för minoritetsmedlemmar genom att dessa för att kunna utnyttja sin positiva föreningsrätt och vara medlemmar i minoritetsorganisationer måste åtnjuta ett skydd för sin negativa föreningsrätt så att de inte tvingas att vara med i majoritetsorganisationen.

2 Bakgrund

I följande kapitel kommer att ges en historisk bakgrund till den svenska regleringen av skyddet för föreningsrätten. Då arbetsrätten i mycket är ett rättsområde som påverkas av det politiska läget är det viktigt att man vet vilka värderingar och avvägningar som genom åren har lett fram till att regleringen ser ut som den gör idag. Avsnittet kommer att inledas med en presentation av "den svenska modellen", det vill säga den modell kring vilken den svenska arbetsrättens reglering är uppbyggd. Efter detta kommer att ges en kortare historik över skyddet för föreningsrätten i Sverige och hur diskussionen har gått om skyddet av den negativa föreningsrätten. Avsnittet innehåller även en redogörelse för *varför* oorganiserade individer på arbetsmarknaden utgör ett problem och en beskrivning av hur dagens samhälle skiljer från gårdagens på ett sätt som har förändrat arbetsmarknaden.

2.1 Den svenska modellen

Den svenska fackföreningsrörelsen föddes i slutet av 1800-talet då arbetare började gå samman för att bättra kunna ta tillvara sina rättigheter gentemot arbetsgivaren. Även i flera andra länder i Europa växte fackföreningar fram men den svenska rörelsen skiljde sig på så sätt att organisationerna på arbetsplatsen på ett tidigt stadium slöt sig samman i centralorganisationer.¹⁰ Detta innebar att fackföreningarna inte konkurrerade med varandra utan eftersom de alla tillhörde samma centralorganisation så kunde denna organisation med sin styrka förhandla fram bästa möjliga villkor för sina medlemmar.¹¹ I praktiken innebar det även att det för den enskilde arbetstagaren i princip enbart fanns två alternativ, att ansluta sig till majoritetsorganisationen eller att stå utanför.¹²

Från slutet av trettioalet och fram till sjuttioalets stora kodifiering kom staten att inta en passiv hållning gentemot lagstiftning på arbetsmarknaden. Anledningen till detta var det avtal som SAF och LO hade tecknat 1938, det så kallade Saltsjöbadsavtalet där man bland annat reglerade rätten att vidta stridsåtgärder. I och med detta avtal gjorde parterna ett åtagande om att stridsåtgärder inte skulle missbrukas vilket skulle förebygga statliga ingripanden. Staten accepterade denna rollfördelning och grep inte in utan arbetsmarknaden kom att regleras av kollektivavtal en lång tid framöver.¹³

Fackföreningsrörelsen var redan från början starkt förknippat med det socialdemokratiska partiet. När socialdemokraterna kom till makten kom en unik samarbetsanda att växa fram mellan fackföreningar och

¹⁰ Bruun, *Den nordiska modellen* (1990) s. 17 ff.

¹¹ Christensen, *Den etablerade fackföreningen och minoritetsorganisationen* (1983) s. 9 ff.

¹² Bruun, (1990) s. 18.

¹³ Sigeman, *Facklig arbetsrätt* (1997) s. 24.

regeringsmakt, den så kallade *svenska (eller nordiska) modellen*.¹⁴ De nära banden möjliggjorde att statsmakten kunde överlämna en stor del av regleringen att avtalas fram mellan arbetsmarknadens parter varför all reglering länge bestod av kollektivavtal. Idag är cirka åttio procent av de svenska arbetstagarna anslutna till någon av de största fackföreningarna vilket medför att dessa har stor möjlighet att tillvarata sina medlemmars intressen.¹⁵

2.2 Facklig föreningsrätt

Den fackliga föreningsrätten formuleras för första gången i den så kallade *decemberkompromissen*, från 1906. Detta avtal tecknades mellan SAF och LO och byggde på att arbetstagarna erkände arbetsgivarens arbetsledningsrätt medan arbetsgivarna tillerkände arbetstagarna en rätt att sluta sig samman i föreningar.¹⁶ Föreningsrätten var redan från början ett medel för att skydda förhandlingsrätten och denna inställning har kommit att prägla diskussionen kring denna rättighet fram tills idag.¹⁷

År 1929 tillkom Arbetsdomstolen som under de därpå följande åren kom att avgöra en rad föreningsrättsliga fall varpå en praxis som närmare preciserade föreningsrättens omfattning sakta växte fram. Genom denna praxis fastslogs att det utgjorde en kränkning att avskeda en arbetstagare enbart på grund av dennes föreningstillhörighet.¹⁸ AD fastslog även att en arbetsgivare var skyldig att iaktta föreningsrätten trots att han inte hade reglering om detta i sitt kollektivavtal *men* att föreningsrätten endast omfattade dem vars fackförening arbetsgivaren hade kollektivavtal med.¹⁹ Detta innebar att både minoritetsorganisationer och oorganiserade ställdes utanför skyddet. Samtidigt som AD inrättades tillkom även 1928 års lag om kollektivavtal där man slog fast kollektivavtalens rättsverkningar. Här regleras bland annat för första gången fredspliktens omfattning.²⁰

Parallellt med den framväxande praxisen i AD inleddes en diskussion om ett lagstadgat skydd för föreningsrätten. Diskussionen resulterade år 1936 i lagen om förenings- och förhandlingsrätt vilken dock nästan genast skrevs om så att den fick en tydligare utformning av föreningsrätten. Definitionen av föreningsrätten återfanns i 3 § FFL där det stod att föreningsrätten innebar en rätt för arbetstagare och arbetsgivare att tillhöra en förening, att utnyttja medlemskapet samt att gå samman och bilda föreningar. Genom denna lag utvidgades alltså skyddet för föreningsrätten genom att detta nu omfattade alla arbetstagare, det vill säga inte enbart de vars föreningar var avtalspart med arbetsgivaren.²¹

¹⁴ Det finns mellan de nordiska ländernas arbetsrättsystem (förutom Islands) en sådan överensstämmelse att det inte är berättigat att tala om fyra olika system utan snarare om en enda nordisk modell dock med vissa nationella särdrag, Bruun, (1990) s. 17 ff.

¹⁵ Kjellberg, *Sweden: Restoring the Model?* (1998) s. 74 ff.

¹⁶ Glavå, *Arbetsrätt* (2001) s. 440 ff.

¹⁷ Se bland annat AD 1933 nr 94 ; prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 205 f.

¹⁸ AD 1931 nr 107.

¹⁹ AD 1933 nr 94 ; Schmidt, *Kollektiv arbetsrätt* (1962) s. 156.

²⁰ SOU 1994:141 s. 26 ff. ; Sigeman, (1997) s. 24.

²¹ Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet* (2003) s. 490.

Som en följd av den nya lagen kom det under fyrtioalet upp ett flertal fall till AD:s prövning som gällde tvister mellan LO och olika minoritetsorganisationer om organisationstvång på vissa arbetsplatser, de så kallade syndikalismålen.²² Målen gällde fall av dubbelorganisering och lekmannadomarna i AD gjorde här gemensam sak och gick emot ämbetsmannadomarna när man dömde att det inte gick emot en arbetstagares föreningsrätt att denna tvingades vara med i ytterligare en organisation än den han redan var medlem i.²³ AD:s opartiskhet ifrågasattes starkt efter dessa domar och efter några år fann lekmannadomarna för gott att stämma in med ämbetsmannadomarna varpå en enig domstol ändrade sin praxis så att dubbelorganisering inte längre var förenligt med föreningsrätten.²⁴

Under sjuttioalet kom den stora förändringen vad gäller relationerna på arbetsmarknaden genom antagandet av MBL. Statsmakten frångick här sin tidigare ovilja att reglera förhållandena främst på grund av att arbetstagarna hade fått det svårt att få inflytande på arbetsplatserna.²⁵ Genom MBL gav statsmakten långtgående rättigheter till de etablerade organisationerna vilket delvis skedde på bekostnad av minoritetsorganisationerna.²⁶ Även detta kan ses som ett uttryck för hur föreningsrätten motiveras med förhandlingsrätten, det vill säga genom att uppmuntra de stora organisationerna underlättas förhandlingarna mellan dessa och arbetsgivare eller statsmakt. Den stora förändringen som kom genom MBL var att fackföreningarna fick en rätt att ta del i arbetsgivarens arbetsledningsrätt genom att det infördes en förhandlingsplikt rörande till exempel omorganiseringar. Fortfarande låg dock beslutsrätten hos arbetsgivaren.²⁷

Fram till dess att MBL trädde i kraft hade AD i mångt och mycket befäst arbetsgivarens oinskränkta arbetsledningsrätt.²⁸ Man hade utsträckt fredsplikten till att gälla arbetsgivarens arbetsledningsrätt och inte bara området för kollektivavtalet.²⁹ Denna praxis ändrades heller inte efter MBL vilket har medfört att arbetstagarna i princip saknar möjlighet att vidta stridsåtgärder inom området för arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

Sammanfattningsvis kan sägas att skyddet för föreningsfriheten baseras på avvägningar mellan olika intressen, dels mellan arbetstagare och arbetsgivarens intressen, dels mellan minoritets- och majoritetsorganisationer. Överlag har den svenska modellen tenderat att betona de kollektiva rättigheterna framför de individuella.³⁰

²² Se till exempel AD 1945 nr 35, AD 1945 nr 36, AD 1945 nr 77 ; Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte* (1958) s. 87 ff.

²³ Geijer & Schmidt, (1958) s. 87 ff.

²⁴ AD 1948 nr 21.

²⁵ Prop. 1975/76:105 s. 192 ff.

²⁶ Christensen, (1983) s. 15.

²⁷ Olsson, (2003) s. 491.

²⁸ Sigeman, (1997) s. 25.

²⁹ AD 1933 nr 159.

³⁰ Olsson, (2003) s. 461 f.

2.3 Negativ föreningsrätt

Den negativa föreningsrätten diskuterades redan år 1899 när det i en motion till riksdagen framfördes förslag på lagregler till skydd för de arbetare som *inte* ville tillhöra någon fackförening. Även inför tillkomsten av 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt diskuterades det flitigt om det inte borde finnas ett lagstadgat skydd mot organisationstvång. I propositionen till nämnda lag ansågs dock att skyddet för föreningsrätten inte borde sträcka sig längre än till vad som var nödvändigt för att trygga förhandlingsrätten i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Man menade att frågan om skydd mot organisationstvång istället berörde det inbördes förhållandet mellan arbetstagarna respektive mellan arbetsgivarna och att det därför inte var lämpligt att reglera i lag. Den negativa föreningsrätten kom därför inte att skyddas i 1936 års lag.³¹

Frågan om lagskydd för den negativa föreningsrätten uppkom igen när Arbetsrättskommittén tog upp den i sitt betänkande med förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Kommittén kom dock fram till att man inte ville lägga fram förslag till lagreglering vilket man motiverade med att problemen kring den negativa föreningsrätten inte kunde lösas utan att man också gick in på frågan om lagstiftning rörande organisationernas inre förhållanden.³² Samma synsätt anslöt sig föredraganden till i regeringens proposition med förslag till medbestämmandelag. Man ansåg inte det befogat att utsträcka det rättsliga skyddet för föreningsrätten utanför de gränser som dittills hade gällt och som hade sin bakgrund i anknytningen till förhandlingsrätten.³³

I samband med förslaget till medbestämmandelag begärde dock riksdagen att frågan om ett skydd för den negativa föreningsrätten skulle utredas ytterligare. En sådan utredning vidtogs av Nya arbetsrättskommittén, men även här kom man fram till samma slutsats som den tidigare kommittén, det vill säga att den negativa föreningsrätten inte skulle skyddas. I denna utredning framhöll visserligen kommittén att det är en i allt väsentligt oomstridd princip att facklig anslutning skall ske frivilligt och bero av den enskildes egen bestämmanderätt. Man framhöll dock att det inte borde stiftas lag mot organisationstvång då man menade att en fackligt oorganiserad arbetstagare i praktiken inte hade något behov av särskilt skydd, främst med hänsyn till att arbetstagaren redan var skyddad genom anställningsskyddslagens krav på saklig grund för uppsägning och om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist.³⁴

Det svenska rättsläget kom ändock att förändras ett tiotal år senare genom inkorporeringen av Europakonventionen som innehåller ett visst skydd för den negativa föreningsrätten. Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (inkorporeringslagen) trädde i kraft den 1

³¹ Se redogörelse i AD 2001 nr 20.

³² SOU 1975:1 s. 232 ff.

³³ Prop. 1975/76:105 s. 205 ff.

³⁴ SOU 1982:60 s. 278 ff.

januari 1995 och innebär att Europakonventionen skall gälla som svensk lag.³⁵

Som anledningar till att den negativa föreningsrätten inte blivit reglerad har dels framförts lagtekniska skäl såsom de bevissvårigheter en sådan reglering skulle medföra. Vidare finns det skäl att anta att ett lagstadgat skydd för den negativa föreningsrätten skulle innebära gränsdragningsproblem med den fria stridsrätten, där arbetsgivarens rätt att inte vara med i en förening skulle hamna i konflikt med organisationernas rätt att vidta stridsåtgärder. Det finns även ett tredje skäl vilket är de fackliga organisationernas starka ställning i Sverige. När fackföreningarna växte och blev starkare ville dessa inte att rätten att stå utanför skulle skyddas eftersom det verkade mot deras intresse av en hög anslutningsgrad. Genom att arbetsmarknadens parter själva skötte arbetslivet och reglerade dessa frågor kom frågan om den negativa föreningsrätten bort. Motståndet till att reglera från lagstiftarens sida måste sägas bero på det ömsesidiga beroendeförhållande som LO och socialdemokratiska arbetarpartiet stod i till varandra. LO:s stöd var, och är, mycket viktigt för partiet vilket troligen har haft en avgörande betydelse i frågan om den uteblivna regleringen av den negativa föreningsrätten.³⁶

2.4 Problemet med oorganiserade aktörer på arbetsmarknaden

Inom den svenska arbetsrätten saknas regler om minimilöner och andra anställningsvillkor vilket istället regleras i överenskommelser mellan arbetsmarknadsparterna, främst i form av kollektivavtal. Anledningen till att man kan ha denna kollektiva regleringsform är att en stor del av de svenska arbetstagarna är organiserade i fackföreningar som därmed kan fungera som en sorts kartell där man kommer överens om att inte arbeta för mindre än en viss lön. Samtidigt hindrar inte kollektivavtalen arbetsgivaren från att gå utöver de miniminivåer som regleras i desamma utan man kan i utbyte mot arbetsfred slippa krav från fackföreningarna om lönehöjningar.³⁷

Kollektivavtalen syftade redan från början till att skapa en generell reglering för arbetsmarknaden. Skälen till detta var tvåfaldigt, dels vill man undvika att oorganiserade arbetstagare konkurrerade ut de fackanslutna genom att acceptera sämre villkor, dels fanns det en solidaritetstanke på arbetstagsidan bakom det generella kollektivavtalet.³⁸

För att det svenska arbetsmarknadssystem skall fungera krävs att organisationsgraden är fortsatt hög bland arbetstagarna så att arbetsgivarna inte skall se oorganiserade arbetstagare som ett alternativ. På senare år har vi fått se en sjunkande organisationsgrad i Sverige och om denna trend skulle fortsätta så att vi hamnar på samma nivåer som i andra

³⁵ Europakonventions innehåll och dess ställning i svensk rätt kommer närmare att redogöras för i avsnitten 3.3 och 4.3.2 nedan.

³⁶ Flodgren, *Fackföreningen och rätten* (1978) s. 143.

³⁷ Källström, *Kellermann och omfattningen av den negativa föreningsrätten* (JT 1997/98) s. 1153.

³⁸ Fahlbeck, *Om diskriminering av utanförstående arbetstagare* (1983) s. 69.

delar i Europa så skulle detta innebära att det skulle krävas en större rättslig reglering även i Sverige. För att hindra att arbetarnas ställning försämras skulle det krävas rättsliga regler som gör kollektivavtalen allmänt gällande, det vill säga en form av minimireglering.³⁹

Då vi idag saknar generaliserande regler i Sverige är de oorganiserade företagen ett problem för fackföreningarna då de oorganiserade kan acceptera sämre villkor och därmed konkurrera ut de organiserade. För att förhindra detta måste facket vidta diverse olika åtgärder för att få arbetsgivarna att sluta kollektivavtal eller ansluta sig till hängavtal.⁴⁰

2.5 Kollektivet kontra individen

Den svenska arbetsmarknadsrättsliga regleringen i likhet med våra nordiska grannländer skiljer sig vida från hur man har valt att reglera området i resten av Europa. Systemet bygger på ett förtroende mellan staten och fackföreningarna där statsmakten överlåter åt arbetsmarknadens parter att reglera sina förhållanden sinsemellan genom att teckna kollektivavtal.⁴¹

Den svenska modellen visar hur maktbalanserade faktorer kan ge upphov till ett väl fungerande samspel mellan arbetsgivare och arbetstagare. Anledningen till att denna balans har varit möjligt att genomföra har varit den höga anslutningsgrad som har präglad de svenska arbetsorganisationerna. Arbetstagarna har därför kunnat få fram bra villkor och arbetsgivarnas situation har underlättats eftersom de enbart har behövt teckna avtal med en enda organisation.⁴²

De senaste åren har vi fått se en delvis förändrad arbetsmarknad. Den försämrade ekonomin och den ökade automatiseringen har medfört att allt fler arbetstagare förlorar sina arbeten. Istället för att som förr stanna ett helt liv på en och samma arbetsplats präglas dagens samhälle av en ökad flexibilitet och en allt mer individriktad arbetsmarknad. Detta har lett till att allt fler arbetstagare väljer att stå utanför fackföreningarna och att gå sin egen väg istället för den kollektiva. Troligtvis är detta en tendens som kommer att fortsätta även i framtiden vilket kan ställa till problem för den svenska modellen eftersom denna är byggd med kollektivet som viktigaste beståndsdel.⁴³

När allt fler väljer att stå utanför fackföreningarna höjs även röster för att reglera den negativa föreningsrätten och på så sätt täcka in de som valt att stå utanför facket och skydda deras val.⁴⁴ Dessa tankar har dock mötts av starkt motstånd från fackföreningarna då en sådan reglering skulle gå emot deras intresse av en hög anslutningsgrad så att de bättre kan verka för sina medlemmar. Frågan är även politiskt känslig på grund av

³⁹ Källström, (JT 1997/98) s. 1154.

⁴⁰ Källström, (JT 1997/98) s. 1154.

⁴¹ Sigeman, (1997) s. 24.

⁴² Kjellberg, (1998) s. 74 ff.

⁴³ Kjellberg, (1998) s. 113 f.

⁴⁴ Se till exempel motionerna 2005/06:K269 och 2005/06:K236 där initiativtagarna motionerar för ett grundlagsskydd av den negativa föreningsrätten med hänvisning till de förändrade förhållandena på arbetsmarknaden.

regeringsmaktens ovilja att blanda sig i förhållandena på arbetsmarknaden.⁴⁵

⁴⁵ Flodgren, (1978) s. 143.

3 Föreningsfrihet och föreningsrätt i svensk rätt

Nedan skall ges en kortare genomgång av föreningsfriheten och föreningsrätten i svensk rätt. Föreningsfriheten i svensk rätt är grundlagsskyddad i RF medan föreningsrätten istället skyddas i MBL och FML. Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna är visserligen en del av den svenska rättsordningen men då denna reglering ändå har karaktär av en internationell rättsordning kommer redogörelsen för denna främst att följa i nästkommande kapitel. En kortare genomgång kommer dock att återfinnas även i detta kapitel för en förståelse av hur denna reglering förhåller sig till de andra svenska reglerna.

3.1 Regeringsformen

Regeringsformen är en av Sveriges grundlagar och den lägger basen till skydd av vissa mänskliga rättigheter i 2 kap. RF. I detta kapitel skyddas de enskilda medborgarnas rättigheter och hit räknas även arbetstagare och arbetsgivare.

3.1.1 Föreningsfrihet

Föreningsfriheten regleras i 2 kap. 1 § 5 p. RF:

"Varje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad (...) 5. föreningsfrihet: frihet att sammansluta sig med andra för allmänna eller enskilda syften (...)"

I RF skyddas individens rätt till föreningsfrihet gentemot det allmänna, det vill säga, ett skydd från rättighetskränkningar av de normgivande organen, riksdag, regering och andra myndigheter med direkt eller delegerad makt enligt 11 kap. 6 § 3 st. RF. I rättigheten omfattas inte kränkningar när det allmänna agerar till följd av en avtalsrättslig situation mellan privata subjekt i en domstol.⁴⁶

En intressant aspekt är att staten kan ha dubbla roller genom att staten även kan vara arbetsgivare i anställningar inom den offentliga sektorn. Enligt AD är de flesta frågor som rör detta anställningsförhållande av privaträttslig karaktär även om det finns fall där en myndighets beslut i dess egenhet av arbetsgivare har setts som en myndighetsutövning.⁴⁷ Ett rättesnöre för vilka fall där beslut av en myndighet i ett offentligt anställningsförhållande skall ses som en myndighetsutövning kan fås genom 1 kap. 9 § RF som gäller saklighet vid beslutsfattande. Om ett beslut faller

⁴⁶ Prop. 1975/76:209 s. 140.

⁴⁷ Se till exempel AD 1991 nr 106 som gällde en kriminalvårdare som blev omplacerad efter det att han uttryckt främlingsfientliga åsikter i media.

inom denna artikels tillämpningsområde är det fråga om myndighetsutövning och den offentlige arbetsgivaren skall ses som det allmänna i RF:s mening.⁴⁸

Det har diskuterats om man skulle kunna tillerkänna RF så kallad *Drittwirkung*, det vill säga att regeringsformens regler även skulle få effekt på förhållanden mellan enskilda. Dock är lagtextens utformning, förarbeten och praxis tydliga på att en sådan rättsverkan inte är möjlig.⁴⁹

Åtgärder som har utförts av en arbetsgivare som inte anses falla under begreppet det allmänna ses som en åtgärd vidtagen av en enskild och omfattas inte av RF. Inte heller statligt, kommunalt eller landstingsägda bolag ses som allmänna aktörer och deras anställda omfattas därför inte av rättighetsskyddet i 2 kap. RF.⁵⁰

Rättigheten i 2 kap. 1 § RF gäller svenska medborgare och vissa grupper av utländska medborgare.⁵¹ Den gäller främst fysiska personer men även juridiska personer kan omfattas av rättigheten.⁵² Föreningsskyddet i RF gäller alla typer av föreningar oavsett syfte dock krävs ett viss mått av organisation och beständighet för att sammankomsten inte skall falla under mötesfriheten istället.⁵³

Det framgår inte direkt av förarbetena vad som utgör en olovlig inskränkning av föreningsfriheten dock kan man i dessa finna viss vägledning. Ett direkt förbud mot en förenings bildande och verkande ses som en olovlig inskränkning liksom när staten bestämmer om upplösande av en förening eller bestämmer över föreningens organisation.⁵⁴ Föreningen har dock i sin tur ett ansvar att man följer rätten, till exempel genom att inte kränka individer och begära tillstånd för demonstrationer och liknande.⁵⁵

Inskränkningar av föreningsfriheten kan göras i enlighet med 2 kap 12 § RF. Av detta lagrum följer att sådana begränsningar måste ske genom lag och att varje inskränkning av föreningsfriheten vara godtagbar i ett demokratiskt samhälle. Följaktligen kan offentligt anställdas föreningsfrihet enbart begränsas medelst lag och inte genom till exempel kollektivavtal eller enskilda avtal.

3.1.2 Negativ föreningsfrihet

Den negativa föreningsfriheten, det vill säga, rätten att stå utanför en förening, regleras i 2 kap. 2 § RF:

"Varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot tvång att giva till känna sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende. Han är därjämte gentemot det allmänna skyddad mot tvång att delta i sammankomst för opinionsbildning eller i demonstration eller

⁴⁸ Westregård, *Integritetsfrågor i arbetslivet* (2002) s. 222 ff.

⁴⁹ Westregård, (2002) s. 236 f.

⁵⁰ Prop. 1993/94:65 s. 36 f.

⁵¹ Utländska medborgare omfattas i den mån inte annat regleras i 2 kap. 22 § RF.

⁵² SOU 1975:75 s. 185 samt prop. 1975/76:209 s. 141.

⁵³ Prop. 1973:90 s. 239-240 ; prop. 1975/76:209 s. 112-113, 144 ; SOU 1975:75 s. 316.

⁵⁴ Prop. 1973:90 s. 239-240.

⁵⁵ SOU 1975:75 s. 317.

annan meningsyttring eller att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund eller annan sammanslutning för åskådning som avses i första meningen..”

Till skillnad från den positiva föreningsfriheten är denna rättighet absolut, det vill säga, den kan bara inskränkas genom en grundlagsändring.⁵⁶

Även denna bestämmelse gäller endast i förhållande till det allmänna och den kan inte appliceras på tvång av privaträttslig karaktär, till exempel tvång genom avtal eller föreningsstadgar.⁵⁷ Med tvång avses direkt våldsanvändning från en offentlig befattningshavares sida eller hot om särskild sanktion eller liknande. Det är dock inte tvång om man ställer upp villkor för att man skall få en viss förmån, det är till exempel förenligt med stadgandet att ställa upp medlemskap i en förening som särskilt krav för en befattning på till exempel en arbetsplats.⁵⁸

Att observera är att 2 kap. 2 § RF endast omfattar föreningar som företräder en åskådning av till exempel religiös, politisk eller annan liknande karaktär. Detta innebär att det allmänna kan tvinga en arbetstagare att tillhöra en viss fackförening så länge som denna inte företräder en speciell åskådning.⁵⁹

Sammanfattningsvis kan sägas att RF innehåller ett visst skydd för den negativa föreningsfriheten där den enskilde skyddas från kränkningar av det allmänna. Detta skydd gäller dock inte för kränkningar av enskilda rättssubjekt.

3.2 Medbestämmandelagen och lagen om facklig förtroendeman

Till skillnad från RF gäller MBL även förhållanden mellan enskilda. Detta innebär att det är föreningsrätten som regleras i denna lag och inte föreningsfriheten som regleras i RF. Regler som ytterligare utökar skyddet för föreningsrätten återfinns även i FML.

3.2.1 Föreningsrätt enligt MBL

De fackliga aspekterna av föreningsrätten regleras i 7-9 §§ MBL. Dessa regler har i princip samma innehåll som 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt.⁶⁰ Detta har till effekt att mycket av den praxis som AD har skapat utifrån FFL fortfarande är tillämplig även för avgöranden enligt MBL.⁶¹ Skyddet för föreningsrätten i MBL gäller gentemot motparten i ett anställningsförhållande, det vill säga det gäller både för arbetsgivaren och för arbetstagaren. De föreningsrättsliga reglerna är tvingande.

Själva definitionen av föreningsrätt återfinns i 7 § MBL:

⁵⁶ Prop. 1975/76:209 s. 48-49, 116-117 ; SOU 1993:40 s. 147, 153.

⁵⁷ Prop. 1973:90 s. 240.

⁵⁸ Olsson, (2003) s. 497.

⁵⁹ Prop. 1975/76:209 s. 116-117.

⁶⁰ Se avsnitt 2.2 ovan.

⁶¹ Bergqvist, Lunning & Toijer, *Medbestämmandelagen* (1997) s. 131.

”Med föreningsrätt avses rätt för arbetsgivare och arbetstagare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas.”

Föreningsrätten i MBL skyddas först när ett anställningsförhållande har etablerats, det vill säga, arbetssökande är *inte* skyddade av regeln. Vidare är det bara rätten till positiv föreningsrätt som är skyddad och endast gentemot motparten i anställningsförhållandet. Detta innebär att man inte har en rätt att vara oorganiserad och den negativa föreningsrätten saknar sålunda skydd enligt MBL.⁶²

Vad som skall ses som en kränkning av föreningsrätten definieras sedan i 8 § MBL:

”Föreningsrätten skall lämnas okränkt. Kränkning av föreningsrätten föreligger, om någon på arbetsgivar- eller arbetstagersidan vidtager åtgärd till skada för någon på andra sidan för att denne har utnyttjat sin föreningsrätt eller om någon på ena sidan vidtager åtgärd mot någon på andra sidan i syfte att förmå denne att icke utnyttja sin föreningsrätt. Sådan kränkning föreligger även om åtgärden vidtages för att åtagande mot annan skall uppfyllas.

Arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation är icke skyldig att tåla sådan kränkning av föreningsrätten som innebär intrång i dess verksamhet. Finns både lokal och central organisation, gäller vad som nu har sagts den centrala organisationen.

Sker kränkning av föreningsrätten genom avtalsuppsägning eller annan sådan rättshandling eller genom bestämmelse i kollektivavtal eller annat avtal, är rättshandlingen eller bestämmelsen ogiltig.”

Med åtgärd menas vanligen någon form av aktivitet men även underlåtenhet har i praxis setts som en åtgärd.⁶³ Åtgärder som skulle kunna vara föreningsrättskränkande kan till exempel vara uppsägning, avskedande, omplacering och indragning av förmåner men även beslut om att frånta en arbetstagare vissa uppgifter har i praxis setts som en åtgärd.⁶⁴ Även hot har setts som åtgärd medan däremot allmänna uttalanden om till exempel den aktuella fackföreningen inte har setts som föreningsrättskränkningar.⁶⁵

Den aktuella åtgärden skall vara ägnad till en mer påtaglig olägenhet för det som utsatts.⁶⁶ Det har inte setts som kränkningar av föreningsrätten med förmåner som enbart betalas till medlemmar i en avtalsslutande arbetstagarorganisation.⁶⁷

⁶² SOU 1975:1 s. 212-213, 752-753 ; prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 344. AD har även i sin praxis bestämt avvisat tanken på att den negativa föreningsrätten skulle innefattas i det skydd som återfinns i 7-9 §§ MBL, se AD 2001 nr 20.

⁶³ AD 2000 nr 38.

⁶⁴ AD 2000 nr 74.

⁶⁵ AD 1982 nr 33 och AD 1986 nr 25.

⁶⁶ AD 1986 nr 25.

⁶⁷ AD 2001 nr 9.

För att det skall vara fråga om en kränkning enligt MBL måste handlingen slutligen även ha ett föreningskränkande syfte, ena part skall med andra ord förmå den andre att inte utnyttja sin föreningsrätt eller vidta åtgärder mot denne för att man utnyttjat sin rätt.⁶⁸ Det måste dock inte finnas något direkt uppsåt och även om arbetsgivaren var i rättsvillfarelse så skall detta inte beaktas vid bedömningen av kränkningen.⁶⁹

Då det kan vara svårt att bevisa ett föreningskränkande syfte har AD infört en delad bevisbörda mellan parterna. Detta innebär att den ena parten skall visa på sannolika skäl för att en föreningsrättskränkning föreligger varpå den andra parten skall visa att handlingen var oberoende av föreningstillhörigheten.⁷⁰

Organisationernas ansvar att söka hindra medlem från att vidta föreningsrättskränkande åtgärder regleras i 9 § MBL:

”Det åligger arbetsgivar- och arbetstagarorganisation att söka hindra, att medlem vidtager åtgärd som kränker föreningsrätten, Har medlem vidtagit sådan åtgärd, är organisationen skyldig att söka förmå honom att upphöra därmed.”

Fackföreningar har status som ideella organisationer och deras interna förhållanden omfattas därför inte av föreningsrätten i MBL. Detta innebär att fackföreningarna har en frihet att själva organisera sin verksamhet och reglera relationen mellan organisationen och dess medlemmar. Vissa normer för de interna förhållandena har dock med tiden växt fram i rättspraxis.⁷¹

Sammanfattningsvis kan sägas att trots att den positiva föreningsrätten regleras i MBL så innehåller denna lagstiftning inget skydd för den negativa föreningsrätten.

3.2.2 Föreningsrätt enligt FML

Lagen om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen innehåller regler till skydd för fackliga förtroendemen i deras fackliga verksamhet. FML kompletterar och förstärker det skydd som även kan finnas i andra lagar såsom MBL eller LAS. De fackliga förtroendemännens föreningsrätt förstärks med denna lag eftersom den skyddar deras möjlighet att utföra sitt arbete.

I 1 § FML anges att lagen gäller vid de företag som omfattas av kollektivavtal och det är endast de förtroendemen som företräder den eller de kollektivavtalsslutande arbetstagarorganisationerna som har rättigheter enligt lagen.⁷²

Enligt 3 § FML får en förtroedeman inte hindras av arbetsgivaren att sköta sitt uppdrag. Detta innebär att arbetsgivaren inte får ställa upp hinder i förtroendemannens arbete och att han är skyldig att i

⁶⁸ SOU 1975:1 s. 755.

⁶⁹ AD 1979 nr 159.

⁷⁰ SOU 1975:1 s. 757-758. För exempel på rättsfall se AD 1958 nr 20 samt på senare år AD 2002 nr 6 och AD 2004 nr 49.

⁷¹ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 344.

⁷² AD 1977 nr 158 ; Olason, *Förtroendemannalagen* (2000) s. 7 ff.

rimlig utsträckning försöka underlätta för förtroendemannen, till exempel genom att omplacera honom till ett arbete där han bättre kan sköta sitt uppdrag. Denna regel skyddar även arbetstagaren från olika former av trakasserier från arbetsgivarens sida såsom till exempel hot i olika former.⁷³

Det utvidgade föreningsrättsskyddet för förtroendemän regleras i 4 § FML där det anges att förtroendemannen inte får ges försämrade arbetsförhållanden eller anställningsvillkor med anledning av uppdraget. Detta innebär bland annat att han har rätt till full lön under den tid som han utför fackligt arbete. En förtroendeman har också ett skydd för försämring av anställningsförhållanden och anställningsvillkor även efter avslutat fackligt uppdrag, så kallat efterskydd.⁷⁴ Om en förtroendeman skulle sägas upp på grund av sitt uppdrag blir dock inte förtroendemannalagen tillämplig. I stället ses det som en olovlig uppsägning i LAS mening och som en föreningsrättskränkning i 8 § MBL.⁷⁵

Vid uppsägning på grund av arbetsbrist kan förtroendeman enligt 8 § FML efter begäran av den fackliga organisationen få företräde till fortsatt anställning framför arbetstagare med längre anställningstid. I övrigt är förtroendemannen jämställd med övriga anställda, och reglerna i LAS om saklig grund m.m. vid uppsägning gäller.⁷⁶

Om arbetsgivaren överväger att förändra en förtroendemans arbetsförhållanden eller anställningsvillkor, skall den fackliga organisationen varslas minst två veckor i förväg. Samtidigt med varsel skall förtroendemannen underrättas.⁷⁷

Då förtroendemannalagen skyddar fackligt valda förtroendemän blir den knappast aktuell gällande den negativa föreningsrätten eftersom det är föga troligt att facket skulle välja en oorganiserad som förtroendeman. FML är dock intressant då den pekar på den privilegierade ställning som kollektivavtalsbärande föreningar och deras medlemmar innehar.

3.3 Europakonventionen

Varken RF eller MBL innehåller regler som skyddar den enskildes negativa föreningsrätt i förhållande till andra rättssubjekt. I och med inkorporeringen av EKMR 1994 har dock rättsläget förändrats då denna konvention omfattar ett skydd för kränkningar även från andra privata rättssubjekt, det vill säga den tillerkänns *Drittwirkung*. Hur långt detta skydd sträcker sig är dock fortfarande oklart.⁷⁸

Enär Europakonventionen är inkorporerad är den en direkt del av den svenska lagstiftningen.⁷⁹ Effekten av detta är dels att domstolarna skall beakta EKMR vid sin dömande verksamhet, dels att den enskilde har

⁷³ AD 1977 nr 86, AD 2005 nr 68 ; se även Olauson (2000) s. 36 ff.

⁷⁴ AD 1981 nr 147, AD 2004 nr 72 ; se även Olauson (2000) s. 57 ff.

⁷⁵ AD 1988 nr 162 ; se även Olauson (2000) s. 26.

⁷⁶ AD 1977 nr 94, AD 1995 nr 40 ; se även Olauson (2000) s. 51 ff.

⁷⁷ 5 § FML ; AD 1976 nr 10, AD 2004 nr 72 ; se även Olauson (2000) s. 67 ff.

⁷⁸ Olsson, (2003) s. 541.

⁷⁹ SFS 1994:1219.

rätt att gå till svensk domstol och direkt hävda att dennes rättigheter enligt konventionen är kränkta.⁸⁰

De regler som återfinns i inkorporeringslagen har företrädare framför äldre lagregler på bland annat arbetsrättens område enligt principen *lex posterior*.⁸¹ Vid inkorporeringen förekom diskussion om vilken status konventionen skulle ha i det svenska rättssystemet, och till slut enades man om att ge konventionen status av lag. Konventionen får dock delvis en förstärkt ställning av 2 kap. 23 § RF där det framgår att ingen lag får meddelas i strid med EKMR. Detta grundlagsskydd innebär även att om konventionen strider mot annan svensk lag skall konventionen ges företräde.⁸²

Europakonventionens innehåll preciseras genom avgöranden av Europadomstolen vilket innebär att denna domstols tolkning av konventionen blir vägledande även för den svenska tillämpningen.⁸³ Vad gäller föreningsrätten är det främst konventionens artikel 11 om förenings- och församlingsfrihet med tillhörande praxis som blir aktuell. Europadomstolen har genom åren kommit att tolka denna artikel som att den omfattar även en rätt att stå utanför organisationer.⁸⁴

Som tidigare nämnts saknas det reglering om negativ föreningsrätt i MBL då man har gjort bedömning att detta inte är nödvändigt.⁸⁵ Detta innebär att det inte råder någon lagkonkurrens mellan EKMR och MBL utan att konventionens praxis får fullt genomslag i Sverige.⁸⁶

Konventionen ställer krav på att varje medlemsstats nationella lagstiftning skall säkerställa individen de rättigheter som skyddas av konventionen.⁸⁷ Inför 1994 års svenska inkorporeringslag utgick lagstiftaren från att de svenska reglerna var tillräckliga för att uppfylla konventionens krav på säkerställandet av den negativa föreningsfriheten.⁸⁸ Ett problem blir dock att Europakonventionens innehåll hela tiden förändras med dess löpande praxis. Vid tillkomsten av inkorporeringslagen uttalades att det i första hand är en uppgift för lagstiftaren att löpande se till att den inhemska rätten överensstämmer med konventionen även sedan denna inkorporerats i svensk rätt.⁸⁹ Konventionens regler gäller alltså mellan enskilda rättssubjekt

⁸⁰ Prop. 1993/94:117 s. 33. Att komma ihåg är dock att Sverige även innan 1994 var anslutna till konventionen. Detta innebär att det även tidigare än detta år kunde komma upp rättsfall mot Sverige i Europadomstolen (se till exempel *Langborger mot Sverige*, dom den 22 juni 1989, serie A nr. 155). Skillnaden efter 1994 är att nu även de svenska domstolarna skall beakta Europakonventionen och att man som enskild kan gå direkt till en svensk domstol och klaga på att ens rättigheter enligt konventionen är kränkta.

⁸¹ Prop. 1993/94:117 s. 35 ff. och bet. 1993/94:KU24.

⁸² Prop. 1993/94:117 s. 36 ff.

⁸³ Bergqvist, Lunning & Toijer, (1997) s. 135.

⁸⁴ En mer utförlig redogörelse för EKMR:s innehåll och praxis kommer att återfinnas i avsnitt 4.3.2 nedan.

⁸⁵ Se avsnitt 2.3 ovan.

⁸⁶ Bergqvist, Lunning & Toijer, (1997) s. 135.

⁸⁷ Jämför till exempel artikel 13 EKMR angående rätten till ett effektivt rättsmedel.

⁸⁸ Petri, *Fri- och rättighetskommitténs förslag* (1993) s. 14 f.

⁸⁹ Prop. 1993/94:117 s. 40 f och 73 f.

men trots detta saknar inkorporeringslagen regler om vilka sanktioner som kan drabba den part som bryter mot konventionens regler.⁹⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att genom inkorporeringen av Europakonventionen har den negativa föreningsrätten erhållit ett lagligt skydd i Sverige.⁹¹

⁹⁰ Sigeman, (1999) s. 50 ff.

⁹¹ Det kan dock noteras att frågan om negativ facklig föreningsrätt inte berördes i den proposition med förslag till inkorporeringslag som förelades riksdagen (prop. 1993/94:117).

4 Sveriges internationella åtaganden

I detta kapitel kommer jag att företa en redogörelse för den negativa fackliga föreningsfrihetens skydd enligt olika instrument till vilka Sverige är anslutet. Jag kommer dels att redogöra för konventionens skydd av föreningsfrihet och dels vilken effekt detta skydd faktiskt får för arbetstagare, arbetsgivare och organisationer. En viss tyngdpunkt kommer i detta kapitel att ligga på Europakonventionen, detta dels beroende på att den är en faktisk del av den svenska rätten, dels för att det här finns en väl utbyggd praxis som rör den negativa föreningsfriheten.

Som tidigare har nämnts skiljer man i svensk rätt mellan föreningsfrihet och föreningsrätt. Denna distinktion fyller dock inte samma funktion i de internationella instrumenten då det här alltid är staten som har det övergripande ansvaret för att individens rättigheter inte kränkts.⁹² Jag kommer därför i följande stycken enbart använda mig av begreppet föreningsfrihet.

I den svenska regeringsformen saknas bestämmelser om relationen mellan svensk rätt och folkrätt. Alla de folkrättsliga instrument som redogörs för i detta kapitel är ratificerade av Sverige vilket innebär att vi är skyldiga att efterleva dem i enlighet med principen om *pacta sunt servanda*.⁹³ Att en konvention är ratificerad innebär dock inte att den direkt kan tillämpas av svenska myndigheter och domstolar utan för detta krävs att den till exempel inkorporeras i rättssystemet.⁹⁴ Europakonventionen är inkorporerad i Sverige och den skiljer sig således från de andra instrumenten. Svensk domstol har en tendens att låta Europakonventionens regler få företräde framför svensk rätt vid konflikter dem emellan.⁹⁵ EG-rätten är inget folkrättsligt instrument utan en egen rättsordning med vilken den svenska rätten skall tolkas konformt.⁹⁶

Vad gäller praxis från de olika instrumentens övervakningsorgan så anses denna inte vara bindande för de fördragsslutande parterna då dessa inte har formell kompetens att kräva att staten vidtar en viss åtgärd.⁹⁷ Undantagen här är den praxis som har utvecklats av Europadomstolen och EG-domstolen vilken är bindande för medlemsstaterna. Emellertid finns det utveckling mot att övervakningsorganens praxis får en starkare ställning som uttolkare av respektive konvention. Denna utveckling har delvis skett genom att till exempel Europa- och EG-domstolen använder praxis från andra övervakningsorgan när de motiverar sina domslut.⁹⁸

⁹² Olsson, (2003) s. 118.

⁹³ Prop. 1974:158. Sveriges skyldighet att följa sina avtal regleras även i artikel 26 i Wienkonventionen om traktaträtten vilken Sverige har ratificerat.

⁹⁴ SOU 1993:40 s. 15.

⁹⁵ Danelius, *Mänskliga rättigheter* (1993) s. 83.

⁹⁶ Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder* (2002) s. 89 ff.

⁹⁷ SOU 1974:100 s. 55.

⁹⁸ Olsson, (2003) s. 39 f.

4.1 Förenta nationerna

År 1920 gick Sverige med i Nationernas förbund, vilket senare omdanades till Förenta nationerna. Vad gäller föreningsfriheten är det främst tre olika FN-instrument som är relevanta: FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter samt FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

4.1.1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna

Den fackliga föreningsfriheten regleras i två olika artiklar i AF.⁹⁹ Den allmänna föreningsfriheten skyddas som en politisk rättighet medan den fackliga föreningsfriheten även skyddas som en ekonomisk rättighet.

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna är inte bindande och det är oklart vilka skyldigheter som förklaringen egentligen medför för de anslutna staterna. Även om förklaringen saknar rättslig verkan så efterlevs den ändå av de flesta medlemsstater.¹⁰⁰ Viss rättslig effekt skulle man dock kunna tillerkänna förklaringen då den skulle kunna ses som sedvanerätt och därmed bindande för parterna. Det har även framförts att förklaringen har en kvasijuridisk funktion och att den således inte är en direkt källa till juridiska rättigheter.¹⁰¹ AF kan då mer ses som en grund från vilken FN har utgått när man har skapat andra instrument som skyddar de olika rättigheterna. Fast deklARATIONEN inte har karaktär av en internationell konvention med åtföljande rättsverkningar för staterna har den ändå haft stor betydelse såsom utgångspunkt för både Europarådets sociala stadga och Europakonventionen.¹⁰²

Den allmänna föreningsfriheten skyddas enligt artikel 20:

<p><i>”1. Envar har rätt till frihet i fråga om fredliga möten och sammanslutningar</i></p> <p><i>2. Ingen må tvingas att tillhöra en sammanslutning”</i></p>

Föreningsfriheten i artikel 20 innefattade från början en syftesförklaring där vissa föreningar som var värda att skyddas räknades upp, däribland fackliga föreningar. Denna syftesuppräknning försvann senare men den allmänna föreningsfriheten skyddar fortfarande även den fackliga aspekten av föreningsfriheten.¹⁰³

Den andra punkten i artikeln som skyddar rätten att stå utanför en förening, den negativa föreningsfriheten, tillkom senare och var delvis omstridd. Detta beroende på att flera länder tillämpade så kallade

⁹⁹ Samtliga artiklar i detta kapitel kommer om inte annat anges vara från AF.

¹⁰⁰ SOU 1994:141 s. 177.

¹⁰¹ Olsson, (2003) s. 122.

¹⁰² Källström, *Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund* (1999) s. 15.

¹⁰³ Olsson, (2003) s. 120.

organisationsklausuler vilka således skulle stå i strid med AF.¹⁰⁴ Anledningen till att det i AF uppställs ett skydd för både den positiva och negativa föreningsrätten torde återfinnas i dess syfte. AF:s syfte är att stärka individen gentemot staten vilket innebär att man ser både den positiva och negativa aspekten som fundamentala i det demokratiska samhällets skydd för individen.¹⁰⁵

Bestämmelsen i artikel 20 AF avser alltså alla typer av föreningar, det vill säga även arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Då arbetsmarknadsorganisationerna ofta aktivt tar del i opinionsbildningen är det för åsiktsfrihetens skull viktigt att individen inte tvingas till medlemskap. Åsiktsfriheten innebär även att individen inte skall behöva redovisa skälen för att han vill stå utanför organisationen.¹⁰⁶ Föreningsfriheten i AF gäller både för arbetsgivare och för arbetstagare även om den har olika innebörd för de två grupperna. För arbetsgivaren är föreningsfriheten oftast viktig som ett skydd för åsiktsfrihet och mot organisationstvång.¹⁰⁷

Den fackliga föreningsfriheten skyddas i artikel 23 (4):

”Envar har rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar till skydd för sina intressen.”

I denna artikel får den fackliga föreningsfriheten ett mer detaljerat innehåll genom att man preciserar att man har rätt att bilda och ansluta sig till en fackförening för att skydda sina intressen. Av artikeln framgår inte direkt vilka intressen det är som är värda att skyddas men eftersom man anger att fackföreningarna är medlet för skyddet är det troligt att det är arbetstagarrelaterade intressen som avses.¹⁰⁸ Av artikeln framgår inte heller om fackliga aktiviteter, såsom till exempel strejkrätten skyddas. Då man läser förarbetena är det dock troligt att normal facklig verksamhet innefattas i skyddet vilket torde betyda att även rätten att vidta stridsåtgärder skyddas.¹⁰⁹

Redan vid tillkomsten av AF uppmärksammades det konfliktfyllda förhållande som råder mellan den positiva och negativa föreningsrätten. När en arbetstagare verkar för sin positiva föreningsrätt, till exempel genom att vidta stridsåtgärder för att förmå en arbetsgivare att enbart anställa fackanslutna så inkräktar han samtidigt på den negativa föreningsrätten för den som vill stå utanför. De tidigare nämnda organisationsklausulerna är klassiska exempel på denna problematik. Detta är troligen detta dilemma som ligger bakom den dubbla regleringen av föreningsrätten i AF; den allmänna föreningsrätten skyddas både i sin

¹⁰⁴ En organisationsklausul är ett avtal mellan arbetsgivare och fackförening om att arbetsgivaren endast får anställa arbetstagare som är medlemmar i just denna fackförening.

¹⁰⁵ Källström, (1999) s. 16.

¹⁰⁶ Källström, (1999) s. 15.

¹⁰⁷ Källström, (1999) s. 15.

¹⁰⁸ Olsson, (2003) s. 121.

¹⁰⁹ Olsson, (2003) s. 121.

positiva och negativa aspekt i artikel 20 medan den fackliga föreningsrätten enbart skyddas i sin positiva aspekt i artikel 23 (4).¹¹⁰

Det finns en viss möjlighet att inskränka rättigheter enligt AF vilket regleras i artikel 29 (2):

”Vid utövandet av sina fri- och rättigheter må envar underkastas endast sådana inskränkningar, som blivit fastställda i lag i uteslutande syfte att trygga tillbörlig hänsyn till och respekt för andras fri- och rättigheter samt för att tillgodose det demokratiska samhällets rättmätiga krav på moral, allmän ordning och allmän välfärd.”

Artikel 29 är tillämplig på alla rättigheter i AF och den anger när och hur de skyddade rättigheterna kan inskränkas. För att en inskränkning skall vara förenlig med AF krävs att den skall vara gjord genom en lag eller förordning samt att den tillgodoser något av de uppräknade syftena. Inskränkningarna aktualiseras främst vad gäller den negativa föreningsfriheten, då det skulle kunna vara nödvändigt att tvinga in någon i en organisation för att de andra arbetstagarna till fullo skall kunna tillgodogöra sig sina intressen på facklig anslutning.¹¹¹

Slutsatsvis kan sägas att den negativa föreningsfriheten åtnjuter ett skydd enligt AF dock ej den negativa fackliga föreningsrätten. Den allmänna förklaringen har dock liten praktisk relevans då den inte är juridiskt bindande för staterna och då den inte kan åberopas direkt av enskilda individer.

4.1.2 Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter

FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter är ratificerad av Sverige och därmed till skillnad från AF rättsligt bindande.¹¹²

Denna konvention övervakas av en kommitté för mänskliga rättigheter. Staterna skall skicka rapporter angående konventionens efterlevnad till kommittén som därefter utfärdar allmänna kommentarer snarare än kritik om rapporternas innehåll.¹¹³ Kommittén kan motta klagomål mot de stater som är medlemmar av konventionen. Både individer och andra medlemstater har rätt att framföra att en stat inte sköter sina förpliktelser. Kommittén framför sedan sina åsikter i den aktuella frågan. Dessa synpunkter är dock *inte* juridiskt bindande.¹¹⁴ På senare år verkar kommittén ha valt att överlåta mycket av regleringen av den fackliga föreningsfriheten till ILO, detta då IKMPR är nära sammankopplad med ILO-konvention nr 87.¹¹⁵

¹¹⁰ Källström, (1999) s. 16 f.

¹¹¹ Olsson, (2003) s. 121.

¹¹² SOU 1994:141 s. 177.

¹¹³ Bring och Mahmoudi, (2003) s. 105.

¹¹⁴ Olsson, (2003) s. 56 f.

¹¹⁵ Olsson, (2003) s. 226. ILO-konvention nr 87 kommer att behandlas mer utförligt i avsnitt 4.2.1 nedan.

Den fackliga föreningsfriheten skyddas även av den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, men man valde ändå att även ha med den i IKMPR. Skälet till detta är att man ville betona att friheten även är en medborgerlig rättighet såväl som en social och ekonomisk. Genom detta avsåg man att visa att fackföreningarna även skulle kämpa för de medborgerliga rättigheterna.¹¹⁶

Den fackliga föreningsfriheten är i IKMPR inbegripen i den allmänna föreningsfriheten i artikel 22:¹¹⁷

"1. Envar skall äga rätt till föreningsfrihet, däri inbegripit rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen."

Innebörden av artikel 22 är att alla skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina medborgerliga, sociala och ekonomiska intressen. Staten har en skyldighet att tillse att det finns en inhemska domstol i vilken individen kan klaga på att hans rättigheter kränks.¹¹⁸ Det är lite oklart vilket skydd som denna konvention egentligen ställer upp för föreningsfriheten då det saknas klargöranden i praxis eller allmänna uttalanden.¹¹⁹

Den fackliga föreningsfriheten som garanteras i IKMPR gäller för kränkningar från statens sida men den ger även staten en plikt att skydda individen mot kränkningar från andra privata subjekt. Detta skydd är relativt omfattande och staten har en skyldighet att om nödvändigt lagstifta för att individens skydd skall säkerställas.¹²⁰

Frågan om artikeln även omfattar en negativ aspekt är omdebatterad. Man uteslöt en direkt reglering av denna fråga eftersom man menade att det skulle vara i konflikt med fackföreningarnas rättigheter. Troligt är dock att konventionen skyddar mot *statligt* tvång på organisering.¹²¹

Den fackliga föreningsfriheten kan inskränkas genom artikel 22 (2):

"2. Utövandet av denna rättighet må ej underkastas andra inskränkningar än sådana som är angivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten, den allmänna ordningen, för skyddandet av den allmänna hälsovården eller sedligheten eller av andra personers fri- och rättigheter. Denna artikel förhindrar ej att för medlemmar av de väpnade styrkorna och polisen lagliga inskränkningar må göras i deras utövande av denna rättighet."

¹¹⁶ Olsson, (2003) s. 206.

¹¹⁷ Samtliga artiklar i avsnitt 4.1.2 är om inte annat angetts hämtade från IKMPR.

¹¹⁸ SOU 1975:1 s. 266.

¹¹⁹ Olsson, (2003) s. 206 f.

¹²⁰ Olsson, (2003) s. 210 f.

¹²¹ Olsson, (2003) s. 213 f.

I detta stycke anges vad som är legitima skäl för att begränsa föreningsfrihet, till exempel om en förening innebär ett hot mot riket eller säkerheten eller om den kränker andra människors fri- eller rättigheter.

Den allmänna säkerheten är en inskränkingsgrund som kan vara relevant vad gäller stridsåtgärder. Detta då den skulle kunna tillämpas, till exempel på en strejk som skulle lamslå hela den allmänna sjukvården. Ur föreningshänseende kan även inskränkningar som påverkar andras fri- eller rättigheter vara intressant. Detta då denna inskränkingsgrund inte endast skyddar andras mänskliga rättigheter utan även andra sorters rättigheter, såsom till exempel ekonomiska rättigheter. Detta innebär att man skulle kunna förbjuda fackliga aktiviteter som inkräktar till exempel på arbetsgivarens eller de andra arbetstagarnas rättigheter.¹²²

Förutom att en inskränkning måste ha något av de ovan nämnda legitima skälen måste den även fylla vissa formkrav. En inskränkning skall vara angiven i lag och den skall vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Inskränkningen måste även vara proportionerlig i förhållande till sitt syfte vilket annorlunda formulerat innebär att dess omfattning måste vara absolut nödvändig för att uppnå det legitima syftet.¹²³

Som en sammanfattning kan sägas att det troligen saknas skydd för den negativa föreningsfriheten i IKMPR för kränkningar av andra enskilda subjekt. Däremot skyddas individen från statligt organisationstvång. Den enskilde kan visserligen framföra kritik mot en stat men den kan inte resultera i någon rättslig bundenhet för staten.

4.1.3 Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

I likhet med den ovan nämnda konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, är den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter ratificerad av Sverige och därmed juridiskt bindande.¹²⁴ Enligt konventionens artikel 2 (1) skall varje medlemsstat sträva efter att förverkliga de rättigheter som föreskriva i konventionen och man skall även verka för att dessa rättigheter realiseras i andra länder. Det är här fråga om ett progressivt förverkligande av stadgan snarare än några direkta åtaganden för staten.

Även i denna konvention säkerställs efterlevnaden genom rapporter, i detta fall till FN:s generalsekreterare som vidarebefordrar dem till bland annat rådet för ekonomiska och sociala frågor som senare granskar rapporterna. För att kunna utföra denna granskning har rådet tillsatt en kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som genom granskningen övervakar implementeringen av konventionen. Kommittén

¹²² Olsson, (2003) s. 207 f.

¹²³ Olsson, (2003) s. 208.

¹²⁴ SOU 1975:1 s. 265.

utfärdar sedan allmänna rekommendationer såväl som kommer med yttranden i enstaka fall.¹²⁵

Denna konvention är liksom IKMPR avsedd att ha ett nära samband med ILO-konvention nr 87 vilket bland annat märks i att kommittén uppmanar staterna att ratificera denna och andra ILO-konventioner för att bättre kunna skydda de intressen som IKESKR omfattar.

I konventionen om ekonomiska, sociala, och kulturella rättigheter skyddas i artikel 8 rätten att gå ihop med andra och tillvarata sina ekonomiska och sociala intressen i fackliga föreningar:

*1. Konventionsstaten förpliktigar sig att säkerställa
a. rätten för envar att för att främja och tillvarataga sina ekonomiska och sociala intressen bilda fackföreningar tillsammans med andra, och att, om annat ej följer av vederbörande förenings stadgar, ansluta sig till en fackförening av eget val...*

Artikeln ålägger staten en viss positiv förpliktelse att ta tillvara dessa intressen men det är troligt att denna förpliktelse enbart sträcker sig till att innebära en plikt att inte blanda sig i den fackliga verksamheten eller uppsätta hinder för den fackliga organisationen.¹²⁶

Kommittén har inte avgivit någon allmän rekommendation angående artikel 8 utan dess innehåll har mest formulerat sig i riktlinjer uppställda av kommittén. Eftersom individen har rätt att efter ”eget val” ansluta sig till en förening är det enligt kommittén oförenligt med artikel 8 med ett *statligt* tvång för organisering. Kommittén har även framhållit vikten av en föreningsmångfald, det vill säga att det finns många olika fackföreningar att välja mellan.

IKESKR innehåller i artikel 8 även en möjlighet att begränsa föreningsfriheten. Denna möjlighet är dock i princip identisk med den inskränkingsmöjlighet som återfinns i IKMPR varför den inte ytterligare kommer att behandlas i detta avsnitt.¹²⁷

Sammanfattningsvis kan sägas att det i IKESKR i likhet med IKMPR finns skydd mot statligt tvång om organisering men att det saknas såväl skydd mot tvång från enskilda som möjlighet för individen att medelst konventionen få igenom sina rättigheter.

4.2 Internationella arbetsorganisationen

Genom Sveriges medlemskap i Nationernas förbund kom man även att bli medlemmar i den internationella arbetsorganisationen. ILO arbetar med normer och rättsregler på det arbetsrättsliga och socialpolitiska området, och är sedan 1946 ett organ som är knutet till FN.

¹²⁵ Olsson (2003) s. 55 f.

¹²⁶ Olsson, (2003) s. 227 f.

¹²⁷ Olsson, (2003) s. 231 f. För en redogörelse av inskränkingsreglerna se motsvarande stycke i avsnitt 4.1.2 ovan.

Frågan om föreningsfrihet kom tidigt att behandlas av ILO då det sågs som ett viktigt led för att förbättra arbetstagarnas villkor. Den fackliga föreningsfriheten skyddas i två olika ILO-konventioner: ILO-konvention nr 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten samt ILO-konvention nr 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten.¹²⁸ År 1978 kom även ILO-konvention nr 151 om skydd för organisationsrätten och om förfaranden för fastställande av anställningsvillkor i offentlig tjänst, vilken till skillnad från de två tidigare även behandlar de offentligt anställda.¹²⁹

Till skillnad från FN:s allmänna förklaring som stärker individens rätt gentemot staten syftar ILO-konventionerna till att medelst positiv föreningsrätt förändra maktrelationerna på arbetsmarknaden. För att göra detta anlägger man ett kollektivt arbetstagarperspektiv och skyddar möjligheten för arbetstagare att bilda, sluta sig samman och verka för fackliga organisationer.¹³⁰ Detta innebär att det främst är arbetstagarna som skyddas och inte arbetsgivarna eftersom dessa inte är skyddsvärda om man ser till konventionernas syfte.

De två berörda ILO-konventionerna anses binda alla medlemmar i ILO oavsett om de har ratificerat dessa eller inte. Varje medlemsstat skall rapportera till internationella arbetsbyrån om vilka åtgärder som man har vidtagit för att säkerställa konventionerna. Denna övervakning sker både löpande och genom klagomålsförfaranden. För föreningsfriheten har inrättats ett särskilt klagomålsförfarande genom granskning av en kommission och en föreningsrättskommitté. Klagomålen når kommittén som utifrån dessa utvecklar rekommendationer i det aktuella fallet. Dessa rekommendationer rör visserligen enbart enskilda fall men de är även viktiga då de ligger till grund för diverse allmänna rekommendationer rörande konventionernas tolkning. Denna kommitté har dock enbart en kvasijuridisk funktion och deras tolkningar är således inte bindande för den enskilda staten.¹³¹

4.2.1 ILO-konvention nr 87

ILO-konvention nr 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten (hädanefter ILO 87) rör i huvudsak relationen mellan stat och arbetstagare eller arbetsgivare.

I konventionens artikel 2 framhålls en rätt för både arbetstagare och arbetsgivare att utan inhämtat samtycke att bilda eller ansluta sig till en fackförening:

”Arbetare och arbetsgivare skola, utan någon som helst åtskillnad, äga rätt att utan därtill i förväg inhämtat medgivande bilda organisationer efter sitt fria skön ävensom att utan andra förbehåll än dem vederbörande organisationsstadgar uppställda, ansluta sig till sådana organisationer.”

¹²⁸ SOU 1975:1 s. 258 f.

¹²⁹ SOU 1994:141 s. 178. Denna konvention kommer dock inte att ytterligare behandlas i detta arbete.

¹³⁰ Källström, (1999) s. 16.

¹³¹ Olsson, (2003) s. 66 ff.

I artikel 2 skyddas inte den negativa föreningsfriheten utan endast den positiva. Frågan om införandet av ett skydd för den som inte vill organisera sig, diskuterades av en expertkommitté från ILO vid införandet av ILO 87. Detta förkastades dock eftersom man menade att det var upp till varje land att avgöra om man ville införa ett sådant skydd eller om man, till exempel ville tillåta organisationsklausuler.¹³²

Även om inte rätten att stå utanför en förening skyddas finns det dock ett litet skydd genom att staten inte har en rätt att reglera vilken fackförening som man skall gå med i eller förbjuda en att bilda en ny organisation. Detta innebär även att staten inte kan ta ifrån individen friheten att lämna fackföreningen när han så önskar. Staten får inte heller reglera på sådant sätt att bara en fackförening får finnas oavsett om det finns ett medlemskrav eller inte.¹³³

4.2.2 ILO-konvention nr 98

ILO-konvention nr 98 gäller tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten (hädanefter ILO 98). Konventionen är nära kopplad till ILO 87 och de bägge ses ofta som en enhet. Där ILO 87 har som främsta syfte att skapa en laglig grund för hela organisationsväsendet reglerar ILO 98 snarare organisationsrätten i förhållandet mellan arbetsmarknadens parter samt förhandlingsrätten.¹³⁴

I denna konvention finner man ett skydd mot organisationsfientliga angrepp på arbetsmarknaden liksom ett skydd för att inte tvingas lämna eller ansluta sig till en fackförening. En arbetstagare är likaså skyddad mot att tvingas engagera sig i den fackliga verksamheten oavsett om denna verksamhet betalas av arbetsgivaren eller ej.¹³⁵

I likhet med ILO 97 finns det inte heller i ILO 98 ett skydd för den negativa föreningsfriheten utan man överlät denna fråga att lösas av medlemsstatens lagstiftare. Även tillämpningen av konventionen och efterlevnad överläts att ordnas efter hur det inhemska rättsystemet var organiserat.¹³⁶

Vad gäller förhandlingsrätten uppmanar man i konventioner till frivilliga lösningar genom till exempel förhandlingar och kollektivavtal mellan parterna på arbetsmarknaden. Frågan om vissa organisationers företräde framför andra behandlades av Expertkommittén vad gäller ILO 98. I den rapport som blev resultatet av kommitténs arbete framhöll man att den inte behövde vara föreningsrättsligt stridigt att en organisation hade företräde framför de andra. Detta så länge som minoritetsorganisationer ändå hade en möjlighet att föra sina medlemmar talan samt att verka för sin verksamhet. Man såg vidare inte det som ett problem med att en organisation fick förmånligare eller exklusiv förhandlingsrätt på en arbetsplats, det vill säga, när en liten organisation inte har någon möjlighet

¹³² SOU 1975:1 s. 260.

¹³³ Olsson, (2003) s. 138 ff.

¹³⁴ SOU 1975:1 s. 260.

¹³⁵ SOU 1975:1 s. 261.

¹³⁶ SOU 1975:1 s. 261.

att få till stånd ett kollektivavtal på arbetsplatsen. Situationen borde dock undvikas om det skulle medföra att ingen förhandling alls skulle äga rum om den stora organisationen inte fanns på arbetsplatsen.¹³⁷

Sammanfattningsvis kan sägas att ingen av ILO-konventionerna skyddar den negativa föreningsfriheten. Detta som en effekt av att ILO-konventionerna främst betonar föreningarnas viktighet för att förändra relationerna på arbetsmarknaden.

4.3 Europarådet

Under andra världskriget hade Europa ödelagts och flertalet av dess invånare hade fått utstå hemska övergrepp i de krigsdrabbade regionerna. För att förhindra brott mot de mänskliga rättigheterna i den nya framtid man ville bygga, inrättades Europarådet i krigets efterdyningar. Syftet med rådet var att skapa ett forum där Europas länder tillsammans kunde verka för demokrati och rättstatlighet, med en fokus på de grundläggande mänskliga rättigheterna.¹³⁸

4.3.1 Europarådets sociala stadga

År 1961 kom Europarådets sociala stadga som berör alla delar av förenings- och förhandlingsrätten. I stadgan skyddas arbetarens rätt att organisera sig samt rätten till kollektiva förhandlingar.¹³⁹ Den europeiska sociala stadgan har som främsta syfte att utveckla ekonomiska och sociala rättigheter. Reglerna häri har inte som primärt mål att skydda individuella rättigheter utan snarare sociala rättigheter och sociala förhållanden.¹⁴⁰

Den sociala stadgan får mycket av sitt innehåll från konklusioner från den Europeiska kommittén för sociala rättigheter. Kommittén hämtar mycket av sin inspiration från ILO- och EU-källor samt Europadomstolens bedömningar men går även i vissa fall helt sina egna vägar. Det är kommittén som gör den rättsliga bedömningen om en stat lever upp till sina åtaganden enligt stadgan.¹⁴¹

Stadgan kan alltså inte åberopas av individer utan har istället som övervakning ett system av nationella rapporter som grund för sin implementering. Ett protokoll, ”Tillägg till den Europeiska sociala stadgan för att skapa ett system för kollektiva klagomål ETS 35”, har trätt i kraft 1998 och ratificerades av Sverige 1998. Detta tillägg tillåter vissa organisationer, till exempel internationella och nationella fackföreningar, att framlägga klagomål mot stadgans parter. Individen kan alltså begära att hans fackförening tar upp en fråga under stadgan. Då detta arbete rör de arbetstagare eller arbetsgivare som står *utanför* de fackliga organisationerna är detta tillägg dock knappats relevant. Eftersom det inte finns någon direkt

¹³⁷ SOU 1975:1 s. 262.

¹³⁸ Danelius, (2002) s. 17.

¹³⁹ SOU 1975:1 s. 263 f.

¹⁴⁰ Källström, (1999) s. 15.

¹⁴¹ Olsson, (2003) s. 249 ff.

mekanism för individuella klagomål och Sverige inte har införlivat stadgan i svensk rätt, kan individen inte ta upp brott mot stadgan i svensk domstol.

I ESS skyddas arbetstagares och arbetsgivares rätt att själva välja vilken organisation som man vill tillhöra. Denna rätt skyddas dock endast i förhållande till staten, det vill säga organisationerna kan själva ha begränsningar i sina stadgar. Friheten omfattar även en rätt att bilda nya föreningar för arbetstagare som inte vill bli medlemmar i en befintlig förening för dennes yrkeskategori.¹⁴²

Föreningsfriheten skyddas i artikel 5 i ESS:

För att säkerställa eller främja arbetstagarnas och arbetsgivarnas frihet att bilda och tillhöra lokala, centrala eller internationella organisationer som tillvaratar deras ekonomiska och sociala intressen, åtar sig parterna att varken utforma eller tillämpa sin nationella lagstiftning på ett sådant sätt att denna frihet kränks.

Från början utgick medlemsstaterna från att artikeln inte omfattade ett skydd för den negativa aspekten av föreningsfriheten främst med hänsyn till att den negativa föreningsrätten knappast är en sådan social rättighet som stadgan är avsedd att skydda. Den expertgrupp som granskar stadgans efterlevnad har emellertid länge krävt att medlemsstaterna skall beakta den positiva så väl som den negativa föreningsrätten i sin lagstiftning och praxis. Även om ministerkommittén har varit något mer återhållsamma i denna fråga är det dock sedan länge fastslaget att den negativa föreningsfriheten skyddas av stadgan och utvecklingen går allt mer mot att denna rättighet åtnjuter skydd såsom både en social och individuell rättighet.¹⁴³

Den negativa föreningsfriheten innefattas således i artikel 5 genom denna frihets samspel med den positiva föreningsfriheten, det vill säga för att kunna vara med i en förening måste man ha frihet att stå utanför en annan. Detta innebär att organisationsklausuler blir direkt stridande mot artikeln. Staten måste uppställa ett adekvat skydd för den negativa föreningsfriheten genom lagar och praxis så att en individ har möjlighet att gå till domstol om han upplever sig kränkt. Artikel 5 anses även förbjuda alla former av fackliga monopol på en arbetsplats.¹⁴⁴

Den sociala stadgan uppställer alltså ett långtgående skydd för de arbetstagare som önskar förhålla sig oorganiserade och de nationella lagreglerna skall därför vara så effektiva att de motverkar alla former av diskriminering. Förfaranden som skulle kunna ses som diskriminerande enligt artikel 5 är när man vid rekrytering ger företräde åt en viss organisations medlemmar eller avskedande som grundar sig på att man är oorganiserad. Även diskriminering inom anställning är förbjuden som till exempel vid befordran, vidareutbildning eller förtroendeuppdrag.¹⁴⁵

Man har även ansett att avgifter som dras på oorganiserades löner till en facklig förening som diskriminerande. Detta kan jämföras med det svenska granskningsarvodessystemet, där oorganiserade arbetstagare får

¹⁴² Olsson, (2003) s. 254.

¹⁴³ Källström, (1999) s. 18.

¹⁴⁴ Olsson, (2003) s. 254 ff.

¹⁴⁵ Olsson, (2003) s. 254 ff.

betala en mindre procentsats på sin lön till en fackförening för vissa kontroller som denna förening utför.¹⁴⁶

Skyddet för den negativa föreningsrätten skall finnas i lag. Skyddet för föreningsfriheten i stadgan baseras på att det i denna stadga är den sociala utvecklingen som är den viktiga och inte individens rättigheter, det vill säga man ser rätten att stå utanför som viktig för denna utveckling. Att det är de sociala rättigheterna snarare än de individuella som premieras märks även i att individen själv inte kan ställa några krav baserade i stadgan.¹⁴⁷

Slutsatsvis kan sägas att det finns ett relativt långtgående skydd i Europarådets sociala stadga för den negativa föreningsfriheten. Detta skydd kan dock inte åberopas av individen direkt.

4.3.2 Europakonventionen

För att Europarådet effektivt skulle kunna arbeta för de mänskliga rättigheterna beslöt man sig år 1949 att utarbete en konvention med effektivt skydd av individens rättigheter. Medelst den nya europeiska konventionen ville man ge kraft åt rättigheterna i FN-konventionen genom att skapa förpliktande regler för medlemsstaterna samt genom att anförtro övervakningen till gemensamma organ. Arbetet med konventionen gick snabbt och redan 1953 kunde den träda i kraft då den då blivit ratificerad av tio stater.¹⁴⁸

Ursprungligen var det huvudsakligen två organ som kontrollerade efterlevandet av konventionen, Europakommissionen och Europadomstolen, men även i viss mån Europarådets ministerkommitté. Klagomålen skickades först till kommissionen som fungerade som en första instans vars rapport senare skulle ligga till grund för domstolens avgöranden. Med tilläggsprotokoll 11 ersattes kommissionen och ministerkommittén av en permanent Europadomstol 1998.¹⁴⁹

I Europadomstolen kan två olika sorters mål tas upp. Den första sorten är mellanstatliga mål som innebär att en konventionsstat inger en ansökan om att en annan stat som är ansluten till konventionen har brutit i sina förpliktelser enligt densamma. Den andra sortens mål som kan tas upp av domstolen är klagomål från enskilda som gör gällande att deras rättigheter har kränkts.¹⁵⁰ Staten har ett ansvar enligt artikel 1 EKMR att garantera sina medborgare att deras fri- och rättigheter enligt konventionen skyddas. Även om den aktuella situationen rör förhållandet mellan en privatperson och en fackförening har Europadomstolen i sin praxis slagit

¹⁴⁶ Olsson, (2003) s. 257 f. Granskningsarvodena kommer ytterligare att beröras i avsnitt 5.3.2 nedan.

¹⁴⁷ Källström, (1999) s. 18.

¹⁴⁸ Danelius, (2002) s. 17.

¹⁴⁹ Danelius, (2002) s. 20 f. Det finns således praxis från både kommissionen och Europadomstolen som rör tolkningar av Europakonventionen.

¹⁵⁰ Det finns olika föreskrifter för att ett mål skall få tas upp till prövning bland annat måste nationella rättskällor vara uttömda för att en enskild skall få klaga. Dessa föreskrifter kommer dock inte ytterligare att beröras i detta arbete.

fast att staten har ett ansvar i det fall den inhemska lagstiftningen möjliggjort den aktuella kränkningen.¹⁵¹

Europakonvention blir aktuell i Sverige på tre olika sätt. För det första är det en internationell konvention till vilken Sverige är ansluten sedan i början av femtiotalet, för det andra är den sedan 1 januari, 1995 svensk lag och för det tredje aktualiseras den även genom Sveriges medlemskap i den europeiska unionen.¹⁵²

4.3.2.1 Församlings- och föreningsfrihet

Församlings- och föreningsfriheten regleras i konventionens artikel 11:

”Envar skall äga rätt till frihet att delta i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet, däri inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.”

Som tidigare nämnts skyddas den negativa föreningsfriheten av FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna.¹⁵³ Trots att EKMR är skriven med FN-förklaringen som förebild finns dock inte motsvarande skydd uttalat i denna konvention. Anledningen till detta torde vara frågans känslighet i förhållande till fackföreningarna samt att det är en fråga som främst bör avgöras av den inhemska lagstiftningen.¹⁵⁴ Till skillnad från FN:s allmänna förklaring har man i Europakonventionen valt att reglera föreningsfriheten i en enda artikel istället för två. Detta innebär att både den allmänna och den fackliga föreningsfriheten innefattas i artikel 11. Skälet till att man inte velat ha med en särskild reglering för den negativa föreningsfriheten skulle kunna ligga i att det i den fackliga föreningsrätten är styrkeförhållandena på arbetsmarknaden som står i centrum istället för åsiktsfriheten.¹⁵⁵

Det kan i vissa fall vara tillåtet att inskränka föreningsfriheten enligt artikel 11 (2) EKMR:

”Utövandet av dessa rättigheter må icke underkastas andra inskränkningar än sådana som äro angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle äro nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggande av oordning eller brott, skyddandet av hälsa eller moral eller av annans fri- och rättigheter.”

Av detta stadgande följer att en inskränkning skall ha stöd i lag, ha en godtagbar grund och vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Dessa tre rekvisit är kumulativa, det vill säga de måste samtliga vara uppfyllda för att

¹⁵¹ *Young, James och Webster mot Storbritannien*, dom den 13 augusti 1981, Serie A nr. 44, p. 49. Att observera är dock att Europadomstolens domar enbart kan rendera skadestånd för individen, det vill säga denna kan till exempel inte begära att få sin anställning tillbaka baserat på en dom i Europadomstolen.

¹⁵² Europakonventions roll inom EU kommer närmare att redogöras för i avsnitt 4.4 nedan.

¹⁵³ Se avsnitt 4.1.1 ovan.

¹⁵⁴ Danelius, (2002) s. 344.

¹⁵⁵ Källström, (1999) s. 17.

inskränkningen inte skall utgöra en kränkning.¹⁵⁶ Vad gäller den negativa föreningsfriheten på arbetsmarknaden måste även framhåvas att domstolen här tenderar att tillerkänna den svarande staten en vid *margin of appreciation*.¹⁵⁷

4.3.2.2 Praxis från Europadomstolen

Europakonventionen får sitt innehåll preciserat genom Domstolens avgöranden. Här nedan följer därför en kortare genomgång av de fall som har avgjorts som har rört den negativa föreningsfriheten.¹⁵⁸ Att observera här är att konventionen är levande på så sätt att avgörandena skall ses i ljuset av tidigare rättsfall och att innehållet i konventionen kan utvecklas över tiden beroende på de tendenser som för tillfället råder i medlemsstaterna. Detta innebär även att det skydd som finns idag kan se helt annorlunda ut i framtiden.¹⁵⁹ För Sverige innebär detta att det inte bara är den praxis som fanns när inkorporeringslagen trädde i kraft 1995 som är aktuell utan även efterföljande praxis.¹⁶⁰

Efter genomgången av praxis kommer att följa en sammanfattning av det som har framkommit i denna för att illustrera hur det faktiska skyddet för den negativa föreningsrätten ser ut enligt EKMR.

Portalfallet gällande den negativa föreningsfriheten är *Young, James och Webster mot Storbritannien*.¹⁶¹ Målet gällde tre järnvägsarbetare som var anställda vid det statliga bolaget British Rail. Deras arbetsgivare slöt ett ”closed shop”-avtal med tre fackförbund och eftersom herrarna Young, James och Webster inte var eller ville bli medlemmar i något av dessa blev de avskedade.¹⁶² Två av dem motsatte sig medlemskapet av ideologiska skäl och den tredje motsatte sig rent allmänt att han tvingades att vara med i en förening.¹⁶³

I *Young, James och Webster* formulerar Europadomstolen för första gången att föreningsfriheten per automatik är tvåsidig och därmed implicerar friheten att inte förena sig med andra och friheten att inte ansluta sig till fackföreningar, det vill säga att den negativa föreningsfriheten

¹⁵⁶ Det är här viktigt att skilja mellan en *inskränkning* och en *kränkning*. En inskränkning föreligger så fort individens rättighet är begränsad, till exempel genom att han inte får välja att stå utanför en förening. Det är dock först när denna inskränkning inte är berättigad enligt andra stycket som inskränkningen utgör en kränkning, till exempel när det inte kan anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle att individen måste vara med i en förening mot sin vilja.

¹⁵⁷ Se till exempel *Young, James och Webster*, p. 65. *Margin of appreciation* kan närmast översättas med bedömningsmarginal och avser det handlingsutrymme som överläts till staten vad gällande de olika friheter som skyddas i konventionen. Det vill säga staten får ett visst utrymme att ta hänsyn till inhemska förhållanden när man inskränker olika rättigheter. Just åtgärder på arbetsmarknaden har traditionellt setts som ett område där staten åtnjuter en stor frihet i hur man utformar de inhemska reglerna.

¹⁵⁸ De fall som tas upp i detta avsnitt är de som har rört den fackliga aspekten av föreningsrätten, det vill säga de som har tagit upp den speciella problematik som rör föreningstvång på arbetsmarknaden.

¹⁵⁹ Danelius, (2002) s. 41 ff.

¹⁶⁰ Prop 1993/94:117 s. 73 ff.

¹⁶¹ *Young, James och Webster mot Storbritannien*, dom den 13 augusti 1981, Serie A nr. 44.

¹⁶² Ett *closed shop* avtal är den engelska motsvarigheten till en organisationsklausul, se förklaring i not 104.

¹⁶³ *Young, James och Webster*, p. 54.

faktiskt omfattas av skyddet enligt artikel 11 EKMR. Europadomstolen påpekade vidare att om artikel 11 tolkades som om alla former av tvång skulle vara tillåtna avseende fackföreningsmedlemskap skulle detta ”*strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee*”.¹⁶⁴ Att märka är dock att Europadomstolen undvek att göra ett generellt uttalande om den negativa föreningsfriheten istället såg man till omständigheterna i det aktuella fallet och avgjorde det således *in casu*.¹⁶⁵

De omständigheter som domstolen lyfte fram som avgörande var att arbetstagarna ställdes inför ett krav på anslutande med avsked som följd av nekande. Ett sådant tvång med hot om förlorad försörjning skulle ses som ett hot av allvarligaste slag enligt domstolen.¹⁶⁶ Andra avgörande faktorer var att fackföreningstvånget hade införts efter de tre arbetstagarna hade anställts och att det faktiskt innebar att deras möjlighet att välja fackförening starkt begränsades.¹⁶⁷ Vidare menade domstolen att det var nödvändigt att se artikel 11 i ljuset av artiklarna 9 och 10 om åsikts- och yttrandefrihet. Detta då syftet med skyddet för föreningsfriheten är att skydda människors möjlighet att bilda föreningar för att kunna utöva sin yttrande- och åsiktsfrihet. Då arbetstagarna hade ideologiska skäl att vilja stå utanför fackföreningen skulle det således slå mot själva kärnan av artikel 11 att påtvinga dem medlemskap. En inskränkning av föreningsfriheten ansågs därför föreligga.¹⁶⁸

Frågan blev därför om intrånget i artikel 11 kunde rättfärdigas utifrån de i artikel 11(2) godtagbara inskränkningarna. Domstolen menade här att det inte var nödvändigt att undersöka om inskränkningarna hade stöd i lag eller om den hade som syfte att skydda ett legitimt intresse (skydd för andras fri- och rättigheter) utan man undersökte istället om inskränkningarna var nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för att tillvarata detta legitima intresse.¹⁶⁹ För att avgöra om en inskränkning är nödvändig i ett demokratiskt samhälle skall man se till om inskränkningarna verkligen är *nödvändig*¹⁷⁰ samt göra en proportionalitetsbedömning mellan individens önskan att stå utanför organisationen och de intressen som inskränkningarna är avsedda att skydda.¹⁷¹ Av betydelse är alltså *inte* om det finns fördelar med en viss inskränkning, utan om den är absolut nödvändig för att man skall kunna tillvarata detta intresse.¹⁷²

För det första fastslog här domstolen att ”nödvändig” betydde att inskränkningarna verkligen skulle vara nödvändiga och att det inte var tillräckligt att den hade sina fördelar som fallet var med closed shop-avtalet. För det andra menade man att pluralism och vidsynthet var väsentliga inslag i ett demokratiskt samhälle. Detta innebar att trots att individens vilja

¹⁶⁴ Young, James och Webster, p. 52.

¹⁶⁵ Young, James och Webster, p. 53.

¹⁶⁶ Young, James och Webster, p. 55.

¹⁶⁷ Young, James och Webster, p. 55-56.

¹⁶⁸ Young, James och Webster, p. 57.

¹⁶⁹ Young, James och Webster, p. 60.

¹⁷⁰ Young, James och Webster, p. 63 med hänvisning till *Handyside mot Storbritannien*, dom den 7 december 1976, Serie A nr. 24, p. 48. Artikel 11(2) är ett undantag som skall tolkas restriktivt, vilket framgår av artikel 17 EKMR.

¹⁷¹ *Handyside*, p. 49 ; Young, James och Webster, p. 63.

¹⁷² Sigurður A. Sigurjónsson, p. 41.

emellanåt måste underordnas kollektivet så innebär demokrati inte att majoriteten alltid måste styra. För det tredje underströk man att inskränkningen måste vara proportionell med det legitima intresse som den skulle skydda.¹⁷³ Vid proportionalitetsbedömningen av inskränkningen väger man den fackliga frihetens individuella och kollektiva sida mot varandra, det vill säga, skadeverkningarna för den enskilde vägs mot nödvändigheten av inskränkningen för den fackliga rörelsen.¹⁷⁴

Slutsatsen som man kom fram till var att det inte kunde vara rättfärdigat att tvinga de tre arbetstagarerna att vara medlemmar i den aktuella föreningen eftersom det inte kunde anses vara nödvändigt för att tillvarata de andra arbetstagarernas intresse av en hög anslutningsgrad. Inskränkningen var därför inte nödvändig i ett demokratiskt samhälle och det hade därför skett en kränkning av föreningsfriheten.¹⁷⁵

Nästa fall som rörde den negativa föreningsfriheten var *Sibson mot Storbritannien*.¹⁷⁶ Sibson var en lastbilschaufför som hade lämnat sin fackförening efter en konflikt med densamma. De andra arbetstagarerna hotade då med strejk varför arbetsgivaren ställde honom inför valet att återinträda i fackföreningen eller bli förflyttad till en annan arbetsplats inom samma företag. Sibson vägrade och begärde istället avsked.¹⁷⁷

Även i detta fall avstod domstolen från att göra något generellt uttalande om den negativa föreningsfriheten utan fallet avgjordes *in casu*. Domstolen menade att detta fall skiljde sig på flera avgörande punkter från det tidigare avgjorda Young, James och Webster. För Sibson var det inte fråga om föreningstvång på grund av en organisationsklausul och han hade personliga snarare än ideologiska skäl att vilja stå utanför fackföreningen. Då Sibson inte heller hade hotats med avsked utan enbart förflyttning ansåg domstolen inte att det slog mot kärnan av artikel 11 och det förelåg således inte en kränkning av föreningsfriheten.¹⁷⁸

Senare samma år kom ytterligare ett fall som rörde den negativa föreningsfriheten att avgöras av Europadomstolen, *Sigurður A. Sigurjónsson mot Island*.¹⁷⁹ Sigurjónsson var en taxichaufför som enligt lag måste bli medlem i förarföreningen FAA för att få licens för att köra taxi i Reykjavik. När Sigurjónsson väl hade fått sin licens slutade han betala medlemsavgift och meddelade att han önskade lämna FAA. Hans licens drogs då in varpå han kände sig tvingad att återinträda i föreningen.¹⁸⁰

Detta fall är det första där domstolen uttryckligen säger att den negativa föreningsfriheten omfattas av skyddet för föreningsfriheten och man motiverar detta med att det numera finns en gemensam europeisk standard med ett allt starkare skydd för den negativa föreningsfriheten.¹⁸¹

Till skillnad från Young, James och Webster visste Sigurjónsson om organisationskravet innan dess att han tog sin licens. Detta

¹⁷³ Young, James och Webster, p. 63.

¹⁷⁴ Handyside, p. 49.

¹⁷⁵ Young, James och Webster, p. 65.

¹⁷⁶ Sibson mot Storbritannien, dom den 20 april 1993, Series A no. 258-A.

¹⁷⁷ Sibson, p. 7-11.

¹⁷⁸ Sibson, p. 29-30.

¹⁷⁹ Sigurður A. Sigurjónsson mot Island, dom den 30 juni 1993, Serie A nr. 264.

¹⁸⁰ Sigurður A. Sigurjónsson, p. 7-17.

¹⁸¹ Sigurður A. Sigurjónsson, p. 35.

menade dock domstolen saknade betydelse och man lade istället avgörande betydelse vid att föreningstvånget var angivet i en lag, det vill säga individens föreningsfrihet begränsades av en statlig åtgärd.¹⁸² Man menade även att det inte fanns något som tydde på att de uppgifter som förarföreningen utförde inte skulle kunna lösas på annat sätt.¹⁸³ Liksom i Young, James och Webster framhöll man att Sigurjónsson riskerade att förlora sin försörjning och att han hade ideologiska skäl att stå utanför föreningen.¹⁸⁴ En viktig fråga som också lyftes fram av domstolen i detta fall är att man har rätt att ställa kravet att en organisations åtgärder står i rimlig proportion till åtgärdens syfte.¹⁸⁵

Det förelåg därför en inskränkning av Sigurjónssons negativa föreningsfrihet och denna inskränkning kunde inte anses berättigad enligt artikel 11(2). Domstolen fann således att Sigurjónssons negativa föreningsfrihet hade blivit kränkt.¹⁸⁶

Nästa fall som kom upp till prövning, *Gustafsson mot Sverige*, skiljde sig från de tidigare avgjorda fallen på så vis att det gällde arbetsgivarens negativa föreningsfrihet.¹⁸⁷ Gustafsson var en restaurangägare som i sin enskilda firma hade ett antal säsongsanställda. På grund av att han hade starka principiella invändningar mot hela fackföreningssystemet var han inte ansluten till någon arbetsgivarorganisation och var därför inte heller bunden av något kollektivavtal. Han menade även att de villkor som han tillämpade för sina anställda var bättre än de som föreskrevs i de aktuella kollektivavtalen. Då Gustafsson vägrade att sluta ett hängavtal med fackföreningen inledde denna en blockad och fick med sig andra fackföreningar i sympatiåtgärder. På grund av dessa åtgärder tvingades Gustafsson till slut att sälja restaurangen och även att stänga det vandrarhem som han drev som familjeföretag.¹⁸⁸

Europadomstolen inledde med att fastslå att det aktuella fallet omfattades av artikel 11 och liksom i Sigurjónsson yttrade man ånyo att även den negativa föreningsfriheten omfattades av det i artikeln uppställda skyddet.¹⁸⁹ Domstolen framförde vidare att staten visserligen hade ett ansvar för att ingripa i relationer mellan enskilda om individens friheter enligt konventionen hotades. Denna skyldighet var dock delvis begränsad när det kom till arbetsmarknadsmässiga åtgärder då det här fanns ett långtgående intresse av att skydda den positiva föreningsfriheten.¹⁹⁰

I Gustafssons fall framhöll domstolen att han hade kunnat undvika stridsåtgärderna utan att bli medlem i en arbetsgivarförening eftersom han hade kunnat teckna ett hängavtal.¹⁹¹ Visserligen hade

¹⁸² *Sigurður A. Sigurjónsson*, p. 33-38.

¹⁸³ *Sigurður A. Sigurjónsson*, p. 41.

¹⁸⁴ *Sigurður A. Sigurjónsson*, p. 36-37.

¹⁸⁵ *Sigurður A. Sigurjónsson*, p. 41.

¹⁸⁶ *Sigurður A. Sigurjónsson*, p. 39-41.

¹⁸⁷ *Gustafsson mot Sverige*, dom den 25 april 1996, Reports of Judgements and Decisions 1996 s.637.

¹⁸⁸ *Gustafsson*, p. 9-24.

¹⁸⁹ *Gustafsson*, p. 44-45.

¹⁹⁰ *Gustafsson*, p. 45.

¹⁹¹ *Gustafsson*, p. 52.

Gustafsson principiella skäl för att stå utanför det fackliga systemet men domstolen menade att artikel 11 inte kunde anses innefatta en rätt att helt stå utanför det fackliga systemet.¹⁹² Man menade vidare att de av facket vidtagna åtgärderna måste anses nödvändiga för att tillvarata det legitima intresset av ett fungerande förhandlingssystem och det inte vara visat att Gustafsson faktiskt tillämpade bättre villkor än kollektivavtalet eller att facket inte haft legitima syften med stridsåtgärderna.¹⁹³

Sammanfattningsvis fann domstolen att Sverige inte hade kränkt Gustafssons rätt till negativ föreningsfrihet enligt artikel 11.¹⁹⁴

De senaste fallen som har rört den negativa föreningsrätten i Europadomstolen är fallen *Sørensen respektive Rasmussen mot Danmark* från i år.¹⁹⁵ Sørensen blev nyanställd av en arbetsgivare som hade ett exklusiv-avtal som innebar att företaget endast fick anställa arbetstagare som var med i ett fackförbund tillhörigt danska LO.¹⁹⁶ Sørensen visste om att han var tvungen att gå med i fackföreningen SiD för att få anställningen. När han fick sin första lön såg han att man hade dragit av en fackföreningsavgift till SiD. Han vände sig då till fackföreningen och påpekade att han aldrig hade begärt inträde i SiD och inte heller ville göra det, och krävde att få avgiften tillbaka. Dagen efter blev han avskedad på grund av att han inte ville gå med i något fackförbund som tillhörde LO.¹⁹⁷

Det andra danska fallet rörde trädgårdsmästaren Rasmussen som tidigare varit med i SiD men inte delat deras ideologi utan gått ur och istället anslutit sig till en annan fackförening. Efter en tids arbetslöshet blev han erbjuden ett jobb men det förutsatte att han än en gång gick med i SiD då dessa hade ett exklusiv-avtal med arbetsgivaren. Rasmussen kände en stark motvilja mot detta på grund av sina tidigare erfarenheter av denna fackförening och valde därför att föra frågan till Europadomstolen.¹⁹⁸

I Sørensen-målet konstaterade domstolen att denne avskedats som en direkt följd av att han vägrat medlemskapet i SiD. Enligt domstolens uppfattning ”*kan en sådan konsekvens betraktas som allvarlig och ägnad att slå mot själva kärnan i den frihet att välja som ligger i den negativa föreningsfriheten, som skyddas av artikel 11 i konventionen*”.¹⁹⁹

¹⁹² Gustafsson, p. 52.

¹⁹³ Gustafsson, p. 53-54.

¹⁹⁴ Gustafsson, p. 55. Gustafsson sökte senare resning i målet under återopande om att de av den svenska regeringen lämnade uppgifterna om fackföreningens legitima syfte med stridsåtgärderna var oriktiga. Domstolen avfärdade dock resningen då man fann att dessa uppgifter inte varit avgörande för fallets utgång (*Gustafsson (revision) mot Sverige*, dom den 30 juni 1998, 1998 s. 2084). En utförligare diskussion om Gustafssonsdomens betydelse för den svenska föreningsrätten kommer att följa i avsnitt 5.4 Närbesläktat med Gustafssonsfallet är även *AB Kurt Kellerman mot Sverige*, dom den 26 oktober 2004, dock var det som kom att bedömas av Europadomstolen i detta fall frågan om Arbetsdomstolens partsammansättning. Den föreningsrättsliga aspekten av detta fall kommer därför att behandlas i avsnitt 5.4.

¹⁹⁵ *Sørensen och Rasmussen mot Danmark*, dom den 11 januari 2006, ansökningsnummer 52562/99 och 52620/99.

¹⁹⁶ Ett *exklusiv-avtal* är den danska motsvarigheten till en organisationsklausul (se förklaring i not 104).

¹⁹⁷ *Sørensen och Rasmussen*, p. 41.

¹⁹⁸ *Sørensen och Rasmussen*, p. 41.

¹⁹⁹ *Sørensen och Rasmussen*, p. 61.

Vad gäller Rasmussen-fallet så uttalade domstolen att denne blivit personligen och påtagligt berörd av organisationsklausulens tillämpning på honom. Man hänvisade även till att det finns en tydlig tendens i Europa att avskaffa möjligheten till organisationsklausuler. Som exempel på detta nämnde domstolen bland annat EU:s stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter från 1989 och artikel 12 i EU:s stadga om grundläggande rättigheter från år 2000. Detta pekade enligt domstolen på att det finns ett svagt stöd i konventionsstaterna för att upprätthålla avtal med organisationsklausuler och att användning av organisationsklausuler inte är ett verktyg som oundgängligen behövs för att effektivt ta tillvara fackliga friheter.²⁰⁰

Vidare framhöll även domstolen att de bägge sökanden inte önskade stå utanför hela fackföreningssystemet utan att de enbart vände sig emot att de skulle behöva vara medlemmar i SiD. Då de således ville vara med i andra föreningar så menade domstolen att de inte utgjorde något hot mot systemet i sig.²⁰¹

Slutsatsen i bägge fallen blev att de sökandes negativa föreningsfrihet hade blivit kränkt.²⁰²

4.3.2.3 Sammanfattning

Skyddet för föreningsfriheten i artikel 11 omfattar även rätten att stå utanför en förening. Den negativa föreningsfriheten är dock inte likställd med den positiva utan den skyddas enbart i de fall som slår mot själva kärnan av friheten. Utvecklingen i praxis går mot ett allt starkare skydd för den negativa föreningsfriheten troligen mycket beroende på de allmänna tendenserna i Europa.

Skyddet för den negativa föreningsrätten enligt EKMR gäller både för arbetsgivare och arbetstagare.

I de fall där kränkningar har förekommit har domstolen betonat att individen har haft ideologiska skäl att stå utanför organisationen. Man har då gått tillbaka och hänvisat bakgrunden till skyddet för föreningsrätten vilket är att man har velat skydda individens rätt att gå samman med andra för att ta tillvara sin åsikts eller yttrandefrihet.²⁰³ I de fall där det inte förekommit ideologiska skäl har domstolen enbart funnit kränkningar när det rört sig om lagstadgat tvång. Andra viktiga faktorer som förts fram har varit att individen riskerar sin försörjning och om han visste om tvånget innan eller efter han tog anställningen.

Den negativa föreningsfrihetens nära samband med den positiva illustreras av att domstolen fäster vikt vid om individen önskar stå utanför hela systemet eller om han enbart vänder sig emot att vara med i en viss bestämd fackförening. Den senare har enligt domstolen ansetts vara mer skyddsvärd troligen som en effekt av att man från domstolens sida ofta betonar vikten av att det finns ett fungerande fackligt system som kan ta till vara individens intresse. Det vill säga man betonar vikten av att inte en enda

²⁰⁰ Sørensen och Rasmussen, p.62.

²⁰¹ Sørensen och Rasmussen, p 63.

²⁰² Sørensen och Rasmussen, p. 77.

²⁰³ Åsikts- och yttrandefriheten regleras i artiklarna 9 och 10 EKMR.

förening skall vara dominerande snarare än att man har en rätt att helt stå utanför systemet.

Då de flesta fall har rört organisationsklausuler blir det mest spekulationer rörande hur man skulle bedöma andra former av kränkningar av den negativa föreningsfriheten.

4.4 Europeiska unionen

År 1994 folkomröstade Sverige om medlemskap i den europeiska unionen med bifall som följd. Detta innebar att den svenska rätten fick en ytterligare dimension genom att flera EU-akter tillkom.

EG-rätten utgör en egen rättsordning som är skild både från nationell rätt och från folkrätten men gemenskapsrätten är trots detta en del av det svenska rättssystemet. Detta innebär att vi har överlåtit en del av vår lagstiftningskompetens och att EG-rätten har företräde framför nationell rätt. Folkrättsliga förpliktelser som en stat har ingått före medlemskapet kan dock inte sättas åt sidan men staten är skyldig att försöka undanröja eventuella oförenligheter med EG-rätten.²⁰⁴

I artikel 137 i Amsterdamsfördraget (artikel 2 i avtalet om socialpolitik) regleras de områden på arbetsmarknaden där unionen skall understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet. För de frågor som omfattas av denna artikel kan Europeiska unionens råd skapa minimidirektiv som reglerar dem. En fråga som uttryckligen undantas från artikeln är just föreningsrätten, detta innebär dock inte att det är uteslutet att EU har kompetens men den regleras inte enligt artikel 137.²⁰⁵ Troligt är således att unionen inte har uttrycklig rätt att fatta bindande beslut rörande den negativa föreningsfriheten.

Enligt artikel 6 (2) i fördraget om Europeiska unionen utgör de grundläggande rättigheterna allmänna principer för gemenskapsrätten. Från början var den dåvarande unionen främst av ekonomisk karaktär. Det fanns dock en ambition om att befästa en gemensam social grundsyn vilket år 1989 resulterade i att elva av de tolv dåvarande medlemsstaterna gick samman och antog ”Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter” eller den europeiska sociala stadgan.²⁰⁶ Av betydelse för rättighetsskyddet inom EU är även Europakonventionen som är en integrerad del av detta skydd. Detta märks inte minst i EG-domstolens praxis där domstolen har tolkat och tillämpat EKMR vid ett flertal tillfällen. När EKMR skall tolkas som EG-rätt har konventionen företräde framför nationell rätt. Detta gäller dock med begränsningen att frågan skall röra ett område för vilket unionen har kompetens.²⁰⁷ År 2000 kom även Europeiska

²⁰⁴ Bernitz & Kjellgren, (2002) s. 79 ff.

²⁰⁵ Nyström, *EU och arbetsrätten* (2002) s. 94 ff.

²⁰⁶ Christensen, *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, (TfR 4/96) s. 524.

²⁰⁷ Bernitz, *Europakonventionens införlivande i svensk rätt – en halvmesyr*, (JT 1994-95) s. 261.

unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som bygger på Europakonventionen även om den inte helt överensstämmer med denna.²⁰⁸

I artikel 6 (1) och 49 i fördraget om Europeiska unionen framgår att för att en stat skall få medlemskap i EU är det en förutsättning att man respekterar mänskliga rättigheter. Om en befintlig medlemsstat skulle åsidosätta dessa rättigheter kan man enligt artikel 7 i fördraget förlora sin rösträtt i ministerrådet. Enligt första stycket i denna artikel är det kommissionen som har behörighet att övervaka om det finns risk att medlemsstater åsidosätter de mänskliga rättigheterna.

Enligt artikel 234 i EG-fördraget är EG-domstolen behörig att meddela förhandsavgörande angående bland annat tolkningen av EG-fördraget och sekundär EG-rätt som till exempel direktiv. När en sådan fråga uppkommer i en domstol i en medlemsstat, mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, är den domstolen enligt tredje stycket i artikeln skyldig att föra frågan vidare till EG-domstolen.²⁰⁹

Såväl enskilda som andra medlemsstater kan vända sig till europeiska kommissionen och klaga på att staten inte följer sina åtaganden. För såvitt en medlemsstat inte skulle följa EG-rätten kan kommissionen inleda ett överträdelseförfarande med staten som inleds med en skriftväxling med den berörda staten. Om staten inte rättar sig efter denna skriftväxling kan kommissionen besluta att låta saken avgöras i EG-domstolen, detta kallas en *fördragsbrottstalan*. Skulle domstolen senare komma fram till att staten har brutit mot EG-rätten så kan staten ådömas att åtgärda bristen för att inte drabbas av ett vite.²¹⁰

4.4.1 1989 års stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter

Liksom den europeiska sociala stadgan är EU:s sociala stadga främst ett medel för att skydda sociala rättigheter och förhållanden.²¹¹

Den sociala stadgan har ingen bindande verkan utan är en överenskommelse på det politiska planet där det blir den politiska viljan som får vara drivkraften. Eftersom inte alla medlemsländer har skrivit under så kan stadgan inte heller uppnå status av ”allmän EG-rättslig princip”. Då sociala stadgan varken är ett rättsligt dokument eller ett av alla medlemmar undertecknat avtal kan inte EG-domstolen pröva principerna i stadgan mot EG-reglerna. EU institutionerna är dock oförhindrade att driva igenom den sociala stadgan. Det största ansvaret för införande ligger dock på de enskilda medlemsländerna som får arbeta med intentionerna i avtalet.²¹²

²⁰⁸ Westregård, (2002) s. 279. Det finns även ytterligare EG-rättsliga regleringar som skulle kunna få effekt för den negativa föreningsrätten, som exempel kan ju den fria rörligheten innebära att fackföreningar inte skulle ha rätt att vidta stridsåtgärder fullt ut. Tyvärr kommer inte dessa aspekter att beröras i någon större utsträckning utan jag har valt att fokusera på de EG-regler som direkt rör föreningsrätten. En kortare redogörelse kommer dock att återfinnas i avsnitt 5.4.3.

²⁰⁹ Nyström, (2002) s. 48 f.

²¹⁰ Bernitz & Kjellgren, (2002) s. 123 ff.

²¹¹ Källström, (1999) s. 15.

²¹² Nyström, (2002) s. 81 f.

Det har diskuterats att göra stadgan rättsligt bindande. Detta skulle innebära att stadgans rättigheter skulle kunna prövas direkt av EG-domstolen och skapa en praxis som går emot medlemsländernas egen uppfattning. Sverige har motsatt sig en bindande verkan av stadgan, bland annat för att man motsätter sig de effekter som skyddandet av den negativa föreningsfriheten skulle få för den fria stridsrätten.²¹³

Genom Maastrichtprotokollet om socialpolitik förband sig medlemsstaterna att verka för att stadgans mål uppfylls inom ramen för EU:s institutionella ramar. Detta dokument innebar även att vissa beslut på socialpolitikens område kan tas genom majoritetsomröstning. Fortfarande är det dock känsligt med EG-rättsliga beslut gällande socialpolitik då detta område av tradition skiljer sig mycket åt mellan olika medlemsstater.²¹⁴

I denna stadga finns EG-regler som berör föreningsrättens positiva och negativa sida i punkt 11, vilken stadgar att:

”Arbetsgivare och arbetstagare inom Europeiska gemenskapen skall ha föreningsrätt, så att de kan skapa yrkesorganisationer eller fackföreningar av eget val för att försvara sina ekonomiska och sociala intressen.

Det skall stå varje arbetsgivare och varje arbetstagare fritt att ansluta sig eller förbli utanför sådana organisationer, utan att därför lida skada personligen eller i arbetslivet.”

I EU:s sociala stadga ställs den positiva och negativa föreningsrätten bredvid varandra utan att endera framhålls som den viktigaste. EU:s sociala stadga skiljer sig från de andra internationella dokumenten genom att det här finns en tydlig avvägning mellan individuella grundrättigheter och fackliga rättigheter.²¹⁵

I denna stadga finns alltså ett skydd för den negativa föreningsfriheten. Som tidigare nämnts saknar dock stadgan bindande verkan utan den uppger enbart en utgångspunkt som medlemsstaterna skall sträva efter. Den borde därför få liten egentlig betydelse även om dess innebörd har använts som tolkningshjälpmedel av AD i ett fall som rör den negativa föreningsfriheten.²¹⁶

4.4.2 EU:s stadga om grundläggande rättigheter

När EU:s stadga om grundläggande rättigheter proklamerades år 2000 hade ett nytt steg tagit för att garantera unionens medborgare deras mänskliga rättigheter. Denna stadga byggde vidare på flera av de rättigheter som redan var skyddade i EG:s sociala stadga. Stadgan baseras främst på de grundläggande fri- och rättigheter som återfinns i Europakonventionen, medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella

²¹³ Nyström, (2002) s. 106.

²¹⁴ Christensen, (TfR 4/96) s. 524.

²¹⁵ Källström, (1999) s. 19.

²¹⁶ AD 2002 nr 20.

förpliktelser, unionens och Europarådets sociala stadga samt rättspraxis vid EG-domstolen och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.²¹⁷

När stadgan antogs var dess juridiska status oklar men det antogs allmänt att denna skulle fastslås senare. Idag är stadgan politiskt bindande för staterna men tillför inga ytterligare förpliktelser eftersom den slår fast de rättigheter som redan fanns inom unionen.²¹⁸

Hur medlemstaterna efterlever stadgan har bland annat granskats av en expertgrupp tillsatt av kommissionen. Vid denna grupps tolkning av stadgan har man använt sig av både ILO-konventionerna och Europarådets sociala stadga som bakgrund. Det som expertgruppen kommer fram till är inte bindande för kommissionen men troligen kan det få betydelse för den framtida tolkningen av stadgan.²¹⁹

Föreningsfriheten regleras i artikel 12 i denna stadga som har följande lydelse:

”Var och en har rätt till frihet att delta i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet på alla nivåer, särskilt på det politiska, fackliga och medborgerliga området, vilket innebär rätten för var och en att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.”

Denna artikel bygger på artikel 11 i gemenskapsstadgan och på artikel 11 i Europakonventionen. Dock finns det en avgörande skillnad mellan dessa bägge artiklar genom att genom att EG:s sociala stadga innehåller en mer långtgående skydd för den negativa föreningsfriheten. Förklaringen till detta ligger i att stadgan för grundläggande rättigheter synliggör det ansvar som vilar på staten medan den sociala stadgan mer skall ses som ett mål att sträva efter. Således ligger skyddet för den negativa föreningsrätten i artikel 12 närmare Europakonventionens artikel 11 än den sociala stadgans motsvarande artikel. Den praxis som finns från Europadomstolen är även inkluderad i skyddet i artikel 12 enligt artikel 52 (3) i EU-stadgan vilket innebär att stadgans skydd är identiskt med Europakonventionen.²²⁰

²¹⁷ Olsson, (2003) s.427 ff.

²¹⁸ Olsson, (2003) s.448 ff.

²¹⁹ Olsson, *Expertgrupp granskar hur medlemsstaterna lever upp till EU-stadgan om grundläggande rättigheter* (EU & Arbetsrätt nr 2 2004) s. 3.

²²⁰ Olsson, (2003) s. 459 ff.

5 Svensk rätt i belysning av Sveriges internationella åtaganden - ANALYS

I detta kapitel kommer den svenska rätten att jämföras med de internationella instrumenten. Avsnittet kommer att vara disponerat med en kortare inledning som sammanfattande sätter den svenska rätten i relation till Sveriges internationella åtaganden. Därefter kommer först den arbetssökandes negativa föreningsrätt att gås igenom. Efter detta följer en redogörelse för arbetstagarens negativa föreningsrätt, först allmänt och sedan med speciellt fokus på löneavdrag för granskningsarvodet. På liknande sätt kommer arbetsgivarens negativa föreningsrätt att belysas. Även detta avsnitt inleds med en allmän del varpå följer en redogörelse för fackliga stridsåtgärders påverkan på arbetsgivarens föreningsrätt. Då frågan om den negativa föreningsrätten genom åren har varit starkt laddad i Sverige kommer jag även sist i kapitlet att kort redogöra för den debatt som har stormat kring ämnet främst rörande granskningsavgifterna och stridsrätten.

5.1 Inledning

Utgångspunkten i de behandlade internationella instrumenten är att individens och föreningarnas föreningsfrihet skyddas gentemot staten. Den positiva föreningsfriheten skyddas i samtliga instrument medan skyddet för den negativa föreningsfriheten varierar även om det är troligt att samtliga dokument skyddar individen emot ett statligt tvång att ansluta sig till en fackförening.²²¹ Då till exempel ILO saknar regler om den negativa föreningsrätten kommer dessa konventioner inte att ytterligare beröras. De regler som främst har intresse för den svenska rätten är istället Europarådets sociala stadga, de EG-rättsliga reglerna samt Europakonventionen. Den fortsatta framställningen kommer därför att i huvudsak fokusera på dessa dokument.

Den positiva och den negativa föreningsrätten skiljer sig åt i ett viktigt avseende. Den positiva rätten innebär att rättsordningen accepterar visst beteende från individerna, till exempel att dessa sluter sig samman för att verka för sina intressen. Den negativa rätten syftar däremot inte till att skydda en aktivitet utan det är här främst fråga om att begränsa olika typer av tvång. Kärnfrågan för den negativa föreningsrätten är därför vilken typ och omfattning av tvång som är acceptabelt.²²²

Då de flesta konventioner gäller förhållandet mellan stat och enskilda är det svårt att veta i vilken utsträckning den även skyddar individen mot tvång som utövas av andra privata subjekt. Här intar

²²¹ Detta som en effekt av skyddet för den positiva föreningsrätten, det vill säga om man inte har rätt att stå utanför en förening är rätten att gå med i en annan rätt meningslös.

²²² Källström, (1999) s. 19.

Europakonventionen en särställning då denna konvention uttalat pålägger staten ett ansvar för kränkningar även om de utövas av ett annat privat objekt.

Om Sverige skulle bryta någon av de förpliktelser som åligger oss enligt de internationella förpliktelserna är effekten aningen olika beroende på vilket instrument det är som har kränkts. Om det finns internationella övervakningsorgan så kan dessa påpeka förhållandet för Sverige varpå dessa förhoppningsvis vidtar en ändring. Så skedde till exempel när Sociala kommittén efter klagomål från Svenskt näringsliv tog beslut om att de svenska organisationsklausulerna stred mot artikel 5 i Europarådets sociala stadga. Denna reprimand föranledde att organisationsklausulerna försvann från den svenska arbetsmarknaden sommaren 2005 men även att Ministerkommittén antog en resolution som stödde den sociala kommitténs beslut.

Sverige har även fått kritik från både Sociala kommittén och Regeringskommittén då vi saknar ett lagstadgat skydd för den negativa föreningsrätten.²²³ Även om Europakonventionen numera är en del av svensk lag så uppfyller denna inte kravet på lagstöd eftersom det inte är konventionen utan dess praxis som uppställer skyddet för den negativa föreningsrätten.

En viktig aspekt är även att samtliga konventioner bildar ett nät genom att de frekvent hänvisar till varandra för att till exempel visa på tendenser i samhället eller när de förespråkar en viss tolkning.

När det gäller den negativa föreningsrätten finns det regler i flera av dessa konventioner och underskrivna dokument. Det mest långgående skyddet återfinns i Europarådets sociala stadga vars artikel 5 tolkas som att alla regler och överenskommelser som resulterar i fackliga monopol är otillåtna.²²⁴ Som tidigare nämnt, bygger den svenska modellen just på att de stora fackförbunden har en närmast monopolaktig ställning. För att till fullo efterleva sina åtaganden enligt den sociala stadgan borde Sverige därför införa regler som bättre skyddar de små fackförbunden för att därmed möjliggöra en konkurrenssituation mellan fackföreningarna.

En intressant fråga är om Europakonventionens praxis skulle kunna utgöra en utvidgning av RF:s skydd för den negativa föreningsfriheten. Som tidigare nämnts skyddar 2 kap. 2 § RF enbart individen mot tvång av staten för att tillhöra en förening av politisk eller religiös karaktär. Om man jämför detta med vad Europadomstolen uttalade i fallet *Sigurður A. Sigurjónsson mot Island* så finner man att domstolen här säger att allt tvång genom lag att tillhöra en viss förening är otillåtet oavsett om denna förening hänförde sig till någon speciell åskådning eller ej. I svenska förarbeten finns även uttalat att om grundlag och EKMR uppställer olika skydd så skall den rättsordning väljas som ger individen det mest långtgående skyddet.²²⁵ Detta skulle enligt min mening kunna tyda på att staten inte skulle ha rätt att tvinga en individ att vara med i en viss förening,

²²³ Olsson (2003) s. 560.

²²⁴ Se avsnitt 4.3.1 ovan.

²²⁵ Prop. 1993/94:117 s. 39-40.

till exempel för en anställning, även om föreningen skulle sakna politisk eller ideologisk förankring.²²⁶

5.2 Arbetssökandens negativa föreningsrätt

Om en arbetstagare åtnjuter ett visst skydd för föreningsrätten genom MBL (se avsnitt 3.2.1) är ställningen för en arbetssökande delvis en annan. Skyddet för den positiva föreningsrätten enligt MBL gäller endast den som redan innehar en anställning och således kan en arbetssökande nekas anställning enbart på grund av sin organisationstillhörighet.²²⁷

Ett visst skydd för den oorganiserade finns dock vid återanställning när den sökande har en företrädesrätt till anställningen enligt 25 § LAS. I sådana fall framgår det av förarbetena att den sökande inte får nekas anställning på grund av sin organisationstillhörighet.²²⁸

Av det ovanstående framgår att en oorganiserad arbetssökande som saknar rätt till återanställning inte borde kunna åberopa sin negativa föreningsrätt då inte ens hans positiva föreningsrätt skyddar honom gentemot diskriminering. I Europadomstolens praxis saknas även yttranden som ger stöd för att den arbetssökandes rätt till negativ eller positiv föreningsrätt skulle vara skyddad enligt konventionen. Frågorna om ställningen för arbetssökande borde även falla under det område där staterna ges "*a wide margin of appreciation*", det vill säga staterna får själva bedöma vad som är tradition på den inhemska arbetsmarknaden.²²⁹

Om man ser den arbetssökandes ställning i ljuset av Europarådets sociala stadga (se avsnitt 4.3.1 ovan) finns det i detta dokument ett mer långtgående skydd. I stadgan har man bland annat helt tagit avstånd från bruket av så kallade organisationsklausuler vilket innebär att man menar att det inte är förenligt att utestänga arbetssökande från en anställning enbart på grund av deras organisationstillhörighet.²³⁰

Denna rådets inställning skulle kunna ges en mer omfattande tolkning till att förbjuda diskriminering av oorganiserade arbetstagare även när det saknas en organisationsklausul. Mot detta talar att rättslaget i Sverige inte är oklart i denna fråga vilket därmed inte borde öppna upp för domstolarna att göra en konventionsvänlig tolkning.²³¹

Det finns i svensk rättspraxis inte heller någon allmän princip om att man skall behandla arbetstagare och arbetssökande strängt lika.²³² De senaste åren har vi fått en hel rad diskrimineringslagar som skyddar just arbetssökande mot diskriminering på särskilda grunder, kön (1991:433), etnicitet (1999:130), funktionshinder (1999:132) och sexuell läggning (1999:133). Om man tolkar dessa bestämmelser e contrario borde man

²²⁶ Jämför avsnitten 3.1.2 och 4.3.2.2 ovan.

²²⁷ Bergqvist, Lunning & Toijer, (1997) s. 138.

²²⁸ Prop. 1973:129 s. 128.

²²⁹ Sigeman, (1999) s. 58.

²³⁰ Sigeman, (1999) s. 59.

²³¹ Sigeman, (1999) s. 59.

²³² Se till exempel AD 1996 nr 149.

komma fram till att diskriminering på andra grunder än de uppräknade, till exempel på grund av organisationstillhörighet, *inte* borde omfattas av diskrimineringsförbudet.²³³

Mot ett skydd för arbetssökande mot diskriminering på grund av organisationstillhörighet har även framförts vilka bevisvårigheter det skulle innebära för arbetstagaren. Detta är intressant om man ställer det mot de ovan nämnda diskrimineringslagarna då det inför dessas tillkomst inte alls förekom någon liknande diskussion.²³⁴

Som framgått av ovanstående är skyddet mot diskriminering grundad på en arbetssökandes negativa föreningsrätt minimalt. För offentliga anställningar gäller dock delvis andra regler som erbjuder ett mer långtgående skydd. Enligt 1 kap. 9 § RF skall en förvaltningsmyndighet i sin verksamhet iaktta saklighet och opartiskhet samt allas likhet inför lagen och av 11 kap. 9 § RF framgår att vid tillsättandet av en statlig tjänst får man enbart fästa avseende vid sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet. Detta innebär att för statliga tjänster får man inte särbehandla en sökande enbart på grund av dennes föreningsstillhörighet eller bristande föreningsstillhörighet. Detta skydd torde även ha blivit ytterligare utvidgat genom artikel 11 EKMR.²³⁵ Att observera är även att en myndighets beslut om anställning av en person kan överklagas av en annan sökande till tjänsten.²³⁶

Även för tillsättandet av kommunala tjänster är man underkastad kraven på saklighet och opartiskhet enligt 1 kap. 9 § RF och den sökande skyddas även av Europakonventionens förbud mot diskriminering på grund av facklig föreningsstillhörighet. Så länge som den förfördelade sökanden är kommunmedlem kan han eller hon även överklaga beslutet med stöd av 10 kap. kommunallagen. Skulle beslutet befinnas strida mot Europakonventionens regler om negativ föreningsfrihet skulle det även kunna upphävas med stöd av 10 kap. 5 § kommunallagen.²³⁷

5.3 Arbetstagarens negativa föreningsrätt

I detta avsnitt kommer att göra en genomgång av de situationer där arbetstagarens negativa föreningsrätt kränks genom diverse förfaranden vidtagna av arbetsgivaren. Vad gäller förfaranden från arbetsgivarens sida är det här viktigt att erinra sig om vad som tidigare har tagits upp gällande Europakonventionen, att handlingar från arbetsgivarens sida kan utgöra kränkningar även om de vidtas för att uppfylla förpliktelser gentemot en tredje part, vilket främst torde aktualiseras genom arbetsgivarens eventuella åtaganden mot en fackförening genom kollektivavtal.²³⁸

²³³ Sigeman, (1999) s. 60.

²³⁴ Sigeman, (1999) s. 60.

²³⁵ Sigeman, (1999) s. 60.

²³⁶ 35 § verksförordningen samt särskilda författningsföreskrifter.

²³⁷ Sigeman, (1999) s. 60.

²³⁸ Young, James och Webster, p. 49.

5.3.1 Allmänt

Innan Europakonventionen blev lag i Sverige fanns inget egentligt skydd för den negativa föreningsrätten. Detta innebar dock inte att de oorganiserade arbetstagarna var helt oskyddade utan vissa aspekter av den negativa föreningsrätten skyddades indirekt medelst andra lagregler och praxis. Genom LAS regler om saklig grund fick till exempel arbetsgivaren inte avskeda eller säga upp en arbetstagare för att denna var oorganiserad.²³⁹

Man skyddades även vad gällande turordningslistor och återanställning eftersom dessa skall göras upp utan hänsyn till arbetstagarens föreningsstillhörighet.²⁴⁰ En turordningslista kan visserligen åsidosättas genom ett kollektivavtal enligt 2 § tredje stycket LAS. Ett sådant frångående får dock enligt förarbetena inte göras för att slå ut oorganiserade arbetstagare eftersom det skulle strida mot syftet om man kunde frångå den fastslagna ordningen genom ett avtal mellan arbetsgivaren och en organisation som arbetstagaren inte tillhör.²⁴¹

Enligt praxis får ett åsidosättande av turordningen inte heller strida mot *god sed* på arbetsmarknaden eller på annat sätt vara otillbörlig.²⁴² I AD 1983 nr 112 var de förfördelade arbetstagarna oorganiserade och domstolen formulerade där i sina domskäl att organisationstillhörighet inte får tillerkännas avgörande betydelse när man träffar ett avtal om turordningslista. Frågan om turordningslistor vid uppsägning var senast uppe till prövning i fallet AD 2002 nr 37 där AD fastslog att det inte var klargjort att turordningslistan var åsidosatt för att slå ut de utanförstående arbetstagarna. För att det skall föreligga en kränkning av den negativa föreningsrätten enligt AD måste organisationstillhörigheten ha varit avgörande vid upprättandet av listan.

Vad gäller anställningsvillkor och liknande finns ett visst om än svagt skydd för den negativa föreningsrätten. Grundtanken inom svensk arbetsrätt är föreningsrätten inte skall hindra fackföreningarna från att konkurrera med varandra. Finns det således inte andra regler som påbjuder likabehandling kan man teckna kollektivavtal om att till exempel lönetillägg enbart skall utgå till medlemmar i en viss organisation.²⁴³ Arbetsdomstolen har dock antytt att olika villkor för organiserade och oorganiserade kan utgöra en föreningsrättskränkning om det finns andra regler till exempel i ett anställningsavtal som talar för likabehandling.²⁴⁴

Om en arbetstagare skulle vara tvungen att acceptera lägre lön enbart därför att han valt att stå utanför de fackliga organisationerna så skulle detta kunna uppfylla kraven på att vara en inskränkning i hans negativa föreningsfrihet enligt Europakonventionen.²⁴⁵ Troligen skulle dock detta ingrepp i individens rätt till föreningsfrihet vara berättigat då intresset

²³⁹ 7 och 18 §§ LAS ; prop. 1973:129 s. 128.

²⁴⁰ 22 § LAS

²⁴¹ Prop. 1973:129 s. 233 f.

²⁴² Se främst AD 1983 nr 107 ; jämför även AD 1983 nr 112, AD 1994 nr 1 och AD 1996 nr 114.

²⁴³ Se till exempel AD 1977 nr 222 och AD 1982 nr 69.

²⁴⁴ AD 1977 nr 222.

²⁴⁵ Se avsnitt 4.3.2ovan.

för den negativa föreningsfriheten skall vägas mot vikten av den positiva föreningsfriheten och dennas betydelse för hela förhandlingssystemet. Även om löneskillnad föreligger så skulle antagligen detta inte heller ses som ett så allvarligt ingrepp att det rör vid kärnområdet för skyddet för föreningsfriheten då påtryckningen för ett medlemskap inte kan ses som särskilt allvarlig.²⁴⁶

Av gammal hävd har arbetsgivaren en vidsträckt arbetsledningsrätt vilket innefattar en rätt att besluta om förändringar av arbetstagarens uppgifter. I Sverige saknas lagstadgade begränsningar av omplaceringsrätten, dock har en princip vuxit fram i praxis som förbjuder ingripande omplaceringar. Denna princip har sin grund i fallet AD 1978 nr 89, det så kallade *Bastubadarmålet*, och gäller för omplaceringar som är särskilt ingripande för arbetstagaren och som hänför sig till skäl som är hänförliga till denne personligen. Enligt principen måste arbetsgivaren för denna form av omplaceringar kunna visa på ”godtagbara skäl” för åtgärden.

Omplaceringar kan i svensk rätt även prövas om de står i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden. Begränsningar som har stöd i lag återfinns ibland annat 7 och 8 §§ MBL samt i diskrimineringslagarna.²⁴⁷

Den negativa föreningsfrihetens skydd i arbetsledningsfrågor har varit uppe till prövning i Europadomstolen genom det ovan nämnda rättsfallet *Sibson mot Storbritannien*.²⁴⁸ Då Europadomstolens praxis senare har gått mot en mer vidsträckt tolkning av den negativa föreningsfriheten är det troligt att detta får genomslag även vad gäller arbetsledningsfrågor. Således borde det i dag med hänsyn till Europadomstolens praxis inte uppfylla kravet på ”godtagbara skäl” om en arbetsgivare omplaceras sin anställda på grund av att denne vägrar ansluta sig till en facklig organisation.²⁴⁹

En annan fråga är dock om sanktionen för en felaktig omplacering i svensk rätt är tillräcklig för att tillfredsställa Europakonventionens krav på att den inhemska rätten säkerställer ett effektivt efterlevande av konventionen. Enligt svensk rättspraxis kan en oorganiserad arbetstagare som omplaceras felaktigt enbart få ersättning för den ekonomiska skada som uppkommit på grund av åtgärden.²⁵⁰ En arbetstagare som är medlem i den avtalsbärande organisationen kan däremot i samma situation även utfå skadestånd för icke-ekonomisk skada.²⁵¹

För mindre ingripande arbetsledningsåtgärder än de som omfattas av bastubadarprincipen saknas skydd enligt den svenska rätten. Möjligen skulle sådana åtgärder kunna angripas med stöd av 1994 års lag och Europadomstolens efterföljande praxis angående den negativa föreningsfriheten. Att observera är dock att den negativa föreningsfriheten vid till exempel omplacering enbart skyddas så den anställda har ideologiska skäl att vilja stå utanför fackföreningen.²⁵² Skulle den

²⁴⁶ Sigeman, (1999) s. 64.

²⁴⁷ AD 1983 nr 46, Malmberg *Anställningsavtalet* (1997) s. 251 ff.

²⁴⁸ *Sibson mot Storbritannien*, se avsnitt 4.3.2.2 ovan.

²⁴⁹ Sigeman, (1999) s. 60.

²⁵⁰ AD 1989 nr 67.

²⁵¹ Se till exempel AD 1978 nr 89.

²⁵² Se redogörelsen för *Sibson mot Storbritannien* i avsnitt 4.3.2.2.

omplacerade ha ideologiska skäl mot medlemskapet torde således även mindre ingripande omplaceringar kunna angripas.

5.3.2 Löneavdrag för granskningsarvode och mätningsavgift

En situation där den negativa föreningsrätten har varit flitigt debatterad genom åren är när arbetstagarens utsätts för löneavdrag för granskningsarvoden eller mätningsavgifter.

Inom några kollektivavtalsområden, företrädesvis inom byggnadsbranschen, har fackförbunden till uppgift att granska att arbetarnas lön har blivit korrekt uträknad vid ackordarbete. Denna granskning görs normalt av det avtalsbärande fackförbundet och detta har även rätt till ersättning för uppgiften. Denna ersättning, så kallat granskningsarvode, utgörs ofta av en viss procentandel som dras direkt från arbetstagarens lön. Granskningen innefattar att man gör en allmän kontroll av lönelistor och efterlevnaden av lönebestämmelser. Om granskningen dessutom innefattar en teknisk mätning av utfört arbete så utgår en extra ersättning, så kallad mätningsavgift.²⁵³

Enligt en vanligen oskriven princip på arbetsmarknaden har arbetsgivaren en skyldighet gentemot sin avtalspart att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser även för icke anslutna medlemmar. Denna princip gäller även för frågor om granskningsavgifter. Detta innebär att en oorganiserad kan få betala en avgift till fackföreningen trots att han eller hon inte är medlem i densamma. I rättspraxis har dessa granskningar med medföljande avgifter setts som en integrerad del av lönesättningssystemet och som tillämpligt för både organiserade och oorganiserade.²⁵⁴

Avgiften för granskningen är oftast rätt så låg, i rättsfallet AD 1985 nr 108 utgjorde avgiften 0,5 % av lönen, och så länge som avgiften är rimlig för den granskning som utförs borde den inte komma i konflikt med en utanförstående arbetstagarers föreningsrätt. I flera rättsfall har det dock visat sig att granskningen som sådant inte har varit särskilt ingående varför större delen av arvudet istället utgjorde bidrag till fackföreningens allmänna verksamhet.²⁵⁵

Det föreningsrättsliga problemet är således om det kan anses befogat att en oorganiserad arbetstagarare genom en granskningsavgift tvingas bidra till en fackföreningens allmänna verksamhet.

De mål som har avgjorts om granskningsarvoden har främst gällt syndikalistiskt organiserade arbetstagarare som tvingats betala en avgift till majoritetsorganisationen och om detta kunde ses som en kränkning av dessas positiva föreningsrätt. AD:s praxis i dessa fall kan sammanfattas som att granskningsarvodena i sig inte innebar kränkningar men att det kunde utgöra en kränkning om granskningsarvodet inte var enbart täckte kostnaden

²⁵³ Sigeman, (1999) s. 57. Fastän det är fråga om två olika avgifter, granskningsarvode och mätningsavgift, så är dessa bägge så likartade att de fortsättningsvis kommer att behandlas tillsammans. När det i den fortsatta framställningen står om ”granskningsavgifter” så innefattar detta alltså både mätningsavgifter och granskningsarvoden.

²⁵⁴ AD 1985 nr 108.

²⁵⁵ Se till exempel AD 1977 nr 222 eller AD 1992 nr 143.

för granskningen utan även utgjorde ett bidrag till den allmänfackliga verksamheten.²⁵⁶ Domstolen menade att om en syndikalistisk arbetstagar tvingas avstå en del av sin lön till en fackförenings som han inte önskar tillhöra så kan detta ses som en påtryckning för att få honom att gå ut sin egen förening för att undvika att betungas med extra avgifter.²⁵⁷

Av ovanstående praxis framgår att en syndikalistisk arbetstagar positiv föreningsrätt kan kränkas genom en granskningsavgift, frågan blir då om motsvarande skulle kunna gälla för en oorganiserad arbetstagar negativ föreningsrätt.

I Sverige har AD överlag ställt sig negativa till att en arbetstagar negativ föreningsrätt skulle kränkas genom ett granskningsarvode. I det senaste fallet *AD 2001 nr 20* var fråga om ett bolag, L.K. Mässinteriör AB, hade brutit mot kollektivavtalet med fackföreningen Svenska byggarbetsareförbundet genom att man inte hade gjort avdrag på de oorganiserade arbetstagar lön. Bolaget var medlem i Sveriges Byggindustrier och det var de som drev frågan i AD. Talan preciserades till en fråga om löneavdragen skulle ses som stridande mot artikel 11 i Europakonventionen.

AD hänvisade här till den ovannämnda praxisen gällande de syndikalistiskt organiserade arbetstagar men menade frågan var om den negativa föreningsrätten för de oorganiserade arbetstagar verkligen var fullt ut jämförbar med den positiva föreningsrätten för de syndikalistiskt organiserade. För att avgöra detta gjorde man en rättsutredning om den negativa föreningsrätts ställning i svensk rätt där man klargjorde att det enda skydd för denna rätt som finns är det skydd som uppställs i Europakonventionen. Man tillade att man därför fann det olämpligt att dra skyddet längre än det skydd som faktiskt finns i Europakonventionen. AD menade att situationen skiljde sig från de syndikalistiskt organiserades genom att de oorganiserade inte utsattes för krav på att träda ur en organisation (det vill säga deras positiva föreningsrätt berördes inte) vilket en dubbelorganisering skulle kunna föranleda för den syndikalistiskt organiserade. AD ansåg inte att förfarandet med avdrag för granskningsarvode kunde jämföras med tvångsanslutning eller att det utgjorde ett tvång eller åtminstone en stark påverkan på de oorganiserade arbetstagar att ansluta sig till förbundet eller någon annan facklig organisation. Vidare framhöll man att de aktuella arbetstagar inte hade ideologiska skäl för att inte betala utan att de helt enkelt tyckte det var en onödig utgift. Slutsatsen var att man inte ansåg löneavdrag för granskningsarvoden strida mot den negativa föreningsrätten.²⁵⁸

Europarådets sociala stadga innehåller ett långtgående skydd för den negativa föreningsfriheten. I det tidigare nämnda klagomålet till Sociala kommittén angående organisationsklausuler framförde Svenskt näringsliv även klagomål mot granskningsarvodena. Här var dock inte sociala kommittén lika kategorisk som vad gällde organisationsklausulerna. Att granskningsarvodet är obligatoriskt ansågs inte i sig kränka föreningsfriheten eftersom de inte medför att arbetstagar faktiskt blir

²⁵⁶ AD 1954 nr 18, AD 1977 nr 22, AD 1979 nr 110 och 159.

²⁵⁷ AD 1979 nr 110 och 159.

²⁵⁸ Denna praxis bekräftades senare av följdmålet AD 2003 nr 111.

medlem i den mottagande fackföreningen. Om det dock skulle vara så att arvodenena gick till annat än löneövervakning skulle de kunna stå i strid med artikel 5. Avgörande var vad de användes till och om de var proportionella mot kostnaden för tjänsten. Av viss vikt var även vilken nytta löneövervakningen gjorde för arbetstagarna. I det aktuella fallet ansågs sig inte den sociala kommittén att man hade tillräckligt med underlag för att ta faktiskt beslut om granskningsarvodenas förenlighet med den sociala stadgan. Istället överlät man åt de nationella domstolarna att fatta beslut i dessa fall med beaktande av de fastställda kriterierna. Inte heller ministerkommittén kommenterade vidare granskningsarvodenas förenlighet med den sociala stadgan.²⁵⁹

Det ovan nämnda AD 2001 nr 20 överklagades av Sveriges Byggingustrier till Europadomstolen där det har fått prövningstillstånd.²⁶⁰ I Europadomstolen klagade den ena av arbetstagarna, Evaldsson, och Svenska Byggingustrier över att deras negativa föreningsrätt enligt artikel 11 har kränkts. Man menar att granskningsavgiften är att jämställa med ett påtvingat medlemskap i förbundet och ett bidrag till förbundets allmänna verksamhet.²⁶¹

Regeringen invände visserligen att frågan redan prövats av ett internationellt organ, Europarådets sociala kommitté, där Svenskt Näringsliv klagat över Byggnads granskningsavgifter, men Europadomstolen menade att det fanns skillnader då klagomålet hos kommittén var av generell natur medan det nu aktuella klagomålet avser AD:s dom avseende fem individers speciella situation. Dock menade domstolen att det enbart var arbetstagarnas eventuella kränkning som kunde prövas eftersom Sveriges Byggingustrier inte kunde anses som ett "offer" för någon kränkning.

Domstolen fann med hänsyn till vad parterna anfört att klagomålet reste så allvarliga frågor både när det gällde rättsfrågorna och de faktiska förhållandena att det krävdes en prövning i sak. Domstolen fann därför att klagomålet inte var uppenbart ogrundat och att det inte heller fanns några andra skäl som talade för att det inte skulle prövas. Detta fall kommer därför att prövas av Europadomstolen inom en inte allt för avlägsen framtid varför vi kommer att få ett definitivt besked om granskningsarvodenas förenlighet med den negativa föreningsrätten.

Det är troligt att den negativa föreningsrätten för oorganiserade arbetstagare *kan* kränkas genom att de tvingas betala en granskningsavgift.²⁶² Detta då en sådan avgift skulle kunna ses som ett

²⁵⁹ Olsson, *Byggnads berett slopa organisationsklausuler efter kritik från Europarådet* (EU & arbetsrätt nr 3 2003) s. 3.

²⁶⁰ *Evaldson m.fl. mot Sverige*, ansökan nr 75252/01, beslut den 28 mars 2006.

²⁶¹ Man har även hävdats kränkning av artikel 11 i förening med artiklarna 9 och 10 om åsikts- och yttrandefrihet på grund av att de genom att bidra till den allmänna verksamheten tvingas stödja förbundets politiska och ideologiska program som de inte instämde i. Vidare har man åberopat artikel 14 om förbud mot diskriminering i förening med artikel 11 då man menar att man blivit diskriminerade i förhållande såväl till medlemmar i förbundet som till medlemmar i andra fackförbund. Slutligen har man även hävdats att avgiftsavgdraget innebar att de frångavs sin egendom enligt artikel 1 i protokoll nr 1 om rätt till respekt för egendom och att de även i det avseendet blev diskriminerade i strid med artikel 14 i förening med nämnda artikel.

²⁶² Bergqvist, Lunning & Toijer, (1997) s. 141 f och 152.

påtryckningsmedel för att få dem att gå med i föreningen. Dock måste här påminnas om att den negativa föreningsrätten inte är jämställd med den positiva och att det krävs att en åtgärd rör vid själva kärnområdet för föreningsrätten om det skall vara en fråga om en kränkning av den negativa föreningsrätten.²⁶³ Att tvingas betala en avgift torde inte medföra ett angrepp på föreningsrättens kärna då det inte är fråga om att arbetstagaren direkt tvingas att gå med i föreningen. Inte heller är det som fallet är med den syndikalistiskt organiserade frågan om en form av dubbelorganisering som skulle kunna ge dessa ett incitament för att lämna sin ordinarie fackförening. Skyddet för arbetstagaren är troligen inte lika starkt om man vill stå utanför hela systemet som när man endast vill stå utanför en viss förening. Ett löneavdrag för granskningsavgift skulle dock kunna utgöra en kränkning om det är så stort att det innebär att man faktiskt bidrar till den allmänfackliga verksamheten och om arbetstagaren skulle ha ideologiska skäl för att inte vilja stödja fackföreningen. Då de svenska fackföreningarna är starkt politiskt förankrade i det socialdemokratiska regeringspartiet skulle det kunna innebära att man kränker en oorganiserad arbetstagarbeslutets åsikts- och yttrandefrihet och därmed även berör kärnan av föreningsrätten.²⁶⁴ En aspekt är även vad som framfördes i fallet *Sigurjónsson* där domstolen framförde att de uppgifter som utfördes av förarföreningen lika gärna hade kunnat lösas på annat sätt. Frågan är om man inte skulle kunna dra paralleller här till granskningsarvodena, det vill säga är det verkligen nödvändigt att de finns och i sådana fall, går det inte att hitta en annan lösning än att det är facket som utför mätningen?

I det svenska fall som är uppe till prövning just nu verkar det inte som om arbetstagarna har haft egentliga ideologiska skäl att inte vilja bidra. Om Europadomstolen skulle anse att det ändå hade skett en kränkning av den negativa föreningsrätten så skulle detta innebära att man vid förstärkt skydd av den samma. Skulle det föreligga en kränkning skulle nämligen detta innebära att det varken finns krav på att man verkligen måste tvingas med i en förening, att man riskerar att förlora sitt arbete eller att har ideologiska skäl att stå utanför. Jag finner det därför tveksamt att domstolen skulle komma fram till att Sverige har kränkt den negativa föreningsfriheten genom att tillåta granskningsarvoden.

5.4 Arbetsgivarens negativa föreningsrätt

Även en arbetsgivare har en rätt tillskyddad för sin negativa föreningsrätt. Vad gäller en arbetsgivares negativa föreningsrätt så kan kränkningar av denna främst kunna ske genom stridsåtgärder vidtagna av arbetstagar sidan med avsikt att få denne att teckna kollektivavtal.

5.4.1 Allmänt

De viktigaste aspekterna för arbetsgivaren vad gäller föreningsrätten är troligen skyddet för åsiktsfriheten och mot organisationstvång. I de nordiska

²⁶³ Se avsnitt 4.3.2.3 ovan.

²⁶⁴ Sigeman, (1999) s. 69.

länderna är även arbetsgivarens positiva föreningsrätt viktig då man som arbetsgivare i dessa länder måste kunna gå ihop med andra för att uppnå en maktbalans på arbetsmarknaden.²⁶⁵

Något som blir aktuellt när det är arbetsgivarens negativa föreningsrätt som hotas är i vilken omfattning som även juridiska personer kan åberopa kränkningar. Vad gäller Europakonventionen så har artikel 11 kunnat åberopas av vissa typer av juridiska personer, exempelvis en ideell förening.²⁶⁶ Enligt Europadomstolens praxis har juridiska personer kunnat åberopa sådana artiklar i konventionen som är av den naturen att de kan ha aktualitet även för andra än enskilda personer, till exempel artikel 6 om rätten till domstolsprövning.²⁶⁷ Även artikel 11 i konventionen borde vara av sådan art att den kan åberopas av juridiska föreningar.²⁶⁸

Europarådets sociala stadga kan inte åberopas av enskilda personer men det finns dock visst utrymme för att vissa juridiska personer skulle kunna föra talan. Detta genom tillägget som tillåter vissa organisationer, främst internationella och nationella fackföreningar, att framlägga klagomål mot stadgans parter.²⁶⁹

5.4.2 Stridsåtgärder

Fackföreningars rätt att vidta stridsåtgärder skyddas i 2 kap. 17 § RF:

”Förening av arbetstagare samt arbetsgivare och förening av arbetsgivare äger rätt att vidtaga fackliga stridsåtgärder, om annat ej följer av lag eller avtal.”

Denna regel skyddar fackföreningarnas rätt att vidta stridsåtgärder och är en kollektiv rättighet som tillfaller arbetsmarknadens parter. Rent praktiskt innebär denna regel att domstolar och myndigheter inte får hindra parterna från att vidta stridsåtgärder gentemot varandra om man inte har stadgat annat genom lag eller avtal.²⁷⁰

För kollektivavtalsanslutna organisationerna aktualiseras även 41 § MBL, där man anger i vilka fall dessa parter stridsåtgärder är ogiltiga. När man har ingått ett kollektivavtal får man till exempel inte delta i en strejk eller liknande om den inte är beslutad av organisationen i behörig ordning. Den får heller inte strida mot en i avtalet reglerad fredsplikt eller ha vissa otillbörliga ändamål. Om en stridsåtgärd strider mot 41 § MBL är den olovlig och organisationen har då en skyldighet att försöka få till ett upphörande av stridsåtgärden. Då det saknas ett kollektivavtal mellan parterna finns det få begränsningar av stridsrätten.

De svenska reglerna om rätt att vidta stridsåtgärder har inte författats med avsikt att skydda endera partens negativa föreningsrätt. Så

²⁶⁵ Källström, (1999) s. 16.

²⁶⁶ Svenska Lokmannaförbundet mot Sverige, dom den 6 februari 1976, serie A nr. 20.

²⁶⁷ Van Dijk m.fl., (1998) s. 41 f.

²⁶⁸ Denna åsikt stöds av Arbetsdomstolen i AD 1998 nr 17.

²⁶⁹ Tillägg till den Europeiska sociala stadgan för att skapa ett system för kollektiva klagomål ETS 35

²⁷⁰ SOU 1975:1 s. 454-455.

länge som aktörerna inte är inbördes bundna av ett kollektivavtal har de i princip en fri rätt att utöva påtryckningsmedel för att få till stånd ett avtal.²⁷¹ Sett i ett internationellt perspektiv är den svenska rätten att vidta stridsåtgärder vidsträckt och speciellt är rätten att ta till sympatiåtgärder långtgående. I Sverige får även en avtalsbunden organisation företa sympatiåtgärder så länge som organisationen som man avser att stödja själva har lov att vidta stridsåtgärder. Denna vittgående rätt till stridsåtgärder innebär att små lokala konflikter kan komma att bli till landsomfattande kraftmätningar mellan de bägge sidorna.²⁷²

I motsats till vissa andra länder saknas det i Sverige regler om proportionalitet mellan stridsåtgärdens effekt och det eftersträvade målet. Frågan om förändring av detta har varit uppe till förslag men någon reformering har aldrig kommit till stånd.²⁷³ I Sverige saknas även regler för vilka syften som gör en stridsåtgärd lovlig. Detta skiljer oss från till exempel Danmark där en stridsåtgärd måste ha ett rimligt fackligt syfte för att vara lovlig.²⁷⁴ En viss begränsning skulle dock kunna återfinnas i själva formuleringen av 2 kap. 17 § RF där man endast skyddar rätten att vidta ”fackliga stridsåtgärder” och endast för rättssubjekt som skulle kunna vara parter i ett kollektivavtal. Detta innebär att grundlagsskyddet enbart gäller åtgärder som är vidtagna med syftet att genomdriva anspråk som kan regleras i kollektivavtal.²⁷⁵ Även om man skulle kunna utläsa en begränsningsregel med detta innehåll så är det oklart vilka sanktioner som skulle kunna följa på överskridanden av begränsningen.²⁷⁶

Rätten att vidta stridsåtgärder begränsas även av 42 § MBL och AD 1989 nr 120. Denna begränsning innebär att stridsåtgärder är olovliga om de vidtas för att tränga undan eller ändra ett på arbetsplatsen redan existerande kollektivavtal och denna begränsning gäller även om organisationen som vidtar åtgärden inte själva är bundna av det gällande kollektivavtalet. Ett undantag till denna regel återfinns i 42 § 3 st. MBL, den så kallade *Lex Britannia*, som stadgar att regeln enbart gäller när organisationen vidtar åtgärder med anledning av arbetsförhållanden som MBL är tillämplig på. Detta undantag innebär att begränsningen enbart gäller undanträngandet av svenska kollektivavtal, det vill säga, fackförbunden får vidta stridsåtgärder för att skjuta undan utländska kollektivavtal.

Medbestämmandelagen bygger alltså på att rätten att vidta stridsåtgärder i princip är fri och lagen är utformad så att den anger de särskilda fall där stridsåtgärder är förbjudna. Detta utesluter dock inte att lagstiftaren i annan lagstiftning kan ställa upp förbud mot stridsåtgärder i andra situationer utan att detta innefattar någon direkt konflikt med medbestämmandelagen. Den lag som i sådana fall främst skulle vara aktuell är Europakonventionen. Om denna konvention skulle innebära en ytterligare inskränkning i fredsplikten utöver vad som följer av medbestämmandelagen,

²⁷¹ 2 kap. 17 § RF.

²⁷² Sigeman, (1999) s. 70.

²⁷³ SOU 1994:141 s. 311 ff.

²⁷⁴ Sigeman, (1999) s. 71.

²⁷⁵ Jämför AD 1977 nr 38.

²⁷⁶ Sigeman, (1999) s. 71.

synes detta följaktligen inte anses innefatta någon motsättning mellan dessa båda lagar. MBL skall således inte ses som en *lex specialis* som utesluter alla andra begränsningar av stridsrätten.²⁷⁷

5.4.3 Stridsåtgärder i förhållande till den negativa föreningsrätten

I Gustafsson-fallet prövas om stridsåtgärder för att tvinga in en arbetsgivare i kollektivavtalssystemet är likvärdiga med ett tvång för denne att ansluta sig till en förening. Detta mål avgjordes först av Europakommission som ansåg att så var fallet varpå rädslan blev stor i det svenska lägret att Europadomstolen senare skulle komma fram till samma beslut.²⁷⁸ Som nämnts är en av anledningarna till att man i svensk rätt aldrig lagstiftat om skydd för den negativa föreningsrätten just att man inte ville inkräkta på den fria stridsrätt som så mycket av vår arbetsrätt är uppbyggd. När domstolen senare kom fram till att det inte var samma sak att tvingas till kollektivavtal som att tvångsanslutas till en förening drog det fackliga etablissemang en suck av lättnad.²⁷⁹

Som tidigare nämnts kom Europadomstolen i Gustafsson-fallet fram till att Sverige inte kränkte Gustafssons negativa föreningsfrihet genom att ha en lagstiftning som tillåter facket att vidta långtgående stridsåtgärder. Man lyfte även fram att strejkrätten var ett område på vilket medlemsstaten hade en bred *margin of appreciation*. Det finns dock vissa uttalanden i domen som pekar på att denna dom inte innebär att stridsåtgärder *alltid* är tillåtna.²⁸⁰

Av Europadomstolens domskäl framgår att långtgående stridsåtgärder skulle kunna uppfylla det objektiva rekvisitet för kränkning av arbetsgivarens negativa föreningsfrihet.²⁸¹ Domstolen menar dock att skyddet för den negativa föreningsrätten enbart rör ett smalt kärnområde, vilket borde innebära att stridsåtgärderna i princip inte skall lämna arbetsgivaren något annat handlingsutrymme än att ansluta sig till fackföreningen.²⁸² Skulle arbetsgivaren dessutom ha principiella skäl att vilja stå utanför organisationen så torde även detta kunna vara ett faktum som verkar mot att fackföreningens åtgärd bör ses som olovlig.²⁸³

När det gäller Europakonventionen så skall man även göra en avvägning mellan det legitima intresse som åtgärden syftar till att skydda och effekterna för den drabbade individen. Frågan blir därför om man inte skulle kunna tolka detta som ett krav på proportionalitet för vidtagna stridsåtgärder även i Sverige. Om en arbetsgivare skulle tillämpa villkor som var bättre än kollektivavtalet är det möjligt att ED hade kommit fram

²⁷⁷ Se domstolens resonemang i AD 1998 nr 17 ; jämför Bergqvist, Lunning & Toijer, (1997) s. 135.

²⁷⁸ Gustafsson, p. 36-37.

²⁷⁹ Agell, *Gustafssonsmålet och blockadåtgärder mot småföretag i rättspolitiskt perspektiv* (1999) s. 99 ff.

²⁸⁰ Se avsnitt 4.3.2.2 ovan.

²⁸¹ Gustafsson, p. 52.

²⁸² Gustafsson, p. 45.

²⁸³ Se bland annat domstolens resonemang i *Sigurður A. Sigurjónsson*, p. 66.

till att stridsåtgärder inte skulle vara tillåtna eftersom facket då skulle sakna ett legitimt syfte med sina åtgärder.²⁸⁴

Som framgår av formuleringen av 2 kap 17 § RF gäller den allmänna principen om rätt till stridsåtgärder så länge som inte annat följer av lag eller avtal. Frågan som var uppe till prövning i Gustafssonmålet var om artikel 11 i Europakonventionen i kombination med 1994 års inkorporeringslag skulle kunna ses som ett sådant lagstadgat undantag till stridsrätten. Det vill säga om en stridsåtgärd är förbjuden om den kränker en arbetsgivares negativa föreningsfrihet.

Då Europadomstolen kom fram till att artikel 11 var tillämplig på Gustafssons fall så innebär detta att en stridsåtgärd som skulle komma att strida mot arbetsgivarens negativa föreningsrätt skulle kunna ses som ett undantag fastslaget i lag. Denna syn bekräftas även av AD i det senare rättsfallet *AD 1998 nr 17* (det så kallade Kellermannfallet). Kurt Kellermann AB var ett mindre företag i textilbranschen som inte var medlemmar i en arbetsgivarorganisation. Förhandlingar med fackföreningen hade dock inletts men strandat på grund av motsättningar mellan parterna. Facket varslade då om stridsåtgärder i form av arbetsnedläggning och blockad. Frågan i målet var om dessa stridsåtgärder stod i strid med artikel 11 i EKMR. Detta rättsfall lyfter fram ett flertal intressanta aspekter rörande en arbetsgivares negativa föreningsrätt framför allt diskuterar AD här om Europakonventionen kan anses medföra att det numera finns en allmän grundsats om proportionalitet mellan vidtagna stridsåtgärder och det syfte som de är avsedda att främja.

I Kellermanns domen dömde AD i enlighet med de av Europadomstolen i Gustafssonmålet uppställda principerna, Man fann inga avgörande skillnader mot detta fall och därför ansåg man inte att stridsåtgärderna stred mot det materiella skyddet för den negativa föreningsrätten i artikel 11. Därefter gick man in och diskuterade om det fanns en allmän grundsats om proportionalitet för stridsåtgärder. AD menade dock att det inte fanns något som tydde på en sådan princip i svensk rätt. Det finns dock anledning att tolka domen som att AD inte utesluter möjligheten att i andra fall tillämpa proportionalitetsprincipen.²⁸⁵

Efter Gustafsson och Kellermann är det i alla fall fastslaget att om en stridsåtgärd skulle vara otillåten enligt Europakonventionen så är det ett sådant lagstadgat undantag som krävs för att begränsa stridsrätten i 2 kap. 17 § RF.²⁸⁶

Som tidigare har framgått skulle vissa långtgående stridsåtgärder kunna strida mot Europakonventionen i kombination med inkorporeringslagen om de kränker en arbetsgivares negativa föreningsfrihet. Frågan blir då närmast om detta förbud kan anses försedd med någon sanktion enligt svensk rätt då regeln utan sanktionsmöjlighet torde bli tämligen meningslös. Det är tveksamt om man skulle kunna göra en extensiv tolkning den fackliga arbetsrättens sanktionsregler i form av allmänt skadestånd så att denna innefattar kränkningar av en arbetsgivares

²⁸⁴ Olsson, *Förhållandet mellan rätten att vidta stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten aktualiseras i Europadomstolen* (JT 1997/98) s. 613.

²⁸⁵ Källström, (JT 1997/98) s. 1160 ff.

²⁸⁶ Se AD 1998 nr 17 samt i det senare avgjorda AD 2006 nr 94.

negativa föreningsfrihet.²⁸⁷ Kontraktsrättens regler om ersättning för ren förmögenhetsskada torde heller inte vara tillämpliga då fackföreningen och arbetsgivaren inte står i ett avtalsrättsligt förhållande till varandra. I den allmänna skadeståndsrätten finns regler om ren förmögenhetsskada, det vill säga, skada som inte har samband med skada på sak eller person. En sådan skada ersätts av den som vållat skadan genom brott.²⁸⁸ Detta lagrum brukar tolkas e contrario på så sätt att skada som inte har uppkommit genom brott inte är ersättningsgill.²⁸⁹

Sammanfattningsvis kan säga att det inte verkar finnas några sanktionsregler som skulle vara tillämpliga på en situation där en arbetsgivares negativa föreningsfrihet kränks av en fackförening. Inte heller 1994 års inkorporeringslag innehåller några sanktionsregler för vad som gäller om enskilda subjekt kränker en individs rättigheter enligt Europakonventionen. En individ skulle visserligen kunna föra sitt fall direkt till Europadomstolen men detta hade enbart inneburit att han skulle kunna få skadestånd från staten och inte inneburit en sanktion mot den kränkande organisationen. Detta skulle innebära att Sverige bryter mot artikel 13 i Europakonventionen då man inte tillhandahåller några effektiva rättsmedel för att ge individen återupprättelse.

Även i EU:s sociala stadga finns regler om den negativa föreningsfriheten som kan komma att påverka den svenska regleringen. Här stadgar man att arbetsgivare likväl som arbetstagare skall kunna antingen bli medlem i en förening eller stå utanför en sådan förening utan att lida skada vare sig personligen eller i arbetslivet.²⁹⁰ Detta stadgande kan vara intressant att se i förhållande till Gustafssonsfallet som gällde arbetsgivaren som inte ville sluta hängavtal för sina anställda.²⁹¹ På grund av Gustafssons ovilja mot fackföreningarna försattes han i blockad vilket resulterade i att han tvingades lägga ner sin verksamhet.

Vad gäller EG-rätten är det även intressant att beröra utländska bolags rätt att etablera sig i Sverige. Det senaste målet här är det så kallade *Vaxholmsmålet* där en svensk arbetstagarorganisation har vidtagit stridsåtgärder mot ett lettiskt bolag, som hyr ut arbetskraft från Lettland till företag som bedriver verksamhet i Sverige.²⁹² Sverige har i detta fall begärt ett förhandsavgörande från EG-domstolen om huruvida de tidigare nämnda Lex Britannia-reglerna är förenliga med EG-rätten eller om de diskriminerar utländska arbetsgivare och begränsar den fria rörligheten.²⁹³ AD avvaktar för närvarande avgörandet av detta i fall i väntan på förhandsbeskedet från EG-domstolen. När det gäller EG-rätten skulle det sålunda kunna vara så att arbetsgivarens negativa föreningsrätt stärks i Sverige genom att den fria

²⁸⁷ Främst 55 § MBL ; AD 1977 nr 62 och AD 1989 nr 67 ; Schmidt m.fl. *Facklig arbetsrätt* (1997) s. 278 ff.

²⁸⁸ 2 kap. 4 § skadeståndslagen.

²⁸⁹ Se till exempel AD 1977 nr 38.

²⁹⁰ Se avsnitt 4.4.1 ovan.

²⁹¹ Se avsnitt 4.3.2.2 ovan. Detta rättsfall är hämtat från Europadomstolens praxis men det kan ändå vara intressant att sätta det i perspektiv till ett annat av Sveriges internationella åtaganden.

²⁹² AD 2005 nr 49.

²⁹³ Se redogörelsen för Lex Britannia i avsnitt 5.4.2 ovan.

stridsrätten begränsas om EG-domstolen skulle finna att Lex Britannia är oförenlig med EG-rätten.

Frågan om arbetsgivares negativa föreningsrätt har alltid varit politiskt laddad i Sverige. Anledningen till detta torde ligga i den underliggande motsättningen mellan arbetsgivarens negativa föreningsrätt och fackföreningarnas rätt att vidta stridsåtgärder. Skälen för den något avogaställning som ofta möter oorganiserade arbetstagare skulle nog kunna ligga i att dessa i högre grad än oorganiserade arbetstagare är ett hot mot det etablerade fackliga systemet. En arbetsgivare är även en starkare part än en arbetstagare vilket troligen även det renderar att skyddet för arbetsgivarens negativa föreningsrätt är svagare.

5.5 Debatten om den negativa föreningsrätten

De senaste åren har debatten om den negativa föreningsrättens vara eller icke vara blossat upp i Sverige med Europakonvention som tändvätska. I debatten kan främst tre olika fokusar skönjas; granskningsarvoden, organisationsklausuler samt stridsåtgärders lovlighet.²⁹⁴ De två huvudmotståndarna har varit Svenskt Näringsliv med dess underorganisationer, främst Sveriges Byggindustrier då det är inom dessa branscher som organisationsklausuler och granskningsarvoden främst har förekommit, samt LO med sina underliggande förbund, framför allt Sveriges Byggnadsarbetareförbundet. Tyngdpunkten i diskussionen har genom åren delvis flyttat, från de mer enkla kraven om att den negativa föreningsrätten skulle regleras som motpol till den positiva, till en diskussion med individen som bas och de mänskliga rättigheterna som juridisk utgångspunkt. I detta avsnitt har jag för avsikt att ge en redogörelse för hur debatten har gått och jag skall även framföra mina åsikter i de aktuella frågorna.

Efter AD:s bedömning i Kellermannmålet gick arbetsgivarsidan vidare med frågan till Europarådet och Europadomstolen för att pröva den svenska avtalsmodellens innehåll. AD:s bedömning föranledde även en debatt här hemma om huruvida det var lämpligt att ifrågasätta spelregler och maktförhållanden som varit giltiga i Sverige i snart 100 år.²⁹⁵

Gustav Herrlin, arbetsrättschef på Sveriges Byggindustrier, kritiserade AD:s dom och menade att den innebar att oorganiserade arbetstagare genom domen tvingas bidra till organisationer de valt att stå utanför varav en del går till den allmänfackliga verksamheten. Han menade även att detta i förlängningen skulle medföra att man bidrar till socialdemokraterna vilket skulle kunna strida mot ens ideologiska preferenser.²⁹⁶

Jag håller inte med Herrlin om denna tolkning. AD framför i domen att arbetstagarna *inte* hade ideologiska skäl att inte vilja bidra utan

²⁹⁴ Eftersom organisationsklausulerna numera är försvunna ur svensk rätt så kommer dock dessa inte ytterligare att beröras.

²⁹⁵ Junesjö och Holmertz, *Riv inte upp avtalsmodellen* (L&A nr. 2 2003) s. 6 ff.

²⁹⁶ Herrlin, *Oorganiserade betalar facklig verksamhet* (L&A nr. 3 2003) s. 8.

snarare ekonomiska. I Europakonventionens mening är inte ekonomiska skäl likställda med ideologiska. Ett tecken på detta är att ideologi och politisk uppfattning skyddas direkt i konventionen medan rätten till respekt för egendom enbart skyddas i ett av tilläggsprotokollen.²⁹⁷ Detta innebär att ett liknande fall där arbetstagarna åberopade politiska eller ideologiska skäl skulle kunna få en annan utgång.

Herrlin framför vidare att AD 2001:20 ger uttryck för hur enskilda individers rättsskydd skiljer sig åt, det vill säga att de oorganiserade här åtnjuter ett sämre skydd än de som är organiserade i minoritetsorganisationer då dessa har rätt att avsäga sig löneavdraget för granskningsarvoden.

Åter igen så tror jag att vi här kommer in på att det avgörande för domen var de ideologiska skälen. Anledningen till att de syndikalistiskt organiserade inte behöver betala är ju just för att de genom sitt syndikalistiska medlemskap har uttalat avvikande ideologisk uppfattning. Dessutom skyddades ju i dessa fall även deras positiva föreningsrätt som även i Europakonventionen fortfarande åtnjuter ett starkare skydd än den negativa.

Kent Brorsson, arbetsrättschef Svenskt Näringsliv instämmer i Herrlins kritik och menar att det är fel att försvara en ordning där oorganiserade arbetstagares rättigheter kränks och där arbetare som är medlemmar i facket ges ett högre mänskligt värde. Brorsson menar vidare att det inte kan vara förenligt med Europarådets sociala stadga att en arbetstagare på grund av en organisationsklausul tvingas betala avgifter till en organisation man inte vill vara medlem i.²⁹⁸

Ola Wiklund, docent och advokat, ställer sig emot Herrlin och Brorsson och menar att granskningsarvoden inte kan angripas med hjälp av bestämmelserna om negativ föreningsrätt vare sig i stadgan eller i konventionen. Detta motiverar han med att Europakonventionen och den tolkning den fått via domstolen inte kan omfatta dessa frågor. Wiklund menar att grundproblematiken är om erläggande av granskningsavgift kan göra så att de enskilda blir förknippade med fackets ideologi.²⁹⁹

Jag ställer mig frågande till om inte Wiklund har gjort en allt för snäv tolkning av åsikts- och yttrandefriheten när han menar att det väsentliga är om man förknippas med en viss ideologi eller ej. Det torde finnas skäl för att inte individen skall tvingas gå emot sina inre värderingar och skänka pengar till ett ändamål som han inte önskas stödja.

Kent Källström, professor i civilrätt vid Stockholms universitet är kritisk till den tolkning av den negativa föreningsrätten som Ola Wiklund ger uttryck för. Han menar att denna tolkning inte finner stöd i praxis eftersom det har förekommit fall i Europadomstolen där man har funnit kränkningar utan att det funnits ideologiska skäl (*Sigurður A. Sigurjónsson mot Island*). Detta visar enligt Källström på att någon koppling mellan den

²⁹⁷ Artiklarna 9 och 10 i konventionen skyddar åsikts- och yttrandefriheten. Rätten till respekt för privatliv skyddas i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1.

²⁹⁸ Brorsson, *Riv upp diskriminerande avtal* (L&A nr. 3, 2003) s. 6.

²⁹⁹ Wiklund, *Bärande argument saknas* (L&A nr. 6 2003) s. 8

enskilde och föreningens ideologi knappas behöver förkomma för att en kränkning av den negativa förenigrätten skall vara för handen.³⁰⁰

Jag skulle här vilja framföra att detta fall från Europadomstolen skiljer sig på en avgörande punkt från domstolens övriga praxis. I Sigurjónsson fanns det ett lagstadgat krav på att denne skulle vara medlem i en viss förening. Detta innebär att det var den isländska *staten* som kränkte dennes rätt (det var alltså fråga om föreningsfrihet och inte föreningsrätt). I de fall från Europadomstolen som har rört tvång genom avtal, vilket det torde vara fråga om även gällande granskningsarvoden, har dock aldrig domstolen funnit en kränkning om individen inte hade ideologiska skäl.

Även efter avgörandet av Gustafssonfallet väcktes en livlig debatt här hemma. Advokat *Jan Söderberg* menade att hela domen byggde på en missuppfattning från ED om de svenska reglernas innehåll och effekt. Domstolen skriver att eftersom Gustafsson skulle kunna påverka innehållet i det tecknade hängavtalet så kunde hans negativa föreningsfrihet inte anses som kränkt. Södergren menar dock att frågan är hur stor möjlighet en arbetsgivare har att påverka innehållet i ett hängavtal om han ändå inte har någon möjlighet att motsätta sig det? Han menar vidare att ett hängavtal skiljer sig även ekonomiskt från ett utanförståendeskap eftersom det innebär att arbetsgivaren får betala diverse arbetsmarknadsavgifter. Detta medför att hängavtalet är mer jämförbart med ett reellt medlemskap än vad domstolen tros ha uppfattat.³⁰¹

Även professor emeritus *Reinhold Fahlbeck* stämmer in i denna kritik av Gustafssonsdomen och menar även han att en arbetsgivare i praktiken har små möjligheter att påverka innehållet i ett hängavtal och att tecknandet av ett sådant egentligen vore mer jämförbart med ett medlemskap. Fahlbeck menar vidare att det är moraliskt förkastligt att bevarandet av den svenska modellen innebär att Sverige helt fräntar arbetsgivaren dennes förhandlings- och avtalsfrihet.³⁰²

Kurt Junesjö som är jurist på LO-rättsskydd var ombud för fackföreningen när Gustafssonsmålet avgjordes i Sverige. Han menar att frågan om hängavtalens betydelse för den enskilde arbetsgivaren *inte* var avgörande för ED:s bedömning. Han menar att domstolen istället såg de avgörande effekter som ett erkännande av arbetsgivarens negativa föreningsfrihet skulle få på arbetsmarknaden. Junesjö menar att om stridsåtgärder skulle strida mot EKMR så skulle den känsliga balansen på arbetsmarknaden väga över och kraftigt gynna arbetsgivaren. Med domen anser Junesjö det klarlagt att det inte går att pröva en fackförenings stridsrätt med hänvisning till arbetsgivarens negativa föreningsfrihet.³⁰³ Enligt min uppfattning utesluter inte ED:s dom i Gustafssonsmålet att stridsåtgärder skulle kunna kränka en arbetsgivares negativa föreningsfrihet.

Jag tror att problemet med domen snarare var att domstolen insåg att man var ute på ett politiskt högst känsligt område. För att komma

³⁰⁰ Källström, *En annan tolkning* (L&A nr. 7 2003) s. 8.

³⁰¹ Södergren, *Gäller Europadomstolens principer Europadomstolen?* (ERT Årgång 1 1999) s. 316 ff.

³⁰² Fahlbeck, *Gustafsson mot Sverige – bägge förlorade* (L&A nr 6 1996) s. 19.

³⁰³ Junesjö, *Svensk arbetsrätt vann i Europadomstolen* (L&A nr 7 1996) s. 19.

runt detta problem valde man att ”snickra ihop” en dom byggd på grunder som är rätt så lösa såsom hängavtalets effekter och innehållet i anställningsavtalen. Ett stöd för detta är domstolen när Gustavsson begärde resning för att visa att han tillämpade lika bra villkor som kollektivavtalen så avslogs resningsansökan av domstolen. Denna dom avviker även på flera markanta sätt från domstolens övriga praxis, Gustafsson utsattes för så massivt tvång att han gick i konkurs, han hade ideologiska skäl att stå utanför och det saknades egentligen legitimt skäl för stridsåtgärderna. Trots detta så väljer alltså domstolen att inte döma till Gustafssons fördel vilket rimligtvis måste vara en effekt av domstolens ovilja att fatta ett så pass politiskt beslut.

Professor emeritus *Tore Sigeman* menar att man måste skilja mellan två olika situationer vad det gäller stridsåtgärder, dels de där fackföreningen har minst en medlem på arbetsplatsen och dels de där det saknas medlemmar. För den första situationen menar han att rättsläget är oförändrat, det vill säga fackföreningen åtnjuter fortfarande den i svensk praxis etablerade principen om en fri stridsrätt. Detta motiverar Sigeman med att den positiva föreningsrätten för medlemmarna i dessa fall väger tyngre än arbetsgivarens negativa föreningsrätt. EKMR:s införlivande med den svenska rätten menar Sigeman dock får effekt när det gäller den andra situationen, det vill säga när det saknas anslutna medlemmar. För dessa fall menar Sigeman att rättsläget borde förändras eftersom det i dessa fall inte finns någon konflikt mellan den positiva och den negativa föreningsfriheten utan enbart handlar om att stärka fackföreningen ställning.³⁰⁴

Som avslutning på detta avsnitt vill jag framföra att jag tror att debatten om den negativa föreningsrättens omfattning kommer att fortsätta även in i framtiden. Jämväl vi kommer att få en dom från ED angående granskningavgifterna så visar den ovan refererade debatten som följde efter Gustafssondomen att en dom från Europadomstolen inte alltid innebär att en sak är definitivt avgjort. Troligen kommer domen om granskningsarvodena dock att vara mer distinkt än den om stridsrätten då dessa avgifter inte är lika politiskt känsliga. En dom som förbjuder granskningavgifter skulle även drabba endast en mindre del av arbetsmarknaden och den skulle inte inverka i någon större omfattning på maktförhållandena på arbetsmarknaden.

³⁰⁴ Sigeman, *Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser* (L&A nr 6 1998) s. 21.

6 Avslutning

Vad gäller Europakonventionen är egentligen inte frågan om svensk rätt är överensstämmande med denna. Europakonventionen *är* svensk rätt frågan är istället om vi i Sverige är fullt medvetna om precis vad denna konvention omfattar.

En svårighet gällande just Europakonventionen är enligt min mening de krav som det ställer på de svenska domstolarna. Svenska domstolar har av tradition ingen rättsskapande roll utan man är bunden av lag och tidigare praxis. När det gäller Europakonventionen skall de dock utveckla praxisen i Sverige genom att tolka Europadomstolens praxis. Detta ställer stora krav på de svenska domstolarna eftersom det innebär att man måste ta uttalanden som rör en viss rättsfråga och applicera dessa på ett svenskt förhållande av helt skild karaktär.

Frågan är alltså om vi borde förstärka skyddet för dem som vill stå utanför föreningarna till exempel genom lagstiftning eller kanske snarare vilket ytterligare skydd som skulle behövas?

Ett skäl för att införa ett laggrundat skydd för den negativa föreningsrätten är att vi i sådana fall skulle leva upp till kraven enligt Europarådets sociala stadga. Att få ett sådant lagstadgat skydd verkar dock mest vara av principiell natur då det saknas en heltäckande utredning för vilket praktiskt skydd som det faktiskt finns behov av.

En av dem som egentligen är i störst behov av beskydd är den oorganiserade arbetssökanden då dessa är helt utlämnade till arbetsgivarens goda vilja. När organisationsklausulerna försvann så förstärktes skyddet för arbetssökande så tillvida att man nu inte längre kan utestängas från en arbetsplats på grund av avtal mellan arbetsgivare och fackförening. Om detta skydd dock skulle tas ytterligare ett steg så skulle det innebära att man införde en konkret lagregel som sa att en arbetsgivare inte fick neka en sökande anställning på grund av dennes organisationstillhörighet. Frågan blir då för det första om detta verkligen är ett problem? Det vill säga om det är vanligt förekommande att en arbetsgivare utan påtryckning från fackligt håll enbart anställer fackanslutna? Troligen är detta inte något vanligt förekommande dilemma utan arbetsgivare torde snarare premiera icke fackanslutna vid nyanställningar. För det andra om man väl införde ett sådant skydd så uppkommer den förutnämnda svårigheten ur bevishänseende. Även de andra diskrimineringslagarna innebär svårigheter men det borde kanske vara aningen lättare att bevisa att man inte fått anställningen för att man satt i rullstol än för att man inte var med i facket. Avslutningsvis kan även tilläggas att det inte i någon av de internationella konventionerna finns stöd för att den arbetssökande bör ha ett förstärkt skydd förutom vid de tidigare nämnda organisationsklausulerna.

Som diskuterades i avsnitt 5.3.1 är den oorganiserade arbetstagaren skyddad till exempel mot uppsägning och han har enligt de flesta kollektivavtal rätt till samma avtalsvillkor som de organiserade. Att dra det negativa skyddet till att det skulle omfatta även en rätt att ta del av eventuella lönetillägg och liknande som har förhandlats fram av facket

skulle enligt min mening vara att dra det alltför långt. Om man har valt att stå utanför fackföreningarna kan man inte förvänta sig att få del av eventuella fördelar med ett medlemskap.

Den oorganiserade arbetstagaren skyddas även genom Europakonvention mot diskriminering på grund av sitt medlemskap och mot att tvingas vara med i en förening i strid mot sin ideologiska övertygelse. Detta skydd skulle troligen även skydda honom mot att få betala avgifter till facket om dessa inte är direkt motiverade och om de skulle innebära att han tvingas bidra till en förening mot sin ideologiska övertygelse.

En förändring som möjligen skulle komma att behövas är förändringar av förhandlingssystemet om trenden med sjunkande medlemssiffror för facket skulle fortsätta. Om fackföreningen inte längre representerar majoriteten av löntagarna vore det inte skäligt att dessa skulle ha fortsatt så stor del i arbetsmarknadens reglering och kanske inte heller att kollektivavtalen skall ha normerande verkan.

Vad gäller arbetsgivarens negativa föreningsrätt så är det stora problemet här att denna står i en sådan uppenbar konflikt med fackföreningarnas fria stridsrätt. När en arbetsgivare vägrar att förhandla med arbetstagarföreningarna så innebär detta ett hot mot hela det svenska systemet. Frågan är om inte arbetstagarintresse av en förstärkt förhandlingsposition skulle överväga arbetsgivarens intresse av att inte vara med. Om fackföreningarna inte skulle ha någon rätt att vidta stridsåtgärder så upphör den maktbalans som råder på arbetsmarknaden vilket skulle vara förödande för arbetstagarerna.

Istället tror jag att man borde överväga att begränsa den fria stridsrätten till viss del. Detta skulle kunna ske genom en liknande bedömning som den som Europadomstolen gör när man avgör om en inskränkning är nödvändig eller ej, det vill säga om den är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Här skulle man kunna beakta om fackföreningen har ett legitimt skäl för sin åtgärd, till exempel att man vill sluta kollektivavtal. Vidare skulle man kunna se till om stridsåtgärden verkligen är nödvändig för att leva upp till det legitima skälet, det vill säga en undersökning om inte samma mål hade kunnat uppnås med någon mindre ingripande åtgärd. Avslutningsvis skulle man även göra en proportionalitetsavvägning mellan arbetsgivarens intresse av att stå utanför och föreningens intresse av att teckna avtalet. En sådan bedömning skulle troligen innebära att till exempel ett fall som Gustafsson hade fått en annan utgång eftersom denne tillämpade avtal som var på samma nivå som kollektivavtalen och då ingen av hans anställda faktiskt önskade kollektivavtalet.

Svårigheterna med en sådan lagstiftning är dock, som tidigare nämnts, den svenska inställningen att arbetsmarknadens parter skall få sköta sitt utan inblandning från lagstiftaren. Här tror jag att det är viktigt att vi bryter oss loss från den gamla tron om att vi i Sverige i allmänhet och framför allt när det gäller arbetsrätten är bäst. Istället måste vi nog anpassa oss till de förhållanden som råder ute i Europa och stärka individens rätt även om det skulle ske på kollektivets bekostnad.

Jag tror att en viktig aspekt att ha i bakhuvudet när det gäller den negativa föreningsrätten är att fackföreningar inte har något självändamål. Detta innebär att en fackförening är viktig att skydda enbart

så länge som den kan ses som en sammanslutning av arbetstagare. Således är stridsåtgärder bra om de vill hjälpa medlemmar men de är bra för att tvinga in arbetsgivare i förhandlingssystemet. Om människor inte vill vara med i facket så kan man inte tvinga dem till det för att det kanske egentligen är för deras bästa eller för den delen, för att det är nödvändigt för att den svenska modellen skall kunna fungera.

Avslutningsvis vill jag säga att jag tror att det finns behov av att se över den svenska arbetsrätten i ljuset av den negativa föreningsrätten. Även om det svenska rättssystemet skulle vara förenligt idag med våra internationella åtaganden så finns det fog att anta att den negativa föreningsrätten kommer att få en än starkare ställning imorgon. Om vi vill undvika att senare tvingas inse att vår rätt inte är förenlig med den internationella så måste vi redan idag bryta oss loss ur gamla synsätt och kanske finna nya sätt att lösa den arbetsrättsliga regleringen. Det är bättre att göra dessa förändringar frivilligt idag än att tvingas till dramatiska förändringar om några år.³⁰⁵

³⁰⁵ Efter slutförandet av detta arbete inträffade ett regeringsskifte i Sverige där den tidigare socialdemokratiska regeringen fick lämna plats åt en borglig koalitionsregering. Troligen kommer detta skifte att påverka statens inställning när det tidigare nämnda Ewaldssons-fallet skall avgöras av Europadomstolen. Det är möjligt att skiftet även kommer att få effekt för andra aspekter av föreningsrätten då vi troligen kommer att få se en förändrad arbetsmarknad och rättslig reglering de närmaste åren.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1974:100	Internationella överenskommelser och svensk rätt
SOU 1975:1	Demokrati på arbetsplatsen
SOU 1975:75	Medborgerliga fri- och rättigheter, Regeringsformen
SOU 1982:60	MBL i utveckling
SOU 1993:40	Fri- och rättighetsfrågor
SOU 1994:141	Arbetsrättsliga utredningar, bakgrundsmaterial utarbetat av sekretariatet vid 1992 års arbetsrättskommitté
<hr/>	
Bet. 1993/94:KU24	Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
<hr/>	
Motion 2005/06:K269	Konstitutionella frågor (Göran Lennmarker m.fl.)
Motion 2005/06:K236	Negativ föreningsfrihet (Peter Danielsson)
<hr/>	
Prop. 1973:90	Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
Prop. 1973:129	Förslag till lag om anställningsskydd
Prop. 1974:158	Angående godkännande av Wienkonventionen om traktaträtten
Prop. 1975/76:105 bil. 1	Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1975/76:209	Om utvidgning av regeringsformens rättighetsregler
Prop. 1993/94:65	En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl.
Prop. 1993/94:117	Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Litteratur

Agell, Anders	<i>Gustafssonsmålet och blockadåtgärder mot småföretag i rättspolitiskt perspektiv I: Föreningsfrihet och stridsåtgärder på</i>
---------------	---

- arbetsmarknaden*, första upplagan, Agell, Anders (red.), Rättsfondens skriftserie nr 34, Iustus förlag AB, Göteborg 1999
- Bergqvist, Olof
Lunning, Lars
Toijer, Gudmund *Medbestämmandelagen – lagtext med kommentar*, 2:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1997
- Bernitz, Ulf *Europakonventionens införlivande i svensk rätt – en halvmesyra*, JT 1994-95 s. 259
- Bernitz, Ulf
Kjellgren, Anders *Europarättens grunder*, 2:a upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2002
- Bring, Ove
Mahmoudi, Said *Sverige och folkrätten*, 2:a upplagan, Norstedts juridik, Göteborg 2001
- Brorsson, Kent *Riv upp diskriminerande avtal*, Lag & Avtal nr. 3 2003, s. 6
- Bruun, Niklas m.fl. *Den nordiska modellen – Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden*, första upplagan, (Niklas Bruun, Boel Flodgren, Marit Halvorsen, Håkan Hydén, Ruth Nielsen), Liber förlag AB, Lund 1990
- Christensen, Anna *Den etablerade fackföreningen och minoritetsorganisationen, I: Perspektiv på arbetsrätten – vänbok till Axel Adlercreutz*, första upplagan, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund, Nr 60, Lund 1983
- Christensen, Anna *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, TfR 4/96, s. 524
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter*, 5:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1993
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 2:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002
- van Dijk, P.
van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3:e uppl., Kluwer law internationel, Haag (Nederländerna) 1998
- Fahlbeck, Reinhold *Gustafsson mot Sverige – bägge förlorade*, Lag & Avtal nr 6 1996, s. 19

- Fahlbeck, Reinhold *Om diskriminering av utanförstående arbetstagare, I: Perspektiv på arbetsrätten – vänbok till Axel Adlercreutz, första upplagan, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund nr. 60, Lund 1983*
- Flodgren, Boel *Fackföreningen och rätten - En jämförande studie av föreningsrätten i Sverige och USA, första upplagan, P.A. Norstedt & Söners förlag, Lund 1978.*
- Geijer, Lennart
Schmidt, Folke *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte, första upplagan, Carl Bloms boktryckeri, Lund 1958*
- Glavå, Mats *Arbetsrätt, första upplagan, Studentlitteratur, Lund 2001*
- Hellner, Jan *Metodproblem i Rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt, Jan Hellner, Stockholm, 2001*
- Herrlin, Staffan *Oorganiserade betalar facklig verksamhet, Lag & Avtal nr. 3 2003, s. 8*
- Junesjö, Kurt
Holmertz, Staffan *Riv inte upp avtalsmodellen, Lag & avtal nr. 2 2003 s. 6 ff.*
- Junesjö, Kurt *Svensk arbetsrätt vann i Europadomstolen, Lag & Avtal nr 7 1996, s. 19*
- Kjellberg, Anders *Sweden: Restoring the Model?, I: Changing Industrial Relations in Europe, Anthony Ferner & Richard Hyman (red.), 2:a upplagan, Blackwell Publishers Ltd, Oxford (Storbritannien) 1998*
- Källström, Kent *En annan tolkning, Lag & Avtal nr. 7 2003, s. 8*
- Källström, Kent *Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, I: Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden, första upplagan, Agell, Anders (red.), Rättsfondens skriftserie nr 34, Iustus förlag AB, Göteborg 1999*
- Källström, Kent *Kellermann och omfattningen av den negativa föreningsrätten, JT 1997/98 s. 1153*

- Malmberg, Jonas *Anställningsavtalet*, första upplagan, Iustus förlag AB, Göteborg 1997
- Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten*, 3:e upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002
- Olauson, Erland *Förtroendemannalagen – Kommentar med rättsfall*, 5:e reviderade upplagan, Bokförlaget Prisma, Stockholm 2000
- Olsson, Petra Herzfeld *Byggnads berett slopa organisationsklausuler efter kritik från Europarådet*, EU & arbetsrätt nr 3 2003, s. 3
- Olsson, Petra Herzfeld *Expertgrupp granskar hur medlemsstaterna lever upp till EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, EU & Arbetsrätt nr 2 2004, s. 3.
- Olsson, Petra Herzfeld *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, första upplagan, Iustus förlag AB, Uppsala 2003
- Olsson, Petra Herzfeld *Förhållandet mellan rätten att vidta stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten aktualiseras i Europadomstolen*, JT 1997/98 s. 606
- Ovey C. m.fl., *Jacobs and White - the European Convention on Human Rights*, 3:e upplagan, Oxford Univ. Press, Oxford (Storbritannien) 2002
- Petri, Carl Axel *Fri- och rättighetskommitténs förslag, I: Europakonventionens införlivande med svensk rätt*, första upplagan, Fredrik Sterzel (red.), Rättsfondens skriftserie nr. 30, Göteborg 1993
- Schmidt, Folke m.fl. *Facklig arbetsrätt*, reviderad upplaga ombesörjd av Ronnie Eklund under medverkan av Håkan Göransson, Kent Källström & Tore Sigeman, Juristförlaget, Stockholm 1997
- Schmidt, Folke *Kollektiv arbetsrätt*, första upplagan, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1962
- Sigeman, Tore *Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser*, Lag & Avtal nr 6 1998, s. 21
- Sigeman, Tore *I: Facklig arbetsrätt (Se Schmidt 1997)*

- Sigeman, Tore *Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt - en probleminventering rörande skyddet mot organisationstvång i arbetslivet, I: Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden*, första upplagan, Agell, Anders (red.), Rättsfondens skriftserie nr 34, Iustus förlag AB, Göteborg 1999
- Södergren, Jan *Gäller Europadomstolens principer Europadomstolen? – En granskning av Europadomstolens hantering av det så kallade Gustafssonärendet*, Europarättslig tidskrift Årgång 1 1999, s. 316
- Westregård, Annamaria *Integritetsfrågor i arbetslivet*, första upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2002
- Wiklund, Ola *Bärande argument saknas*, Lag & Avtal nr. 6 2003, s. 8

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

Uppställda i kronologisk ordning

AD 1931 nr 107	AD 1984 nr 79
AD 1933 nr 94	AD 1985 nr 108
AD 1933 nr 159	AD 1986 nr 25
AD 1945 nr 35	AD 1988 nr 162
AD 1945 nr 36	AD 1989 nr 67
AD 1945 nr 77	AD 1989 nr 120
AD 1948 nr 21	AD 1991 nr 106
AD 1954 nr 18	AD 1992 nr 143
AD 1958 nr 20	AD 1994 nr 1
AD 1976 nr 10	AD 1995 nr 40
AD 1977 nr 22	AD 1996 nr 114
AD 1977 nr 38	AD 1996 nr 149
AD 1977 nr 62	AD 1998 nr 17
AD 1977 nr 86	AD 2000 nr 38
AD 1977 nr 94	AD 2000 nr 74
AD 1977 nr 158	AD 2001 nr 9
AD 1977 nr 222	AD 2001 nr 20
AD 1978 nr 89	AD 2002 nr 6
AD 1979 nr 110	AD 2002 nr 20
AD 1979 nr 159	AD 2002 nr 37
AD 1981 nr 147	AD 2003 nr 111
AD 1982 nr 33	AD 2004 nr 49
AD 1982 nr 69	AD 2004 nr 72
AD 1983 nr 46	AD 2005 nr 49
AD 1983 nr 107	AD 2005 nr 68
AD 1983 nr 112	AD 2006 nr 94

Rättsfall från Europadomstolen

Uppställda i alfabetisk ordning

AB Kurt Kellermann mot Sverige, dom den 26 oktober 2004, ansökningsnummer 41579

Evaldsson m.fl. mot Sverige, ansökan nr 75252/01, beslut om prövningstillstånd den 28 mars 2006 (ännu ej avgjort)

Gustafsson mot Sverige, dom den 25 april 1996, Reports of Judgements and Decisions 1996 s. 637

Gustafsson (revision) mot Sverige, dom den 30 juni 1998,
Reports of Judgements and Decisions 1998 s. 2084

Handyside mot Storbritannien, dom den 7 december 1976,
Serie A nr. 24

Langborger mot Sverige, dom den 22 juni 1989, Serie A nr.
155

Sibson mot Storbritannien, dom den 20 april 1993, Serie A nr.
264

Sigurður A. Sigurjónsson mot Island, dom den 30 juni 1993,
serie A, nr. 264

Svenska Lokmannaförbundet mot Sverige, dom den 6 februari
1976, serie A nr. 20

Sørensen och Rasmussen mot Danmark, dom den 11 januari
2006, ansökningsnummer 52562/99 och 52620/99

Young, James och Webster mot Storbritannien, dom den 13
augusti 1981, serie A nr. 44