



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustav Åkerberg

Arbetsdomstolens
partsammansättning
- rättvisa eller godtycke

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Mia Rönmar

Ämnesområde
Arbetsrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Introduktion av ämnet	3
1.2 Syfte	3
1.3 Metod och material	4
1.4 Frågeställningar	4
1.5 Avgränsningar	5
1.6 Disposition	5
2 ARBETSDOMSTOLENS HISTORIA	7
2.1 Tiden innan 1928	7
2.2 Arbetsdomstolens tillkomst	8
2.3 1974 års rättegångsreform	9
3 AD:S SAMMANSÄTTNING	10
3.1 Allmänt	10
3.2 LRA	10
4 EUROPAKONVENTIONEN	13
4.1 Bakgrund	13
4.2 Europakonventionen blir svensk lag	13
4.3 Europadomstolen	14
4.4 Europakonventionens artiklar	15
4.4.1 Artikel 1 Nationernas åtagande	15
4.4.2 Artikel 6.1 Rätt till en rättvis rättegång	15
4.4.3 Artikel 11 om föreningsfrihet mm.	17
5 LÖNEDISKRIMINERING PG.A. KÖN	18
5.1 Allmänt	18

5.2	Rättsläget	18
5.2.1	Bakgrund	18
5.2.2	Lagstiftning och rättspraxis	19
5.2.3	Direkt och indirekt diskriminering	23
5.3	AD:s partsammansättning och lönediskriminering p.g.a. kön	24
5.3.1	JämL ett hot mot den svenska modellen ?	24
5.3.2	Arbetsdomstolens tolkning av EG-rätten	25
5.3.3	Arbetsdomstolens bristande kompetens?	26
5.3.4	Lönediskriminering en fråga för AD eller parterna?	27
5.4	Reformförslag	27
5.4.1	Tingsrätt eller Arbetsdomstol ?	27
5.4.2	Ökad kompetens i AD en lösning?	28
5.4.3	Arbetsdomstolen bör ges fortsatt förtroende !	29
6	OORGANISERADE ARBETSTAGARE OCH ARBETSGIVARE	30
6.1	Allmänt	30
6.2	Rättsläget	31
6.2.1	Lagstiftning och rättspraxis	31
6.2.1.1	Föreningsrätten	31
6.2.1.2	Art 6.1 Europakonventionen	33
6.3	AD:s partsammansättning och oorganiserade at och ag	37
6.3.1	Arbetsdomstolens partsammansättning och de fackliga organisationerna	37
6.3.2	Kollektivavtalets normerande verkan och den oorganiserade arbetstagaren	38
6.3.3	Turordningsreglerna och den oorganiserade arbetstagaren	39
6.4	Andra argument	42
6.4.1	LRA 5 kap 2 § 1st – AD 1996 nr 114	42
6.4.2	Arbetsdomstolens särskilda sammansättning	43
6.4.3	Domarjäv	44
6.5	Reformförslag	46
6.5.1	Avskaffa Arbetsdomstolen !	46
6.5.2	Förändra sammansättningen !	47
6.5.3	Endast Renodlade Arbetsrättsliga tvister i Arbetsdomstolen !	47
7	SAMMANFATTNING OCH ANALYS	48
7.1	Inledning	48
7.2	Lönediskriminering	49
7.3	Oorganiserade arbetstagare och arbetsgivare	52
7.4	Reformförslag	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57

Sammanfattning

Kritiken mot Arbetsdomstolen har de senaste åren koncentrerats kring dess sammansättning i lönediskrimineringsstvister på grund av kön. Även i tvister där den ena parten är oorganiserad har Arbetsdomstolens sammansättning ifrågasatts. Det är denna kritik och den bakomliggande problematiken som jag behandlar i detta arbete. När ett mål avgörs i Arbetsdomstolen deltar normalt sju ledamöter. Fyra av de sju ledamöterna utgörs av representanter från arbetsmarknadens parter. De är således i majoritet i domstolen. Det bör i sammanhanget påpekas att det bara är de mest inflytelserika arbetsmarknadsorganisationerna som finns representerade i domstolen.

Arbetsdomstolen inrättades för att slita tvister mellan de stora arbetsmarknadsorganisationerna och på så sätt fungera som en balansbräda mellan utpräglade arbetstagar- och arbetsgivarintressen. Efter rättegångsreformen 1974 och stiftandet av jämställdhetslagen 1980 utökades Arbetsdomstolens jurisdiktion markant. Ett problem uppstår då Arbetsdomstolen inte längre bara skall tillgodose arbetsmarknadsparternas intressen utan även individens.

Statistiken visar att det är svårt att vinna framgång i en tvist som rör lönediskriminering på grund av kön. Det kan till viss del förklaras genom att de kollektivavtalsbärande organisationerna givits en framträdande roll i Arbetsdomstolen. Den svenska modellen och den utpräglade partsautonomin har resulterat i att lönebildningen i Sverige i de allra flesta fall regleras genom kollektivavtal. Kollisionen mellan individens och kollektivets intresse blir här märkbar. Skulle Arbetsdomstolen finna att en arbetstagar med lön enligt kollektivavtal blivit diskriminerad skulle detta kunna få konsekvenser för hela kollektivavtalet. Jag anser att den bästa lösningen på problematiken vore att förändra Arbetsdomstolens sammansättning i lönediskriminerings- tvister. Mitt förslag är att man avskaffar partsrepresentationen i dessa mål.

Problematiken kring de oorganiserade arbetstagar och arbetsgivar har sin utgångspunkt i det faktum att dessa inte är representerade i Arbetsdomstolen. Ett stående argument för Arbetsdomstolens sammansättning är att den skapar förtroende hos arbetsmarknadens parter. Argumentet har dock inte samma bäring i förhållande till dem som valt att stå utanför de mest inflytelserika arbetsmarknadsorganisationerna. Man kan fråga sig om det är rimligt att en oorganiserad part skall få sin tvist prövad av en domstol som kan förmodas innehålla motstående intressen. Denna fråga har varit uppe till prövning i Europadomstolen. I Kellermanmålet fastslog en oenig domstol att Arbetsdomstolens partssammansättning i detta mål inte kunde sägas strida mot Europakonventionens krav på en rättvis rättegång. För att komma tillrätta med problematiken på detta område vore den bästa lösningen enligt min mening att även i denna typ av tvister avskaffa intresserepresentationen i Arbetsdomstolen.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
HD	Högsta domstolen
JämL	Jämställdhetslag (1991:433)
LRA	Lag (1974:371) om <i>rättegången i arbetstvister</i>
LO	Landsorganisationen i Sverige
PTK	Privattjänstemannakartellen
SAC	Sveriges Arbetares Centralorganisation
SACO	Sveriges akademikers centralorganisation
TCO	Tjänstemännens centralorganisation

1 Inledning

Arbetsdomstolens roll i vårt rättssamhälle har under lång tid varit föremål för en ivrig debatt. Ända sedan Arbetsdomstolens inrättande 1928 men framförallt efter reformarbetet och den nya arbetsrättsliga lagstiftningens tillkomst 1974 har dess sammansättning ifrågasatts från olika håll. Som många har velat uttrycka det, Arbetsdomstolen har ofta varit ”i skottgluggen” och är så än idag.

1.1 Introduktion av ämnet

I Sverige är Arbetsdomstolen slutgiltig högsta dömande instans i en arbetsrättslig tvist, och i många fall även den första. Som högsta dömande organ på arbetsrättens område fyller Arbetsdomstolen en viktig tolkande och rättsbildande funktion och besitter naturligtvis även en mycket stor makt. Det behöver kanske inte nämnas att en domstol med så starkt inflytande emellanåt också blir kritiserad och ifrågasatt.

Denna uppsats kommer att behandla den kritik och de frågor som kan anknytas till arbetsdomstolens sammansättning. Arbetsdomstolen är partsammansatt vilket i detta fall innebär att den består av yrkesdomare, oberoende personer med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden och intresseledamöter som representerar arbetsmarknadens parter, exempelvis LO eller Svenskt Näringsliv. Intresseledamöterna har under normala förhållanden, vid så kallad full uppsättning, majoritet i domstolen gentemot övriga ledamöter. Frågan uppkommer om sammansättningen i Arbetsdomstolen kan kombineras med de krav på objektivitet som kan fordras av en domstol.

1.2 Syfte

Syftet med mitt examensarbete är att undersöka om den svenska modellen med partsammansatt Arbetsdomstol bör finnas kvar, avskaffas eller kanske modifieras mot bakgrund av en mängd olika faktorer. Det sagda kommer dels att innebära en studie av vad som tidigare förts fram i debatten men viktigare blir att urskilja de argument som bör vara vägledande i framtida juridisk forskning och debatt kring arbetsdomstolens sammansättning.

1.3 Metod och material

Arbetet är i grunden uppdelat i två huvudavsnitt ett deskriptivt och ett analytiskt avsnitt.

Den första delen av arbetet, den deskriptiva, präglas av en rättsdogmatiskt framställning ur ett de lege lata perspektiv, det vill säga en studie av gällande rätt, där problemstrukturerna för läsaren successivt lyfts fram. Framställningen syftar härvid till att presentera och precisera de argument för och emot Arbetsdomstolens sammansättning som förekommit hittills i debatten. I den andra delen, analysdelen, anläggs ett kritiskt perspektiv, de lege ferenda, det vill säga vad som bör vara gällande rätt. Här lämnas utrymme åt mina egna förslag och funderingar.

Materialet som möjliggör denna uppsats har jag funnit i juridisk doktrin, förarbeten till lagar, rättsfall, artiklar och material från Internet.

1.4 Frågeställningar

Jag ämnar i denna uppsats utreda vilka rättsliga invändningar man med fog kan rikta mot den partsammansatta Arbetsdomstolen och för läsaren sätta fokus på, och förklara ämnets kontroversiella karaktär.

Arbetet innefattar naturligt nog en redovisning av viktiga ståndpunkter som tidigare förts fram i debatten men även en ansats mot att avgöra vilka av dessa som har framtida bärkraft.

Problematiken kring arbetsdomstolens sammansättning kommer i arbetet att angripas och diskuteras från i huvudsak två infallsvinklar. Den första aspekten som kommer behandlas är Arbetsdomstolens sammansättning i tvister gällande lönediskriminering på grund av kön.

Lönediskrimineringsfrågan har under det senaste decenniet varit mycket aktuell och blivit vida omdiskuterad. Arbetsdomstolens rättspraxis på området ter sig dock ännu så länge något blygsam. Detta kan förklaras på många sätt. Stora delar av den diskriminering som förekommer på arbetsmarknaden når exempelvis inte domstolarna och blir på så sätt aldrig föremål för granskning. Inget av de principiellt viktiga fall av lönediskriminering som hittills tagits upp till behandling i Arbetsdomstolen har resulterat i en fällande dom. Detta har bidragit till att missnöjet med domstolens duglighet på detta område vuxit och debatten, i takt med detta, intensifierats.

Jag skall därför behandla frågan om Arbetsdomstolens partsammansättning kan sägas bidra till bevarandet av förlegade kollektivavtal som i praktiken innebär sämre lönevillkor för kvinnor jämfört med män. Finns det ett samband mellan intresseledamöterna i arbetsdomstolen och de löneklyftor vi idag ser på arbetsmarknaden?

EG-rätten gäller numera som svensk lag varför den naturligt nog sätter sin prägel på arbetet. Vad gäller lönediskrimineringsfrågor är EG-rätten av särskilt intresse då viktiga direktiv antagits på området och en inte obetydlig mängd rättspraxis kommit från EG-domstolen.

Den andra aspekten som skall behandlas är den oorganiserade arbetstagaren och arbetsgivarens ställning i förhållande till Arbetsdomstolens sammansättning. En av de frågor som i anslutning till detta blir intressant att belysa är huruvida oviljan hos en individ att ansluta sig till ett fackförbund eller en arbetsgivarorganisation påverkar dennes framgång vid en eventuell arbetsrättslig tvist?

Sedan 1995 är Europakonventionen om mänskliga rättigheter gällande rätt i Sverige. Den negativa föreningsrätten det vill säga rätten för en arbetsgivare eller arbetstagare att ej tillhöra ett fackförbund respektive arbetstagarorganisation regleras i art 11. Den negativa föreningsrätten kommer i uppsatsen att belysas både från ett arbetstagar- och arbetsgivarperspektiv. En genomgång av relevant rättspraxis på området är nödvändig för att kunna utröna hur långtgående skyddet för den negativa föreningsrätten kan anses vara. I det enskilda fallet skall bland annat arbetsgivarens rätt att inte teckna kollektivavtal diskuteras.

Europakonventionen behandlas i detta avsnitt även ur en annan synvinkel då dess krav i art 6.1 på en "fair trial" aktualiseras. Där sägs att alla har rätt till en rättvis och offentlig förhandling inför en oavhängig och opartisk domstol. Frågan är om arbetsdomstolens sammansättning är förenlig med detta krav. I anslutning till detta avsnitt kommer rättspraxis av relevans från Europadomstolen att analyseras.

1.5 Avgränsningar

I mitt arbete kommer jag att koncentrera mig på Arbetsdomstolens partsammansättning. Fråga är alltså inte om arbetsdomstolens vara eller icke vara generellt sätt. Då det är Arbetsdomstolen i Sverige som här blir föremål för studier blir det naturligt att begränsa analysen till svensk lag och svenska förhållande. Att jämföra med systemen i andra länder hade förvisso varit intressant men lämnas av utrymmesskäl utanför detta arbete. Sverige är sedan den 1 jan 1995 medlem av Europeiska unionen vilket innebär att vi nu lyder under ett helt nytt regelverk som självklart i detta arbete kommer att beaktas. Likaså gäller Europakonventionen om mänskliga rättigheter som lag i Sverige sedan 1995 varför denna också måste beaktas.

1.6 Disposition

Uppsatsens första del består av några kortare förklarande avsnitt. Ämnesvalet förtjänar först och främst en, om än något begränsad, historisk introduktion för att på så vis sätta fokus på problematikens bakgrund och skapa förståelse för vilka mekanismer som bidragit till dagens situation. Nästa steg kommer att bli ett kort avsnitt som beskriver hur arbetsdomstolen är uppbyggd, hur partsammansättningen fungerar och vad den är tänkt att tjäna för syften.

Det sista avsnittet i denna inledande del tar upp grundläggande fakta om Europakonventionen för mänskliga rättigheter. Fokus ligger framförallt på art 6 och art 11 efter som det är de artiklar som blir mest relevanta i del två av uppsatsen och även senare i analysen.

Efter detta avsnitt av uppsatsen följer fas två i arbetet nämligen problematiseringen. Jag har som tidigare nämnts valt att placera fokus på två huvudsakliga problemområden gällande Arbetsdomstolens partsammansättning. Dessa två är problem kring lönediskriminering på grund av kön och den oorganiserade arbetstagaren/arbetsgivarens situation. Här kommer jag successivt i två olika avsnitt, separerade ifrån varandra redovisa de ståndpunkter som förts fram i debatten både för och emot arbetsdomstolens nuvarande sammansättning. Denna del av uppsatsen kommer även innehålla rättsfallsanalys av de viktigaste målen som Arbetsdomstolen, EG-domstolen, Europadomstolen har tagit upp under respektive avsnitt.

Sedan följer analysdelen av uppsatsen där det som tidigare under framställningen presenterats blir föremål för kritisk granskning som resulterar i en utblick mot framtiden samt förslag till omdaning. Utrymme kommer här lämnas åt mina egna reflektioner.

2 Arbetsdomstolens historia

Arbetsdomstolen har en gedigen historia och inrättades som vår första specialdomstol år 1928. Arbetsrättsliga tvister förekom naturligtvis redan tidigare men var då inkorporerade under allmänt domstolsförfarande och avgjordes sålunda inom våra allmänna tre domstolsinstanser; tingsrätt, hovrätt och Högsta domstolen och i vissa fall av skiljenämnder.

2.1 Tiden innan 1928

För att förstå bakgrunden till Arbetsdomstolen och dess funktion som rättsbildare på arbetsrättens område är det viktigt att man placerar den i sin historiska kontext. Industrialiseringen tog i Sverige fart i mitten på 1800-talet.¹ Den nya tiden för med sig begrepp som massproduktion, vinstintressen med mera vilket resulterar i att en utpräglad klyfta mellan de som arbetar i fabriken och de som äger den skapas. Under dylika förhållanden är det naturligt att en vilja uppkommer att sluta sig samman för att på så sätt bli starkare. Så skedde också i form av fackföreningar som i modern bemärkelse uppstod i Sverige runt 1870. Fackföreningsrörelsen var från början en strikt arbetarkultur till skydd mot utnyttjande från den starkare arbetsgivaren. Landsorganisationen i Sverige (LO) som kommit att bli mycket tongivande när det gäller att ta tillvara arbetstagarnas intressen bildades 1898. Som ett svar på arbetstagarnas utpräglade strävan till sammanslutning och organisering bildades Svenska arbetsgivarföreningen (SAF), numera Svenskt Näringsliv, 1902.² Ett annat viktigt steg mot dagens kollektiva förhandlingssystem på arbetsmarknaden togs genom 1906 års lag om medling i arbetsvisiter. Samma år slöts ett centralt avtal mellan LO och SAF, den s.k. decemberkompromissen, som innebar ett erkännande av arbetarnas rätt att organisera sig från arbetsgivarsidan. Från och med nu kan den kollektiva arbetsrätten sägas vara etablerad.

¹ Sigeman, T, 1984, s. 875 ff.

² Sigeman, T, 1998, s. 15.

2.2 Arbetsdomstolens tillkomst

Tvärtemot vad man kan förmoda var LO emot Arbetsdomstolens bildande. Från arbetarnas synvinkel rådde en allmän skepsis mot att låta jurister ta till vara deras intressen, man ansåg dem vara partiska och oförmögna att dela arbetarnas betraktelsesätt.³ SAF, numera Svenskt Näringsliv, var däremot för lagstiftning och rättsliga avgöranden. Inom ramen för 1928 års lagstiftningsarbete förekom en diskussion på LO:s initiativ att istället för en specialdomstol låta ett skiljenämnds-förfarande avgöra arbetstvisterna. Detta är något som dock aldrig blev mer än en tanke låt vara att arbetsdomstolens sammansättning, som den kom att utformas med intresseledamöter, kan sägas ha karaktär av en skiljenämnd.

Kollektivavtalens framväxt skedde oberoende av lagstiftningen som ett resultat av dåtidens kamp mellan kapital och arbete. I rättsfallet NJA 1915 s. 233 angav HD att kollektivavtalet skulle anses bindande och brott mot avtalet medförde skadestånd. Under denna tid var det alltså oklart vilka verkningar som följde av kollektivavtalet och arbetsmarknadsparterna åtnjöt inget större förtroende för domstolväsendet varför möjligheten att instämma en avtalsbrytande part således var en sällsynt företeelse. Ett annat problem som satte fokus på behovet av en specialdomstol var den långa tid det tog att processa ett specifikt mål genom alla tre instanser.⁴

Domstolens inrättande realiserades genom 1928 års lag om kollektivavtal och lagen om arbetsdomstol. Redan från starten gav man domstolen dess speciella karaktär bestående av både ämbetsmannadomare och företrädare för arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer varför domstolens sammansättning för tankarna till ett skiljenämnds-institut.⁵

För att tillföra domstolen specialkompetens har dess sammansättning också lämnat utrymme åt en ledamot med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden (mer om detta under avsnittet Arbetsdomstolens sammansättning). Av förarbetena till 1928 års lagar framgår att det främsta syftet med lagstiftning om kollektivavtal var att de tvistande parterna fick underkasta sig ett obligatoriskt domstolsförfarande i tvister om tolkning och tillämpning av kollektivavtal.⁶

Domstolens huvudsakliga uppgift var, fram till 1974 års rättegångsreform, att lösa frågor rörande tolkning och tillämpning av kollektivavtal samt frågor angående kollektivavtalslagens bestämmelser om fredsplikt. Detta innebär att det initialt var tänkt att övriga arbetsrättsliga tvister skulle falla utanför arbetsdomstolens kompetensområde till exempel mål rörande förhållande på arbetsplatsen.

³ Sandgren, 2001, s. 272.

⁴ Schmidt, 1997, s. 74.

⁵ Schmidt, 1997, s. 15.

⁶ Prop 1928:39 s 45

2.3 1974 års rättegångsreform

Det dualistiska domstolssystemet som innebar att Arbetsdomstolen och de allmänna domstolarna delade på de arbetsrättsliga tvisterna uppehölls fram till 1974 då lagen (1974:371) om *rättegång i arbetstvister* (LRA) trädde i kraft. Arbetsdomstolen tilldelades nu den kompetens den har idag. Dagens system bygger på en uppdelning mellan Arbetsdomstol och Tingsrätt som första prövningsinstans. Tvister som rör förening av arbetstagare eller medlem i sådan förening skall handläggas vid Arbetsdomstolen direkt och arbetsdomstolen är då första men också slutliga instans det vill säga ingen vidare möjlighet till överprövning finns. Detta gäller så länge tvisten har sådan status och är av sådan art som framgår av LRA 2 kap 1 och 2 §§. Tvister som rör oorganiserade arbetstagare och arbetsgivare - som inte på egen hand slutit kollektivavtal - skall först handläggas vid tingsrätt men kan sedan överklagas till Arbetsdomstolen som sekundär och slutlig instans vilket framgår av LRA 2 kap 1 och 2 §§. Syftet med denna förändring var att säkerställa en enhetlig tillämpning av förfarandet i arbetstvister.⁷

Grundtanken med specialiserade, från de allmänna fristående, domstolar är något som spridit sig långt utanför arbetsrättens domäner. Vi har en marknadsdomstol som handlägger ärenden speciellt avgränsade till marknadsrättens område såsom otillbörlig marknadsföring och missvisande reklam. Vi hade en, i och för sig, numera avskaffad bostadsdomstol som handlade ärenden på hyresrättens område, bara för att nämna några exempel.⁸ Det generella syftet med specialdomstolar, såsom arbetsdomstolen, brukar kunna härledas till i huvudsak tre argument. Nämligen behovet av specialkompetens, möjligheten till snabbhet i förfarandet och parternas förtroende för intresseledamöterna.⁹

⁷ Fahlbeck, 1993, s.

⁸ Bostadsdomstolens avskaffande är ett resultat av den så kallade "Langborgerdomen" från Europadomstolen som utförligt behandlas senare i uppsatsen.

⁹ Ds 1993:34, Justitiedepartementet, specialdomstolarna i framtiden

3 AD:s Sammansättning

3.1 Allmänt

Det som skiljer arbetsdomstolen från en domstol i traditionell bemärkelse är dess sammansättning där utrymme ges, inte bara åt skolade jurister, utan även oberoende personer med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden och representanter från arbetsmarknadens intresseorganisationer som saknar domarutbildning. Denna ordning har varit gällande ända sedan Arbetsdomstolens inrättande 1928. Nyckelordet kan sägas vara förtroende. Arbetsdomstolens sammansättning är tänkt att ha sådan karaktär att den inte kan misstänkliggöras från vare sig arbetsgivar- eller arbetstagar sidan. Den skall med andra ord åtnjuta de tunga arbetsgivar- och arbetstagarorganisationernas fulla förtroende. Således är tanken att man genom representanterna från intresseorganisationerna förankrar domstolens beslut i arbetslivet både hos arbetaren i fabriken och hos arbetsgivaren på kontoret.¹⁰

En annan tanke bakom denna sammansättning är en förhoppning om att de frågor domstolen har att ta ställning till behandlas ur ett bredare perspektiv än vad som annars vore fallet. Man förväntar sig att höja domstolens kompetens genom att införa andra element i domstolens sammansättning än enbart juridiskt skolade domare. Detta brukar motiveras av arbetsrättens särskilda karaktär.

3.2 LRA

Regelverket gällande Arbetsdomstolens sammansättning finner vi i 3 kap LRA. Ledamöterna i Arbetsdomstolen kan indelas i tre kategorier nämligen ämbetsmännen, oberoende personer med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden samt arbetsgivar- och arbetstagarledamöterna.¹¹

Av Arbetsdomstolens ledamöter är det bara ordförandena som är fyra till antalet samt en vice ordförande som är heltidsanställda resten av domstolens ledamöter sköter sitt uppdrag som en bisyssla.

Vid huvudförhandling deltar i normala fall sju ledamöter: ordförande och ytterligare två ämbetsmän, två arbetsgivarledamöter och två arbetstagarledamöter. Detta innebär att ämbetsmannaledamöterna ges en representant mer och intresseledamöterna har givits lika många, två var.¹²

¹⁰ Sigeman, 1989-90, s.199.

¹¹ Schmidt, 1997, s. 84.

¹² Om vi förutsätter att intresseledamöterna representerar två skilda intressen på arbetsmarknaden kan ämbetsmannadomarna sägas utgöra majoritet i domstolen. Märk väl att om intresseledamöterna gör gemensam sak i en viss fråga de då är i majoritet gentemot ämbetsmannadomarna med fyra representanter mot tre men mer om denna fråga längre fram.

Av 3 kap 6 § LRA framgår att i särskilda fall är domstolen domför med endast tre ledamöter nämligen i vissa enklare avgöranden. Uppsättningen består då av en ämbetsmannadomare och en representant vardera från arbetsmarkandens intresseorganisationer. Så är fallet främst i fråga gällande sådana mål som saknar framtida prejudicerande värde och även i övrigt kan anses vara av enklare beskaffenhet. Noteras bör dock att om någon av de tre ledamöterna anser att den aktuella frågan är av större vikt den skall tas upp till behandling av en domstol med full uppsättning bestående av sju ledamöter.

Ordföranden i Arbetsdomstolen får vidare enligt 3 kap 4 § 3st LRA, i den mån en ordinarie ledamot inte kan delta, kalla in en tillfällig ersättare. Denna möjlighet har utnyttjats tämligen frekvent varför kritik häremot har riktats.¹³

Enligt 3 kap 2 § LRA skall ämbetsmannagruppen bestå av personer som inte kan anses företräda arbetsgivar- eller arbetstagarintressen.¹⁴ Vidare skall ordföranden och vice ordföranden vara lagkunniga och erfarna i domarvärv, den tredje inom ämbetsmannagruppen skall vara oberoende arbetsmarkandens parter och ha särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden.

Enligt 3 kap 3 § LRA gäller för intresseledamöterna att fyra utses efter förslag från Föreningen Svenskt Näringsliv, en efter förslag från Svenska kommunförbundet, en efter förslag av Landstingsförbundet, en efter förslag av Arbetsgivarverket, fyra efter förslag av Landsorganisationen i Sverige (LO), två efter förslag av Tjänstemännens centralorganisation (TCO) och en efter förslag av Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO).

I samband med skapandet av LRA diskuterades frågan om hur lekmanplatserna i Arbetsdomstolen skulle fördelas mellan de olika intresseorganisationerna i olika mål. Lösningen man har valt finner vi i förordning (1988:1137) med instruktion för Arbetsdomstolen. Man skiljer här på så kallad allmän sammansättning och särskild sammansättning. I mål av allmän betydelse för förhållandena på arbetsmarknaden, främst mål som gäller tillämpning av arbetsrättslig lagstiftning, deltar på arbetsgivarsidan en ledamot från svenskt näringsliv, en ledamot som utsetts av svenska kommunförbundet eller Landstingsförbundet eller som representerar staten som arbetsgivare, en ledamot från LO och en från TCO eller SACO (allmän sammansättning) I fallet särskild sammansättning då fråga är om mål som huvudsakligen har betydelse för endast ett visst förhandlingsområde eller när domstolen sammanträder med endast en ledamot från vardera arbetsgivar- och arbetstagersidan, avgör vilket förhandlingsområde tvisten rör vilken organisation som blir aktuell för representation. Berörd organisation har då att utse en representant.

I 3 kap 9 § LRA föreskrivs möjlighet för Arbetsdomstolen likt HD att uppträda in pleno om domstolen finner, vid allmän sammansättning, den rådan-

¹³ Sigeman, 1989/90, s.200-201.

¹⁴ Detta lagrum är av central vikt och kommer tas upp till diskussion senare i framställningen då delade meningar råder om inte jävsproblematik ändock uppstår givet den klassiska maktkamp som råder på arbetsmarknaden framförallt under vårt förra sekel.

de meningen avvika från tidigare antagen rättsgrundsats eller lagtolkning. Denna möjlighet har fram till dags datum aldrig utnyttjats.

Domstolens ledamöter förordnas av regeringen för en tid av tre år. Denna tidsbegränsning gäller även för ordförandena och övriga ämbetsmannaledamöter, vilket innebär ett avsteg från 11 kap 1 § 3st RF där det sägs att ordinarie domare skall finnas i en domstol. Undantag från principen får dock göras i lag, vilket i Arbetsdomstolens fall gjorts i LRA 3 kap 1 § 4 st. I propositionen motiverades detta avsteg genom att Arbetsdomstolen inte annars kan fylla sin uppgift att slita tvister mellan parterna på arbetsmarknaden om inte dessa känner förtroende för domstolen och dess befattningshavare.¹⁵

Det är viktigt att poängtera att det endast är de stora organisationerna vilka representerar majoriteten av de svenska arbetsgivar- och arbetstagarna som givits tillträde till Arbetsdomstolen. Minoritetsorganisationer såsom SAC, eller på arbetsgivarsidan, Kooperationens förhandlingsorganisationer har lämnats utanför systemets ramar. Värt att notera är också att SACO gavs ordinarie representation så sent som 1992.

¹⁵ Prop. 1974:77 s. 113 f

4 Europakonventionen

Europakonventionens krav på en rättvis rättegång och föreningsfrihet kommer i den fortsatta framställningen spela en viktig roll. Nedan följer en kort sammanfattning av konventionens historik samt en presentation av de artiklar som har relevans för uppsatsen.

4.1 Bakgrund

Åren som följde efter andra världskriget, efterkrigstiden, representerar för de flesta omdaning och återuppbyggnad. Genom olika förbund och traktat slöt sig de västeuropeiska länderna sig närmre varandra. 1949 bildades Europarådet med ursprungligen tio medlemsländer där ibland Sverige. Bakgrunden till denna sammanslutning var att man ansåg att de mänskliga rättigheterna som hade kommit på skam under krigstiden förtjänade upprättelse. Nu skulle det aldrig mer bli krig och människans demokratiska fri och rättigheter skulle en gång för alla sättas på pränt. Rekordsnabbt startades arbetet med utarbetandet av en konvention. Resultatet blev den Europeiska Konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna som undertecknades i Rom den 4 november 1950. Den har stora likheter med FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna som antogs av generalförsamlingen redan 1948.¹⁶

4.2 Europakonventionen blir svensk lag

Sverige ratificerade konventionen 1953. Konventionen inkorporerades dock inte i den svenska lagstiftningen utan man menade att de skydd som våra lagar redan gav var gott nog för att tillförsäkra medborgarna deras rättigheter i enlighet med Europakonventionen. Framtiden skulle dock bevisa motsatsen. Under framförallt sjuttio och åttioalet fälldes Sverige flera gånger för konventionsbrott vilket ledde till att domstolarna i allt större utsträckning i sina avgöranden tog hänsyn till Europakonventionen och explicit markerade dess vikt.¹⁷ I takt med att Europadomstolens rättspraxis utvecklades och de svenska domstolarna allt mer beaktade Sveriges skyldigheter i enlighet med konventionen blev det allt mer tydligt att en inkorporering i den svenska lagtexten var oundviklig. 1990 tillsattes av regeringen Fri och rättighetskommittén som tillsammans utarbetade ett förslag till inkorpore-

¹⁶ Akehurst, 1997, s. 217.

¹⁷ AD 1972 nr 5, NJA 1973 s. 423, RÅ 1974 ref. 61

ring av Europakonventionen i den svenska lagtexten.¹⁸ Införlivandet av Europakonventionen i svensk lag blev verklighet genom Lag (1994:1219) *om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*. Lagen trädde i kraft den 1 jan 1995 och kan sedan dess åberopas direkt inför svensk domstol. I samband med ikraftträdandet infördes i Regeringsformens (RF) 2 kap. 23 § en bestämmelse om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas som står i strid med Sveriges åtagande enligt Europakonventionen. En lag som på ett eller annat sätt står i strid med Europakonventionen är således inte giltig enligt Sveriges grundlag.

4.3 Europadomstolen

För att övervaka konventionens efterlevnad inrättades ursprungligen en kommission för mänskliga rättigheter och vid sidan av den, Europadomstolen i enlighet med art 19 i den ursprungliga konventionstexten. 1998 trädde tilläggsprotokoll 11 i kraft som innebär att kommissionen upphörde att existera och att alla mål skall handläggas av Europadomstolen som numera ensam står som garant för konventionens efterlevnad i de länder som ratificerat traktatet. Domstolen är uppdelad i olika kammare som erbjuder olika överprövningsmöjligheter. Den första instansen består av en kommitté med tre domare som initialt tar ställning till om ett klagomål överhuvudtaget skall tas upp till prövning. Enligt artikel 28 kan kommittén avvisa ett klagomål genom ett enhälligt beslut av samtliga tre domare. Artikel 35.1 stipulerar att ett mål får anhängiggöras hos domstolen först nära alla nationella rättsmedel har uttömts. Vidare skall målet ha inkommit till Europadomstolen senast sex månader från den dag då det slutliga beslutet meddelades av den nationella domstolen. Kravet på uttömning av de inhemska rättsmedlen tillämpas strikt av Europadomstolen och frågan prövas uteslutande på objektiva grunder. En klagande kan således inte inför Europadomstolen åberopa att han inte hade kännedom om ett visst rättsmedels existens.¹⁹ Statistiken visar att så många som 85 % av ansökningarna avvisas.²⁰ På den svenska arbetsrättens område skulle detta innebära att en ansökan om prövning i Europadomstolen får ske först sedan Arbetsdomstolen prövat saken, såsom varandes högsta nationella dömande organ i arbetsrättsliga tvister i Sverige. En resningsansökan till HD omfattas inte av dessa ordinära rättsmedel.²¹ Om klagomålet passerar denna första instans går det vidare till en kammare som består av sju domare som kartlägger de faktiska omständigheterna i målet, samt utröner om parterna inte kan nå en uppgörelse i godo. Om ingen uppgörelse mellan parterna kan nås avger de sju ledamöterna en dom i målet. Detta avgörande är bindande för parterna men möjlighet att överklaga finns till en kammare som består av sju ledamöter som tar upp målet till

¹⁸ SOU 1993:40, s. 125

¹⁹ Danelius, 2000, s. 33.

²⁰ Danelius, 2000, s. 31.

²¹ Danelius, 2000, s. 32.

behandling för slutligt avgörande såvida överklagandet inte avvisas.²² Ministerkommittén är Europarådets beslutande organ. Det består av de fördragsslutande parternas utrikesministrar och har bland annat till uppgift att övervaka Europadomstolens arbete och domar.²³ Europakonventionen erkänner två olika typer av klagomål vilket framgår av artiklarna 33 och 34. Enligt artikel 33 kan klagomål inlämnas av en hög fördragsslutande part gällande brott mot konventionen begånget av annan hög fördragsslutande part, ett så kallat mellanstatligt mål. Klagomål till Europadomstolen kan emellertid enligt artikel 34 även inlämnas av enskilda, icke-statliga organisationer och grupper av enskilda som på ett eller annat sätt har fått sina mänskliga fri och rättigheter kränkta i strid mot Europakonventionen. Historiskt sett är det en unik möjlighet den enskilda individen givits, att ställa sitt land till svars inför en domstol.²⁴

4.4 Europakonventionens artiklar

4.4.1 Artikel 1 Nationernas åtagande

I Europakonventionens art 1 anges att de höga fördragsslutande parterna skall garantera varje person, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges i konventionen. Som framgår av artikelns lydelse är nationernas åtaganden tydliga och klart formulerade, inget tolkningsutrymme har lämnats. Det fri och rättigheter som i konventionen stipuleras är Sverige skyldigt att efterleva.

4.4.2 Artikel 6.1 Rätt till en rättvis rättegång

Europakonventionens artikel 6.1 lyder enligt följande: Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav med hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

²² Överklagandet regleras i art. 29-39 EKMR

²³ Ehrenkrona, 1995 s. 446.

²⁴ Herzfeld Olsson, 2003, s. 74.

Art 6.1 i betraktas ofta som en av de viktigaste artiklarna i Europakonventionen och utgör en del av konventionens ryggrad. Artikeln fyller en teoretisk såväl som en praktisk funktion. Den kan sägas på ett symboliskt plan sammanbinda konventionsstaterna som varandes erkända rättstater. Dess praktiska funktion uttrycks i domstolens praxis; ”Konventionen har som mål att skydda de mänskliga fri och rättigheterna inte bara i teorin och i tanken utan konkret och effektivt”²⁵

Av artikelns lydelse kan utläsas att Europakonventionen uppställer vissa krav på nationell rättssäkerhet. De nationella domstolarna skall agera oberoende i förhållande till regeringen, myndigheter och parterna i målet.²⁶

Domstolarna måste även agera opartiskt för att uppfylla Europakonventionens krav i art 6.1. Vad gäller Europadomstolens bedömning av om en domstol uppträder opartiskt företas en bedömning på två nivåer. Man uppställer vid en sådan bedömning ett subjektivt och ett objektiva kriterium. Det subjektiva kriteriet innebär en bedömning av om den enskilda domaren i utövandet av sitt ämbete uppträder opartiskt. Den objektiva sidan av bedömningen tar fasta på om det för en objektiv betraktare föreligger några legitima tvivel om domstolens opartiskhet. Att en domare i sig uppträder partiskt i sin verksamhet kan te sig nästintill omöjligt att bevisa varför det i Europadomstolens praxis ofta är det objektiva bedömningskriteriet som varit utslagsgivande.²⁷ Från Europadomstolens praxis kan nämnas fallet Piersack mot Belgien. I detta mål hade den belgiske domstolens domare tidigare agerat åklagare varför han alltså var inblandad i åtalet i det mål han senare dömde. Detta utgjorde enligt Europadomstolen en grund för att ifrågasätta hans opartiskhet, och därför ansågs ett brott föreligga mot art 6.1. I fallet Hauschildt mot Danmark hade ordföranden i Köpenhamns byret dömt den åtalade till ett långvarigt fängelsestraff. Samma ordförande hade tidigare vid ett stort antal tillfällen förlängt klagandes häktningstid samt fattat beslut om vidtagande av andra tvångsmedel och bevisupptagning under förundersökningen. Kommissionen ansåg, med en knapp majoritet, att det i detta fall inte fanns tillräckliga skäl för att ifrågasätta domstolens opartiskhet.²⁸ Langborgerfallet, från Sverige, som gällde en klausul i ett hyreskontrakt behandlade frågan om sammansättningen i dåvarande Bostadsdomstolen. I domen uttalade Europadomstolen att eftersom det i domstolens sammansättning fanns ett motstående intresse mot klagandes, detta stred mot Europakonventionens art 6.1. Europadomstolen poängterade dock att sammansatta domstolar med inslag av intresserepresentation, i sig, inte utgjorde något brott mot artikel 6.1.²⁹

²⁵ Pettiti mfl, s. 240-241

²⁶ Danelius, 1989, s. 144.

²⁷ Danelius, 1989, s. 144.

²⁸ Kommissionens rapport den 16 juli 1987 i fallet Hauschildt mot Danmark, mål 10486/83.

²⁹ Langborgerdomen behandlas mer ingående under 6.2

4.4.3 Artikel 11 om föreningsfrihet mm.

Enligt Europakonventionens 11 art 1 p har var och en rätt till frihet att delta i sammankomster samt till föreningsfrihet, inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.

Art 11 p 2 säger att utövandet av dessa rättigheter, får inte underkastas andra inskränkningar än sådana som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter. Denna artikel hindrar inte att det för medlemmar av de väpnade styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen görs lagliga inskränkningar i utövandet av de nämnda rättigheterna.

Av artikelns lydelse kan klart och tydligt ett skydd för den positiva föreningsrätten utläsas. Det vill säga rätten för arbetsgivare och arbetstagare att sluta sig samman och bilda samt tillhöra fackföreningar och arbetsgivarorganisationer. Art 11 innefattar också ett skydd för den negativa föreningsrätten det vill säga rätten att stå utanför nyss nämnda föreningar och förbund. Denna rätt är dock svår att urskilja från artikelns lydelse. Nedan illustreras därför skyddet för den negativa föreningsrätten så som den kommit till uttryck två domar från Europadomstolen.

Av Europadomstolens dom *Young, James och Webster mot Storbritannien* från den 13 augusti 1981 framgår att en uppsägning av arbetstagare som vägrat ansluta sig till fackförening utgjorde en mycket allvarligt form av tvång och att förfarandet som sådant innefattade brott mot art 11 i Europakonventionen.³⁰

Europadomstolens dom, *Sibson mot Storbritannien* från den 20 april 1993 utgör ett exempel på när kränkning av den negativa föreningsrätten enligt art 11 Europakonventionen inte förekommit i domstolens mening. En arbetstagare hade av sin arbetsgivare ställts inför valet att återinträda i den fackförening han tidigare tillhört eller att bli omplacerad till en annan arbetsplats inom samma företag. Europadomstolen beaktade att arbetstagaren inte hotats med avsked utan erbjudit omplacering vilket arbetsgivaren hade rätt till enligt anställningsavtalet och ansåg därför inte att hans negativa föreningsrätt blivit kränkt.

³⁰ Pettiti, mfl, 1995, s. 425.

5 Lönediskriminering pg.a. kön

5.1 Allmänt

1979 antogs den första svenska jämställdhetslagen (JämL) sedan jämställdhetskommittén 1978 fastlagt att det var ett känt faktum att kvinnornas genomsnittslön låg lägre än männens.³¹ Problemet har dock visat sig vara svårlost. Nedan kommer problematiken att angripas med sikte på Arbetsdomstolen och dess sammansättning, såsom högsta dömande instans i mål om lönediskriminering på grund av kön.

5.2 Rättsläget

5.2.1 Bakgrund

Sveriges första jämställdhetslagstiftning började gälla 1980. Av lagens förarbeten framgår att lagen skapades som ett uttryck för statsmakternas erkännande av målet, jämställdhet mellan kvinnor och män.³² Lagstiftaren överlämnade ursprungligen ansvaret för det huvudsakliga jämställdhetsarbetet åt arbetsmarknadens parter. Man poängterade att det inte var domstolarnas och de enskilda domarnas sak att utifrån sina egna värderingar avgöra vad som är att anse som lika eller likvärdigt arbete.³³ Lagen från 1980 kom bara att prövas två gånger och ersattes 1992 av en ny lag.³⁴ Införandet av den nya lagen motiverades i förarbetena med att jämställdhetsarbetet hittills gått alltför långsamt.³⁵ Den 1 jan 1995 blev Sverige medlem i den Europeiska Unionen varför EG-rätten gällande lönediskriminering på grund av kön nedan behandlas integrerat med den svenska lagstiftningen. EG-rätten är den yttre faktor som påverkat jämställdhetslagstiftningen i Sverige allra mest med sitt väl utbyggda förbudssystem. I förarbetena till den nya JämL framhölls just EG-rättens jämförelsevis högt ställda krav på området som ett av huvudargumenten för införandet av en ny lag.³⁶

³¹ SOU 1978:38

³² Prop. 1978/79:175 s. 14

³³ Prop. 1978/79:175 s. 72

³⁴ se AD 1984 nr 140 och AD 1991 nr 62

³⁵ SOU 1990:41 s.19

³⁶ Prop. 1990/91:113 s. 61.

5.2.2 Lagstiftning och rättspraxis

Jämställdhetsarbetet inom den Europeiska Unionen har en gedigen historia. Den så kallade likalöneprincipen antogs redan 1957 i Romfördraget artikel 119 numera 141. Där sägs bland annat att: ”*Varje medlemsstat skall säkerställa och upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete.*” Artikel 119 (141) kom ursprungligen till för att motverka så kallad otillbörlig konkurrens, länder emellan, genom social dumpning³⁷ men har senare tjänat som den grundläggande jämställdhetsregeln på området.³⁸ EG-domstolen har i sin praxis fastlagt vad som menas med begreppet ”lön” i artikel 119 (141). Det framgår av en rad domar att begreppet lön skall ges en relativt bred tolkning. Lön innefattar förmåner såsom ålderspension, arbetsgivaravgifter till pensionsfonder, avgångsvederlag, sjuklön, arbetslöshetsunderstöd och icke avtalsgrundade förmåner till före detta arbetstagare till exempel billiga resor.³⁹

1975 antogs likalönedirektivet (75/117/EEC) av ministerrådet för att ytterligare öka skyddet för dem som diskrimineras. I direktivets artikel 1 definieras likalöneprincipen enligt följande. ”*Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härefter kallad likalöneprincipen, innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen*”

Relationen mellan fördragstexten i art 141 och likalönedirektivet är intressant. Fördragsregeln har nämligen blivit den grundläggande bestämmelsen i EG-domstolens praxis och direktivet har hamnat mer i bakgrunden.⁴⁰

Tolkingen av Romfördraget artikel 119 (141) har kommit till uttryck i en rad domar från EG-domstolen. I målet *Defrenne vs Sabena* (C-43/75), som gällde en flygvärdinna hos bolaget Sabena som ansåg sig lönediskriminerad i förhållande till sina manliga kollegor, slog EG-domstolen fast att artikel 119 numera 141 i Romfördraget är tillräckligt klar i sin lydelse för att en nationell domstol direkt skall kunna tillämpa den. Vidare uttalade man att om den nationella domstolen inte behöver vidtaga någon mer komplicerad utredning eller behöver ytterligare vägledning för sitt avgörande kan den direkt grunda sin dom på artikel 119 (141).⁴¹ Regeln kan åberopas i en nationell domstol mot såväl privata som offentliga arbetsgivare, man säger att den har både horisontell och vertikal direkt effekt.⁴² I svensk arbetsrättslig kontext innebär domen alltså att fördragsregeln kan åberopas i Arbetsdomstolen som direkt kan grunda sitt domslut på art 141.

Artikel 119 (141) innehåller vissa begränsningar vilket bland annat framgår av C-129/79 *Macarthy v Smith* där frågan om jämförelseperson uppkommer. Jämförelsepersonen är den person med vilken man jämför sin egen situation då man anser sig ha blivit utsatt för en diskriminerande behandling. Domstolen godtog i *Macarthy v Smith* att klagande jämförde sig med den

³⁷ Lundström, 1999, s. 104.

³⁸ Laurén, 1993, s.205.

³⁹ Laurén, 1993, s. 206.

⁴⁰ se under 5.4.2

⁴¹ se även *Jenkins v Kingsgate* (C-96/80)

⁴² Nyström, 2002, s. 212.

man som tidigare innehaft hennes position på företaget. Man godtog där-
emot inte som jämförelseperson en tänkt, fiktiv, manlig kollega. Av detta
fall framgår även att en jämförelse bara kan göras mellan arbetstagare hos
samma arbetsgivare.

Det har dock förekommit, i EG-domstolens praxis, att man inte krävt en
jämförelseperson överhuvudtaget. I fallet C-177/88 Dekker v VJV som
gällde en kvinna som nekats anställning på grund av att hon var gravid kon-
staterade domstolen att kvinnan blivit utsatt för diskriminering utan att
nämna en eventuell jämförelseperson. Av detta kan konstateras att någon
jämförelseperson av motsatt kön inte är nödvändig då det är fullständigt
uppenbart att person utsatts för en diskriminerande behandling. I övriga fall
torde dock en jämförelseperson krävas för en fällande dom.

Jämförelseperson, som juridiskt begrepp, används även av arbetsdomstolen
i en diskrimineringsstvist när man skall utröna om två arbeten är med var-
andra likvärdiga.

I JämL från 1992 1 § ges uttryck för lagens ändamål *att främja kvinnors och
mäns lika rätt i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt
utvecklingsmöjligheter i arbetet* (jämställdhet i arbetslivet). En viktig för-
ändring som tillkommit i den nya jämställdhetslagen från 1992 är att den
numera uttryckligen syftar till att förbättra främst kvinnornas villkor i ar-
betslivet, vilket måste ses som ett erkännande från lagstiftarens sida att det
just är kvinnorna som huvudsakligen utgör den diskriminerade gruppen.

Förbudet mot lönediskriminering gäller mellan lika eller likvärdiga arbeten.
Genom en lagändring 2001 infördes i lagtexten en definition på vad som
menas med likvärdigt arbete i 2 § 2 st. Där framgår att en sammantagen be-
dömning utifrån arbetets krav och natur skall fälla avgörandet om ett arbete
är att betrakta som likvärdigt med ett annat. I motiven till lagtexten sägs att
det ligger i sakens natur att mot bakgrund av den mångfacetterade arbets-
marknaden en sådan definition måste vara allmänt avfattad. Vidare fram-
hålls, att det viktiga är att definitionen klargör att det är själva arbetet, dess
krav och natur, och inte den individ som utför arbetet, som är det centrala i
begreppet likvärdigt arbete.⁴³ Hur en bedömning, angående vad som skall
anses som likvärdiga arbeten, rent praktiskt skall gå till ger lagtexten oss
ingen vägledning om. Av förarbetena till 1992 års lag framgår dock att det
först och främst är de värderingar och normer som finns på arbetsmarknaden
som skall vara vägledande för arbetsvärderingen. Finns en redan utarbetad
plan på arbetsplatsen för arbetsvärdering skall den följas såvida den är
könsneutral.⁴⁴ I många fall finns dock ingen sådan plan. Då vidtar Arbets-
domstolen en fri bedömning utifrån kriterierna kunskap/förmåga, arbetsin-
sats, ansvar och arbetsförhållanden.⁴⁵

I målet AD 1996 nr 14 (Barnmorskemålet I) prövade Arbetsdomstolen för
första gången om två helt olika arbeten kunde betraktas som likvärdiga. Par-
terna i målet var JÄMO och Örebros landsting. JÄMO företrädde en barn-
morska som hade lägre lön än två av landstinget anställda klinikingenjörer.
JÄMO åberopade att barnmorskans arbete var att betrakta som likvärdigt

⁴³ Prop. 1999/2000:143 s. 26.

⁴⁴ Prop. 1990/91:113 s. 89.

⁴⁵ Prop. 1993/94:147 s. 33.

med klinikingenjörernas och att hon därför utsattes för lönediskriminering eftersom hon erhöll lägre lön. Samtliga löner var fastställda i kollektivavtal, varför JÄMO åberopade att kollektivavtalet skulle ogiltigförklaras. Arbetsdomstolen underkände JÄMOs talan med motiveringen att den arbetsvärdering som låg till grund för JÄMOs talan var bristfällig och ej kunde ligga till grund för bedömningen. Arbetsdomstolen förklarade att det förelåg en obalans mellan värderingen av barnmorskans arbete och klinikingenjörernas. Barnmorskan hade haft incitament att anstränga sig vid beskrivningen av sina arbetsuppgifter till skillnad från klinikingenjörerna. Kollektivavtalsparterna hade heller inte deltagit vid upprättandet av arbetsvärderingen varför den ansågs vara för snävt utformad.

AD 2001 nr 13 (Barnmorskemålet II) utgör ett bra exempel på ett diskrimineringsmål där Arbetsdomstolen vidtagit en fri arbetsvärdering utifrån nyss nämnda kriterier. Förutsättningarna i målet var likvärdiga med de i domen från 1996. Tvisten gällde två kvinnliga barnmorskor KE och KW, anställda av Örebro Landsting. Barnmorskorna betalades en lägre lön än en manlig medicintekniker LP, också han anställd av Örebro Landsting. Barnmorskorna företrädades av JämO som inför Arbetsdomstolen gjorde gällande att barnmorskornas arbete var minst likvärdigt med medicinteknikerns och att löneskillnaden stod i strid med jämställdhetslagen.

Landstinget invände att det överhuvudtaget inte går att jämföra två arbetsområden som är så vitt skilda. För det fall att Arbetsdomstolen skulle finna arbetena likvärdiga gjorde landstinget gällande att löneskillnaderna berodde på andra omständigheter än kön, nämligen marknadsförhållanden, att lönerna var fastlagda i kollektivavtal samt ålderskillnaden, medicinteknikern var 14 respektive 17 år äldre än barnmorskorna.

Arbetsdomstolen företog en fri arbetsvärdering, eftersom landstinget inte hade någon utarbetad plan för arbetsvärdering, för att utröna om arbetena kunde anses vara likvärdiga. AD hänvisade här till förarbetsuttalanden gällande vilka kriterier som bör vara av betydelse vid en sådan bedömning nämligen som ovan nämnts kunskap/förmåga, ansvar, ansträngning samt arbetsförhållanden.⁴⁶

Vad gäller det första kriteriet, kunskap och förmåga, konstaterade Arbetsdomstolen att båda parter hade en klart jämförbar nivå av eftergymnasial utbildning. Av barnmorskorna krävdes analys- och problemlösning, ofta i akuta situationer och av medicinteknikern ett stort kunnande inom felsökning och reparationer varför man ansåg att deras kunskap och förmåga var klart jämförbar inom dessa områden.

Angående ansvarskriteriet uttalade Arbetsdomstolen att medicinteknikern å sin sida bar ett stort ekonomiskt ansvar för dyrbar teknisk utrustning och att hans arbetsuppgifter, som oftast utfördes enskilt, krävde ett stort mått av självständighet. Barnmorskorna å andra sidan ansvarar för liv och hälsa både juridiskt men även på ett personligt plan genom förfarande i Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd. Arbetsdomstolen fann att barnmorskornas ansvar var minst lika stort som medicinteknikerns.

Vad gäller kravet på ansträngning konstaterade Arbetsdomstolen att barnmorskorna troligen arbetade under mer stressade förhållanden än medicin-

⁴⁶ numera införda i 2 § 2 st JämL

teknikern men att det i övrigt inte fanns någon indikation på att den ene eller andra parten befann sig i en mer eller mindre ansträngd situation

Arbetsförhållandena bedömdes av Arbetsdomstolen vara likvärdiga i den mening att båda parter löpte risken att utsättas för arbetsskador.

Sammanfattningsvis konstaterade Arbetsdomstolen att de båda barnmorskorna, KE och KW utförde arbete som var att betrakta likvärdigt med medicinteknikern LP.

Sedan Arbetsdomstolen fastslagit att arbetena var att betrakta som likvärdiga prövade man om löneskillnaden hade samband med barnmorskornas könstillhörighet. Eftersom arbetstagarsidan lyckats visa att arbetena var att betrakta som likvärdiga förelåg en presumtion för lönediskriminering. Domstolen uttalade att denna presumtion dock generellt sätt inte är så stark och att den kan brytas genom arbetsgivarsidans motbevisning.⁴⁷ Arbetsdomstolen prövade landstingets tre invändningar. Det förhållandet att lönerna var satta i kollektivavtal saknade ej betydelse i sammanhanget, men detta var ensamt inte tillräckligt för att bryta presumtionen. Arbetsdomstolen godtog att en viss del av löneskillnaden kunde förklaras genom ålderskillnaden mellan parterna eftersom lönestrukturerna generellt sett medgav att högre ålder också gav högre lön. Beträffande marknadssituationen gjorde landstinget gällande att medicinteknikern tillskillnad från barnmorskorna hade en alternativ privat arbetsmarknad och man företedde även statistik som visade att lönen för medicinteknikern motsvarade medellönen för jämförbara gymnasieingenjörer i privat verksamhet. Visserligen fanns inget som tydde på att denna medicintekniker var på väg att lämna sin anställning i landstinget, men Arbetsdomstolen ansåg att arbetsgivaren måste få ha en lönestruktur som långsiktigt gör det möjligt att rekrytera personer som behövs i verksamheten. Arbetsdomstolens godtog landstingets argumentering gällande marknaden vilket ledde till att presumtionen om lönediskriminering bröts och att löneskillnaden ansågs grundad i godtagbara sakliga skäl varför JÄMO:s talan ogillades.

Domen från arbetsdomstolen har blivit mycket omtalad och har av många betraktats som en förlust för jämställdhetsarbetet och för JÄMO. Arbetsdomstolen stödjer till stor del sitt beslut på marknadskrafterna vilka enligt många ger uttryck för en redan könsdiskriminerad marknad.

I Arbetsdomstolens bedömning framkommer också att man fäster vikt vid att lönerna var fastställda i kollektivavtal. Detta kan sägas befästa kritiken mot domstolens sammansättning i mål av detta slag, då denna ofta går ut på att domstolen slår vakt runt kollektivavtalen.

Sett från ett annat perspektiv skulle man kunna hävda att domen innebär ett steg framåt för jämställdhetsarbetet och en framgång för JÄMO. Arbetsdomstolen slår i målet fast att man kan jämföra två helt olika arbeten, klinikingenjörens och barnmorskans. Detta konstaterande från Arbetsdomstolen kan ses som ett litet fall framåt för jämställdhetsarbetet och möjligen bereda väg för framtida fällande domar.

⁴⁷ Arbetsdomstolen hänvisade härvid till Prop. 1978/79:175

5.2.3 Direkt och indirekt diskriminering

Förbudet mot lönediskriminering återfinns i JämL 15 och 16 §§. Här framgår numera att såväl direkt som indirekt diskriminering är förbjuden.⁴⁸ Dessa begrepp är hämtade från EG-rätten. Innebörden av begreppen direkt och indirekt diskriminering är att arbetsgivarens diskriminerande behandling är förbjuden oavsett om den sker genom en aktiv handling (direkt diskriminering) eller genom att ett tillsynes objektiva krav uppställs, vilket i praktiken verkar diskriminerande mot det ena könet (indirekt diskriminering).⁴⁹ Vidtar en arbetsgivare en åtgärd eller fattar hon ett beslut som direkt motiveras av kön föreligger direkt diskriminering. Ett exempel på detta är när ett arbete endast utannonseras till kvinnor. Indirekt diskriminering föreligger exempelvis då deltidsanställda ges sämre villkor än heltidsanställda arbetstagare. Då de flesta deltidsanställda arbetstagare är kvinnor medför sådana villkor att kvinnorna som grupp i detta fall diskrimineras.

Begreppen direkt och indirekt diskriminering härstammar som nämnts från EG-rätten. Direkt diskriminering kan i princip aldrig ursäktas.⁵⁰ Intressant att notera är att indirekt diskriminering kan vara ursäktlig. Detta avgörs genom en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet. Indirekt diskriminering definieras inte klart i fördragets artikel 141 men omfattas häri enligt EG-domstolens praxis. En definition av indirekt diskriminering återfinns även i det så kallade bevisbördedirektivet (97/80EG).

EG-domstolen har avdömt ett flertal fall av indirekt diskriminering och i flera domar gjort intressanta uttalanden. I fallet *Jenkins v Kingsgate* ansåg EG-domstolen att en arbetsgivare som betalar ut lägre timlön till deltidsanställda än heltidsanställda kan göra sig skyldig till lönediskriminering om de deltidsanställda till övervägande del är kvinnor.

I EG-domstolens dom C-170/84 *Bilka Kaufhaus v Weber von Hartz* var frågan om deltidsanställda på ett företag hade utsatts för lönediskriminering på grund av kön då de inte omfattades av företagets pensionsförsäkringssystem. Domstolen uttalade i detta mål att det utgör indirekt diskriminering att hålla de deltidsanställda utanför systemet om majoriteten av de deltidsanställda är kvinnor. Detta förfarande ansågs inte förenligt med en korrekt tillämpning av artikel 141 Romfördraget. Vidare uttalade EG-domstolen att förutsättningen för att en utfrysning av de deltidsanställda skulle vara godtagbar var att den var föranledd av ett verkligt behov hos företaget att företa åtgärden och skillnaderna i lönevillkor måste vara relevanta och nödvändiga för verksamheten.

I 17 § Jämställdhetslagen framgår när förbuden mot diskriminering gäller. I 3 p stadgas att förbudet mot direkt eller indirekt diskriminering i enlighet med 15 och 16 §§ gäller när arbetsgivaren *tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga.*

För att tillgodose att denna lag efterlevs skall det finnas en Jämställdhetsombudsman (JÄMO) som utses av regeringen vilket framgår av 30 § jäm-

⁴⁸ Prop. 1999/2000:143 s. 28.

⁴⁹ Glavå, 2001, s. 232.

⁵⁰ Nyström, 2002, s. 209, Här bör man dock observera undantagen från förbudet mot direkt diskriminering; positiv särbehandling och ideella undantag.

ställdhetslagen. JÄMO är en statlig myndighet. Hit kan man vända sig om man anser sig ha blivit diskriminerad på grund av kön exempelvis i lönefrågor. Den nuvarande jämställdhetsombudsman heter Claes Borgström och har tidigare arbetat som advokat.⁵¹ I 31 § jämställdhetslagen sägs det att jämställdhetsombudsmannen i första hand skall söka förmå arbetsgivare att frivilligt följa föreskrifterna i denna lag. JÄMO driver dock även rättsliga processer i arbetsdomstolen om en frivillig uppgörelse inte kunnat träffas.

5.3 AD:s partsammansättning och lönediskriminering p.g.a. kön

5.3.1 JämL ett hot mot den svenska modellen ?

Det system, ur vilket den svenska arbetsrätten är sprungen, brukar betecknas som den svenska modellen. Den svenska modellen kan generellt definieras som ett sätt att beskriva det svenska samhällssystemet och välfärdsstatens typiska drag på.⁵² På arbetsrättens område kommer den till uttryck i ett särpräglad tvistelösningssystem, med intresserepresentation i Arbetsdomstolen, där stor tonvikt läggs på arbetsmarknadens parter som själva skall ansvara för arbetsfred och att kollektivt genom centrala förhandlingar bestämma arbetsvillkoren på arbetsmarknaden samt befästa dessa i kollektivavtal. Den svenska arbetsrättsliga modellen karaktäriseras vidare av en högt utpräglad partsautonomi. Den innebär att en stor del av den arbetsrättsliga lagstiftningen är semidispositiv och kan av arbetsmarknadens parter avtalas bort genom upprättande av kollektivavtal.⁵³ En principiell konflikt kan sägas uppstå då den diskriminerade individens rätt skall prövas och ställs emot detta kollektivt präglade system.

Från Arbetsdomstolens praxis märks AD1984 nr 140 där Arbetsdomstolen slår fast att det förhållande att en individuell lönesättning är överenskommen genom kollektivavtal inte medför att jämställdhetslagens förbudsregler sätts ur spel. Värt att notera gällande detta avgörande är att intresserepresentanterna från arbetsgivarsidan var skiljaktiga med domstolens övriga ledamöter. Arbetsgivarsidan ansåg att en lönesättning, som utgör ett resultat av en fri förhandling mellan avtalsparterna, måste ses som ett klart uttryck för parternas värdering av arbetsuppgifterna, varför man inte tyckte att Arbetsdomstolen behövt gå vidare och pröva några ytterligare omständigheter. Arbetsgivarledamöterna blev dock nedröstade.

Detta avgörande legitimerar farhågor kring lekmanaledamöternas intresse av att skydda kollektivavtalen på bekostnad av jämställdhetsarbetet.⁵⁴

⁵¹ <http://www.jamombud.se/>, 05/03/28

⁵² SOU 1990:44 s. 22.

⁵³ Schmidt, 1997, s. 15

⁵⁴ Se nedan under 5.4.2

Vad händer då med den Svenska modellen och kollektivavtalen om Arbetsdomstolen konstaterar att ett specifikt avtal för med sig en diskriminerande lönesättning? Om vi tar som exempel en steward med lön enligt kollektivavtal som har blivit utsatt för diskriminering och hans lön därför höjs efter en tvist i Arbetsdomstolen. Då har Arbetsdomstolen samtidigt fastslagit att kollektivavtalet innehåller en diskriminerande bestämmelse för stewardar som befinner sig i en liknande situation. Enligt 23 § Jämställdhetslagen bör då kollektivavtalet i denna del, på talan av den fackliga avtalsparten, förklaras ogiltigt vilket också framgår av AD 1985 nr 134. Detta resonemang innebär att en diskriminerings tvist kan få konsekvenser inte bara för den enskilda individen utan för ett kollektiv av arbetstagare anslutna till samma kollektivavtal som befinner sig i samma situation som den klagande parten. Det är i en sådan situation som konflikten mellan individens rätt att inte bli utsatt för diskriminerande behandling och arbetsmarknadsparternas kollektivt framförhandlade lönesystem blir som allra tydligast. Arbetsmarknadens parter, som representeras i Arbetsdomstolen, är kanske inte beredda att omförhandla ett kollektivavtal på grund av att en enskild individ blivit utsatt för diskriminering. Detta kan leda till en låst situation där jämställdhetsarbetet stagnerar eftersom starka samhällsintressen ”drar” i motsatt riktning. Så länge dessa samhällsintressen dessutom representeras i Arbetsdomstolen och präglar dess dömande verksamhet kan man med fog ifrågasätta om detta inte försämrar den diskriminerade individens förhandlingsposition vid en uppkommen tvist.

Problematiken kring vilka konsekvenser en bifallande dom i ett diskrimineringsmål kan få för ett kollektivavtal berörs inte i förarbetena till jämställdhetslagen. Möjligen skulle ett pilotfall kunna visa vägen och ändra förutsättningarna i de lönediskriminerande kollektivavtalen. Vidare kan nämnas att EG-domstolens praxis på området, hittills, har tett sig mer offensiv än Arbetsdomstolens, något som på sikt kan bidra till att Arbetsdomstolen tvingas ändra sin praxis och attityd.⁵⁵

5.3.2 Arbetsdomstolens tolkning av EG-rätten

I anslutning till diskussionen om Arbetsdomstolens sammansättning och lönediskriminering på grund av kön bör den kritik som framförts mot Arbetsdomstolens hållning till EG-rätten lyftas fram. Kritiken bottnar bland annat i inkonsekvent tolkning av EG-rättens bestämmelser på området. Arbetsdomstolen skall, eftersom Sverige är medlemmar i EU rätta sig efter EG-domstolen och dess direktiv liksom övriga rättskipande instanser. Samtidigt som Arbetsdomstolen i sin praxis konstaterat att EG-rätten gäller i Sverige har man även uttalat att EG-domstolens praxis skall ses som vägledande uttalanden.⁵⁶ Dessa dubbla budskap visar på en snedvriden och ambivalent inställning till EG-rättens inflytande här i Sverige.

⁵⁵ Laurén, 1993, s. 211.

⁵⁶ Fransson, 2001/2002, s.9.

Ett exempel på denna ambivalens finner vi i det redan ovan diskuterade målet AD 2001 nr 13 (Barnmorskemålet 2). Majoriteten av domstolens ledamöter ansåg här att arbetsgivaren lyckats motbevisa förekomsten av könsdiskriminering genom att hänvisa till marknaden och kollektivavtalen, medan minoriteten ansåg att det inte var styrkt att presumtionen om könsdiskriminering brytits. Frågan är om målet fått samma utgång om Arbetsdomstolen tillämpat EG-rättens strängare beviskrav och verkligen prövat arbetsgivarens motbevisning. Borde verkligen det faktum att lönerna var fastställda i kollektivavtal spela någon roll för bedömningen om förekomsten av diskriminering? Vidare, hade EG-domstolen tillmätt marknadssituationen samma betydelse som Arbetsdomstolen gjorde? Något direkt svar på den frågan kommer vi aldrig att få. En något ambivalent syn vad gäller den Svenska modellen och tillämpningen av EG-rätten på området kan även märkas i debatten bland arbetsdomstolens mest ivriga förespråkare.⁵⁷ Man menar att arbetsrätten i de mest tongivande medlemsländerna inom Europeiska Unionen skiljer sig från våran nordiska modell på så sätt att man istället för våra kollektivavtalslösningar har valt en arbetsrättslig lösning som mer är inriktad på individen, vilket leder till att EG-rätten är mer inriktad på individuella okränkbara rättigheter. Man framhäver vikten av att bevara vårt kollektiva förhandlingssystem och bara tillämpa EG-rätten på ett sådant sätt att direktiven och reglerna inte slår sönder vårt system.

Det är riktigt att den Europeiska arbetsrätten och den nordiska är sprungna ur två från varandra vitt skilda system det ena präglad av individualism det andra av kollektivism. Resonemanget om att vi i Sverige inte skall anpassa oss till det Europeiska systemet har snarare karaktär av en önskan men förlorar sin betydelse genom Sveriges medlemskap i EU vilket automatiskt medför att vårt nationella rättssystem inordnas under det gemensamma europeiska i den rättsliga hierarkin.

5.3.3 Arbetsdomstolens bristande kompetens?

I debatten rörande arbetsdomstolens sammansättning och lönediskrimineringen på grund av kön har Arbetsdomstolens kompetens ifrågasatts. Frågan är om den, av mer kollektiva tvister präglade Arbetsdomstolen, överhuvudtaget klarar av denna uppgift?

Lena Svenaeus som är chefsjurist på Akademikerförbundet SSR och före detta JÄMO menar bestämt att så inte är fallet. Detta framkommer i en artikel från den 21 september 2004 i Svenska dagbladet.⁵⁸ Hon hävdar i detta debattinlägg att ledamöterna i Arbetsdomstolen har för dålig kunskap om diskrimineringslagstiftningen. Utav de ungefär 60 könsdiskrimineringsmål som AD tagit upp till behandling har endast 16 lett till fällande dom och i endast 6 fall var ledamöterna eniga. I mer traditionella arbetsrättsliga tvister brukar ungefär hälften av målen bifallas. Detta bevisar hur svårt det är att

⁵⁷ Meijer, Olauson, 2001/2002, s. 18

⁵⁸ Danielsson, SvD, 2004

driva en diskrimineringsprocess i Arbetsdomstolen. Arbetsdomstolens nära relation till arbetsmarknadens parter har lett till att man i stor utsträckning slagit vakt om kollektivavtalen. Detta i samband med okunnighet och inkompetens i domstolen bidrar till dagens olyckliga situation. Ett förslag till förändring skulle vara att ändra nomineringen till domstolen för att öka dess kompetens. Man kan fortfarande tänka sig att det är de fackliga organisationerna som nominerar ledamöterna men att samtliga som är valbara skall ha god kunskap om diskrimineringslagstiftningen. Vidare kunde en möjlighet vara att låta någon av diskrimineringsombudsmännen nominera en ledamot.

5.3.4 Lönediskriminering en fråga för AD eller parterna?

I debatten rörande Arbetsdomstolens behandling av lönediskrimineringsfrågor på grund av kön har frågan uppkommit om Arbetsdomstolens sammansättning överhuvudtaget spelar en sådan avgörande roll i sammanhanget. Resonemanget bygger på att det istället är parternas sak att komma tillrätta med detta problem och att det överhuvudtaget inte går att lösa inom ramarna för en domstol. Det handlar istället om att förändra gamla bakomliggande värderingar som orsakat löneklyftorna och att föra upp dem på partsnivå för att på så sätt åstadkomma en förändring. Medlemmarna i fackförbunden skall bättre känna sina rättigheter och aktivt sträva efter löneökningar och jämställdhet.⁵⁹

Det är förvisso så att frågan om jämställdhet föds i tanken och måste för att fullt ut kunna bli verklighet först förankras i det mänskliga medvetandet. Att vägen dit blir kortare om vi avskaffar möjligheten till rättslig prövning i dylika frågor verkar otroligt.

5.4 Reformförslag

5.4.1 Tingsrätt eller Arbetsdomstol ?

I debatten kring Arbetsdomstolens handläggning av diskrimineringsärenden höjs röster för att Arbetsdomstolen inte är rätt forum för diskriminerings tvister och att dessa istället bör behandlas inom ramen för det allmänna domstolsförfarandet. En av de mest kända företrädarna för denna linje är Claes Borgström (JÄMO). Anledningen till att man vill flytta över tvisteförfarandet i mål rörande diskriminering från Arbetsdomstol till tingsrätt är flera. Först och främst bör uppmärksammas ett grundläggande argument som går ut på att Arbetsdomstolen från början aldrig varit tänkt att ges den-

⁵⁹ Fernvall, 2001-2002, s. 4.

na funktion och därför inte heller besitter den kompetens som fordras. Varken vid skapandet 1928 eller vid rättegångsreformen 1974 var meningen att Arbetsdomstolen skulle tilldelas denna kompetens.⁶⁰ En utveckling av detta grundläggande argument leder till ett ifrågasättande om parternas domstol, som Arbetsdomstolen ofta kallas, är skickad att lösa tvister då en enskild arbetstagare har utsatts för diskriminerande behandling. Traditionellt har Arbetsdomstolen slitit tvister gällande framförallt kollektivavtalen då man försökt tillgodose båda arbetsmarknadens parter i den mån det är möjligt för att på så sätt skapa balans på arbetsmarknaden. I skuggan av Langborgerfallet från Europadomstolen, vilket ledde till att Bostadsdomstolens avskaffades 1995, finns det möjligen skäl som objektivt sett kan rubba förtroendet för Arbetsdomstolen i dessa frågor menar Borgström med flera.⁶¹

Borgström har fått mycket mothugg för sina ställningstaganden i debatten. Ronnie Eklund ställer frågan vad arbetstagarsidan har för intresse att gör gemensam sak med en arbetsgivare som instämts för brott mot jämställdhetslagen. Han förkastar Borgströms oro över partsintresset att vilja skydda kollektivavtalen. Detta motiverar Eklund med att det inte alls är kollektivavtalen som prövas vid en tvist rörande diskriminering på grund av kön. Eklund menar vidare att signalfunktionen i rättsbildningen skulle gå förlorad om allmän domstol skulle ta över prövningen av diskrimineringstvisterna.⁶²

Regeringen har tillkallat en parlamentarisk kommitté som skall se över diskrimineringslagstiftningen. Av direktivet till kommittén framgår att detta arbete även omfattar ett uppdrag att överväga hur domstolsprocessen i diskrimineringsmål skall utformas. Något slutbetänkande angående domstolsprocessen i diskrimineringsmål har ännu inte framlagts. Av direktivet till kommittén framgår dock att de frågor som skall behandlas är om sammansättningen i Arbetsdomstolen bör ändras i diskrimineringsmål eller om sådana mål istället bör prövas av allmän domstol.⁶³

5.4.2 Ökad kompetens i AD en lösning?

Ett förslag till förändring av arbetsdomstolens handläggning av diskrimineringstvister är att tillföra Arbetsdomstolen utökad kompetens på området. Detta förslag inbegriper nödvändigtvis inte att själva sammansättningen i domstolen måste ändras utan snarare uppställer det ett krav på att en eller flera av de ledamöter som dömer i diskrimineringsmål skall ha särskild kunskap om diskrimineringsfrågor. Detta skall jämföras med dagens system då en ledamot av Arbetsdomstolen, då den sammanträder i allmän sammansättning, skall ha särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden. Det skulle direkt kunna överföras till diskrimineringstvisterna, en person som har särskild insikt i diskrimineringsfrågor skulle kunna delta i diskrimine-

⁶⁰ Borgström, 2001/02, s. 10.

⁶¹ Borgström, 2001/02, s.11.

⁶² Eklund, 2001-2002 s. 14.

⁶³ Direktiv 2002:11 ”En sammanhållen diskrimineringslagstiftning”

ringstvister. I motion 1998/99:A717 kom ett förslag innebärande att en särskild domförhållningsregel borde införlivas i diskrimineringstvister. En sådan regel skulle säkerställa att diskrimineringsfrågorna blir utredda av en domstol med en sådan kompetens som krävs för dessa komplicerade frågor. Av motionen framgår vidare att en förändring är önskvärd eftersom Arbetsdomstolens traditionella kompromisslösningar mellan arbetsmarknadens parter ofta sätter käppar i hjulet för jämställdhetsutvecklingen. Diskriminerings- tvister innehåller typiskt sett inte det särpräglade arbetstagar- och arbetsgi- varintresset som en normal arbetstvist gör. Därför skall man inte låta ar- betsmarknadens parter värderingar fälla avgörandet i en diskriminerings- tvist.⁶⁴

5.4.3 Arbetsdomstolen bör ges fortsatt förtroende !

En av de linjer som förespråkas i debatten om Arbetsdomstolens framtid och diskrimineringsmålen är att en förändring av handläggningen inte är önskvärd eller i vart fall att det inte finns något alternativ som skulle vara bättre. Arbetsdomstolen skall alltså ges fortsatt förtroende att döma i mål om löne- diskriminering på grund av kön med bibehållen sammansättning (allmän eller särskild sammansättning beroende av frågans beskaffenhet). Ronnie Eklund, professor i Civilrätt vid Stockholms Universitet får, dömande av debatten, anses vara den främsta förespråkaren för denna linje. Han menar att en förflyttning av dessa mål från Arbetsdomstol till allmän domstol skul- le innebära att man vingklipper Arbetsdomstolen och rättstillämpningen på detta område inte skulle bli lika enhetlig. Man bör fostra aktörerna på ar- betsmarknaden istället för att ta deras befogenheter ifrån dem. Detta, menar han, är den rätta vägen att gå för att komma åt problematiken med löne- diskrimineringen på grund av kön. Något som närmast kan liknas vid hjälp till självhjälp.⁶⁵

⁶⁴ Motion 1998/99:A717, Ahlqvist och Öhman, (S)

⁶⁵ Eklund, 2001/02, s. 7.

6 Oorganiserade arbetstagare och arbetsgivare

6.1 Allmänt

Den kollektiva arbetsrätten och dess grundläggande syften beskrivs bäst ur ett maktperspektiv. Utgångspunkten är att arbetstagaren, generellt sätt den ensamma individen, har en svagare förhandlingsposition gentemot den starkare arbetsgivaren. Detta tar sig framförallt uttryck i ett ekonomiskt och socialt underläge.⁶⁶ Genom att slå sig samman och bli ett kollektiv kan arbetstagare motverka arbetsgivarens individuella övertag. Den svenska arbetsrätten har sedan 1900 talets början erkänt arbetstagarnas organisationssträvande genom rätten att bilda fackföreningar men också arbetsgivarnas rätt å sin sida att sluta sig samman i arbetsgivarorganisationer. Sett ur ett internationellt perspektiv är organisationsgraden, nämligen arbetstagarnas och arbetsgivarnas organisationsnivå procentuellt uttryckt, mycket hög. Man räknar med att så många som 90 % av Sveriges arbetstagare tillhör fackföreningar.⁶⁷ Grundtanken och målet med den kollektivt reglerade arbetsrätten är att frågor om löner, arbetstid och semester etc. inte skall bestämmas i ett individuellt anställningsavtal. Dessa frågor regleras istället gemensamt för arbetstagare och arbetsgivare inom ett visst område genom kollektivavtalen.

De oorganiserade arbetstagarna och arbetsgivarna är de som väljer att inte låta sig representeras av någon facklig organisation respektive tillhöra någon arbetsgivarorganisation. Det vill säga man väljer att stå utanför det kooperativa systemet, varför denna grupp med en annan benämning ofta kallas utanförstående arbetsgivare och arbetstagare. För denna grupp gäller vid eventuella problem på arbetsplatsen, inom företaget eller i övrigt i samband med anställningen att man vid en eventuell tvist driver sin sak själv. Man kan tala om en individuell arbetsrätt vid sidan om den kollektiva. Problematiseringen i detta avsnitt bygger i stor utsträckning på en kollision mellan dessa båda system då den oorganiserade arbetstagaren/arbetsgivaren hamnar i en konfliktsituation med motstående kollektiva intressen och ställs inför den partssammansatta Arbetsdomstolen med representationsinslag från arbetsmarknadsorganisationerna. En annan grupp som hamnar i en utsatt position vid en konflikt på arbetsplatsen är de arbetstagare som förvisso är fackligt anslutna men inte tillhör det fackförbund som organiserar majoriteten av arbetstagarna.

De arbetstagare som valt att organisera sig i en minoritetsorganisation har ofta ett försvagat skydd jämfört med dem som tillhör de kollektivavtalsanslutna förbunden. Minoritetsförbund exempelvis SAC ges inte representa-

⁶⁶ Schmidt, 1997, s. 18

⁶⁷ Nyström, 2002 s. 63, not 14, s. 9.

tion i Arbetsdomstolen varför samma utanförskap som ovan omtalats gällande de oorganiserade arbetstagarna och arbetsgivarna kan uppkomma även deras fall.

6.2 Rättsläget

6.2.1 Lagstiftning och rättspraxis

6.2.1.1 Föreningsrätten

Begreppet föreningsrätt är tudelat. Man talar om positiv föreningsrätt och negativ föreningsrätt. Med positiv föreningsrätt menas rätten att bilda och ansluta sig till föreningar exempelvis; fackföreningar.

Den positiva föreningsrätten är grundlagsskyddad i RF 2 kap 1 § 5 p.

I 7 och 8 §§ MBL definieras den positiva föreningsrätten och där sägs även att den skall lämnas okränkta. Ett skydd för den positiva föreningsrätten framgår också av Europakonventionens 11 artikel.

Den negativa föreningsrätten det vill säga rätten att stå utanför arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna skyddas inte i MBL men precis som den positiva i 11 artikeln Europakonventionen. Såsom artikeln är formulerad är detta skydd svårt att uttolka ur artikelns lydelse. Att 11 artikeln Europakonventionen skall uppfattas så att den innefattar detta skydd framgår dock tydligt i Europadomstolens praxis. Europadomstolen ger oss emellertid inga klara direktiv kring den negativa föreningsrättens räckvidd vilket gör att den framstår vara av något diffus art. Av Europadomstolens praxis framgår att en inte helt okomplicerad proportionalitetsbedömning skall vidtagas för att utröna vilket intresse som skall väga tyngst i det enskilda fallet.

I målet Gustafsson mot Sverige, dom den 25 april 1996, var bakgrunden den att TG drev ett vandrarhem och servering på Gotland. TG arbetade alltså i egenskap av arbetsgivare och hans verksamhet drevs med färre än tio säsongsanställda arbetstagare. TG var inte ansluten till någon arbetsgivarorganisation och heller inte bunden av något kollektivavtal. Han vägrade vidare att skriva på ett hängavtal med den fackliga organisationen Hotell- och Restauranganställdas förbund. Han åberopade att han redan tillämpade mer fördelaktiga anställningsvillkor än vad kollektivavtalet stipulerade. Följden av detta blev att förbundet utfärdade en blockad och bojkott mot TG. Sympatiåtgärder vidtogs även av andra fackliga organisationer, bl.a. av transportarbetare och sophämtare. Stridsåtgärderna förmådde inte TG att gå fackförbundet till mötes men drabbade honom så hårt att han tvingades sälja sin verksamhet.

TG vände sig först till regeringen med krav på ersättning för den skada som stridsåtgärderna orsakat honom. Hans anspråk avvisades dock liksom hans anspråk om överprövning hos Regeringsrätten av regeringens beslut. TG väckte då talan vid Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter

som förklarade talan ”admissible” vilket kan liknas vid ett prövningstillstånd.⁶⁸ Målet fördes sedan vidare för prövning i Europadomstolen. TG anförde inför Europadomstolen att nedläggningen av hans verksamhet hade varit en direkt följd av de stridsåtgärder han utsatts för.

Europadomstolen konstaterade inledningsvis i sin dom att de stridsåtgärder som vidtagits från fackförbundets sida måste ha inneburit en avsevärd påtryckning på TG, att gå med på förbundets begäran om att han skulle teckna kollektivavtal. Vidare konstaterade Europadomstolen att det fanns två vägar TG kunde ha tagit för att gå förbundet tillmötes. Antingen, att gå med i en arbetsgivarorganisation eller att teckna ett hängavtal. Europadomstolen ansåg att utövandet av TGs föreningsrätt berördes därigenom i viss utsträckning. Europadomstolen uttryckte vidare att art 11 skyddar även den negativa föreningsrätten.⁶⁹ Man uttalade att staterna i viss utsträckning är skyldiga att ingripa i relationer mellan enskilda i syfte att tillse att denna skyldighet respekteras och efterlevs. När det gäller relationerna på arbetsmarknaden fick dock staterna anses ha stor frihet att avgöra var gränserna skulle gå för statlig intervention och vilka medel som skulle aktualiseras vid ett eventuellt ingripande. I det aktuella fallet skulle TG kunnat tillmötesgå den fackliga organisationens krav utan att gå med i en arbetsgivarorganisation genom att teckna ett hängavtal. Detta skulle i det aktuella fallet inte ha blivit mindre ekonomiskt fördelaktigt för honom. Artikel 11 innefattade vidare i sig inte någon rätt att inte teckna kollektivavtal. Tvång från ett fackförbunds sida som inte i betydande utsträckning påverkar utövandet av föreningsfriheten strider inte mot art 11, låt så vara att tvånget orsakat ekonomisk skada. Europadomstolen adderade i anslutning till det sagda att Gustafsson inte lyckats styrka att han tillämpade anställningsvillkor som var förmånligare än kollektivavtalets samt att det inte fanns skäl att betvivla att stridsåtgärderna vidtagits mot bakgrund av sådana legitima intressen som är förenliga med art 11. Sammanfattningsvis fann Europadomstolen att någon överträdelse av art 11 inte förekommit. Arbetstagarorganisationens intresse måste respekteras och det är naturligt att man vill få till stånd ett kollektivavtal. Trots den skada domstolen de facto konstaterat orsakats TG fick arbetstagarorganisationens krav anses väga tyngst.

Europadomstolens avgörande ställer frågan om arbetsgivarens negativa föreningsrätt och den fackliga organisationens rätt att vidtaga stridsåtgärder på sin spets. Av utgången i fallet kan konstateras att art 11 Europakonventionen skall tolkas så att den rymmer ett visst skydd för den negativa föreningsrätten men att det bara är ett kärnområde som skyddas.⁷⁰ Domen måste dock tolkas så att Europakonventionen i mer extrema fall förbjuder sådana stridsåtgärder som kränker den negativa föreningsrätten då arbetsgivaren inte lämnas något annat val än att ofrivilligt ansluta sig till en organisation eller att skriva på ett hängavtal. Till exempel om fackföreningar vidtar massiva stridsåtgärder i syfte att få en arbetsgivare att underkasta sig ett hängavtal om detta i sin tur medför att han påtvingas förpliktelser som är långt mer betungande än riksavtalet. Stridsåtgärderna får i ett sådant fall anses vara

⁶⁸ Engelskans *admissible* betyder direkt översatt till svenska tillåten, antaglig

⁶⁹ Jämför ovan i fallet Sigurjonsson under 4.3.3

⁷⁰ Sigeman, 1999, s. 47.

olovliga enligt konventionen och därmed också enligt svensk rätt.⁷¹I domen konstaterade Europadomstolen att undertecknande av avtalet inte skulle medföra sådana väsentliga sämre villkor för Gustafsson varför heller stridsåtgärderna inte var olovliga.

6.2.1.2 Art 6.1 Europakonventionen

Artikel 6.1 i Europakonventionen garanterar alla konventionsstaternas medlemmar rätten till en rättvis rättegång inför en oavhängig och opartisk domstol. Denna rättsregel har kommit att bli vida omdiskuterad i samband med ifrågasättandet av Arbetsdomstolens sammansättning. Frågan är om Arbetsdomstolen lever upp till konventionens krav. Målen Langborger och Kellerman från Europadomstolen är de viktigaste avgörandena på området från Sverige. Langborgerfallet rörde förvisso inte arbetsrättens område men satte frågan om partsammansatta domstolars framtid på kartan.

Langborgerfallet, dom den 22 juni 1989, gällde hyresrättens område. Tvisten gällde initialt L:s eventuella rätt att slippa ha en förhandlingsklausul i sitt hyreskontrakt. Denna klausul innebar att hyrorna förhandlades fram mellan Hyresgästföreningen och Stockholms fastighetsägarförening. L föredrog att ha en konstant löpande hyra. När tvisten nådde bostadsdomstolen ifrågasatte L dess sammansättning. Domstolen bestod av två intresseledamöter en från fastighetsägarförbundet en från hyresgästföreningen samt en oberoende ledamot. L anförde att det förelåg objektivt jäv eftersom de båda intresseledamöterna hade ett gemensamt mot honom stående intresse nämligen förhandlingsklausulen. Han menade att dessa båda organisationer var hans motparter i målet och att de därför inte borde ta plats i domstolens sammansättning. L:s talan avslogs och han förlorade målet.

L drog då tvisten till Europadomstolen som tog upp målet till prövning. Europadomstolen konstaterade initialt att ett system där en domstol innehåller intresseledamöter i sig inte strider mot art 6.1 Europakonventionen men att det krävs en balans mellan de intressen som representeras däri. När Europadomstolen skulle ta hänsyn till om objektivt jäv förelåg i detta specifika fall undersökte man hur ledamöterna i domstolen utsågs, hur villkoren för dess förordnanden ser ut, om det fanns en garanti mot påverkan utifrån samt slutligen om sammansättningen objektivt sätt framstod som opartisk. Europadomstolen slog fast att de båda intresseledamöterna, i bostadsdomstolens sammansättning, i detta fall hade ett ekonomiskt intresse av att den omtvistade hyresklausulen skulle finnas med i kontraktet. De båda ledamöterna hade tidigare varit anställda av respektive förening vilket tydde på att det fortfarande fanns nära relationer dem emellan. Europadomstolen konstaterade att det fanns en möjlighet att intressebalansen rubbats. Det faktum att en av de tre domarna var opartisk förändrade inte situationen. Det var inte ställt bortom rimligt tvivel att de båda ledamöterna inte kunde göra gemensam sak mot Langborger och därför ansåg Europadomstolen att en jävssituation förelåg. Resultatet av detta blev att Sverige fälldes och att bostadsdomstolen avskaffades.

⁷¹ Schmidt, 1997, s. 235

Vilka konsekvenser förde då Langborgerdomen med sig för övriga specialdomstolar? Frågan diskuterades av regeringen och man kom fram till domen inte borde få några konsekvenser för Arbetsdomstolen. Den huvudsakliga argumentationen som ledde regeringen till detta ställningstagande vara att den situation som uppstod i Langborgerfallet inte behövde uppstå i en arbetsrättslig tvist.⁷² Frågan behandlas i en artikel från Juridisk tidskrift skriven av Ronnie Eklund.⁷³ Eklund lyfter i sin artikel fram att Europadomstolen inte förkastat specialdomstolar i generell bemärkelse. Europadomstolens använde ett subjektivt och ett objektiva kriterium vid sin bedömning av vilket det objektiva väger tyngst. Frågan är; ger lekmannadomarna ett yttre intryck av oavhängighet? Är intressebalansen rubbad? I och med att lekmanaledamöterna i detta fall hade ett gemensamt intresse motstående kärandens förelåg en legitim misstanke om opartiskhet (legitimate doubt) och det objektiva testet brast.

I artikeln lyfts vidare fram en rad skäl för att Langborgerfallet inte borde få någon större genomslagskraft på arbetsrättens område. För det första, säger Eklund, var Langborgerfallet ett *in casu* avgörande vilket betyder att specialdomstolar i sig inte är förkastliga. För det andra uppträder Arbetsdomstolen sedan 1974 i viktigare mål med så kallad allmän uppsättning varför man på så vis befinner sig längre bort från den aktuella tvistens epicentrum, som Eklund uttrycker det. Eklund säger vidare att Arbetsdomstolen idag är en mer påpassad domstol än tidigare då specialkunskapen inte var så spridd.⁷⁴

Förutsättningarna i det mycket uppmärksammade målet AD 1998 nr 17 AB Kurt Kellerman mot Sverige var snarlika de i Gustafssonmålet men domen kom i Europadomstolen att handla om något helt annat.

Bakgrunden i målet var att Kellerman (K) som drev ett textilföretag (Bolaget) inte var medlem i någon arbetsgivarorganisation och trots påtryckningar från industrifacket inte heller ville teckna ett kollektivavtal. K hävdade bland annat att de egna anställningsvillkoren som han tillämpade var mer förmånliga för de anställda än kollektivavtalet stipulerade varför det inte borde ligga i arbetstagarernas intresse att något avtal slöts. Av de anställda på företaget var endast två medlemmar i industrifacket. Som en direkt följd av K:s vägran att teckna ett kollektivavtal hotade industriförbundet med vidtagande av stridsåtgärder för att ändock söka få avtalet till stånd.

Bolaget och K vände sig då till Stockholms tingsrätt med ett yrkande att man skulle förklara stridsåtgärderna som olagliga. Efter begäran från facket sköts tvisten vidare till Arbetsdomstolen. Bolaget och K yrkade här på att tvisten skulle avgöras med en sammansättning utan intresseledamöter nominerade av arbetsmarknadens parter. Annars, hävdade man vidare, skulle domstolens sammansättning strida mot kravet i 6.1 Europakonventionen på en opartisk och oavhängig domstol. Arbetsdomstolen avslög dock K och bolagets begäran och beslutade att avgörandet skulle ske med en normalsammansättning. Det vill säga med två ämbetsmannadomare, en person med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden samt fyra intresseledamö-

⁷² se Prop. 1990/91:98 s. 32.

⁷³ Eklund, 1989/90, s. 390-395.

⁷⁴ Eklund, 1989/90, s. 395.

ter. Vid sakprövningen lämnades K:s och bolagets talan utan bifall då Arbetsdomstolen inte ansåg att stridsåtgärderna skulle innebära en kränkning av K:s negativa föreningsrätt. Nämnas bör här att en av lekmannadomarna var skiljaktiga.

K vände sig då till Europadomstolen och hävdade där att han i Arbetsdomstolen inte erhållit en rättvis rättegång. Han hävdade att Arbetsdomstolen inte uppfyller kraven i art 6.1 Europakonventionen på opartiskhet och oavhängighet med tanke på dess sammansättning. K hävdade förvisso inte att någon av ledamöterna i Arbetsdomstolen de facto varit partisk i sitt ställningstagande men att rätten sammansättning som sådan innebar att objektiviteten kunde ifrågasättas. K och bolaget anförde att man med fog kunde befara att lekmannadomarna, som ju bildade en majoritet av rättens ledamöter, kunde ha sådana intressen som var inbördes gemensamma eller i vart fall motstående mot hans eget och bolagets. Han menade vidare att en risk fanns att organisationerna som utsåg ledamöterna till Arbetsdomstolen skulle betrakta oorganiserade arbetsgivare som ett för dem störande element på den svenska arbetsmarknaden.

Sveriges regering bestred att Arbetsdomstolen opartiskhet kunde ifrågasättas. Man framhöll att intresseledamöterna i Arbetsdomstolen bidrog med särskilda kunskaper om arbetsmarknadens förhållanden och inte skulle betraktas såsom talesmän för en part i ett enskilt fall.

En majoritet av Europadomstolens ledamöter lämnade K:s och bolagets talan utan bifall. Först och främst slog domstolen fast att inslaget av intresseledamöter eller lekmannadomare rent generellt förekommer i många länder och i och för sig inte behöver innebära vidare betänkligheter. Man förkastade alltså inte ordningen med intesserepresentation som sådan. Avgörande för bedömningen om Arbetsdomstolen kan ha ansetts varit objektiv i detta fall beror på huruvida intessebalansen verkligen var rubbad och om i så fall kravet på objektivitet inte var uppfyllt vid avgörandet av just denna specifika tvist. Som Europadomstolen tidigare konstaterat i Langborgerfallet kan så vara fallet om intesserepresentanterna hade ett gemensamt intresse som stred mot någon av parternas. Eller om deras intresse, om än inte gemensamt, stred mot partens intresse. Europadomstolen fäste här uppmärksamhet vid att en av intesseledamöterna i Arbetsdomstolen var skiljaktig varför ett sådant gemensamt intresse inte verkade vara för handen i detta fall. Europadomstolen uttalade vidare att tvistens art var sådan att intesseledamöterna inte kunde sägas ha ett annat intresse än att korrekt tillämpa svensk arbetsrättslig lagstiftning vilket inte kunde säga strida mot K:s eller bolagets intresse. Man menade vidare att påståendet att Arbetsdomstolen var partisk enbart på grund av att bolaget inte var representerat i rätten medan industrifacket var representerat såsom varandes ett LO-förbund av dess ledamot skulle vara felaktigt. Detta, menade Europadomstolen vidare, skulle leda till ett resonemang som gick ut på att Arbetsdomstolen aldrig kunde uppträda med objektiv och opartisk sammansättning i mål där en av parterna stod utanför de fackliga organisationernas ramar. En sådan tolkning skulle strida mot Europadomstolens tidigare praxis ibland annat Langborgerfallet.

Sammanfattningsvis kom Europadomstolen fram till att K och bolaget i detta fall inte med fog kunde hävda att Arbetsdomstolen inte tillgodosett kravet på objektivitet som uppställs i Europakonventionens art 6.1.⁷⁵

Avslutningsvis bör nämnas att två av Europadomstolens domare var skiljaktiga. De ansåg att det inte kunde uteslutas att de organisationer som utser intresseledamöterna förespråkade att kollektivavtal skulle regera arbetsmarknaden varför det är naturligt att Arbetsdomstolens partiskhet med fog kan ifrågasättas vid tvister som denna då det rörde K:s och bolagets ovilja att teckna och tillämpa ett kollektivavtal.

Många var de som hoppats och trott att Kellermannsdomen skulle innebära slutet för Arbetsdomstolen. Minst lika många hade nog befarat en bifallande dom. Europadomstolen ogillade dock, om än inte enhälligt, K:s talan och stormen kring Arbetsdomstolen och dess sammansättning är över för denna gång. Av Europadomstolens tidigare praxis i Langborgerdomen kunde vi på förhand konstatera att specialdomstolar sammansatta av bland annat intresseledamöter inte i sig strider mot Europakonventionen artikel 6.1. Arbetsdomstolen har förvisso intresserepresentanter men av detta kan inte en direkt slutsats dras, att deras intresse skulle stå i strid med K:s. Om något sådant motstående intresse inte kan utrönas rubbas heller inte domstolens objektivitet. Det finns då heller inte på objektiva grunder någon anledning att tro att den skulle vara partisk och därmed strida mot kravet i Europakonventionen 6.1. Hade man på de grunder som K i målet åberopade bifallit talan skulle domstolen aldrig kunna uppträda i opartisk sammansättning då part i målet är oorganiserad säger Europadomstolen.

Det är väl egentligen här vi kommer till kärnan i problematiken. Kan Arbetsdomstolen verkligen avdöma målen fullständigt opartiskt då en oorganiserad arbetsgivare är kärke. Det är tydligt att det inte är individens subjektiva oro över att bli orättvist behandlad i det enskilda fallet som avgör denna fråga.

⁷⁵ Domen från Europadomstolen föll den 26 oktober 2004

6.3 AD:s partsammansättning och oorganiserade at och ag

6.3.1 Arbetsdomstolens partsammansättning och de fackliga organisationerna

Ronnie Eklund skriver i en artikel i Juridisk Tidskrift 1989/90 att fog finns för att ifrågasätta om Arbetsdomstolen genom åren varit en oavhängig och opartisk domstol. Han hänvisar här till sex domar från 1940-talet, av Sigeman kallade Arbetsdomstolens ”sex svarta får”. I dessa mål missbrukade Arbetsdomstolen sin makt. Partsammansättningen utnyttjades för att slå ut minoritetsintressen på arbetsmarknaden. Arbetstagare tvingades att organisera sig i det fackförbund arbetsgivaren önskade. Dessa tvångsåtgärder bedömdes av en majoritet i Arbetsdomstolen inte utgöra föreningsrättskränkning.⁷⁶

Lagreglerna i MBL 7-9 §§ till skydd för föreningsrätten uppställer inte några krav på att en fackförening skall vara av viss storlek, att den skall ha majoriteten av medlemmarna på en arbetsplats eller att den skall vara rikstäckande. Detta innebär att en arbetstagares föreningsrätt skall lämnas okränkta även om hon väljer att organisera sig i ett mindre förbund som kanske bara har en medlem på arbetsplatsen trots att en större organisation skulle önska representera samtliga medlemmar inom en specifik industri. Normalt sätt utgör uppdelningen mellan vilka fackförbund som skall organisera vilka medlemmar inget problem. Traditionellt representeras arbetarna av ett LO-fackförbund medan tjänstemännen hör under SIF (PTK) avtalet. Gränsdragningar och tveksamma fall löses normalt sett genom en uppgörelse mellan de båda. Det bör dock nämnas att det endast är de mest etablerade fackförbunden som är representerade i Arbetsdomstolen. Med detta i åtanke framstår föreningsrätten såsom rättighet förvisso vara av absolut karaktär. I praktiken blir det dock mer bekvämt för den arbetstagare som väljer en etablerad facklig organisation eftersom dessa representeras i Arbetsdomstolen och hans intressen på så vis tas tillvara vid en eventuell tvist. För de arbetstagare som organiserar sig i de stora fackförbunden finns sålunda ingen anledning att misstänka Arbetsdomstolen och dess sammansättning. Frågan om partiska ledamöter i domstolarna och rätten till en rättvis rättegång i enlighet med art 6.1 Europakonventionen aktualiseras ju först då ett motstående intresse mellan part och ledamot i domstolen kan konstateras.⁷⁷

Blickar vi tillbaka till det förra seklet har konkurrens förekommit mellan förbunden. LO-anslutna fackförbund har i många fall försökt införa så kallade organisationsklausuler i avtalen med olika arbetsgivare vilka syftar till att arbetsgivaren endast skall anställa personal anslutna till ett LO-förbund

⁷⁶ Dessa domar kan sägas ha utgjort startskottet till den debatt varpå detta arbete huvudsakligen baseras.

⁷⁷ Se domstolens resonemang i Langborgerfallet från Europadomstolen

eller åtminstone ge sådana personer förtur till anställning. Detta tillvägagångssätt har tjänat som ett effektivt medel att skapa facklig kontroll över en viss arbetsplats. Problematiken kring organisationsklausulerna är dock inte längre lika aktuell även om den fortfarande existerar. Redan 1905 fastslog SAF numera Svenskt Näringsliv att dess delägare inte fick sluta dylika avtal.⁷⁸ Enligt AD 1948 nr 21 kan en arbetsgivare inte kräva av en anställd att han skall tillhöra flera fackförbund. Det betraktas numera som en kränkning av föreningsrätten om en arbetsgivare ställer upp krav på dubbel organisationstillhörighet. För den arbetstagare som vunnit anställning saknar en organisationsklausul betydelse på grund av kravet på saklig grund för uppsägning i LAS 7 §.⁷⁹

Europakonventionens skydd för den negativa föreningsrätten i art 11 sätter vidare stopp för organisationsklausulernas betydelse eftersom en åtgärd som syftar till att förmå en arbetstagare att ansluta sig till en organisation är otilåten.⁸⁰

6.3.2 Kollektivavtalets normerande verkan och den oorganiserade arbetstagaren

Mellan arbetsgivaren och arbetstagaren råder i princip full avtalsfrihet. Detta inbegriper rätten att bestämma innehållet i ett specifikt anställningsavtal.

En vedertagen princip inom kollektivavtalsrätten är emellertid att kollektivavtal är tillämpliga även på de oorganiserade arbetstagarna man talar om kollektivavtalets normerande verkan.⁸¹ Detta framgår av flera avgöranden från Arbetsdomstolen praxis. I AD 1977 nr 49 uttryckte Arbetsdomstolen att det i praktiken förhåller sig så ”att arbetsgivare i allmänhet tillämpar kollektivavtalet inom dess sakliga giltighetsområde på samma sätt för arbetstagare som står utanför den kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationen som för organisationens medlemmar”. Principen kan, av detta uttalande att döma, anses vara så etablerad att arbetsgivaren anses vara rättsligt förpliktad i förhållande till arbetstagarorganisationen att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser om anställningsvillkor även gentemot de utanförstående arbetstagarna. Det kan vara intressant att notera att denna princip ursprungligen skapades av fackföreningsrörelsen för att arbetsgivarna inte skulle tjäna på att anställa oorganiserade arbetstagare.⁸²

Principen om arbetsgivarens skyldighet att tillämpa kollektivavtalets bestämmelser även på de oorganiserade arbetstagarna kan sägas utgöra en dold klausul i kollektivavtalet. Detta innebär att arbetsgivaren gör sig skyldig till kollektivavtalsbrott om han med en oorganiserad arbetstagare ingår ett avtal som avviker från kollektivavtalets bestämmelser. Avtalsbrottet kan endast åberopas av motparten i kollektivavtalet. Den oorganiserade arbetstagaren kan alltså inte själv göra några anspråk gällande med stöd av kollektivavta-

⁷⁸ Schmidt, 1997, s. 114.

⁷⁹ Glavå, 2001, s. 126.

⁸⁰ Se ovan under 4.4.3

⁸¹ Prop. 1928:39, s. 82.

⁸² Fahlbeck, 1993, s 104.

let.⁸³ I Arbetsdomstolens praxis på området är AD 1991 nr 100 av intresse. I detta mål var frågan om en grupp av utanförstående arbetstagare hade rätt till samma lönetillägg som tillkom medlemmarna av yrkesförarförbundet. Arbetsdomstolen uttalade i sina domskäl bland annat att den utanförstående arbetstagarens anspråk på att gällande kollektivavtal skall tillämpas inte är liktydigt med ett rättsligt grundat anspråk på lika lön för lika arbete.

Vidare säger man att det är kollektivavtalsparternas avsikt och kollektivavtalets konstruktion och lydelse som skall avgöra kollektivavtalets karaktär. Det vill säga om kollektivavtalet är generellt avfattat skall det tillämpas på samtliga arbetstagare. Om det däremot innefattar individuella löneåtgärder, menat endast för grupp av arbetstagarna, föreligger ingen skyldighet att tillämpa det även på oorganiserade arbetstagare. Yrkesförarförbundets talan avslogs med motiveringen att den lokala överenskommelsen innefattade särskilda löneförbättringsåtgärder för vissa särskilt angivna arbetstagare och därför ansågs ligga vid sidan av den kollektiva reglering av lönevillkor som utanförstående arbetstagare kan åberopa sig på.

Reinhold Fahlbeck påpekar i sin artikel, *Tankar om Arbetsdomstolen hädiska och andra*, att sett ur de organiserades perspektiv tycks principen om kollektivavtalet och dess normerande verkan vara mycket starkt förankrad. Däremot verkar situationen för de oorganiserade vara en annan. När denna grupp åberopar principen tycks Arbetsdomstolen ofta finna vägar att inte tillämpa kollektivavtalets bestämmelser.⁸⁴ Fahlbeck skriver att ”*det rent av kan förefalla som om principen användes så att när den skulle gynna den utanförstående blir den inte ens omnämnd eller ges en innebörd som alldeles avviker från vad som vanligen anses gälla men när den blir betungande för den utomstående används den som en självklarhet*”.⁸⁵

Kollektivavtalet kan även i en annan bemärkelse sätta prägel på den oorganiserade arbetstagarens anställningsavtal. Kollektivavtalen kan i viss mån nämligen anses ge uttryck för vad som generellt är skäliga villkor i ett anställningsförhållande. Om ett ingånget anställningsavtal i allt för stor utsträckning skiljer sig från de i branschen gällande kollektivavtalen utgör detta en grund för jämkning av avtalsvillkoren enligt 36 § avtalslagen.⁸⁶ I en sådan situation föreligger naturligtvis inget hinder för den oorganiserade arbetstagaren att själv föra sin talan.

6.3.3 Turordningsreglerna och den oorganiserade arbetstagaren

En av de situationer då arbetsdomstolens opartiskhet och oavhängighet eventuellt kan ifrågasättas är när personal skall sägas upp på grund av arbetsbrist. I en tvist rörande turordningen kan i vissa fall befaras att ledamöterna som utsetts av arbetsmarknadsmarknadens parter i Arbetsdomstolen

⁸³ Glavå, 2001, s. 402.

⁸⁴ Fahlbeck, 1993, s 104.

⁸⁵ För exempel i praxis se AD 1991 nr 100

⁸⁶ Se AD 1982 nr 142 och AD 1986 nr 78

har ett gemensamt intresse av att godta de lokala avtalsslutande parternas handlande i det enskilda fallet. Detta därför att det generellt sett ligger i arbetsmarknadsparternas intresse att på ett allmänt plan slå vakt om att kunna handla efter vad som är lägligt i turordningssammanhang.⁸⁷

I 2 § 3 st LAS sägs att avvikelser får göras från vissa bestämmelser i lagen. En av dessa dispositiva paragrafer är 22 § LAS som behandlar turordningen vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Att en lag är dispositiv innebär att man kan avtala bort de bestämmelser som annars gäller, i detta fall genom en lokal överenskommelse där man upprättar en så kallad avtalsturlista.

Om ingen lokal överenskommelse gäller skall en turordningslista upprättas för varje turordningskrets som i sin tur består av driftsenheten⁸⁸ vilket framgår av 22 § LAS.⁸⁹ Om arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal utgörs turordningskretsarna av respektive berört kollektivavtalsområde. Arbetstagarens plats i turordningen bestäms av den sammanlagda anställningstiden hos arbetsgivaren. Den som har varit anställd längst har också den bästa placeringen på listan, enligt principen *sist in först ut*. Om två arbetstagare har lika lång anställningstid bestäms deras respektive placering genom åldern då den äldste har bäst rätt.⁹⁰

Detta system kan som, tidigare nämnts, emellertid åsidosättas genom en lokal överenskommelse och en så kallad avtalsturlista. För den oorganiserade arbetstagaren torde detta inte utgöra något bekymmer så länge han står på god fot med den fackliga organisationen på arbetsplatsen. Om så inte skulle vara fallet befinner sig den oorganiserade arbetstagaren i en något prekär situation eftersom de fackliga organisationerna då har rätt att avtala bort hans plats i turordningen om de så skulle önska. Arbetsdomstolens praxis på området visar att denna situation förekommer, inte bara i teorin, vilket AD 1996 nr 114 utgör ett exempel på.⁹¹

Det finns dock regler som de fackliga organisationerna måste respektera, trots den relativa avtalsfrihet som råder, då de träffar en lokal överenskommelse och upprättar en avtalsturlista.

I förarbetena till 1974 års anställningsskyddslag nämns endast en situation då en avtalsturlista kan förklaras ogiltig. Nämligen om en lokal överenskommelse syftar till att slå ut andra organisationers medlemmar eller oorganiserade arbetstagare från arbetsplatsen.⁹² Vad gäller anställda som är organiserade i annan organisation än den avtalsslutande följer detta av det lagfästa skyddet för föreningsrätten.⁹³

Av Arbetsdomstolens praxis framgår vidare att det enligt allmänna avtalsrättsliga grundsatser är möjligt att angripa en lokal turordningsöverenskommelse som innebär: ”ett sådant missbruk av den principiella avtalsfrihe-

⁸⁷ Eklund, 1989/90, s. 394.

⁸⁸ Av AD 1999 nr 93 framgår att driftsenheten bestäms efter geografiska kriterier t.ex. en fabrik, en butik en restaurang etc.

⁸⁹ Om arbetsgivaren har flera driftsenheter på samma ort kan de fackliga organisationerna begära att det skall upprättas en gemensam turordningslista för samtliga enheter på samma ort.

⁹⁰ För en grundläggande genomgång av turordningsreglerna se Glavå, 1999, s. 512-517, AD 1996 nr 114 kommenteras vidare under 6.3.4

⁹¹ Se ovan under 6.2.1.3

⁹² prop. 1973:129 s. 233

⁹³ Calleman, 1999, s. 259.

ten att den helt eller delvis framstår som stridande mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt som otillbörlig, t.ex. därför att den innebär en direkt diskriminering av viss eller vissa arbetstagare".⁹⁴ Av detta skulle man kunna dra slutsatsen att en arbetstagare inför en tvist i Arbetsdomstolen kan skydda sig mot särbehandling från de fackliga organisationerna genom att luta sig mot allmänna avtalsrättsliga principer. Detta är väl i och för sig inte ett helt felaktigt påstående. Huvudregeln är dock fortfarande att 22 § LAS är dispositiv. Detta innebär att det är den oorganiserade arbetstagaren som vid en tvist har att visa att de allmänna avtalsrättsliga principerna åsidosatts och att han utsatts för en diskriminerande behandling när avtalsturlistan gjordes upp. Att frambringa denna bevisning och övertyga den partsammansatta Arbetsdomstolen om den oförrätt man utsatts för kan vara oerhört betungande för den enskilda individen. AD 2002 nr 37, gällande en lokal turordningsuppställning hos Bennett Resebureau AB (bolaget), visar vilken utsatt position den oorganiserade arbetstagaren kan komma att hamna i vid en lokal turordningsöverenskommelse. IS och SW tjänstgjorde på två av resebyråns kontor i Stockholm. Bolaget skulle skära ner arbetsstyrkan med femtio man på grund av förändringar inom branschen. När nedskärningen aktualiserades bestämdes att en lokal turordningslista skulle upprättas. Klaganden IS och SW gjorde i målet gällande att den aktuella avtalsturlistan stred mot god sed på arbetsmarknaden genom att den diskriminerar oorganiserade arbetstagare och arbetstagare med lång tjänstetid och hög ålder

Arbetsdomstolen uttalade att det i målet var ostridigt att Bolaget och tjänstemannaförbundet HTF (som lyder under TCO) var överens om avtalsturlistans utformning. Arbetsdomstolen konstaterade vidare att avtalsturlistor möjliggörs genom LAS dispositiva karaktär i 2 § tredje stycket. Även oorganiserade arbetstagare binds enligt 2 § femte stycket nämnda lag av en sådan överenskommelse. Arbetsdomstolen hänvisar vidare till sin egen praxis nämligen AD 1983 nr 112 där man tidigare konstaterat att parterna skall ges vida ramar när man genom kollektivavtal upprättar turordningslistor. Vidare konstaterade Arbetsdomstolen "att det enligt allmänna avtalsrättsliga grundsatser är möjligt att ingripa mot en turordningsöverenskommelse som innebär ett sådant missbruk av den principiella avtalsfriheten att den helt eller delvis framstår som stridande mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt som otillbörlig, t.ex. därför att den innebär en direkt diskriminering av viss eller vissa arbetstagare."

Arbetsdomstolen konstaterade i sin bedömning att av de femtio som sades upp var många organiserade i HTF varför organisationstillhörigheten inte verkar ha haft någon avgörande betydelse för arbetsgivarens val av vilka som skulle sägas upp. Vad gällde klagandes påstående att äldre arbetstagare och arbetstagare med lång tjänstetid skulle ha diskriminerats ansågs detta inte styrkt. Den bevisning som förebragts bestod endast av att vissa provanställda inom företaget givits fortsatt anställning till förmån för tillsvidareanställda vilket inte bedömdes som tillräckligt.

⁹⁴ citatet är hämtat ur Arbetsdomstolens domskäl i AD 2002 nr 37

6.4 Andra argument

6.4.1 LRA 5 kap 2 § 1st – AD 1996 nr 114

Enligt huvudregeln i rättegångsbalken skall förlorande part i tvistemål stå för motpartens rättegångskostnader. Vad gäller de arbetsrättsliga tvisterna finns ett undantag i LRA 5 kap 2 § 1 st. Undantaget innebär att rätten kan förordna att vardera parten skall bära sina respektive rättegångskostnader för det fall den förlorande parten haft skälig anledning att få tvisten prövad. Regeln måste åberopas för att rätten skall pröva den. Enligt arbetsdomstolens egen praxis är regeln avsedd att tillämpas när rättsfrågor och bevisfrågor är osäkra.⁹⁵ AD 1996 nr 114 utgör ett exempel på hur en restriktiv tolkning av detta lagrum kan drabba en privatperson som inte har en facklig organisation bakom sig som ekonomisk trygghet för det fall hon skulle förlora tvisten.

Bakgrunden i målet var att en arbetstagare blivit uppsagd på grund av arbetsbrist. Det var här fråga om en oorganiserad kvinnlig arbetstagare. Enligt LAS turordningsregler var det inte kvinnan som skulle bli uppsagd. Den fackliga organisationen på arbetsplatsen, Svenska Transportarbetarförbundet, träffade en lokal överenskommelse om avsteg från den lagliga turordningen vilket medförde att kvinnan blev uppsagd. Arbetsgivaren var medlem i Biltrafikens Arbetsgivarförbund och delägare i SAF numera Svenskt Näringsliv. Kvinnan väckte talan mot arbetsgivaren och vann i Sollentuna tingsrätt i en enhällig dom. Arbetsgivaren överklagade dock till Arbetsdomstolen. Tvisten avgjordes i Arbetsdomstolen med särskild sammansättning bestående av endast tre ledamöter, vilket används i mål som inte är av allmän karaktär och har betydelse för rättstillämpningen.⁹⁶ Arbetsdomstolen upphävde tingsrättens dom och avslag kvinnans talan. För det fall att kvinnan skulle förlora målet i Arbetsdomstolen hade hon åberopat 5 kap 2 § 1 st Arbetstvistlagen för att vardera parten skulle bära sina respektive rättegångskostnader. Åberopandet avfärdades dock utan någon särskild motivering. Man menade från domstolens håll att kvinnan saknat skäl att få tvisten prövad i såväl tingsrätten som i Arbetsdomstolen trots det faktum att hon vunnit enhälligt i tingsrätten. Detta måste innebära att Arbetsdomstolen hävdar att tingsrätten gjort en grov missbedömning av rättsläget eller bevisläget att grund för skadeståndjämligt 3 kap 2 § skadeståndslagen föreligger. Det åsyftade lagrummet behandlar fel eller försummelse vid myndighetsutövning.

Mats El Kott höjer, i en artikel i Juridisk tidskrift, ett varnande finger mot en alltför restriktiv tillämpning av 5 kap 2 § 1 st då det skulle kunna bidra till en avskräckande effekt för den utanförstående arbetstagaren att våga processa i Arbetsdomstolen utan ett fackförbund i ryggen. Han menar att Arbets-

⁹⁵ AD 1981 nr 46

⁹⁶ Se ovan under avsnitt 3.2 ”LRA”

domstolen i denna dom sänder ut en signal till den oorganiserade arbetstagar-
ren eller arbetstagaren som inte får stöd av sin fackliga organisation.⁹⁷

6.4.2 Arbetsdomstolens särskilda sammansättning

Som tidigare nämnts i avsnitt 3 uppträder Arbetsdomstolen dels i allmän sammansättning men också med så kallad särskild sammansättning. Frågan som behandlas i detta avsnitt är om den särskilda sammansättningen möjli-
gen påverkar den oorganiserade arbetstagaren i negativ riktning. Vid en stu-
die av förarbetena till 1974 års rättegångsreform finner man skälen till var-
för man infört ordningen med allmän och särskild sammansättning.⁹⁸ Tanken
är att när det gäller mål av allmän betydelse för förhållandena på arbets-
marknaden skall domstolen uppträda med allmän uppsättning. Det som är
karaktéristiskt för den allmänna uppsättningen förutom att domarna är fler
till antalet är att de täcker ett bredare spektrum av arbetsmarknaden. Vilket i
sin tur kan antas minska utrymmet för direkt partsinflytande. Företrädarna
befinner sig helt enkelt längre från tvistens kärna.⁹⁹

När fråga rör, ”*mål som huvudsakligen har betydelse endast för ett visst
förhandlingsområde eller när domstolen sammanträder med endast en le-
damot för vardera arbetsgiversidan och arbetstagersidan, deltar för parts-
sidorna de ledamöter som har utsetts efter förslag av de organisationer vil-
kas förhandlingsområde tvisten huvudsakligen rör*”. Detta framgår av 6 §
Förordning (1988:1137) med instruktion för arbetsdomstolen.

Det skall nämnas att skulle endera av de tre ledamöterna så önska skall
domstolen istället uppträda med allmän sammansättning.

Någon sådan möjlighet ges inte den enskilda individen vilken invändning
han än må resa mot de två intresseledamöterna vid särskild sammansättning.
Det kan tyckas märkligt att man väljer parternas sida framför individens
inför en tvist i domstol. Frågan uppkommer om inte Arbetsdomstolen i alla
tvister borde sammanträda med allmän sammansättning för att på så sätt
objektivt skingra anledning till misstanke om partiska ställningstaganden.
Detta oavsett i vems intresse talan väckts.¹⁰⁰

⁹⁷ El Kott, 1997/98, s. 268-270.

⁹⁸ Prop 1973:129

⁹⁹ Eklund, 1989/90, s. 395.

¹⁰⁰ Eklund, 1989/90, s. 395.

6.4.3 Domarjäv

När man diskuterar frågan om Arbetsdomstolen verkligen kan uppfattas som en opartisk och oavhängig domstol i enlighet med artikel 6.1 Europakonventionen aktualiseras samtidigt de svenska reglerna om domarjäv i Rättegångsbalken. Att reglerna om domarjäv i RB 4 kap 13-15 §§ är tillämpliga även på arbetsrättsliga tvister framgår av LRA 5 kap 3 §. Många av de ovan förda resonemangen bottenar i att Arbetsdomstolens konstellation, för den oorganiserade arbetstagaren/arbetsgivaren, ej alltid framstår som opartisk och oavhängigt sammansatt och således i vissa fall skulle uppträda jävig i enlighet med vad som stipuleras i RB 4 kap 13 § 10p; *Domare är jävig att handlägga mål om eljest särskild omständighet föreligger, som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i målet.*¹⁰¹ Vad som utgör en sådan särskild omständighet är svårt att utläsa av lagtexten. En bokstavstolkning av lagtexten leder fram till ett antagande om att Arbetsdomstolen ofta uppträder med åtminstone en jävig ledamot, eftersom det inte är ovanligt att någon av parterna och en ledamot i domstolen är eller har varit aktiva inom samma organisation. NJA 1982 s. 564 rör frågan om jäv mot intresseledamot i bostadsdomstolen. HD gör i domen några intressanta uttalanden gällande jäv och intresserepresentation som väl kan appliceras på förhållandena i Arbetsdomstolen.¹⁰² Av domen framgår bland annat att den omständighet att en ledamot i domstolen allmänt sett företräder en viss intressegrupp inte innebär att han är jävig vid handläggningen av mål där den ena parten tillhör denna intressegrupp. Av lagförarbetena framgår vidare att det inte är meningen att intresseledamöterna i sin dömande verksamhet skall känna sig bundna till det intresse de kan sägas representera. De skall liksom övriga ledamöter agera som självständiga domare och inte som företrädare för bestämda partsintressen.¹⁰³ Av HD:s dom framgår vidare att den ordning som gäller för tillsättning av intresseledamöter ofrånkomligen leder till att sådana personer utses som är knutna till de förslagsställande organisationerna och att de därför är inställda på att verka för dem. Detta, tillstår HD, kan föranleda tvivel om en ledamots opartiskhet i fall då den talan som förs i målet kan uppfattas som ett angrepp mot den organisation ledamoten tillhör. HD framhåller vidare på att intresseledamotens uppgift inte är att företräda en specifik organisation utan en hel intressegrupp. Lagstiftningen vilar på ett system där man utgår från att intresseledamöterna skall vara i stånd att opartiskt handlägga tvister där direkta organisationsintressen står på spel. Av detta konstaterande drar HD slutsatsen att det inte är förenligt med lagens reglering att generellt betrakta organisationsanknutna ledamöter som jäviga i sådana tvister. Av HD:s uttalanden kan man konstatera att det inte generellt går att påstå att en jävssituation är för handen enbart på den grund att någon av parterna och en ledamot i domstolen tillhör samma intressegrupp. En annan dom från HD, NJA 1981 s. 1205, gällde jäv för skiljeman. Som tidigare nämnts kan den partsammansatta Arbetsdomstolen sägas ha karaktär av en skiljedomstol varför HD:s uttalanden i denna dom är av intresse även när vi talar om en jävssituation i Arbetsdomstolen. Av HD:s domslut

¹⁰¹ Av LRA 5 kap 3 §

¹⁰² Petré, 1983, s. 90-91.

¹⁰³ NJA II 1974 s 546

framgår bland annat att det är angeläget att jävsregler noggrant iakttas och att de tillämpas på sådant sätt att en domare eller skiljeman som omfattas av en sådan regel inte får delta i en rättegång eller ett skiljeförfarande, även om i det särskilda fallet anledning saknas att anta att han vid handläggningen eller avgörandet av målet skulle låta sig påverkas av sitt förhållande till den ena parten. HD:s uttalande är intressant i den bemärkelsen att man låter påskina att blott den objektiva misstanken mot en domares ställning är problematisk ur jävssynpunkt trots att det saknas en direkt anledning att betvivla en ämbetsmans subjektiva agerande i det specifika fallet. Frågan är om detta resonemang kan tolkas så att det är individens objektiva misstanke som skall fälla avgörandet om en jävssituation är för handen. Nej säger HD. *”Den omständigheten, att av arbetsmarknadsorganisationerna utsedda skiljemän väljs bland tjänstemän hos organisationerna, kan ej antas medföra att skiljemännen påverkas av obehöriga intressen. Enbart denna omständighet är alltså inte ägnad att minska förtroendet för skiljemännens opartiskhet”*.

Följande resonemang kan, om det överförs till arbetsrättens område, tolkas så att den omständigheten att man givit plats åt partsintresse i domstolens sammansättning, från exempelvis LO eller Svenskt Näringsliv, ej får antas inverka på deras sätt att angripa sakfrågan. Vad detta antagande bygger på kan man fråga sig.

6.5 Reformförslag

6.5.1 Avskaffa Arbetsdomstolen !

Den mest genomgripande förändring, som låter sig göras, vore att avskaffa Arbetsdomstolen. Då de flesta nog delar min uppfattning att en rättslig instans för att slita arbetsrättsliga tvister behövs är alternativet till den gällande ordningen att de arbetsrättsliga tvisterna, oavsett karaktär, istället borde underordnas det allmänna domstolssystemet alternativt underordnas ett skiljedomsförfarande. En sådan omdaning kan förmodas påverka den oorganiserade arbetstagaren/arbetsgivaren i stor utsträckning.¹⁰⁴ Att avskaffa Arbetsdomstolen var ett av SAF:s (numera Svenskt Näringslivs) främsta mål i strävandet efter att förändra den svenska arbetsrätten. Det framkom bland annat i utredningen ”*en företagsam arbetsrätt*” från 1999.¹⁰⁵

Som tidigare nämnts brukar Arbetsdomstolens specialkompetens, det snabba förfarandet och dess förtroende hos arbetsmarknadens parter framhållas när man argumenterar för domstolens funktion som rättsbildare på arbetsmarknaden. Frågan är om dessa argument verkligen motiverar arbetsdomstolen varande även idag eller om de i takt med samhällets förändring allt mer förlorat sin bärkraft.¹⁰⁶ Skulle inte de allmänna domstolarna, om de givits tillräckliga resurser, kunna avdöma de arbetsrättsliga tvisterna med samma snabbhet som Arbetsdomstolen gör idag? Skulle inte den specialkompetens som Arbetsdomstolen besitter kunna rymmas inom ramen för det allmänna domstolsförfarandet? Skulle inte arbetsmarknadens parter kunna ha förtroende för tingsrätten, hovrätten och Högsta Domstolen när alla andra förväntas ha det. Är det motiverat att de fackliga organisationerna gör anspråk på en egen domstol?¹⁰⁷

Bakom förslaget att slopa Arbetsdomstolen kan skönjas en vilja till samordning av rättsväsendet. För att undanröja skepticism och i största möjliga mån skipa rättvisa skall alla typer av rättsliga tvister följa samma instansförfarande. Med denna typ av lösning undanröjs möjligheten att lagen tillämpas olika av de allmänna domstolarna och specialdomstolarna. Eftersom både möjlighet till överprövning finns samtidigt som motsvarighet till partinslaget i Arbetsdomstolen saknas i de allmänna domstolarna behöver den oorganiserade arbetstagaren inte ifrågasätta domstolens objektivitet och oavhängighet.

¹⁰⁴ Konstateras kan, att vi initialt åtminstone skulle undanröja diskussionen rörande Arbetsdomstolens sammansättning och funktion som rättsbildare.

¹⁰⁵ SAF, 1999, s. 27.

¹⁰⁶ Ds 1993:34, s. 25.

¹⁰⁷ Sandgren, 2001, s. 285.

6.5.2 Förändra sammansättningen !

En något mindre kontroversiellt åtgärd är att låta målets karaktär avgöra Arbetsdomstolens sammansättning. Detta innebär att när part är organisation eller medlem representerad av en sådan, skulle man behålla Arbetsdomstolen med den sammansättning man har idag. De fackliga organisationerna har allmänt sett inget att invända mot att deras intresse representeras i domstolen, då de alltid kan förlita sig på att jämvikt råder mellan de klassiskt motstående intressen sammansättningen rymmer. Däremot skulle sammansättningen förändras i mål där part är oorganiserad arbetstagare/arbetsgivare eller minoritetsorganisation som inte representeras i domstolen eftersom dessa kan ha ett intresse av att inte dömas av de organisationer man tidigare valt att stå utanför.¹⁰⁸ Ett förslag till en sådan konstellation skulle vara en sammansättning av tre ledamöter nämligen ordföranden, vice ordförande samt ledamot med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden.¹⁰⁹ Detta förslag till lösning på problematiken skulle undanröja misstankarna gällande domstolens objektivitet men skulle samtidigt innebära en kompromiss för de som slår vakt om Arbetsdomstolens fortsatta existens. Denna nyordning skulle inte heller behöva innebära någon större omdaning av systemet eller några kostnader av större omfattning vilket gör förslaget politiskt attraktivt. Genom att behålla ledamoten med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden skulle detta förslag heller inte nödvändigtvis innebära en förlust av kompetensen i domstolens sammansättning.

6.5.3 Endast Renodlade Arbetsrättsliga tvister i Arbetsdomstolen !

En annan möjlighet skulle vara att somliga typer av mål flyttas över från Arbetsdomstolen till det allmänna domstolsförfarandet men att traditionella arbetsrättsliga tvister, gällande exempelvis tolkning och tillämpning av kollektivavtalen där parterna i målen är de stora förbunden, även fortsättningsvis handläggs av Arbetsdomstolen. Detta förslag kan ses som en tillbakagång till den ordning som rådde då Arbetsdomstolen först inrättades.¹¹⁰ Skulle man välja denna lösning skulle Arbetsdomstolen även fortsättningsvis komma att tjäna parterna på arbetsmarknaden men lämna den oorganiserade arbetstagaren/arbetsgivaren till det allmänna domstolsförfarandet.

¹⁰⁸ Rättsfonden 1983, s. 88-93.

¹⁰⁹ Angående detta resonemang se, Stark, 1993, s. 377.

¹¹⁰ Ds 1993:34, s. 77.

7 Sammanfattning och Analys

7.1 Inledning

Arbetsdomstolen är en högsta domstol. Detta innebär att domarna härifrån ej kan överklagas. På en högsta domstol ställs givetvis höga krav. Detta tar sig bland annat uttryck i ett förväntat förtroende för de dömande parterna, krav på rättsäkerhet och förutsägbarhet, en förväntad opartisk och oavhängig handläggning av målen med mera. Att Arbetsdomstolen har utsatts och utsätts för yttre påtryckningar är naturligt och visar på ett välfungerande och demokratiskt rättssamhälle. För att framföra adekvata synpunkter gällande Arbetsdomstolens roll som rättsbildare på arbetsmarknaden är det viktigt att man förstår dess historiska kontext och de problem den initialt inrättades för att stävja.

Som tidigare nämnts bildades Arbetsdomstolen primärt för att slita kollektivavtalstvister mellan särpräglade arbetsgivar- och arbetstagarintressen och mellan dem fungera som en balansbräda. De flesta är nog beredda att medge att Arbetsdomstolen fyllt en viktig funktion såsom varande just en parternas domstol. Genom rättegångsreformen 1974 bestämdes att Arbetsdomstolens kompetensområde skulle utvidgas. Detta innebar att alla arbetsrättsliga tvister numera handläggs av Arbetsdomstolen i första eller andra instans och att man nu inte längre bara handlägger mål mellan de mest inflytelserika arbetsmarknadsparterna. Reformen medförde att en utanförstående arbetstagar-/arbetsgivare skall vända sig till Arbetsdomstolen för rättsligt stöd. Minoritetsorganisationer som ofta stridit för sin existens med de större fackliga organisationerna, jag tänker här bland annat på SAC, skall också förlita sig på Arbetsdomstolen som rättsligt forum. En person som utsätts för lönediskriminering på grund av sin könstillhörighet skall vända sig till Arbetsdomstolen som i sista instans skall pröva dennes rätt. Att diskutera partsammansättningens lämplighet i dessa typer av tvister framstår därför som befogat.

De olika intressegrupper som motsätter sig Arbetsdomstolens långt gående rättsliga befogenheter gör detta från olika perspektiv. Talar man om könsdiskrimineringsfrågor kontra Arbetsdomstolens sammansättning blir ordväxlingen och argumenten inte desamma som när den oorganiserade näringsidkaren påtvingas ett kollektivavtal och vid en eventuell tvist inte får gehör för sina besvär.

Kärnfrågan för de olika grupperna är dock densamma. Ingen vill bli dömd av en domstol vars intressen är motstående de egna.

7.2 Lönediskriminering

Det är ett obestridligt faktum att lönediskriminering på grund av kön förekommer inom alla samhällskikt och nivåer på den svenska arbetsmarknaden. Att detta är ett problem som bör bekämpas skulle nog de flesta vara beredda att hålla med om. Däremot går åsikterna kring frågan hur detta skall ske vitt isär. Arbetsdomstolen står idag som yttersta garant för att den svenska jämställdhetslagstiftningen på arbetsmarknaden efterlevs.

Vår första jämställdhetslagstiftning dateras till 1980 och reviderades genom den nya jämställdhetslagen från 1992. Inspirerad av EG-rätten innehåller den svenska lagtexten numera begreppen direkt och indirekt diskriminering. Dessa begrepp syftar till att säkerställa att såväl en öppen diskriminerande handling men även en handling som inte vid första anblick verkar diskriminerande men i praktiken får ett diskriminerande utfall skall vara förbjudna. Att även indirekt diskriminering är förbjuden är något, objektivt sett, mycket positivt för jämställdhetsarbetet. I takt med att samhället förändras aktar sig arbetsgivaren i större utsträckning för att begå öppet diskriminerande handlingar. Ett förbud mot indirekt diskriminering hindrar då en arbetsgivare från att ”bakvägen” tillämpa diskriminerande villkor. Av lagtexten framgår vidare uttryckligen att lagen syftar till att skydda framförallt kvinnor. Detta får tolkas som ett erkännande från lagstiftarens sida, att det är kvinnorna som utgör den utsatta gruppen på arbetsmarkanden.

I 25 år har vi haft en lagstiftning syftande till att bekämpa lönediskrimineringen på arbetsmarknaden. Man skulle kunna tro att mycket hänt på detta område. Statistik över Arbetsdomstolens praxis i könsdiskrimineringsmål visar dock en dyster bild av dagens rättsläge. Att få till stånd en fällande dom i ett könsdiskrimineringsmål är svårt. Argument som ”förändring måste få ta tid” känns inte längre trovärdiga om man beaktar hur många år lagen faktiskt stått till allmänhetens förfogande.

Ett bra exempel på den tröghet jag tycker mig skönja i Arbetsdomstolens praxis är AD 2001 nr 13 (Barnmorskemålet II). Fallet, som ovan redan utförligen behandlats, gällde två barnmorskor som ansåg sig blivit diskriminerade i förhållande till en klinikingenjör på arbetsplatsen då de erhöll lägre lön. Arbetsdomstolen företog i målet en arbetsvärdering för att undersöka om de båda yrkena var jämförbara. Detta krävs naturligt nog för att man skall kunna hävda att man blivit utsatt för en diskriminerande lönesättning. Arbetsdomstolen konstaterade i sin dom att de båda yrkena var fullt ut jämförbara och likvärdiga utifrån flera kriterier. Mot denna bedömning finns inte mycket att invända. Nu skulle man emellertid kunna tro att fallet avgjordes till barnmorskornas fördel sedan man faktiskt konstaterat att arbetena var lika mycket värda. Arbetsdomstolen gavs här en ypperlig chans att fastslå ett klart fall av lönediskriminering. Utfallet blev dock ett annat. Anledningen till detta var att Arbetsdomstolen i sin bedömning fäste stor vikt vid den rådande marknadssituationen. Eftersom klinikingenjören hade en alternativ privat arbetsmarknad där lönerna generellt var högre än en barnmorskas måste landstinget tillåtas att tillämpa en marknadsmässig lönesätt-

ning. Det var alltså inte längre barnmorskorna som var klinikingenjörens jämförelsepersoner utan den privata arbetsmarknaden. Med en sådan uppfinningsriktighet i Arbetsdomstolens domskrivning kan en fällande dom i ett lönediskrimineringsmål låta vänta på sig.

Det finns många exempel på situationer då Arbetsdomstolen och dess sammansättning för den enskilda individen i ett diskrimineringsmål framstår som obekvämt och problematiskt. Den mest djupgående problematiken på området torde vara konflikten mellan jämställdhetslagen och den svenska modellen. Det som framförallt karakteriserar den svenska arbetsrätten är de frekvent förekommande kollektivavtalen och den utpräglade partsautonomin som inneburit att arbetsmarknadsparterna till stor del själva styrt lönebildningen. Detta har bland annat resulterat i att Sverige inte har någon lagstadgad minimilön.

Den svenska modellen har i mångt och mycket varit väl fungerande på så sätt att de stora förbunden, på central nivå, tagit striden för att förbättra den enskilda arbetstagarens arbetsvillkor på det lokala planet. Detta har balanserats upp av arbetsgivarorganisationerna vilka stått som motpart i denna strid. Ofta har de båda parterna också lyckats träffa en rimlig kompromiss. När en konflikt mellan arbetsmarknadsparterna inte kunnat lösas förhandlingsvägen har Arbetsdomstolen spelat en viktig roll och genom ett rättsligt avgörande stabiliserat förhållandena på arbetsmarknaden.

Det är inte märkligt att en viss förvirring och oro uppstår när en individ stämmer i den kollektivt präglade Arbetsdomstolen och hävdar att hon blivit lönediskriminerad på grund av kön. Det är heller inte märkligt att frågans komplexitet ökar ytterligare om hennes lön är fastställd i ett kollektivavtal. Fastslår Arbetsdomstolen att lönediskriminering föreligger i ett specifikt fall och lönen för den som diskriminerats var fastlagd i ett kollektivavtal, medges samtidigt att kollektivavtalet innehåller ett diskriminerande avtalsvillkor. Det får då konsekvenser inte bara för individen i den specifika tvisten utan också för andra med lön enligt samma kollektivavtal. Det är inte svårt att särskilja en klassisk arbetsrättslig tvist där två förbund står som parter från en diskriminerings tvist där det är individens intressen som står på spel. Man skulle kunna kalla det en konfrontation mellan gammalt och nytt och mellan individens rätt och kollektivets. De flesta menar att vi skall ha en diskrimineringslagstiftning men om den kan skada kollektivavtalssystemet och den svenska modellen blir frågan genast känsligare. Argumenten kring den rådande situationen går vitt isär.

De som vill få till en ändring av arbetsrättslagstiftningen för att möjliggöra fler fällande domar i diskrimineringsmål anklagas för ett vilja sopa undan den Svenska modellen och urholka kollektivavtalen. Är denna kritik verkligen rimlig? Skulle vi inte kunna ha ett kollektivavtalssystem, en Arbetsdomstol och en på samma gång fungerande jämställdhetslagstiftning? Svaret på denna fråga borde i min mening bli jakande. Det man däremot inte kan blunda för är att vissa förändringar måste vidtagas för att åstadkomma ett väl fungerande system. Om ett kollektivavtal innehåller lönediskriminerande villkor så är det heller inte ett rättvist kollektivavtal. Hittills har Arbets-

domstolen i detta hänseende inte hjälpt jämställdhetsarbetet framåt. Varje gång man haft chansen att i ett viktigare avgörande ogiltigförklara ett könsdiskriminerande kollektivavtal har så inte skett. Förklaringen till detta kan man delvis finna i Arbetsdomstolens sammansättning. I den finner vi som påpekats representanter från arbetsmarknadens parter som inte verkar villiga att gå den diskriminerade arbetstagaren till mötes. Om den svenska modellen bidrar till att lönediskriminerande kollektivavtal styr lönesättningen förstår jag för min del om man vill se dess avskaffande. Arbetsdomstolen måste därför ändra sin praxis på detta område och ta ett första steg mot ett rättvisare samhälle om man vill bevara den svenska modellen i framtiden.

Arbetsdomstolen har fått kritik gällande sitt förhållande till EG-rätten. Kritiken grundar sig i att man inte tillämpar EG-rättens regler gällande lönediskriminering på grund av kön. Man har i ett antal domar bevisat sin ambivalenta inställning till EG-rätten genom att beskriva dess plats i normhierarkin såsom vägledande vilket man skulle kunna likställa med att man menar att EG-rätten utgör en bra förebild. Den Europeiska arbetsrätten skiljer sig i många avseenden ifrån den nordiska. Den kan sägas vara präglad av en större individualism och ett flexibilitetstänkande som för oss här i Norden kan framstå som främmande. Detta gör att EG-rättens lagstiftning som på diskrimineringsområdet är uppbyggd som en förbudskatalog rimmar illa med den nordiska lösningen där man låter kollektivavtalen sätta gränserna. Då man önskar att slå vakt om kollektivavtalen framstår naturligtvis EG-rätten som ett direkt hot mot dessa. Kritiken mot Arbetsdomstolen måste i detta hänseende anses vara befogad, om man beaktar den vidsträckta praxis som EG-rätten uppvisar på diskrimineringsområdet och ställer den i proportion till Arbetsdomstolens. EG-rätten skall tillämpas oavsett nationell rätts utformning, oavsett kollektivavtalssystem och denna tillämpning skall vara undantagslös och effektiv.

Arbetsdomstolens generella kompetens i lönediskrimineringsfrågor har ifrågasatts. Tanken med specialdomstolar är att de skall vara särskilt skickade att avgöra tvistemål avgränsade till ett särskilt rättsområde. För att avgöra de mer traditionella arbetsrättsliga tvisterna har i Arbetsdomstolen en permanent plats avsatts åt en person med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden. Någon motsvarande spetskompetens i mål gällande lönediskriminering på grund av kön finns inte. Det finns alltså inget som talar för att Arbetsdomstolen skulle vara särskilt skickad att avgöra även dessa tvister då mer individuella intressen står på spel.

7.3 Oorganiserade arbetstagare och arbetsgivare

Arbetsdomstolen och dess uppbyggnad med partsrepresentation från de tongivande förbunden på arbetsmarknaden kan framstå som avskräckande för den oorganiserade arbetstagaren/arbetsgivaren. Samma kan sägas gälla för den som tillhör det mindre icke kollektivavtalsslutande förbundet på arbetsplatsen. Till skydd för denna minoritetsgrupp står föreningsrätten som i och med Europakonventionen numera skyddas såväl i positiv som negativ bemärkelse. Av Europadomstolens praxis på området framgår att den negativa föreningsrätten inte har karaktären av en absolut rättighet. I fallet Gustafsson mot Sverige fick arbetsgivarens rätt att inte behöva teckna kollektivavtal stå tillbaka för arbetstagarintresset att vidta stridsåtgärder för att framtinga ett kollektivavtal. Vi kan se att den negativa föreningsrätten har sina begränsningar och alltså definieras i förhållande till den positiva föreningsrätten genom en proportionalitetsbedömning.

I Europadomstolens praxis har även frågan uppkommit om Arbetsdomstolen uppfyller kravet i artikel 6.1 på en opartisk och oavhängigt sammansatt domstol. Som framgår av bland annat Langborgerfallet görs denna bedömning utifrån två kriterier, ett subjektivt och ett objektiva. Det subjektiva kriteriet syftar till att utröna om någon av domstolens ledamöter har en sådan personlig koppling till fallet att hans opartiskhet kan ifrågasättas. Det objektiva kriteriet, vilket spelar den viktigaste rollen för bedömningen, syftar till att undersöka om domstolens sammansättning utåt sett föranleder misstanke gällande dess objektivitet. Att partsammansatta domstolar generellt sett inte strider mot artikel 6.1 fastslår Europadomstolen mycket uttryckligt i sin praxis. I Langborgerfallet kunde dock ett mot parten i målet motstående intresse skönjas i domstolens sammansättning. Detta kunde inte accepteras i enlighet med artikel 6.1. Langborgerfallet som gällde hyresrättens område har inte medfört några konsekvenser för den partsammansatta Arbetsdomstolen. Detta kan verka underligt för en utanförstående arbetstagar-/arbetsgivare. I många situationer framstår det som uppenbart att en intressemotsättning mellan part och ledamot i domstolen förekommer just i denna typ av tvister. Den 26 oktober 2004 kom Kellermannen från Europadomstolen. I detta mål prövades om Arbetsdomstolens sammansättning var förenlig med artikel 6.1. Många trodde att domen skulle innebära slutet för Arbetsdomstolen. Så blev dock inte fallet. Tillskillnad från Langborgerfallet kunde Europadomstolen inte i detta mål se att något motstående intresse fanns mellan part och ledamot i domstol varför objektiva jäv inte var för handen. Domslutet var dock inte enhälligt. Två domare menade att det inte var ställt bortom allt rimligt tvivel att intresseledamöterna i Arbetsdomstolen inte var partiska. Detta motiverades av tvistens natur. Man menade att både arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer har ett gemensamt intresse av att arbetsgivare ansluter sig till det kollektivavtal man förhandlat fram. Detta intresse, menade man, stod i strid med Kellermanns. Sammantaget med det faktum att intresseledamöterna är i majoritet i Arbetsdomstolen förelåg objektiva jäv menade dissidenterna.

Jag ansluter mig till de skiljaktigas uppfattning i fallet Kellerman. Det är beklagligt att minoritetens intressen i en dylik situation ej beaktas i större utsträckning. I och med den fällande domen i Langborgerfallet intensifierades diskussionen kring även Arbetsdomstolens sammansättning. En fällande dom i Kellermanmålet hade troligen inneburit att Arbetsdomstolens sammansättning i denna typ av tvister ej längre kunnat bibehållas. Det faktum att Europadomstolen inte var enig i sitt domslut borde enligt min mening räcka för att för att lagstiftaren i större utsträckning skall uppmärksamma problematiken.

Kollektivavtalen spelar en mycket viktig roll på den svenska arbetsrättens område. Arbetsdomstolen har ofta kritiserats för att skydda kollektivavtalen till varje pris. En rådande princip på arbetsrättens område är att kollektivavtalets normer skall tillämpas inte bara på den avtalsslutande organisationens medlemmar utan även på de oorganiserade arbetstagarna. Praxis från Arbetsdomstolen visar en benägenhet att tillämpa denna princip bara i mål där den innebär en direkt fördel för de organiserade arbetstagarna. Rättstillämpningen på detta område verkar vara oförutsägbar. Kritiken gällande Arbetsdomstolens behandling av de utanförstående arbetstagarna är på detta område inte obefogad.

Då arbetstagare skall sägas upp från en arbetsplats brukas turordningslistor för att etablera vilka som skall sägas upp och i vilken ordning detta skall ske. Avtalsfrihet råder emellertid på området vilket innebär att den lagstadgade turordningen i de flesta fall undanröjs genom så kallade avtalsturlistor. Risken finns att avtalsturlistorna diskriminerar de utanförstående arbetstagarna eller medlemmar av minoritetsorganisationer på arbetsplatsen genom att dessa ges en sämre plats i turordningen jämfört med de arbetstagare som tillhör den avtalsslutande organisationen. I förarbetena framhålls att avtalsturlistorna inte får syfta till att slå ut minoritetsorganisationer eller oorganiserade arbetstagare på arbetsplatsen. Att den oorganiserade arbetstagaren hamnar i en utsatt position vid upprättandet av avtalsturlistorna framgår av Arbetsdomstolens praxis. Det är svårt för den enskilda individen att hävda sin rätt, att få stanna kvar på arbetsplatsen, inför en domstol sammansatt av de avtalsslutande organisationer han en gång valt att stå utanför. När Arbetsdomstolen i sin praxis stödjer sig på argument som att alla oorganiserade arbetstagare på arbetsplatsen ej fått sluta och att detta skulle bevisa att någon särbehandling vid upprättandet av avtalsturlistan ej förekommit, kan man verkligen ifrågasätta vilka intressen som fått vägleda ett dylikt beslut.

I LRA 5 kap 2 § 1 st stipuleras en rättighet till ansökan om att parterna i den förestående rättegången skall bära sina egna rättegångskostnader oavsett utgången i målet. Denna möjlighet instiftades bland annat till förmån för en ekonomiskt svagare part. Tanken är god, man skall inte behöva rädas att möta en ekonomiskt starkare part i rätten exempelvis ett fackförbund. Regeln tillämpas, i positiv riktning, bara i tvister där sakliga grunder föreligger för att få tvisten prövad. Om denna regel tillämpas alltför restriktivt av Arbetsdomstolen innebär det att oorganiserade arbetstagare och mindre näringsidkare skräms bort från rättsprocessen. I ett fall från 1996 i Arbetsdom-

stolen hade en oorganiserad kvinnlig arbetstagare i tingsrätten lyckats få en uppsägning enligt avtalsturlista ogiltigförklarad. När hennes motpart i målet överklagade till Arbetsdomstolen ansökte hon om att vardera part skulle bära sina rättegångskostnader. Detta fick hon emellertid avslag på eftersom Arbetsdomstolen fann att hon inte haft tillräckliga skäl för att få tvisten prövad. Arbetsdomstolens dom framstår en aning nonchalant mot den oorganiserade arbetstagaren och mot underinstansens domslut i ärendet. Om inte ens en vinnande dom i lägre instans borgar för att man har giltiga skäl till att få saken prövad i Arbetsdomstolen, kan man undra när sådana skäl överhuvudtaget föreligger.

Arbetsdomstolen uppträder i två former, allmän sammansättning och särskild sammansättning. Den särskilda sammansättningen tillämpas i mål då intressefrågan inte kan sägas vara av generell karaktär. Det kan vara fråga om en enskild anställds rättigheter som inte skulle kunna innebära några förändringar för ett helt kollektivavtals tillämpningsområde. Kritik mot den särskilda sammansättningen har framförts eftersom den befarats öka partsinflytandet i negativ riktning för en oorganiserad arbetsgivare/arbetstagare. Jag kan inte se att denna kritik är befogad eftersom partsmajoritet för intresseorganisationerna är för handen oavsett sammansättning. Skillnaden är den att vid särskild sammansättning, bitar av arbetsmarknadsrepresentationen plockas bort. Det finns inget som tyder på att detta skulle innebära en sämre förhandlingsposition för den enskilda arbetstagaren utöver vad som tidigare nämnts. Regels tillkomst motiveras snarare genom ekonomisk effektivitet och snabbhet i processen.

I anslutning till frågan om Arbetsdomstolen kan sägas uppfylla kraven i art 6.1 Europakonventionen aktualiseras frågan om jävsproblematik i Arbetsdomstolen. RB:s jävsregler är tillämpliga i arbetstvister och de innehåller ett lagstadgande som kan liknas vid en generalklausul. RB 4 kap 13 § 10p stipulerar att; *Domare är jäviga att handlägga mål om eljest särskild omständighet föreligger, som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i målet.* HD har i sin praxis diskuterat frågan om jävsproblematik och partsammansatta domstolar. Man har bland annat, precis som Europadomstolen, fastslagit att partsrepresentation som sådan inte generellt bör föranleda misstanke om jäv. Man kan alltså inte hävda att Arbetsdomstolen alltid uppträder med en jävig sammansättning bara för att den kan tänkas innehålla intressen motstående en oorganiserad arbetstagare/arbetsgivare. HD uttalar i sin praxis att anledningen till detta är att partsrepresentanternas uppgift inte är att representera ett visst förbund utan att som övriga ledamöter agera som opartiska domare. Uttalandets trovärdighet urholkas i viss mån när man samtidigt hävdar att parterna naturligtvis är nominerade av arbetsmarkandens parter och på så vis företräder en hel intressegrupp. Enligt min mening håller argumentationen i detta avseende. Jag kan inte förstå hur man förhåller sig fullständigt organisationsneutral samtidigt som man företräder en intressegrupp i samhället.

7.4 Reformförslag

Arbetsdomstolens framtid som dömande instans i lönediskrimineringsmål är ovisst. Arbetsdomstolens praxis på området speglar inte den lönediskriminering som faktiskt förekommer i kollektivavtalen och på arbetsmarknaden i stort. Naturligtvis kan man inte skylla hela denna olyckliga situation enbart på Arbetsdomstolens sammansättning. Däremot är det viktigt att Arbetsdomstolen aktivt hjälper jämställdhetsarbetet framåt och inte fungerar som en hinder. Det är önskvärt att man från Arbetsdomstolens sida visar att det faktiskt går att vinna framgång i ett diskrimineringsärende. På så sätt känner den enskilda individen att det är motiverat att vända sig hit och hävda sin rätt. Problemen med lönediskriminering på grund av kön försvinner inte av sig själv därför måste krafttag i rätt riktning tas på området. Att flytta lönediskrimineringsmålen från Arbetsdomstolen till allmän domstol skulle förvisso innebära att misstankarna mot ledamöterna i domstolen skingrades. Å andra sidan är det inte säkert att problematiken per automatik försvinner på grund av en sådan åtgärd. Att förändra arbetsdomstolens sammansättning i dessa mål och på så sätt visa förståelse för dessa måls särskilda karaktär verkar vara den bästa vägen att gå. En särskild rotel inom Arbetsdomstolen skulle kunna inrättas dit dessa mål hänskjuts. Denna skulle naturligtvis innebära specialkompetens på lönediskrimineringsområdet. När diskrimineringsstvisterna handläggs i Arbetsdomstolen ser jag ingen anledning att behålla partsrepresentationen. En lämplig sammansättning kunde bestå av tre domare; ordförande, vice ordförande och person med särskild insikt i lönediskrimineringsfrågor på arbetsmarknaden. Med ett dylikt processförfarande skulle som jag ser det inte någon kompetens gå förlorad. Domstolen skulle vidare objektivt sett inte kunna misstänkliggöras som varandes partiskt sammansatt. Förhoppningsvis skulle man även ha större möjlighet att få gehör för sin sak.

Vad gäller tvister i Arbetsdomstolen då utanförstående arbetstagarer/arbetsgivarna är part vore en förändring av domstolens sammansättning också önskvärd.

Partsrepresentationen i Arbetsdomstolen har alltid motiverats med att Arbetsmarknadens parter genom denna känner ett djupt förtroende för domstolens beslut. Så länge Arbetsdomstolen bara fungerar som ett slags skiljedomsinstitut mellan arbetstagar- och arbetsgivare intressen på arbetsmarknaden är heller inte denna motivering svår att acceptera. Varför man från lagstiftarens sida inte ser mer till de oorganiserades och minoritetsanslutnas situation i detta hänseende framstår underligt. Vad hjälper arbetsmarknadsparternas förtroende den enskilda individen i en tvistesituation? För att undanröja misstankar mot domstolens sammansättning verkar en omdaning av systemet motiverad. Genom att i tvister gällande oorganiserade arbetstagarer och arbetsgivare förflytta fokus från kollektiva intressen till individuella kan mycket vinnas. Dessa mål bör avgöras utan inblandning från de tongivande arbetsmarknadsparterna. En lämplig sammansättning skulle vara; ordförande, vice ordförande samt en ledamot med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden.

Med en dylik samansättning kommer alla känna samma förtroende för Arbetsdomstolen som de stora förbunden gör idag.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Prop. 1928:39 förslag till Lag om kollektivavtal
- Prop. 1974:77 förslag till Lag om rättegång i arbetsrättsliga tvister
- Prop. 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.
- Prop. 1990/91:98 om bostadsdomstolens och hyresnämndernas sammansättning i vissa fall
- Prop. 1990/91:113 om förslag till ny jämställdhetslag
- Prop. 1993/94:147 Jämställdhetspolitiken: Delad makt – delat ansvar
- Prop. 1999/2000:143 ändringar i jämställdhetslagen
- Ds 1993:34, Justitiedepartementet, specialdomstolarna i framtiden
- SOU 1978:38 Jämställdhet i arbetslivet
- SOU 1990:41 Tio år med jämställdhetslagen – utvärdering och förslag
- SOU 1990:44 Demokrati och makt i Sverige – maktutredningens huvudrapport
- SOU 1993:40 Fri och rättighetsfrågor
- Direktiv 2002:11 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning
- Motion 1998/99:A717 Arbetsdomstolens sammansättning i diskrimineringsmål

Böcker

- Akehurst, Michael, *Modern introduction to international law*, nyutgåva omarbetad av Peter Malanczuk, 7e upplagan, Routledge 1997.
- Calleman, Catharina, *Turordning vid uppsägning*, Akademisk avhandling vid Umeå universitet 1999.
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, upplaga 1:3, Nordstedts tryckeri, Stockholm 2000.
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter*, 4e upplagan, Studentlitteratur AB 1989.
- *Frågor och svar om – en företagsam arbetsrätt*, Svenska Arbetsgivareföreningen 1999.
- *Föreningsfrihet på arbetsmarknaden*, seminarium anordnat av rättsfonden 15-16 oktober 1982, Rättsfonden 1983.
- Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999.
- Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur 2001.
- Herzfeld Olsson, Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus förlag 2003.
- Lundström, Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten – en feministisk analys*, Iustus förlag 1999.
- Nyström, Birgitta, *EU och Arbetsrätten*, 3e upplagan, Nordstedts Juridik AB 2002.
- Pettiti, Louis Edmond mfl, *La convention Européenne des droits de l'homme*, Economica 1995.
- Schmidt, Folke, *Facklig Arbetsrätt*, Reviderad Upplaga, Juristförlaget 1997.
- Sigeman, Tore, *Arbetsrätten. En översikt av svensk rätt med europarätt*, andra reviderade upplagan, Norstedts, Stockholm 1998.
- Sigeman, Tore, *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden*, Rättsfondens skriftserie, Iustus förlag 1999.

Artiklar

- Artikelsamling, *Processordningen i diskrimineringsmål mm/Debatt i lag & avtal 2001-2002*.
- Danielsson, Anna, ”AD klarar inte sin uppgift”, Svenska Dagbladet, publicerad den 21 september 2004
- Ehrenkrona, Carl Henrik, Nytt övervakningssystem enligt Europakonventionen, SvJT 1995 s.439.
- Eklund, Ronnie, *Arbetsdomstolen i ljuset av Langborgerfallet*, Juridisk Tidskrift, 1989/90, s. 390-395.
- El Kott, Mats, *Oorganiserade arbetstagare i Arbetsdomstolen*, Juridisk Tidskrift, 1997/98, s. 268-270.
- Fahlbeck, Reinhold, *Tankar om arbetsdomstolen hädiska och andra. Den svenska Arbetsrätten i ett nytt Europa*, s.95-115, Carlssons Bokförlag Stockholm 1993.
- Laurén, Reidunn, *Lönediskriminering av kvinnor - ett svårlöst problem*, Studier i Arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman, Arbetsrättsliga föreningen och Iustus förlag 1993.
- Sandgren, Anders, *Att processa i Arbetsdomstolen*, Festskrift till Hans Stark, Utgiven med stöd från Emil Heijnes stiftelse för rättvetenskaplig forskning & Arbetsrättsliga föreningen, Stockholm 2001.
- Sigeman, Tore, *Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling*, SvJT, 1984a, s. 875-892.
- Sigeman, Tore, *Är arbetsdomstolen egentligen en domstol?*, Juridisk Tidskrift, 1989/90, s.193-206.
- Stark, Hans, *Arbetsdomstolen i Skottgluggen. Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*, s. 369-378, Iustus förlag 1993.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

- AD 1991 nr 100
- AD 1993 nr 99
- AD 1996 nr 14
- AD 1998 nr 17
- AD 2001 nr 13

HD

- NJA 1981 s. 1205
- NJA 1982 s. 564

Europadomstolen

- Young, James och Webster mot Storbritannien (dom den 13 augusti 1981)
- Piersack mot Belgien (dom den 1 oktober 1982)
- Hauschildt mot Danmark (dom den 24 maj 1989)
- Langborger mot Sverige (dom den 22 juni 1989)
- Sibson mot Storbritannien (dom den 20 april 1993)
- Sigurdur A. Sigurjonsson mot Island (dom den 30 juni 1993)
- Gustafsson mot Sverige (dom den 25 april 1996)
- Kellerman mot Sverige (dom den 26 oktober 2004)

EG-domstolen

- C-43/75 Defrenne vs Sabena
- C-129/79 Macarthys v Smith
- C-177/88 Dekker v VJV
- C-96/80 J. P. Jenkins v Kingsgate