



European Federation
of Building
and Woodworkers



FACKET OCH EU | 2013

Skyddet för den fackliga föreningsfriheten i olika internationella rättsakter och dess påverkan på EU-rätten

Innehåll

Förord.....	5
Inledning.....	6
ILO och konventionerna nr. 87 och nr. 98.....	8
A – Löpande granskning.....	8
B – Klagomålsbaserad övervakning.....	9
C – Klagomål.....	11
Europarådet.....	12
A – Den Europeiska sociala stadgan.....	12
B – Löpande granskning.....	12
C – Kollektivt klagomålsförfarande.....	13
Förenta Nationerna.....	15
A – IKESKR.....	15
B – Klagomål till KESKR.....	15
Europakonventionen.....	16
A – Fackliga fri- och rättigheter.....	16
B – Europadomstolen.....	16

Ekonomiska friheter visavi grundläggande rättigheter i EU-rätten	19
Föreningsfrihetens ställning i EU-rätten.....	20
EU-stadgan och skyddet	
för grundläggande rättigheter genom Lissabonfördraget.....	22
Föreningsfriheten i stadgan.....	22
ILO-konventioners betydelse	
för skyddet av den fackliga föreningsfriheten.....	26
EU-domstolen tolkning av hänvisningen	
till nationell rätt och unionsrätt i EU-stadgans artikel 28.....	28
Pensionsmålet.....	28
Laval och Viking.....	29
Skillnader i EU-domstolens tillämpning av olika rättigheter	31
Kommentar till EU-utvecklingen	32
Internationella arbetsorganisationens regelverk.....	34
Strejkrätten.....	34
Kollektiv förhandling.....	36
Europarådets sociala stadga	38
Introduktion.....	38
Kollektiv förhandling.....	38
Strejkrätt.....	39
Europakonventionen.....	41
Kollektiv förhandling – Demir och Baykara.....	41
Strejkrätten – Enerji Yapi-Yol Sen	43
Förhållandet mellan Europakonventionen, Europarådets sociala stadga och ILOs konventioner nr 87 och 98.....	45
Överprövar Europadomstolen EU-rätten?.....	47
Innebörden av artikel 351 EUF.....	48
Att också stödja sig på artikel 12 i EU-stadgan.....	49
Slutsatser av rättsläget.....	50

Förord

ETT ANTAL DOMAR från EU domstolen under åren 2007 och 2008 (*Laval, Viking, Rüffert* och *Kommissionen vs Luxemburg*) har på olika sätt underminerat fundamentala fackliga rättigheter i EU. Det handlar om förenings- och förhandlingsrätt samt rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, det vill säga grundläggande rättigheter som är nära sammankopplade med varandra. Detta har i sin tur begränsat fackliga organisationers möjligheter att kräva att företag och deras anställda likabehandlas avseende lön och villkor. Rättsutvecklingen har försvårat de fackliga organisationernas möjligheter att motverka social dumpning och osund konkurrens om löner och anställningsvillkor.

Detta är bakgrunden till att de svenska fackliga centralorganisationerna LO och TCO tillsammans med European Federation of Building and Woodworkers (EFBWW) låtit utreda föreningsfrihetens, förhandlingsfrihetens och konflikträttens ställning i förhållande till Europakonventionen, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EU-rätten, Europarådets reviderade sociala stadga, relevanta ILO-konventioner och andra bindande internationella överenskommelser.

Ska de fackliga organisationerna kunna fullfölja sina uppdrag måste de kunna förhandla om kollektivavtal, och ska fria förhandlingar kunna genomföras måste det finnas möjlighet att vid behov vidta konfliktåtgärder. Dessa rättigheter är alltid mer eller mindre hotade. Den rättsutveckling på EU-nivå som beskrivs i denna rapport är oroväckande. Det är vår förhoppning att rapporten ska bidra till fördjupade kunskaper om hur man återupp- rättar, försvarar och utvecklar grundläggande fackliga fri- och rättigheter med stöd av internationell rätt.

STOCKHOLM JANUARI 2013

KARL-PETTER THORWALDSSON

EVA NORDMARK

SAM HÄGGLUND

ORDFÖRANDE LO

ORDFÖRANDE TCO

GENERALSEKRETERARE EFBWW

Inledning

RÄTTSLÄGET INOM EU efter bland annat Lavaldomen skapar incitament för arbetsgivare att söka arbetskraft till lägre kostnader från andra länder eller för utländska företag att som affärsidé erbjuda arbetskraft som arbetar på minimivillkor i arbetslandet. Detta strider mot de fundamentala principer på vilka EUs inre marknad en gång grundades. Dessutom uppstår en konflikt med ILOs grundläggande principer som grundar sig på, att "labour is not a commodity".

Den 1 december 2009 trädde EUs Lissabonfördrag i kraft, vilket också innebar att EUs stadga om grundläggande rättigheter blev rättsligt bindande. Detta har i sin tur lett till att förhandlingar om EUs anslutning till den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna inletts i juli 2010. Samtidigt har Europadomstolen i Strasbourg i domar från 2008 och 2009 ändrat sin tidigare rättspraxis och konstaterat att fackföreningars rätt till kollektiva förhandlingar med arbetsgivare, liksom rätten att vidta stridsåtgärder, utgör en del av den i Europakonventionen skyddade föreningsfriheten. Detta bekräftar återigen att de grundläggande rättigheterna förenings-, förhandlings- och konflikträtt är en sammanhängande enhet.

Samtliga medlemsstater i EU är parter till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Europadomstolen har som nämnts ovan, nyligen i fyra avkunnade domar¹, med ändring av sin tidigare rättspraxis, utsträckt skyddet för föreningsfriheten i artikel 11 i Europakonventionen till att omfatta rätten till kollektiva förhandlingar och rätten att vidta kollektiva stridsåtgärder. I ljuset av denna praxis är följaktligen det som förut var implicit numera explicit; att de två europeiska domstolarna intar olika förhållningsätt till kollektiva rättigheter.

Det intressanta i sammanhanget är att Europadomstolen utsträckte skyddet i artikel 11 mot bakgrund av utvecklingen på internationell och europeisk nivå genom att uttryckligen hänvisa till relevanta konventioner från Internationella arbetsorganisationen (ILO), artikel 6 i den Europeiska sociala stadgan, artikel 28 i EUs stadga om grundläggande rättigheter och den etablerade praxisen mellan europeiska stater. Domstolen lade inte bara fast att föreningsfriheten i artikel 11 numera omfattar rätten till kollektiva förhandlingar och rätten till kollektiva stridsåtgärder, utan klargjorde att det nationella införlivandet av dessa rättigheter måste utformas så att det är förenligt med regleringarna inom bland annat ILO och den Europeiska sociala stadgan. En väsentlig aspekt i Europadomstolens nämnda avgöranden är den betydelse domstolen fäster vid dessa regleringar vid fastställandet av innehållet i för-

¹ Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, 12 november 2008, Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey, no. 68959/01, 21 april 2009, Barraco v. France, no. 31684/05, 5 mars 2009 och Danilenkov and Others v. Russia, no. 67336/01, 30 juli 2009. De två första gällde rätten till kollektiva förhandlingar och rätten till kollektiva stridsåtgärder i förhållande till arbetstagarorganisationer och är sålunda i sammanhanget de mer relevanta.

eningsfriheten som den skyddas av artikel 11. Den nya tolkningen av artikel 11 företog domstolen dels mot bakgrund av bland annat ILOs regleringar och den Europeiska sociala stadgan, dels de principer och den praxis som övervakningsorganen av dessa regleringar slagit fast. I denna senare del hänvisar domstolen uttryckligen till praxis från ILOs expertkommitté för tillämpningen av konventioner och rekommendationer, ILOs föreningsfrihetskommitté och Europeiska kommittén för sociala rättigheter. Genom dessa hänvisningar har domstolen framhållit betydelsen av dessa övervakningsorgan och deras praxis för domstolens bedömning. Det kan i sammanhanget nämnas att ILOs expertkommitté i en så kallad individuell observation riktad mot Turkiet beaktat Europadomstolens nya praxis på området.² Detta påvisar en framväxande enighet i förhållande till skyddet för kollektiva rättigheter. ILOs expertkommitté har genom en individuell observation i mars 2010 riktad mot England med anledning av ett klagomål från det brittiska pilotförbundet, BALPA, klargjort kommitténs kritiska hållning i förhållande till EU-domstolens avgöranden i Laval och Viking Line och den påverkan som dessa avgöranden haft på arbetstagarorganisationers rätt att vidta kollektiva stridsåtgärder. Kommittén framhöll följande slutsats i sin observation:

"The Committee thus considers that the doctrine that is being articulated in these ECJ judgements is likely to have a significant restrictive effect on the exercise of the right to strike in a manner contrary to the Convention [87]."

Den här rapporten handlar om just detta, förhållandet mellan EU-rätten, Europakonventionen och ILO-rätten. Spänningen mellan dessa olika internationella rättsordningar som Sverige har åtagit sig att följa. Vår förhoppning, som arbetat praktiskt med att sammanställa rapporten är den ska tydliggöra samspelet och dissonanserna mellan Sveriges internationella förpliktelser. Rapporten börjar med en genomgång av de internationella rättskällorna och vilka gransknings- och klagomålsförfaranden som finns. Därefter följer en del som syftar till att beskriva sambanden och förhållandena mellan de internationella rättskällorna. Avslutningsvis försöker vi att dra några generella slutsatser kring rättsläget.

Rapporten bygger på underlag som jur dr Petra Hertzfeld Olsson och advokat Ulf Öberg bidragit med. Rapporten och de slutsatser som ansvarar vi som rapportförfattare emellertid helt och fullt för.

Vår tanke med rapporten är att den ska fungera som ett kunskapsunderlag för den som bättre vill förstå de internationella regelverk som på olika sätt påverkar och kringgärdar grundläggande fackliga rättigheter. Rapporten kan i delar uppfattas som teknisk och besvärlig. Vår förhoppning är dock att kunna bidra till fördjupad kunskap inom ett komplicerat rättsområde.

STOCKHOLM JANUARI 2013

CLAES- MIKAEL JONSSON, JURIST LO

INGEMAR HAMSKÅR, SENIORJURIST TCO

DAN HOLKE, CHEFSJURIST LO-TCO-RÄTTSSKYDD AB

SAM HÄGGLUND, GENERALSEKRETERARE EFBWW

² Report of the Comité of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2009) (CEACR : Individual Observation concerning Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) Turkey (ratification: 1952) Published: 2009 (ilolex: 062009TUR098)).

ILO och konventionerna nr. 87 och nr. 98

Den Internationella arbetsorganisationen (ILO) etablerades 1919 och är ett FN organ utformat kring en trepartsstruktur med representanter från medlemsstaterna, arbetsgivare och arbetstagare. Organisationen ansvarar för utfärdandet och övervakningen av internationellt tillämpliga arbetsrättsliga regleringar. Medlemskapet är vidsträckt och majoriteten av alla länder i världen är medlemmar i organisationen.

Föreningsfrihet och effektivt erkännande av rätten till kollektiva förhandlingar betraktas av ILO som en av fyra fundamentala principer som blir direkt bindande vid medlemskap i organisationen. Den aktuella principen kommer särskilt till uttryck i form av specifika rättigheter och skyldigheter i konvention nr. 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten samt konvention nr. 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingen. Båda konventionerna har ratificerats av alla medlemsstater inom EU och tillhör en grupp konventioner som identifierats som fundamentala och som betecknas som kärnkonventioner.

ILOs övervakningsstruktur består huvudsakligen av en löpande och en klagomålsbaserad övervakning. Ansvaret för översynen fördelas i sin tur på en rad olika övervakningsorgan som har till uppgift att övervaka medlemsstaternas implementering, tillämpning och efterlevnad i förhållande till ratificerade och viss mån icke ratificerade konventioner.

A – Löpande granskning

Ansvaret för den löpande granskningen av medlemsstaternas åtaganden i förhållande till ratificerade konventioner delas av Expertkommittén och Konferenskommittén. Den förra är i sammanhanget den mer relevanta och kan samtidigt sägas ha det huvudsakliga ansvaret för utredning av rättsliga frågor. Expertkommitténs granskning avser, enkelt uttryckt, en översyn av i vilken utsträckning lag och praxis i den aktuella medlemsstaten överensstämmer med de av staten ratificerade konventionerna och de generella skyldigheter som följer av ILOs konstitution.

Den följande redogörelsen utgår endast från rapporteringsskyldigheten vad gäller konventionerna nr. 87, 98 och 154. Enligt artikel 22 i ILOs konstitution ska varje medlemsstat rapportera till den internationella arbetsbyrån om vilka åtgärder som medlemsstaten vidtagit för att införliva de konventioner till vilka den är part. Rapport gällande konventioner som är fundamentala eller prioriterade, vilket innefattar konvention nr. 87 och nr. 98, ska inges vartannat år. Rapporterna ska inges senast den 1 september det aktuella året.

Enligt artikel 23.2 i konstitutionen ska medlemsstaterna delge de representativa arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna i landet kopior av alla rapporter och den information som skickats till ILOs generaldirektör. Arbetstagarorganisationerna bereds en möjlighet att inkomma med kommentarer gällande medlemsstatens fullgörande av de skyldigheter som följer

av den konvention som rapporteringsskyldigheten avser. Denna möjlighet gäller inte endast i förhållande till de mest representativa arbetstagarorganisationerna utan står öppen för organisationer i hela ledet ner till regionala och lokala arbetstagarorganisationer. Aktuella kommentarer kan sändas direkt till den internationella arbetsbyrån.

Kommentarerna utgör en del av det underlag på vilket expertkommittén ska göra sin bedömning. I sammanhanget kan nämnas att expertkommittén vid upprepade tillfällen betonat betydelsen av bland annat arbetstagarorganisationers kommentarer för kommitténs utredning. Den aktuella medlemsstaten mot vilken klagomålet riktas bereds tillfälle att genom egna kommentarer bemöta anklagelserna. Kommittén kan mot bakgrund av medlemsstatens redogörelse ålägga den aktuella staten att inkomma med en detaljerad rapport utanför ramen för statens löpande rapporteringsskyldighet. Det ska nämnas att det var inom ramen för denna typ av förfarande som LO och TCO rapporterade in de förändringar i svensk rätt som uppstått till följd av EU-domstolens dom i Laval-målet.

Om expertkommittén finner att den berörda medlemsstaten brustit i fullgörandet av sina konventionsenliga åtaganden kan den rikta en så kallad individuell observation mot staten ifråga.

B – Klagomålsbaserad övervakning

Nationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer har vid sidan av möjligheten att inkomma med kommentarer inom ramen för den löpande granskningen en fristående möjlighet att när som helst, oaktat den aktuella statens rapporteringsskyldighet, till ILO inkomma med observationer gällande medlemsstatens fullgörande av sina konventionsenliga skyldigheter och andra generella skyldigheter som kan följa av medlemskapet i ILO. Dessa observationer kan förmedlas direkt till den internationella arbetsbyrån och behöver inte specifikt relatera till någon av medlemsstatens rapporter.

Proceduren med anledning av fristående observationer skiljer sig inte nämnvärt från den som tillämpas vid den löpande granskningen. Emellertid kan vissa aspekter framhållas. För att observationer från en organisation ska tillmätas betydelse, så att de beaktas utanför ramen för den löpande granskningen, måste observationerna utformas så att de ger uttryck för nya omständigheter i förhållande till tidigare kommentarer från organisationen samt i förhållande till omständigheter som redan beaktats av expertkommittén i relation till den aktuella medlemsstaten. Detsamma gäller om observationerna endast lyfter ytterligare information om lag och praxis i förhållande till omständigheter som redan beaktats av kommittén.

Expertkommittén har i sammanhanget särskilt lyft fram viktiga nationella lagändringar samt andra väsentliga nationella förändringar med betydelse för statens åtaganden i förhållande till ratificerade konventioner som faktorer som kan berättiga en utredning utanför ramen för den löpande granskningen. Även mindre lagförslag och lagändringar kan motivera en fristående granskning i vissa fall. Det gäller självfallet även situationer där observationerna ger uttryck för allvarliga anklagelser om väsentliga brister i medlemsstatens fullgörande av sina konventionsenliga skyldigheter, i den mån sådana anklagelser inte fullt ut belysts i tidigare kommentarer. Detta

bör gälla än mer i förhållande till konvention nr. 87 och nr. 98 vilka, som berörts ovan, betraktas som kärnkonventioner.

Inom ramen för kommitténs utredning kommer den aktuella medlemsstaten mot vilken observationen riktas beredas tillfälle att genom egna kommentarer bemöta anklagelserna. Kommittén kan mot bakgrund av medlemsstatens redogörelse sedermera ålägga den aktuella staten att inkomma med en detaljerad rapport utanför ramen för statens löpande rapporteringsskyldighet.

Om expertkommittén finner att den berörda medlemsstaten brustit i fullgörandet av sina konventionsenliga åtaganden kan den i likhet med förfarandet inom ramen för den löpande granskningen rikta en så kallad individuell observation mot staten ifråga.

Klagomål från nationella arbetstagarorganisationer kan inges till föreningsfrihetskommittén, som är ett trepartssammansatt organ med särskilt ansvar för klagomål gällande frågor om föreningsfrihet, i begreppets vida bemärkelse. Det bör i sammanhanget uppmärksammas att kommittén kan pröva klagomålet även om medlemsstaten ifråga inte ratificerat någon av konventionerna inom området för föreningsfrihet och oaktat att den klagande parten inte uttömt de nationella rättsmedlen. Ett eventuellt klagomål måste emellertid i största möjliga mån understödjas med bevis gällande en specifik inskränkning av föreningsfriheten. Föreningsfrihetskommittén behandlar nämligen enbart enskilda fall och är inte tillsatt att dra generella slutsatser. Klagomålet till kommittén måste sålunda utformas att avse specifika anklagelser och samtidigt klargöra på vilket sätt den berörda medlemsstaten kränkt de relevanta bestämmelserna.

Därutöver måste den nationella organisationen ha ett direkt intresse i saken. Men kopior av samma klagomål kan inges samtidigt från olika nationella organisationer.

Även internationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer kan inge klagomål till föreningsfrihetskommittén. En förutsättning för detta är emellertid att den aktuella internationella organisationens medlemsorganisationer har ett direkt intresse i saken genom att omständigheterna som anklagelserna avser direkt påverkar dem i deras roll som arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. ETUC och europeiska fackliga branschfederationer har mot denna bakgrund en möjlighet att inge självständiga klagomål till föreningsfrihetskommittén.

Föreningsfrihetskommittén har mandat att pröva huruvida lagstiftning och praxis i den stat mot vilken klagomålet är riktat överensstämmer med principen om föreningsfrihet och rätten till kollektiva förhandlingar som den kommer till uttryck i relevanta konventioner och i form av generella rättigheter som kan följa av medlemskapet i ILO. När medlemsstaten ratificerat de aktuella konventionerna kan rättsliga aspekter i ärendet komma att underställas expertkommitténs granskning, i enlighet med föreningsfrihetskommitténs processuella regler.

I likhet med expertkommittén kan föreningsfrihetskommittén välja att inte tillåta ett klagomål om klagan avser anklagelser vilka redan har beaktats och varit föremål för ett beslut av föreningsfrihetskommittén. Det gäller även i den mån anklagelserna avser specifika nationella bestämmelser vilka redan har granskats av kommittén.

Föreningsfrihetskommitténs bedömning resulterar i en slutsats som sedermera publiceras. Om kommittén finner att den berörda staten brutit i sina skyldigheter kan den därutöver föreslå att ILOs verkställande styrelse ska rikta en rekommendation till den berörda staten. Den verkställande styrelsen följer i regel alltid föreningsfrihetskommitténs slutsatser.

C – Klagomål

Arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer kan i enlighet med artikel 24 i ILOs konstitution inge klagomål ("representation") till den internationella arbetsbyrån om att en medlemsstat inte uppfyllt sina konventionsenliga skyldigheter. Den berörda medlemsstaten uppmärksammas på klagomålet vilket sedan tillställs ILOs verkställande styrelse som har att inledningsvis bedöma om klagomålet ska tillåtas. Klagomålet måste till en början omfatta en uttrycklig hänvisning till artikel 24 i ILOs konstitution samt avse en konvention som den berörda medlemsstaten ratificerat.

Den klagande parten måste vara en arbetstagar- och arbetsgivarorganisation. Rätten att inge ett klagomål gäller i förhållande till alla sammanlutningar av arbetstagare och arbetsgivare utan begränsningar avseende antalet medlemmar. Det kan därför röra sig om en lokal, nationell eller internationell organisation. Nationella och europeiska fackliga organisationer är behöriga att inge klagomål i enlighet med artikel 24 ovan.

Av klagomålet ska framgå i vilket avseende staten ifråga inte fullgör sina konventionsenliga skyldigheter. Om klagomålet tillåts, kan den verkställande styrelsen antingen tillsätta en trepartskommitté som ska bedöma klagomålet eller, om klagan avser frågor om föreningsfrihet, hänvisa talan till föreningsfrihetskommittén för utredning. Trepartskommittén utreder anklagelserna och tillställer den verkställande styrelsen förslag på åtgärder som bör vidtas. Styrelsen kan mot bakgrund av detta material välja att publicera klagomålet och rikta rekommendationer till den berörda staten.

Europarådet

A – Den Europeiska sociala stadgan

Artikel 5 och 6 i den Europeiska sociala stadgan rev. 1996 (ESS 1996) reglerar föreningsfriheten, rätten till kollektiva förhandlingar och rätten att vidta kollektiva stridsåtgärder. Flertalet av EUs medlemsstater har förklarat sig bundna av båda bestämmelserna.

Den Europeiska kommittén för sociala rättigheter (EKSR) ansvarar för övervakningen av staters efterlevnad av de åtaganden som följer av stadgan. Kommitténs beslut är inte bindande men den gör en rättslig bedömning av huruvida nationell rätt och praxis överensstämmer med de skyldigheter som följer av stadgan (artikel 24 ESS i dess ändrade lydelse genom 1991 års tilläggsprotokoll).

Övervakningen kan indelas i en löpande och en klagomålsbaserad granskning, inom ramen för det ovan nämnda kollektiva klagomålsförfarandet.

B – Löpande granskning

Enligt artikel C ESS 1996 ska samma övervakningsstruktur användas som för den tidigare Europeiska sociala stadgan (ESS). I det följande kommer hänvisningar till stadgan att avse ESS med de ändringar som följer av 1991 års tilläggsprotokoll. Med anledning av ett beslut från ministerkommittén är därutöver bestämmelserna i både ESS och ESS 1996, inom ramen för den löpande granskningen, numera indelade i fyra tematiska grupper. Varje stat ska årligen tillstålla Europarådets generalsekreterare en rapport i förhållande till bestämmelserna i en av de fyra grupperna. Det är sålunda fyra år mellan en stats rapporteringskyldighet i förhållande till en och samma grupp.

Enligt artikel 23.1 ESS ska staterna delge kopior av den aktuella rapporten till nationella organisationer som är medlemmar i sådana internationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som omtalas i artikel 27.2 ESS. De aktuella nationella organisationerna har mot bakgrund av samma bestämmelse rätt att till Europarådets generalsekreterare inge kommentarer på statens rapport.

Fackliga centralorganisationer som är medlemmar i ETUC har rätt att inge kommentarer till respektive landsrapport. De aktuella kommentarerna kommer sedermera enligt artikel 24 ESS att utgöra en del av det underlag som EKSR ska göra sin bedömning på huruvida Sverige fullgör sina åtaganden enligt ESS 1996. Europeiska fackliga branschfederationer är däremot inte behöriga att inge kommentarer inom ramen för den löpande granskningen.

EKSRS slutsats offentliggörs sedermera och tillställs, i enlighet med artikel 27 ESS, regeringskommittén som har att utifrån sociala, ekonomiska och andra politiska överväganden välja ut de situationer vilka enligt dess uppfattning ska bli föremål för Europarådets ministerkommittés rekommendationer till enskilda stater. Mot bakgrund av regeringskommitténs rapport kan ministerkommittén med två tredjedelars majoritet fatta beslut om att avge rekommendationer till de aktuella staterna, artikel 28. Detta

är den högsta formen av sanktion inom den till stadgan etablerade övervakningsstrukturen. Det bör i sammanhanget påpekas att EKSRs rapport tillmäts självständig betydelse och består, till skillnad från bland annat regeringskommitténs rapport, av rättsliga överväganden.

Om ministerkommittén beslutar att rikta en rekommendation till en stat som befunnits ha kränkt en av stadgans rättigheter ska den berörda staten i sina efterföljande rapporter klargöra vilka åtgärder man vidtagit i syfte att åtgärda de aspekter som rekommendationen avser.

C – Kollektivt klagomålsförfarande

Genom 1995 års tilläggsprotokoll infördes ett kollektivt klagomålsförfarande. Enligt artikel D ESS 1996 ska förfarandet som följer av detta tilläggsprotokoll omfatta bestämmelserna i ESS 1996 för de stater som ratificerat protokollet. Det kollektiva klagomålsförfarandet utgör ett komplement till den löpande granskningen och introducerades i syfte att stärka övervakningsstrukturen i dess helhet samt den roll som bland annat arbetstagarorganisationer har i övervakningen.

Enligt artikel 1.c i tilläggsprotokollet är nationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer inom den berörda statens jurisdiktion behöriga att till Europarådets generalsekreterare inkomma med klagomål gällande statens fullgörande av de åtaganden som följer av ESS 1996. Klagomålet underställs EKSRs bedömning (artikel 5 tilläggsprotokollet). Till skillnad från förfarandet inom ramen för den löpande granskningen, är förfarandet för kollektivt klagomål inte begränsat till nationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som är medlemmar i sådana internationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som omtalas i artikel 27.2 ESS. Den aktuella organisationen måste emellertid bedömas vara representativ för att tilldelas möjligheten att använda sig av det kollektiva klagomålsförfarandet.

EKSRs bedömning om den aktuella organisationen som gett in klagomålet kan anses uppfylla kravet på att vara representativ görs mot bakgrund av information och observationer som ingetts av den aktuella staten samt organisationen ifråga. I frånvaron av nationella kriterier beaktas bland annat faktorer som antal medlemmar och betydelsen av organisationens roll i nationella förhandlingar.

Nationella fackliga organisationer är behöriga att inge klagomål inom ramen för det kollektiva klagomålsförfarandet. Europeiska fackliga branschfederationer är mot bakgrund av artikel 1.a i 1995 års tilläggsprotokoll och artikel 27.2 i ESS däremot inte behöriga att inge klagomål inom ramen för detta förfarande. Det kan i sammanhanget nämnas att de organisationer som inger klagomål ska inför EKSR representeras av en person utnämnd för detta syfte.

Enligt artikel 4 i tilläggsprotokollet måste det av klagomålet framgå vilka artiklar i stadgan klagomålet avser och det ska även framgå i vilket hänseende och utsträckning staten i fråga har kränkt de aktuella bestämmelserna. Det bör vidare uppmärksammas att klagomålet måste utformas på så sätt att klagan avser en kränkning som följer av statens lagstiftning eller praxis och inte vara baserad på en enskild situation.

Det faktum att de omständigheter som klagomålet omfattar till viss del

redan beaktats inom ramen för EKSRs löpande granskning, innebär inte nödvändigtvis att ett klagomål inte skulle tillåtas inom ramen för det kollektiva klagomålsförfarandet. Därutöver kan ett klagomål tillåtas även om ett liknande klagomål inlämnats till ett annat nationellt eller internationellt organ. Detta innebär att det aktuella kollektiva klagomålsförfarandet mycket väl kan användas vid sidan av klagomålsförfaranden vid andra internationella organ, till exempel ILO eller Europadomstolen. Det kan tilläggas att det inom ramen för det kollektiva klagomålsförfarandet deltar en representant från ILO i EKSRs sammansättning.

Om EKSR tar upp klagomålet till prövning, bereds den klagande organisationen och staten ifråga i enlighet med artikel 7 i tilläggsprotokollet tillfälle att inkomma med ytterligare information i ärendet. Även andra stater som ratificerat protokollet bereds tillfälle att i detta skede av handläggningen inkomma med kommentarer i ärendet och på så sätt intervensera. Därutöver har även sådana internationella organisationer som omtalas i artikel 27.2 ESS, vilket innefattar bland annat ETUC, en möjlighet att inkomma med observationer i ärendet i fall då det till exempel är en nationell arbetstagarorganisation som inlämnat klagomålet.

Artikel 7.4 i tilläggsprotokollet möjliggör för EKSR att, i den mån kommittén finner det lämpligt, och efter det att det skriftliga förfarandet avslutats, inleda en muntlig förhandling med representanter från den nationella organisationen och staten ifråga. Detta kan även ske på initiativ av en av de nämnda parterna. Om EKSR beslutar att inleda muntlig förhandling bereds övriga stater och internationella organisationer tillfälle att intervensera. Den muntliga förhandlingen tillmäts stor betydelse såtillvida att ledamöter i EKSR som inte deltagit i nämnda förhandlingar inte heller får delta i den avslutande överläggningen och kan på så sätt förlora sin rösträtt i ärendet.

EKSR ska, enligt artikel 8 i tilläggsprotokollet, med utgångspunkt i rättsliga överväganden i en rapport slå fast huruvida staten ifråga kränkt de aktuella rättigheterna. Europarådets ministerkommitté ska enligt artikel 9 i tilläggsprotokollet sedan tillställas rapporten. Om EKSR funnit att staten brustit i sina åtaganden ska ministerkommittén, om två tredjedelar så vill, rikta en rekommendation till staten ifråga. Ministerkommittén kan inte ändra EKSRs rättsliga bedömning, vars rapport offentliggörs vid ett senare tillfälle, men är fri att grunda ett beslut på sociala och ekonomiska överväganden. Därutöver kan ministerkommittén i enlighet med artikel 9.2 i tilläggsprotokollet, om två tredjedelar så vill, och i den mån EKSRs rapport berör tidigare obeaktade frågor av betydelse, konsultera regeringskommittén.

Om ministerkommittén beslutar att rikta en rekommendation till staten ifråga, ska den berörda staten vid nästa rapporteringstillfälle, inom ramen för den löpande granskningen och utan hänsyn till den tematiska indelningen, i den rapporten klargöra vilka åtgärder man vidtagit för att fullgöra nämnda rekommendation (artikel 10 i tilläggsprotokollet). En liknande skyldighet finns i förhållande till EKSRs rapport oaktat ministerkommitténs beslut i frågan. Då ska emellertid den nämnda tematiska indelningen beaktas.

Förenta Nationerna

A – IKESKR

Artikel 8 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (IKESKR) reglerar föreningsfriheten och, uttryckligen, rätten att vidta stridsåtgärder samt, i mer oklar utsträckning, förhandlingsrätten. Flertalet av EUs medlemsstater har ratificerat nämnda konvention. I artikel 8.2 i IKESKR hänvisas särskilt till ILO konvention nr. 87 och tydliggörs att artikel 8 inte får tillämpas så att rättigheterna i konventionen nr. 87 begränsas.

Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) bär det huvudsakliga ansvaret för övervakningen i förhållande till konventionen. Övervakningsstrukturen är primärt baserad på en löpande granskning där kommittén granskar nationella rapporter och avger med anledning av dessa sammanfattande observationer.

Utöver den löpande granskningen introduceras genom ett nyligen antaget tilläggsprotokoll ett separat klagomålsförfarande genom vilket enskilda och organisationer kan ge in klagomål till kommittén om att den aktuella staten inte fullgör sina skyldigheter i förhållande till konventionen. Det nämnda tilläggsprotokollet har emellertid ännu inte trätt i kraft.

B – Klagomål till KESKR

Enligt artikel 16 i IKESKR har de stater som är parter till konventionen en rapporteringsskyldighet som innebär att staterna, huvudsakligen, vart femte år ska tillstålla KESKR en rapport gällande de åtgärder som vidtagits och de framsteg som gjorts rörande efterlevnaden av konventionens rättigheter. Inom ramen för denna rapporteringsskyldighet finns emellertid ingen möjlighet för till exempel arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer att inge observationer/kommentarer på statens rapport. Kommittén har inget mandat att motta och utreda enskilda klagomål.

Europakonventionen

A – Fackliga fri- och rättigheter

Artikel 11 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) reglerar föreningsfriheten. Som redogjorts för inledningsvis har Europadomstolen genom två nyligen avkunnade domar utökat skyddet i nämnda artikel till att omfatta fackliga organisationers rätt till kollektiva förhandlingar och rätt att vidta kollektiva stridsåtgärder. Den nya tolkningen av artikel 11 företog Europadomstolen bland annat mot bakgrund av relevanta konventioner från ILO, särskilt konvention nr. 87, 98 och 151, och artikel 6 i den Europeiska sociala stadgan.

Det står mot bakgrund av Europadomstolens nya praxis numera klart att rätten till kollektiva förhandlingar utgör en väsentlig beståndsdel i föreningsfriheten och skyddas av artikel 11. Vad gäller rätten till kollektiva stridsåtgärder är det klarlagt att även denna rättighet numera omfattas av skyddet i artikel 11. Även om domstolen i detta senare avgörande inte uttryckligen slår fast att rätten till kollektiva stridsåtgärder utgör en väsentlig beståndsdel i föreningsfriheten, finns det ett betydande utrymme att tilldela avgörandet denna innebörd.

Det bör uppmärksammas att vissa viktiga revideringar av konventionen förekommit med anledning av protokoll nr. 14, som trädde i kraft den 1 juni 2010.

B – Europadomstolen

Enligt artikel 34 i Europakonventionen kan enskilda personer, icke-statliga organisationer eller grupper av enskilda personer tillstålla Europadomstolen klagomål om att någon av de fördragsslutande parterna kränkt någon av de i konventionen eller protokollen till denna angivna rättigheterna. För att få föra en talan med stöd av artikel 34 är det etablerad praxis att klaganden måste visa att just han eller hon är ett offer för en kränkning av rättigheterna i konventionen. Det är vidare vedertaget att fackföreningar kan vara offer för kränkningar i den mening som avses i artikel 34.

I artikel 35 föreskrivs de närmare kriterierna för när ett klagomål ska tillåtas. En talan får tillåtas endast om det nationella utbudet av rättsmedel uttömts i enlighet med den internationella rättens allmänt erkända regler.

Klagomålet ska vidare tillställas Europadomstolen senast sex månader från den dag då det slutgiltiga beslutet meddelades. Någon ny frist börjar inte löpa med anledning av beslut om extraordinära rättsmedel, som till exempel beslut i anledning av ansökan om resning och domvilla.

Enligt artikel 35 (2)(b) får en talan inte tillåtas om klagomålet är väsentligen detsamma som ett ärende som redan prövats av Europadomstolen eller redan hänskjutits till internationell undersökning eller reglering i annan form och som inte innehåller nya relevanta upplysningar. Uttrycket internationell undersökning eller reglering i annan form har bedömts omfatta ILOs övervakningsorgan. Detsamma bör rimligtvis även gälla EKSRS, som

är ett övervakningsorgan i förhållande till den Europeiska sociala stadgan, även om detta ännu inte har prövats av Europadomstolen. Kommentarer som inges inom ramen för ILOs löpande granskning, bör dock sannolikt främst betraktas som observationer och inte som klagomål som omfattas av artikel 35 (2)(b).

För att ett klagomål ska bedömas vara väsentligen detsamma ska klagomålet till Europadomstolen dels vara baserat på samma omständigheter och avse samma sak, dels ha ingetts av samma parter. Detta innebär att om det senare klagomålet lyfter nya, alternativt andra omständigheter och sålunda kan säga vara vidare än det tidigare klagomålet så bör talan tillåtas. Detsamma gäller om det inte rör sig om samma parter. Emellertid utreder Europadomstolen partsidentifikationen i flera led och beaktar även medlemskap som en faktor i denna bedömning.

I målet *Cereceda Martin and others v. Spain* avvisades ett klagomål om att de klagande, 23 arbetstagare, blivit avskedade med anledning av att de deltagit i fackliga åtgärder (kränkning av artikel 11) på grund av att samma klagomål tillställts och sedermera prövats av ILOs föreningsfrihetskommitté med anledning av konvention nr. 87. Klagomålet till föreningsfrihetskommittén hade förvisso ingetts av en större facklig organisation, men ansågs ändå innebära ett hinder för en ny prövning vid Europadomstolen eftersom fyra medlemsorganisationer till denna större organisation hade anslutit sig till klagomålet till ILO. De nämnda fackliga medlemsorganisationerna representerade i sin tur arbetarna vid det aktuella företaget och klagomålet gällde specifikt uppsägningen av de 23 arbetarna som sedermera klagade till Europadomstolen.

I *Council of Civil Service Unions v. The United Kingdom* hade brittiska Trade Union Congress (TUC) gett in ett klagomål till ILO. Den fackliga organisationen Council of Civil Service Union hade tillsammans med sex individer sedermera fört en talan inför Europadomstolen gällande samma sak. Klagomålen bedömdes av domstolen vara identiska, i den bemärkelsen att de lyfte samma omständigheter och gällde samma kränkning men att de ändå skilde sig åt såtillvida att parterna bakom de två klagomålen inte kunde likställas. I sitt avgörande fastslår domstolen att TUC hade agerat på egna vägnar och att Council of Civil Service Union sålunda inte hade agerat genom TUC i dess klagomål till ILO.

Mot bakgrund av de två redovisade avgörandena fäster Europadomstolen särskild vikt vid frågan huruvida klaganden vid domstolen kan sägas ha agerat genom de fackliga organisationerna i deras klagomål till ILO. I denna del utreder domstolen huruvida de fackliga organisationerna de facto representerar klaganden, så att de för klagandes sak inför ILO. Motiveringen bakom domstolens förhållningssätt synes vara att regeln i artikel 35 (2)(b) inte ska kunna kringgå endast genom att klaganden istället väljer att agera genom fackliga organisationer eller låter sig representeras av dessa inför andra övervakningsorgan.

Enligt artikel 35 (3)(b), som är ny med anledning av protokoll nr. 14, ska Europadomstolen avvisa varje enskilt anspråk som anförts enligt artikel 34, om den anser att den klagande inte har lidit avsevärt men ("significant disadvantage"). Detta gäller om inte respekten för de mänskliga rättigheterna,

såsom de definieras i konventionen eller i protokollen till denna, kräver en sakprövning av klagomålet. Mål som inte vederbörligen har prövats av nationell domstol får dock inte avvisas av denna anledning. Kriteriet har införts i syfte att effektivisera Europadomstolens arbete för att den ska kunna fokusera på de fall som rättfärdigar en materiell prövning. Det är klarlagt att klagomål som aktualiserar frågor som kan påverka tillämpningen eller tolkningen av konventionen, eller viktiga frågor gällande nationell rätt, faller inom denna kategori. Det ankommer på Europadomstolen att i sin praxis närmare utveckla innebörden av kriteriet.

Ekonomiska friheter visavi grundläggande rättigheter i EU-rätten

Förverkligandet av en gemensam inre marknad utan gränser har stått i fokus för EUs verksamhet under hela dess existens. Ett gemensamt frihandelsområde betraktas som nyckeln till säkerställandet av EUs konkurrenskraft. För att förverkliga den inre marknaden måste hinder för den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapital elimineras (art 26 Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF)).

De ekonomiska friheterna är grundläggande för hela EU-projektet och utgör några av de grundläggande principerna i fördragets system.

Dessa friheter kan emellertid i viss utsträckning inskränkas av skäl som är kopplade till allmän ordning, säkerhet och hälsa (se art. 36, 45.3, 52.1, 62, FEUF). Inskränkningar i etableringsfriheten och i friheterna att tillhandahålla tjänster och varor kan också göras med hänvisning till tvingande krav av allmänintresse enligt EU-domstolens rättspraxis³. När det gäller etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster ska inskränkningen därutöver vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte⁴. EU-domstolen har också klargjort att skyddet av mänskliga rättigheter utgör ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten, såsom till exempel fri rörlighet för varor⁵ och friheten att tillhandahålla tjänster⁶.

Diskussionen om omfattningen av EU-rättens skydd för kollektiva förhandlingar och kollektiva åtgärder har huvudsakligen aktualiserats när de prövats mot någon av de ekonomiska friheterna.

³ Ibid och C-438/05, Viking Line, dom 11 december 2007, REG 2007 s I-10779, p 75 och Mål C-341/05, Laval, dom den 18 december 2007, REG 2007, s I-11767 p 101.

⁴ Se Laval och Viking ibid.

⁵ Mål C-112/00 Schmidberger, p 74.

⁶ Mål C -36/02, Omega, REG 2004 s. I-9609, p 36.

Föreningsfrihetens ställning i EU-rätten

Genom Lissabonfördraget tillkom en ny artikel, Artikel 152 FEUF, i vilken det anges att:

Unionen ska erkänna och främja arbetsmarknadsparternas betydelse på unionsnivå och därvid ta hänsyn till skillnaderna i de nationella systemen. Den ska underlätta dialogen mellan arbetsmarknadens parter med respekt för deras självständighet. Det sociala trepartstoppmötet för tillväxt och sysselsättning ska bidra till den dialogen.

Den centrala kompetensbestämmelsen inom det arbetsrättsliga området är artikel 153. Punkt 1(f) är av särskilt intresse för frågan om kompetensen på områden med föreningsfrihetlig koppling. Där anges nämligen att EU kan vidta åtgärder i fråga om

f) Företrädande och kollektivt tillvaratagande av arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen, inbegripet medbestämmande, om inte annat följer av punkt 5.

Enligt artikel 153.5 utesluts fortfarande aktiviteter baserade på denna artikel inom områdena löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout.

I artikel 156 föreskrivs möjligheten till samordning rörande ett antal frågor om socialpolitik. Metoden kan användas för områdena, sysselsättning, arbetsrätt och arbetsvillkor, grundläggande och kvalificerad yrkesutbildning, social trygghet, arbetarskydd, arbetshygien samt förenings- och förhandlingsrätt. Bestämmelsen ger dock inte unionen kompetens att anta bindande rättsakter.

I den så kallade Montiförordningen (2679/98) om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna behandlas frågan om förhållandet mellan strejkrätten och den fria rörligheten för varor. I förordningen som utgjorde en form av kodifiering av en EU-domstolsdom mot Frankrike, behandlades bland annat frågan om skillnad mellan otillbörliga hinder och utövande av strejkrätten. I artikel 2 anges att:

"Denna förordning får inte tolkas som att den på något sätt inverkar på utövandet av de grundläggande rättigheter, inklusive strejkrätt eller frihet att strejka, så som de erkänns i medlemsstaterna. Dessa rättigheter kan också inbegripa rätt eller frihet att vidta andra åtgärder som omfattas av de särskilda systemen för relationerna mellan parterna på arbetsmarknaderna i medlemsstaterna".

Strejkrätten som grundläggande rättighet värnades således i sammanhanget och fick därmed ett explicit erkännande inom unionen.

Även i Tjänstedirektivet (2006/123) inkluderades bestämmelser som skulle värna strejkrätten och rätten till kollektiv förhandling.

I direktivets ingress anges att:

(14) Detta direktiv påverkar inte [...] heller förbindelserna mellan arbetsmarknadens parter, inbegripet rätten att förhandla om och ingå kollektivavtal, rätten att strejka och vidta stridsåtgärder i enlighet med nationell lagstiftning och nationell praxis i överensstämmelse med gemenskapsrätten, ...

Och i direktivets artikel 1.6 framgår att:

6. Detta direktiv påverkar inte arbetsrätten, det vill säga sådana rättsliga eller avtalsreglerade bestämmelser om anställningsvillkor, arbetsförhållanden, inbegripet hälsa och säkerhet på arbetsplatsen, samt förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, som medlemsstaterna tillämpar i enlighet med nationell lagstiftning som respekterar gemenskapsrätten. Detta direktiv påverkar inte heller medlemsstaternas lagstiftning om social trygghet.

I tjänstedirektivet tillkom i förhållande till skrivningarna i Montiförordningen en hänvisning till gemenskapsrätt. Detta torde medföra en försvagning av skyddet för strejkrätten i jämförelse med Montiförordningen. Frågan är vilket värde skrivningarna i tjänstedirektivet har i ljuset av utvecklingen av EU-domstolens praxis när det gäller skydd för den nationella rätten att vidta stridsåtgärder och kollektiv förhandling?

EU-stadgan och skyddet för grundläggande rättigheter genom Lissabonfördraget

Vid Lissabonfördragets ikraftträdande blev stadgan om grundläggande rättigheter i Europeiska unionen rättsligt bindande. I fördraget om Europeiska Unionen (FEU) artikel 6 anges att:

Unionen ska erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen. Bestämmelserna i stadgan ska inte på något sätt utöka unionens befogenheter så som de definieras i fördragen.

De följande bestämmelserna i artikel 6 FEU tar upp andra aspekter av skyddet för grundläggande rättigheter i EU. I artikel 6.2 anges att Unionen ska ansluta sig till europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Förhandlingarna om anslutning inleddes den 7 juli 2010.

Därutöver hänger bestämmelsen från tidigare fördrag kvar i artikel 6.3 FEU. Där anges att de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.

Innebörden av 6.3 tycks vara att det fortfarande finns ett visst utrymme att inkludera andra rättigheter i de allmänna principerna än de som återfinns i EU-stadgan. Förutom sådana rättigheter som återfinns i Europakonventionen kan rättigheter som kan härledas ur medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner ges denna status.

Kommissionens ger visserligen i sitt strategidokument för genomförandet av stadgan uttryck för uppfattningen att stadgan samlar alla grundläggande rättigheter som skyddas i unionen och ger dem en detaljutformning. Skulle stadgan vara uttömmande får man dock förmoda att artikel 6.3 FEU vore helt överflödig.

Föreningsfriheten i stadgan

När det specifikt gäller föreningsfriheten är två artiklar av särskilt intresse. I EU-stadgan skyddas föreningsfriheten i artikel 12 och förhandlingsrätten och kollektiva åtgärder i artikel 28. Föreningsfriheten har fått följande lydelse:

Artikel 12

Mötes- och föreningsfrihet

- 1. Var och en har rätt till frihet att delta i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet på alla nivåer, särskilt på det politiska, fackliga och medborgerliga området, vilket innebär rätten för var och en att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.*
- 2. De politiska partierna på unionsnivå ska bidra till att unionsmedborgarnas politiska vilja kommer till uttryck.*

För att avgöra omfattningen av artikel 12 och andra artiklar i EU-stadgan är stadgans kapitel VII och den så kallade förklaringen av central betydelse. I artikel 6.1 FEU anges att stadgan ska tolkas i enlighet med de allmänna bestämmelserna i avdelning VII i stadgan om dess tolkning och tillämpning, och med vederbörlig hänsyn till de förklaringar som det hänvisas till i stadgan, där källorna till dessa bestämmelser anges.

Vad är då denna förklaring? I anslutning till proklamerandet av EU-stadgan 2000 publicerades en not från presidiet innehållandes förklaringar till stadgan. Med tanke på att det nu direkt i fördraget samt i stadgans ingress och i dess artikel 53.7 explicit anges att vederbörlig hänsyn ska tas till förklaringen när stadgan tolkas och tillämpas har förklaringen fått en juridisk tyngd som inte från början var avsedd. I förklaringen anges vilka rättsliga källor som ligger till grund för rättigheterna och den ger i viss utsträckning också andra tolkningsråd. Förklaringen uppdaterades av framtidskonventet och det var genom framtidskonventets ändringar förklaringens status uppgraderades.⁷

Även i stadgans ingress ges en allmän hänvisning till vilka källor som använts:

"med beaktande av unionens behörighet och uppgifter samt subsidiaritetsprincipen bekräftas i stadgan de rättigheter som har sin grund särskilt i medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, unionens och Europarådets sociala stadgor samt rättspraxis vid Europeiska unionens domstol och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna".

I förklaringen anges vilka källor som inspirerat till de olika rättigheterna i det enskilda fallet. I förklaringen till artikel 12 återges texten i artikel 11 Europakonventionen. Det anges vidare att artikel 12.1 har samma innebörd som artikel 11 Europakonventionen, men att omfattningen är vidare eftersom den är tillämplig på alla nivåer inklusive EU-nivån. Det påtalas också att i enlighet med artikel 52.3 i EU stadgan, ska inte begränsningar av stadgan gå utöver vad som är tillåtet enligt artikel 11.2 Europakonventionen. Vidare påpekas att artikel 12 också baserats på artikel 11 i EG-stadgan om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare.

Artikel 52.3 återfinns i det kapitel VII som artikel 6.1 FEU hänvisar till. Kapitlet innehåller allmänna bestämmelser om stadgans tolkning och tillämpning. Enligt artikel 52.3 ska de av stadgans rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.

⁷ De nu gällande förklaringarna finns i EUT C 303/17, 14.12.2007.

Förhandlingsrätten och rätten till kollektiva åtgärder har fått en egen artikel i EU-stadgan och har följande lydelse:

Artikel 28

Förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder

Arbetstagare och arbetsgivare, eller deras respektive organisationer, har i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis rätt att förhandla och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer och att i händelse av intressekonflikter tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina intressen, inbegripet strejk.

Enligt förklaringen är artikeln baserad på artikel 6 i Europarådets sociala stadga och punkterna 12–14 i EG-stadgan om sociala grundläggande rättigheter för arbetstagare. Det anges vidare att rätten att vidta kollektiva åtgärder erkänts av Europadomstolen som en del av de fackliga rättigheterna enligt artikel 11 Europakonventionen. Vidare påtalas att frågan om kollektiva åtgärder, inklusive strejk, avgörs enligt nationell rätt, inklusive frågan om sådana åtgärder kan vidtas parallellt i flera länder.

Hänvisningen till nationell rätt avsåg att understryka att den nationella autonomin skulle bevaras inom detta område. Ett syfte var att det inte med stöd av Stadgan skulle gå att ålägga en medlemsstat att införa ett visst skydd för strejkrätten. Brian Bercusson har dock ifrågasatt hållbarheten i en sådan utgångspunkt. I de fall den nationella regleringen ger ett omfattande skydd för strejkrätten har det vidare visat sig att den nationella autonomin inte värnas av EU-domstolen i de fall den nationella regleringen hamnar i strid med EU-rätten. EU-domstolens praxis tyder således på att hänvisningen till unionsrätten innebär att unionsrätten sätter en gräns för rättighetens räckvidd. De bestämmelser som EU antagit i upphandlingsdirektiven och utstationeringsdirektivet har av EU-domstolen ansetts utgöra en gräns för strejkrätten och förhandlingsrätten.

När det gäller de allmänna begränsningsmöjligheterna är artiklarna 52.1 och 52.4 tillämpliga. Artikel 52.1 lyder:

"Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter."

Artikel 52.1 är den generella begränsningsregeln som kan tillämpas i förhållande till många av de rättigheter som inte vilar på Europakonventionen. Ordalydelsen har sitt ursprung i EU-domstolens praxis. I domstolens praxis har det klarlagts att begränsningar av grundläggande rättigheter kan ske och i synnerhet när det gäller organiseringen av den inre marknaden förutsatt att dessa begränsningar motsvarar mål av allmänintresse som främjas av unionen och inte utgör ett oproportionerligt intrång. Hänvisningen till allmänna intressen som erkänns av unionen omfattar enligt förklaringen både mål som anges i artikel 3 FEU och andra intressen som skyddas av specifika bestämmelser i fördragen som artiklarna 4.1 FEU och 36 och 45 FEUF.

I artikel 52.4 anges vidare att

"I den mån som grundläggande rättigheter enligt medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner erkänns i denna stadga, ska rättigheterna tolkas i samstämmighet med dessa traditioner."

När det gäller artikel 28 finns dock inte någon hänvisning i förklaringen till de konstitutionella traditionerna. Det är därför oklart i vilken utsträckning den kan utnyttjas i detta avseende.

Artikel 52.6 skulle dock också kunna vara av intresse i sammanhanget. Det anges där att

"Nationell lagstiftning och praxis ska beaktas fullt ut i enlighet med vad som anges i denna stadga."

Innebörden av denna artikel skulle kunna vara att i den mån hänvisning till nationell rätt finns i någon av EU-stadgans artiklar ska den nationella rätten fredas från intrång. Tillägget "i enlighet med vad som anges i denna stadga" indikerar dock att så antagligen inte är fallet. Förklaringen till stadgans artikel 36 samt utvecklingen i EU-domstolens praxis tyder på att detta enbart gäller så länge det inte finns någon EU-rätt som inskränks av den nationella rätten.

ILO-konventioners betydelse för skyddet av den fackliga föreningsfriheten

En fråga som naturligen infinns sig när man talar om föreningsfrihetens omfattning är vilken betydelse ILOs regelverk givits i sammanhanget. Som hittills tydligt framgått finns inte någon hänvisning till ILOs regelverk varken i själva Stadgan eller i dess förklaring.

I EU-domstolens doktrin om skyddet för grundläggande rättigheter i EU-rätten har ett antal referenspunkter utkristalliserats. Dessa skymtas i artikel 53 i stadgan. Domstolen har angivit vilka källor man använder sig av för att fastställa att en viss rättighet utgör en del av de grundläggande principerna i EU-rätten. Dessa källor är:

- de internationella konventioner om mänskliga rättigheter som medlemsstaterna medverkat eller anslutit sig till
- europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har givits en särställning samt i
- medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

I Viking- och Laval-domarna använder sig EU-domstolen av sin formel ovan och konstaterar att⁸:

... rätten att vidta fackliga stridsåtgärder erkänns såväl i olika internationella rättsakter till vilka medlemsstaterna har medverkat eller till vilka de har anslutit sig, såsom den europeiska sociala stadgan vilken för övrigt uttryckligen nämns i artikel 136 EG, och Internationella arbetsorganisationens konvention nr 87 av den 9 juli 1948 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, som i rättsakter som utarbetats av nämnda medlemsstater på gemenskapsnivå eller inom ramen för Europeiska unionen, såsom [...]

Även om rätten att vidta fackliga stridsåtgärder således skall erkännas som en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna principerna för gemenskapsrätten, vars efterlevnad säkerställs av domstolen [...].

ILOs konvention nr 87 om föreningsfrihet anges således vara ett av de instrument som ligger till grund för att strejkrätten utgör en grundläggande rättighet i EU. Viking- och Lavaldomarna kom 2007 innan Stadgan blivit rättsligt bindande. I den senare domen av den 15 juli 2010 i målet Kommissionen mot Tyskland, C-271/08, om kollektivavtalsreglerade tjänstepensionsförsäkringar aktualiserades frågan om rätten till kollektiv förhandling också ansågs utgöra en grundläggande rättighet. EU-domstolen upprepar i princip det som sagts i Lavaldomen ovan med ett centralt undantag. Det saknas en hänvisning till relevant ILO-konvention. Om det finns anledning att dra några slutsatser av detta är ännu för tidigt att säga.

ILOs så kallade kärnkonventioner är ratificerade av alla EUs medlemsstater och bör därför i sig uppfylla kravet på att utgöra inspiration till respektive grundläggande rättighet. Att exkludera de aktuella ILO-konventionerna

8 Se Viking pp 43–44 och Laval pp 90–91.

från inspirationskällorna till rätten till kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder vore av flera skäl mycket olyckligt. Konventionerna och den omfattande praxis ILOs övervakningsorgan utvecklat rörande deras tillämpning utgör den centrala referenspunkten när det gäller dessa rättigheters skydd internationellt. Europadomstolen har exempelvis sedan 2008 bland annat lutat sig mot ILOs konventioner nr 87 och 98 och dess övervakningsorgans praxis för att hämta stöd för den fackliga föreningsfrihetens innehåll. EUs olika organ har också i andra sammanhang uttalat sitt fulla stöd för dessa kärnkonventioner. Det är inom ILOs ramar rättigheterna har fått den mest detaljerade uttolkningen. Det vore mycket märkligt om EU inte hämtade inspiration till dessa rättigheter från de instrument som utgör den självklara referenspunkten i sammanhanget.

EU-domstolen tolkning av hänvisningen till nationell rätt och unionsrätt i EU-stadgans artikel 28

I målen Viking, Laval och Kommissionen mot Tyskland⁹ (Pensionsmålet) aktualiserades omfattningen av skyddet för rätten till kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder som grundläggande rättighet i EU-rätten. Frågan i dessa mål var hur dessa rättigheter förhöll sig till de i fördragen i artiklarna 43 och 49 skyddade ekonomiska friheterna.

Utgången i Laval- och Pensionsmålen visar att skyddet för strejkrätten och rätten till kollektiv förhandling som grundläggande rättighet i EU-rätten i dessa fall inte kunde freda det nationella skyddet för dessa rättigheter. I Laval ansågs stridsåtgärder som var skyddade enligt nationell rätt stå i strid med gemenskapsrätten. I kommissionen mot Tyskland ansågs omfattningen av rätten till kollektiv förhandling närmare bestämt omfattningen av vilka frågor som kunde regleras i kollektivavtal enligt tysk rätt vara i strid med unionsrätten.

Pensionsmålet

I Pensionsmålet påtalar EU-domstolen att det framgår av artikel 28 i EU-stadgan jämförd med artikel 52.6 i densamma att skyddet för den grundläggande rätten till kollektiva förhandlingar fullt ut ska beakta bland annat nationell lagstiftning och praxis (p 38). Domstolen fortsätter dock med att påpeka att utkrävandet av en grundläggande rättighet, som rätten till kollektiva förhandlingar, kan underkastas vissa begränsningar. Och även om rätten till kollektiva förhandlingar såsom i Tyskland åtnjuter ett allmänt grundlagsskydd, kvarstår enligt EU-domstolen den omständigheten att denna rätt, såsom föreskrivs i artikel 28 i stadgan, ska utövas i enlighet med unionsrätten (p 43). Den grundläggande rättigheten om kollektiva förhandlingar ska således utövas i samklang med de krav som följer av de i FEUF skyddade friheterna, vilka direktiven 92/50 och 2004/18 syftar till att genomföra i förekommande fall och i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen (p 44).

Hänvisningen till nationell rätt tycks således inte ha någon självständig betydelse när unionsrätt finns på området. Däremot ska en avvägning i detta skede göras mellan skyddet för den grundläggande rättigheten och de av fördraget skyddade ekonomiska friheterna.

Domstolen påtalar vidare i Pensionsmålet något centralt, nämligen att själva utövandet av friheten för arbetsmarknadens parter och rätten till kollektiva förhandlingar inte i sig kan (som var fallet i förhållande till konkurrensrätten i bland annat Albany-målet) anses medföra någon inskränkning i direktiven om tillämpning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster på området för offentlig upphandling (p 47). Ett motsvarande resonemang fördes av EU-domstolen i Viking rörande rätten att vidta stridsåtgärder (p 52).

⁹ Mål C-271/08 Kommissionen mot Tyskland.

I diskussionen som följer i Pensionsmålet om vilken effekt det kan ha på de i målet aktuella frågeställningarna att kollektiva förhandlingar ligger utanför konkurrensrätten, påtalar EU-domstolen att:

"Det förhållandet att ett avtal eller en åtgärd ligger utanför tillämpningsområdet för fördragets konkurrensregler medför inte automatiskt att detta avtal eller denna åtgärd undantas från skyldigheten att uppfylla krav som härrör från bestämmelser i dessa direktiv..."

Här hänvisas tillbaka till Viking punkt 53. I Pensionsmålet inkluderas dock ordet automatiskt, ett ord som saknas i Viking. Ordet automatiskt tycks indikera en nyansskillnad som inte bör ignoreras. Särskilt i ljuset av det följande stycket vars motsvarighet saknas i Viking.

"Det ska slutligen påpekas att till skillnad från syftet, som arbetsmarknadens parter har enats om, att höja pensionen för kommunalanställda påverkar inte valet av institutioner och företag i ett kollektivavtal, såsom är fallet här, själva kärnan i rätten till kollektiva förhandlingar" (p 49).

Innebär detta att om EU-domstolen ansett att det här var frågan om själva kärnan i rätten till kollektiva förhandlingar så skulle frågan hamnat utanför EU-rätten? I det här sammanhanget blir det dock lite märkligt att tala om utanför och innanför. Mer naturligt vore om EU-domstolen angav att skyddet för den grundläggande rättigheten vore överordnad etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. En sådan utgångspunkt ter sig dock något orealistisk mot bakgrund av tidigare praxis i till exempel Omega och Schmidberger¹⁰. I dessa mål framgår det nämligen klart att inte heller grundläggande rättigheter som direkt vilar på Europakonventionen kan sägas vara överordnade de ekonomiska friheterna. Åtminstone inte när de ursprungliga artiklarna i Europakonventionen medger begränsningar. Det som däremot skulle kunna vara en realistisk konsekvens av formuleringen i Pensionsmålet är att hänvisningen till nationell rätt i artikel 28 får en självständig oantastlig betydelse när det just gäller dessa rättigheters kärnor. Dessa rättigheters kärnor skulle i sådana fall bli immuna mot EU-angrepp. Om det är korrekt att dra sådana slutsatser får den framtida rättsutvecklingen utvisa.

Enligt domen i pensionsmålet ansåg EU-domstolen att det inte var omöjligt att iaktta direktiven om offentlig upphandling av tjänster och samtidigt uppnå det sociala syfte som eftersträvades av parterna i kollektivavtalet (p 66).

EU-domstolens resonemang är lite annorlunda uppbyggda i målen Laval och Viking. I det följande ska därför dessa domar diskuteras och jämföras.

Laval och Viking

När domstolen i Laval konstaterat att den aktuella stridsåtgärden utgjorde en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster övergick den till att pröva om denna inskränkning var motiverad (pp 96, 99–100). För att åtgärden ska vara motiverad ska den enligt EU-domstolen ha ett legitimt ändamål som är förenligt med fördraget och vara motiverad av tvingande hänsyn till

¹⁰ Mål C-36/02 Omega och Mål C-112/00 Schmidberger.

allmänintresset. I ett sådant fall krävs vidare att inskränkningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (p 101).

EU-domstolen konstaterar att rätten att vidta stridsåtgärder för att skydda arbetstagarna i värdmedlemsstaten mot eventuell social dumping kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset (p 103).

De stridsåtgärder som avser att förmå företag som är etablerade i andra medlemsstater att ansluta sig till Byggnadsavtalet anses emellertid inte vara motiverade utifrån detta ändamål. Detta följer menar EU-domstolen, bland annat av att en arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna är skyldig att gentemot dessa arbetstagare iaktta en kärna av tvingande regler för minimiskydd i värdmedlemsstaten till följd av den samordning som skett genom utstationeringsdirektivet. Vad gällde löneförhandlingarna som de fackliga organisationerna i EU-domstolens språkbruk försökte påtvinga företaget, underströk EU-domstolen att gemenskapsrätten förvisso inte förbjuder medlemsstaterna att med lämpliga medel säkerställa att deras bestämmelser om minimilön iakttas av sådana företag. De aktuella stridsåtgärderna kunde dock inte anses motiverade utifrån det syfte av allmänintresse som skyddas när stridsåtgärderna syftar till att förmå ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat att genomföra löneförhandlingar i ett nationellt sammanhang som kännetecknas av att det inte finns bestämmelser, av något slag, som är tillräckligt preciserade och tillgängliga, så att det för ett sådant företag i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få kännedom om de skyldigheter i fråga om minimilön som åligger företaget (pp 108–110).

I Viking- domen menar EU-domstolen att rätten att vidta stridsåtgärder för att skydda arbetstagarnas intressen utgör ett legitimt ändamål som i princip kan motivera en inskränkning i en av de grundläggande friheter som garanteras enligt fördraget och att skyddet av arbetstagarna utgör ett av de tvingande hänsyn till allmänintresset som erkänns av domstolen (p 77).

EU-domstolen tillägger vidare att gemenskapens verksamhet inte endast enligt artikel 2 och 3.1 EC innefattar en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna "utan även en politik på det sociala området". De rättigheter som följer av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital ska därför vägas mot de mål som eftersträvas med socialpolitiken. Dessa mål kommer närmare till uttryck i artikel 136 EU (nu artikel 151) (pp 78–79).

För att avgöra om ändamålet att skydda arbetstagare var uppfyllt skulle fastställas att det visats att anställningarna eller arbetsvillkoren för de medlemmar i fackföreningen som skulle kunna påverkas av utflaggningsen av Rosella var i fara eller var allvarligt hotade (pp 81–83).

Om så bedömdes vara fallet skulle sedan avgöras om de fackliga stridsåtgärder som vidtagits av denna fackförening var ägnade att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och att det inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. I detta sammanhang erinrar domstolen om att fackliga stridsåtgärder, jämte kollektiva förhandlingar och kollektivavtal, i ett enskilt fall kan utgöra ett av de främsta medel som fackföreningarna

förfogar över för att skydda sina medlemmars intressen och lutar sig härvid mot Europadomstolens praxis (p 86).

För att avgöra om stridsåtgärderna var nödvändiga skulle prövas om fackföreningen förfogade över andra medel som innebar en mindre ingripande inskränkning i etableringsfriheten för att nå det avsedda resultatet i den kollektiva förhandling som inletts med Viking och för det andra huruvida denna fackförening uttömt dessa medel innan den vidtog dylika stridsåtgärder. (p 87). I Viking-domen anger således EU-domstolen ett antal kriterier som ska vara uppfyllda för att stridsåtgärderna ska anses förenliga med EU-rätten. Den nationella domstolen ges här ett visst handlingsutrymme att avgöra dessa frågor.

En avgörande skillnad mellan Viking, där den nationella domstolen ges viss handlingsfrihet, och Laval och Pensionsmålet är dock att i de senare står EUs sekundärrätt i fokus. EU-domstolens utgångspunkt tycks vara att det råder en presumtion att denna sekundärrätt utgör en balanspunkt mellan de aktuella intressen som prövas mot varandra. Det nationella handlingsutrymmet blir därmed mycket mer begränsat.

I Laval- och Viking förs heller inte några resonemang om innebörden av hänvisningen till nationell rätt. EU-domstolen påtalar enbart att respektive nationell rättsordning medger inskränkningar i strejkrätten.¹¹

Skillnader i EU-domstolens tillämpning av olika rättigheter

En fråga som aktualiserats är om hänvisningen till nationell rätt och unionsrätt i EU-stadgans artikel 28 har någon betydelse för den vikt rätten till kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder tillmäts när den hamnar i konflikt med någon av de ekonomiska friheterna som skyddas i fördraget. Frågan är om rättigheterna skulle åtnjuta ett starkare skydd om artikeln inte tillförts dessa hänvisningar. För att avgöra denna fråga bör man titta närmare på de två rättsfall från EU-domstolen som hänvisas till i alla tre domarna ovan, Schmidberger och Omega, och som innefattar en tillämpning av rättigheter som återfinns i artiklarna 1, 11 och 12 i EU-stadgan. Dessa artiklar saknar hänvisning till nationell rätt och unionsrätt och åtminstone artiklarna 11 och 12 grundar sig på Europakonventionen.

Dessa mål saknar dock explicit hänvisning till EU-stadgan. EU-domstolens resonemang utgår från EU-domstolens praxis och de fördragsbestämmelser som då var i kraft. EU-stadgan var emellertid antagen när domarna antogs. EU-stadgan är också att betrakta som en kodifiering av EU-domstolens praxis om grundläggande rättigheter. De principer som kommer till uttryck i domarna kan därför anses vara tillämpliga på de artiklar i EU-stadgan som de aktuella rättigheterna motsvaras av.

Det finns anledning att peka på några skillnader i domstolens sätt att resonera i framförallt Schmidberger men även delvis i Omega i jämförelse med Viking, Laval och Pensionsmålet. Det är fråga om skillnader som är hänförliga till olika typer av rättigheter i EU-stadgan. Frågan är om hänvisningen till nationell rätt och gemenskapsrätt påverkar rättighetens genomslagskraft.

En skillnad värd att uppmärksamma är att EU-domstolen i Schmidber-

¹¹ Viking, p 44, Laval p 92.

ger, i motsats till vad som görs i Viking, Laval eller Pensionsmålet avseende strejkrätten och rätten till kollektiv förhandling, redovisar innebörden av yttrande- och mötesfriheten som en grundläggande rättighet och dess möjliga begränsningar (pp 79–80). Rättigheterna i Schmidberger ges således ett självständigt innehåll som formuleras i Europakonventionen. Det är detta externt formulerade innehåll som sedan prövas mot EU-rätten.

Vidare gör EU-domstolen i Schmidberger i sin avvägning mellan de motstående intressena en prövning av mötesfriheten och yttrandefriheten som grundläggande rättigheter visavi den fria rörligheten för varor. Motsvarande gäller för Omega. I Viking och Laval begränsas det skydd strejkrätten åtnjuter till de sociala syften EU i sig skyddar. Detta är inte lika tydligt i Pensionsmålet. Prövningen mellan de motstående intressena blir därför i Viking och Laval mer en intern rättslig fråga och en avvägning mellan två av EU-rätten skyddade intressen. Strejkrätten och rätten till kollektiv förhandling föräras i dessa mål inte något skyddsvärde utanför det sociala syfte som skyddas av EU-rätten. Det blir således inte en fråga om att göra en avvägning mellan två jämbördiga rättigheter.

Därutöver ges medlemsstaten i Schmidberger och Omega ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att väga de motstående intressena mot varandra för att finna en lämplig brytpunkt. Något liknande aktualiseras inte i Viking, Laval eller Pensionsmålet.

Det förefaller således som om rättigheter i EU-stadgan som saknar hänvisning till nationell rätt och gemenskapsrätt åtnjuter ett starkare mer självständigt skydd och framförallt tycks medlemsstaterna åtnjuta ett större handlingsutrymme när det gäller att avgöra placeringen av brytpunkten mellan dessa grundläggande rättigheter och de ekonomiska friheterna.

Kommentar till EU-utvecklingen

Det är svårt att identifiera något konkret i Lissabonfördraget som skulle kunna medföra ett starkare skydd för den fackliga föreningsfriheten efter dess ikraftträdande. En rättsligt bindande EU-stadga tycks inte medföra någon förstärkning av skyddet för strejkrätten och rätten till kollektiv förhandling. Skyddet för dessa rättigheter som grundläggande rättigheter tycks tillmätas samma värde i Pensionsmålet som avgjordes efter Lissabonfördragets ikraftträdande som i Viking och Laval som avgjordes innan. Så länge EU-organen väljer att låta dessa rättigheter vila på artikel 28 i EU-stadgan kommer med stor sannolikhet situationen att bestå. Hänvisningen till unionsrätten i artikel 28 befäster det svaga skyddet.

En liten öppning kan dock skönjas genom Lissabonfördragets erkännande av en social marknadsekonomi i artikel 3.3 FEU. Som påpekats tidigare har hänvisningen till unionsrätten medfört att skyddet för exempelvis strejkrätten i EU-rätten kopplats till omfattningen av EUs interna sociala dimension. En förstärkning av EUs sociala dimension, skulle kunna innebära att målet inte begränsas till de sociala mål EU omfattar utan att parterna själva ges ett större handlingsutrymme när det gäller att bestämma gränserna för de sociala mål som ska kunna eftersträvas inom EUs ramar. Domen i Pensionsmålet skulle eventuellt kunna stödja ett sådant antagande. EU-domstolen ifrågasätter där i huvudsak inte de sociala mål parten vill uppnå med den

aktuella kollektivavtalsbestämmelsen. Istället utgår argumentationen från att detta mål kan nås med andra medel – medel som går att förena med upphandlingsdirektiven (pp 51–63, det sociala målet i punkt 65 godtas dock inte). I Laval (pp 104–110) och Viking (pp 78–89) sätter EU-domstolen tydligare en gräns för vilka sociala mål som skyddas inom EU-rätten.

Ett annat spår som kan följas upp är EU-domstolens tal om kärnan i rätten till kollektiv förhandling i Pensionsmålet. Frågan är om det där finns en öppning för att åtminstone undanta denna kärnaspekt från de ekonomiska friheternas tillämpningsområde?

Utvecklingsmöjligheter kan också genereras genom Europadomstolens praxis. Som tidigare påpekats ger EU-domstolen rättigheter som vilar på Europakonventionen eller åtminstone saknar kvalificeringshänvisningar till unionsrätten ett starkare skydd. När förhandlingsrätten och strejkrätten nu har visat sig omfattas av Europakonventionens skydd kan vissa möjligheter aktualiseras.

I det följande behandlas skyddet för kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder i ett antal internationella instrument. Dessa samverkar när det gäller skyddet av de mänskliga rättigheterna och hämtar inspiration från varandra.

Internationella arbetsorganisationens regelverk

Strejkrätten

I ILO-konvention nr 87 erkänns inte strejkrätten explicit. Förhållandevis tidigt i konventionens historia klargjordes emellertid att strejk utgjorde ett nödvändigt medel för organisationerna att värna och främja medlemmarnas intressen. Redan år 1952 angav föreningsfrihetskommittén att strejkrätten är en oumbärlig del av fackliga rättigheter och expertkommittén utvecklade liknande tankegångar från 1959 och framåt. I dag är det allmänt vedertaget att fredlig utövning av strejkrätten utgör ett av de oumbärliga medel som måste stå till arbetstagarnas och deras organisationers förfogande för att de ska kunna främja och försvara sina yrkesmässiga, sociala och ekonomiska intressen.

Strejkrätten härleds ur artiklarna 3, 8 och 10. Den utgår från arbetstagarnas rätt att fritt organisera sin verksamhet och formulera sina handlingsprogram i syfte att främja och värna sina medlemmars intressen. Strejkrätten betraktas inte som en absolut rättighet. Den kan inskränkas under exceptionella omständigheter och regleras av föreskrifter som anger villkor eller begränsningar för hur denna grundläggande rättighet ska utövas. Strejkrätten har successivt stärkts av ILOs övervakningsorgan. I dag krävs att den nationella lagstiftningen tillhandahåller ett genuint skydd för strejkrätten och att myndigheterna avhåller sig från obehöriga inskränkningar av den.

En strejks syfte måste överensstämma med målet att främja och värna arbetstagarnas intressen (art 10). Syftet kan röra arbetsvillkor och andra kollektiva intressen som fackliga frågor. Strejkrätten får inte vara begränsad till frågor som ska lösas genom träffandet av ett kollektivavtal. En strejk ska också kunna syfta till att påverka sociala och ekonomiska politiska frågor som direkt berör arbetstagarna. Proteststrejker som riktar sig mot förhållanden som rör medlemmarnas intressen skyddas också. En proteststrejk kan också rikta sig mot politiska beslut som direkt berör ekonomiska och sociala förhållanden för en organisations medlemmar och för arbetstagare i allmänhet och då särskilt deras anställning, sociala skydd eller levnadsstandard. Det är dock acceptabelt att förbjuda strejker som rör rättsliga tvister som tolkning av lag och kollektivavtal.

Sympatiåtgärder ska vara möjliga att vidta förutsatt att den strejk som stöds är legitim. Gränserna för skyddet av sympatiåtgärder är ännu oklara. Föreningsfrihetskommittén har dock kritiserat sektoriella och geografiska begränsningar av sympatiåtgärder, liksom tidsgränser på max tre dagar. Att sympatiåtgärder ska få vidtas när konflikten berör arbetstagarna i sekundärkonflikten härleds ur artiklarna 3 och 10. Det är dock oklart vad som gäller för rena solidaritetssympatiåtgärder. Det finns formuleringar som tyder på att begreppet arbetare i artikel 3 ska ges en vid tolkning och kunna avse arbetstagare i allmänhet, det vill säga även arbetstagare som inte är medlemmar i den egna fackföreningen. När det gäller bojkotter så anser Expertkommittén att de under vissa omständigheter utgör ett legitimt utövande av strejkrätten. Bojkotten ska då direkt relatera till de sociala eller

ekonomiska intressena för arbetstagarna som är involverade i antingen den primära konflikten eller i den sekundära eller i båda, och där varken den primära eller den sekundära konflikten är olaglig i sig. När det gäller transnationella stridsåtgärder som initieras av en internationell facklig federation finns det praxis som tyder på att åtgärderna måste tillåtas.

Reglering av strejkrätten accepteras så länge den inte innebär en inskränkning av strejkrätten. Av myndigheter initierade avkylningsperioder på upp till 40 dagar för sektorer som faller in under begreppet oumbärlig samhällsservice kan accepteras. Varseltider på upp till 20 dagar har accepterats. Sextio dagars framhållning har dock ansetts överdriven. Att strejk föregås av medling i syfte att underlätta förhandling kan också vara ok. Medlingsprocessen får dock inte innebära tvångsinslag. Krav på medlemsomröstning inför strejk är acceptabel. Liksom förbud för parter som är bundna av kollektivavtal att strejka om vissa förutsättningar är uppfyllda.

Frågan om tillåtna begränsningar av strejkrätten är högaktuell. Expertkommittén angav i 2010 års tillämpningsrapport rörande Förenade Kungariket och diskussionerna kring tillämpningen av effekterna av Viking och Laval i brittiska domstolar att *"The Committee observes that when elaborating its position in relation to permissible restrictions that may be placed upon the right to strike, it has never included the need to assess the proportionality of interests bearing in mind a notion of freedom of establishment or freedom to provide services"*.¹²

Vilka är då de tillåtna begränsningsgrunderna? Ett allmänt strejkförbud kan bara accepteras under en akut nödsituation under en begränsad tid. Det ska vara fråga om en allvarlig nationell kris och godtagbara exempel är allvarlig väpnad konflikt, uppror eller naturkatastrof.

Det finns möjligheter att införa begränsningar för vissa offentliganställda och anställda vid institutioner som ansvarar för oumbärliga samhällstjänster. Övervakningskommittéerna har successivt minskat utrymmet för tillåtligheten av inskränkningar i offentliganställdas strejkrätt.

Därutöver kan strejkrätten begränsas för både privat- och offentliganställda som utför oumbärliga samhällstjänster. Begreppet oumbärlig ska tolkas strikt. Det är skador som riskerar att orsaka en överhängande fara för liv, personlig säkerhet eller hälsa för hela eller delar av befolkningen som rättfärdigar begränsningar i strejkrätten och därmed kan omfattas av begreppet oumbärlig samhällsservice.

Någon allmängiltig uppräkningslista av aktuella sektorer kan inte göras. Frågan om nödvändiga kriterier är uppfyllda är beroende av de nationella omständigheterna. Som exempel kan dock anges att övervakningsorganen godtagit krav på minimiservice för el, tåg, skog, väg, post- och telekommunikation och hamnverksamhet. Den formel som måste uppfyllas för att en minimiservice ska vara godtagbar är att omfattningen av minimiservicen ska vara nödvändig för att möta befolkningens grundläggande behov och samtidigt inte undergräva strejkens effekt som påtryckningsmekanism. Det är därför viktigt att arbetstagarorganisationerna om de så önskar deltar i

¹² Report III (1A) Report of the Committee of Expert, 24 February 2010, Freedom of Association and Protection of the right to Organise Convention (No. 87), United Kingdom.

framförhandlandet av aktuell minimiservice. Att regeringen söker förhandla med parterna om utformningen av minimiservicen, som antal och positioner, liksom om själva behovet av att upprätthålla en minimiservice inom sektorn, är en förutsättning för att situationen ska vara förenlig med ILOs regelverk. Nås inte någon uppgörelse ska ett oberoende organ avgöra frågan.

Kollektiv förhandling

ILOs konvention nr 98 om organisationsrätten och förhandlingsrätten utgör det centrala instrumentet när det gäller skyddet för kollektiv förhandling. Ett visst skydd för den kollektiva förhandlingsrätten utgår dock också från ILOs konvention nr 87 om föreningsfriheten och organisationsrätten. Detta skydd är i huvudsak inkluderat i konvention 98. En skillnad är dock att ILOs konvention nr 98 inte omfattar offentlig sektor. Den senare antagna konvention nr 151 om skydd för organisationsrätten och om förfaranden för fastställande av anställningsvillkor i offentlig tjänst tar särskilt sikte på skydd för den kollektiva förhandlingen i offentlig sektor.

Inom ILO anses kollektiv förhandling vara en nyckel till mänskliga arbetsvillkor och ett av de främsta medel fackföreningarna har för att främja och värna sina och sina medlemmars intressen. Rätten till kollektiv förhandling utgör enligt organisationen en grundläggande aspekt av föreningsfriheten.

Den centrala bestämmelsen om kollektiv förhandling finns i artikel 4 i ILOs konvention nr 98. Den lyder:

Åtgärder lämpade efter landets förhållanden ska, där så är erforderligt, vidtas för att uppmuntra och främja utvecklandet och utnyttjandet i största möjliga omfattning av anordningar för frivilliga förhandlingar mellan arbetsgivare eller arbetsgivarorganisationer, å ena sidan, och arbetstagarorganisationer å andra sidan, i syfte att få till stånd en reglering av anställningsvilkoren genom kollektivavtal

Artikel 4 innefattar två huvudsakliga moment. För det första ska staterna främja utvecklandet och utnyttjandet av kollektiv förhandling och för det andra ska den fria förhandlingen liksom förhandlingsparternas autonomi skyddas.

Att staterna ska främja och uppmuntra utvecklandet av frivilliga förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter innebär att de i princip måste eliminera varje rättsligt hinder som står i vägen för en sådan utveckling. Därutöver kan medlemsstaterna åläggas att vidta konkreta åtgärder i syfte att främja kollektiv förhandling. Det gäller framförallt att skapa en rättslig miljö som gör den kollektiva förhandlingen till ett alternativ för parterna. Parterna måste exempelvis ha kapacitet att gemensamt fastställa arbetsvillkor genom kollektiv förhandling och träffande av kollektivavtal med viss rättsverkan. Lagstiftning som främjar individbaserade relationer framför kollektiva kan exempelvis inte sägas främja kollektiv förhandling. Däremot återfinns inte något krav på att göra kollektiv förhandling obligatorisk.

Rätten att förhandla kollektivt ska garanteras på alla nivåer. Både federationer och konfederationer ska kunna förhandla samtidigt som också möjligheten att förhandla måste finnas på arbetsplatsnivå. Det ska vara

upp till parterna själva att avgöra vilken nivå de vill förhandla på. Övervakningsorganen har dock accepterat begreppet mest representativ fackförening och det faktum att dessa kan ges exklusiv förhandlingsrätt. Detta förutsätter dock att de utses utifrån objektiva och i förväg, inte alltför högt ställda, bestämda kriterier.

En rätt att förhandla innebär att fackföreningen kan förhandla och sluta ett avtal med en arbetsgivarrepresentant som får vissa rättsverkningar. Både arbetsgivare och fackförening ska förhandla i god tro i syfte att nå ett avtal. För att arbetstagarparten ska kunna delta på ett meningsfullt sätt är det avgörande att de har information som möjliggör för dem att bedöma de rådande förhållandena. Artikel 4 innefattar inte någon absolut skyldighet för arbetsgivare att inträda i förhandlingar om fackföreningen så påkallar. Statens skyldighet att främja kollektiv förhandling kan dock vid långvariga problem medföra en skyldighet att vidta främjandeåtgärder.

Parterna till ett kollektivavtal ska kunna lita på att det tillämpas. Kollektivavtalet ska vara bindande för dem som undertecknat det och för dem å vilkas vägnar det slutits. Offentliga myndigheter har inte rätt att av någon orsak ogiltigförklara gällande bestämmelser i ett kollektivavtal.

Rätten för arbetstagarorganisationerna att fritt förhandla löner och anställningsvillkor med arbetsgivare och deras organisationer är en grundläggande aspekt av föreningsfriheten. Att exkludera vissa områden, som har med arbetsvillkor att göra, från det förhandlingsbara området står i strid med artikel 4. I begreppet arbetsvillkor ingår bland annat frågor som rör anställning, uppsägning, lön, lönetillägg, bonus och arbetstid. Även frågor som rör fackföreningsmedlemskapet och relationerna mellan parterna ska kunna vara föremål för kollektiv förhandling. Exempelvis ska förhandling kunna omfatta strejklön, insamlande av fackföreningsavgifter, och tillåtligheten av sympatibojkoter. Övervakningsorganen har dock accepterat att frågor som rör ledning och drift av företaget exkluderas från förhandlingsutrymmet. Tilldelning av uppgifter, befordran och utnämningar kan således undantas från det förhandlingsbara området. Detta område får dock inte bli så vidsträckt att det omfattar områden som har viktiga och direkta effekter på en arbetstages anställning. Därför får inte kriterier för omplacering, avsked och återanställning undantas från det förhandlingsbara utrymmet.

Ensidiga inskränkningar av det förhandlingsbara utrymmet från myndigheternas sida är ofta oförenliga med ILO-konventionen nr 98. För att avgöra inskränkningarnas tillåtlighet undersöks om området var föremål för fri förhandling tidigare och om förhandling inom dessa områden är vanlig i andra länder.

Parterna ska kunna förhandla helt fritt utan inblandning från tredje part. Stater motiverar stundtals intrång i kollektiv förhandling med ekonomiska argument. Tvingande ekonomiska skäl kan i undantagsfall motivera begränsningar i friheten att förhandla fram en lönenivå. En tidsbegränsad upphävning av en löneklausul kan också accepteras av dessa skäl. Sådana åtgärder får bara tillgripas under exceptionella omständigheter och i den mån det verkligen är nödvändigt. Begränsningen får bara tillämpas under begränsad tid och måste åtföljas av adekvata säkerhetsgarantier rörande de berördas levnadsstandard.

Europarådets sociala stadga

Introduktion

Det är artiklarna 6. 2 och 4 i den Europeiska sociala stadgan som främst är av intresse i den här rapporten. Artikel 6 lyder:

Kollektiv förhandlingsrätt

För att trygga arbetstagarnas och arbetsgivarnas rätt att förhandla kollektivt, åtar sig parterna ...

2. att, där så är nödvändigt och lämpligt, främja ett förfarande med frivilliga förhandlingar mellan, å ena sidan, arbetsgivarna eller deras organisationer och, å andra sidan, arbetstagarnas organisationer för att uppnå en reglering av arbetsvillkoren genom kollektivavtal [...]

samt att erkänna

4. arbetstagarnas och arbetsgivarnas rätt att vidta kollektiva åtgärder i händelse av intressekonflikt, däri inbegripet strejk, om inte annat följer av förpliktelser enligt gällande kollektivavtal.

Alla rättigheter inklusive strejkrätten kan enbart begränsas enligt de förutsättningar som anges i stadgans artikel G. Enligt G måste en begränsning anges i lag, vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle som garanti för andras fri- och rättigheter eller som skydd för samhällets intresse, den nationella säkerheten eller allmän hälsa och moral.

Kollektiv förhandling

Liksom i ILOs konvention nr 98 står i artikel 6.2 främjandenaspekten i centrum när det gäller rätten till kollektiv förhandling. Enligt artikel 6.2 åläggs staten att säkerställa att arbetsgivare och arbetstagare fritt ska kunna reglera sina relationer genom kollektivavtal. Parterna ska ha den rättsliga förmågan att träffa bindande kollektivavtal. Det accepteras dock att bara de mest representativa fackföreningarna har rätt att förhandla kollektivt. Något tvång för parterna att förhandla och ingå kollektivavtal medför bestämmelsen inte. Däremot måste staten aktivt främja att sådana avtal träffas om dess spontana utveckling inte är tillfredsställande och särskilt säkerställa att varje sida är beredd att förhandla med den andra. Den oberoende expertkommittén kommenterar sällan de nationella förhandlingsordningarna.

Enskilda företeelser har dock ansetts stå i strid med främjandekravet. Exempelvis en inskränkning av rätten till kollektiv förhandling för grupper som tidigare kunnat förhandla. Ett system som tillåter arbetsgivare att, genom löfte om bättre villkor, söka förmå arbetstagare att avstå från facklig representation och kollektiv förhandling ansågs oförenligt med artikel 6.2 och främjandekravet.

Begränsningar i offentliganställdas rätt till kollektiv förhandling accepteras. Deras anställningsvillkor kan regleras i lag. I sådana fall måste staten dock tillse att de offentliganställdas representanter på något sätt deltar i utformandet av regleringen rörande arbetsvillkoren. Anställda i privatise-

rade bolag kan inte anses vara sådana offentliganställda vars förhandlingsrätt kan inskränkas.

Fackföreningar ska kunna tillgodose alla sina medlemmars intressen. Att alla lagligt arbetande personer med medborgarskap i någon av de kontraktsslutande staterna till fullo ska kunna komma i åtnjutande av de förmåner kollektiv förhandling medför utgör därför en av stadgans fundamentala principer. En lag som angav att kollektivavtal inte kunde tillämpas på alla arbetstagare som fackföreningen representerade utan bara de som ansågs vara bosatta i Danmark eller enligt internationella normer skulle likställas med danska medborgare kunde inte rättfärdigas enligt artikel G och var inte förenlig med artikel 6.2.

En utgångspunkt för rätten till kollektiv förhandling är att parterna ska vara fria att träffa de avtal de önskar. Staten ska inte ha rätt att göra intrång i parternas autonomi i större utsträckning än vad artikel G medger. Respekt för parternas autonomi innebär också att ingrepp inte får göras i träffade kollektivavtal.

Inskränkningar i rätten till kollektiv förhandling får dock som nämnts göras om de uppfyller kriterierna i artikel G. Vid en allvarlig ekonomisk kris kan därför staten intervensera i den kollektiva förhandlingen och efter samråd med parterna exempelvis ange maximigränser för löneökningar. Ingreppet måste dock vara exceptionellt och begränsat i tid. Det måste också stå klart att ingen annan mindre ingripande åtgärd istället kan vidtas. Frågan om åtgärder för att säkerställa de berörda arbetstagarnas levnadsstandard beaktas också.

Strejkrätt

Europarådets sociala stadga var det första internationella instrument som explicit erkände strejkrätten. I artikel 6.4 skyddas arbetstagarnas och arbetsgivarnas rätt att vidta kollektiva åtgärder i händelse av intressekonflikt, däri inbegripet strejk, om inte annat följer av förpliktelser enligt gällande kollektivavtal. Således skyddas enbart rätten att vidta stridsåtgärder vid intressekonflikter. Det innebär dock inte att det är förenligt med stadgan att enbart skydda kollektiva åtgärder som syftar till träffandet av ett kollektivavtal. En stridsåtgärd ska kunna vidtas i alla frågor som kan omfattas av kollektiv förhandling.

Kollektiv förhandling är enligt övervakningsorganen all förhandling mellan en eller flera arbetsgivare och en grupp arbetstagare som syftar till att lösa ett problem av gemensamt intresse oavsett frågans karaktär. Övervakningskommittén menar exempelvis att en strejk som syftar till att förmå en arbetsgivare att följa vissa säkerhetsföreskrifter som angivits i lag skyddas av artikel 6.4. Rätten att vidta stridsåtgärder som syftar till att förmå en arbetsgivare att erkänna en fackförening som förhandlingspartner skyddas också. Stridsåtgärder ska även kunna vidtas när uppsägningar har annonserats eller övervägs av en arbetsgivare och en grupp arbetstagare vill försöka förhindra uppsägningarna.

När det gäller kopplingen mellan fredsplikt och kollektivavtal medger övervakningskommittén en fredsplikt som omfattar frågor som inte berörs i kollektivavtalet om parterna reglerat detta i kollektivavtalet.

Frågan om sympatiåtgärder är skyddade av stadgan är oklar.

I ett appendix till stadgan anges att *"Varje part får för sitt eget vidkommande i lag reglera utövandet av strejkrätten förutsatt att varje ytterligare inskränkning i denna rätt kan motiveras i enlighet med bestämmelserna i artikel 31 (nu G)."* Reglering av strejkrätten godtas i den mån den inte utgör en inskränkning av strejkrätten. En reglerad så kallad avkylningsperiod på trettio dagar ansågs exempelvis vara förenlig med stadgan medan en avkylningsperiod på nittio dagar måste kunna motiveras enligt stadgans artikel 31.

Inskränkningar i strejkrätten måste således uppfylla kraven i artikel G för att vara förenliga med stadgan. Enligt artikeln måste en begränsning anges i lag, vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle som garanti för andras fri- och rättigheter eller som skydd för samhällets intresse, den nationella säkerheten eller allmän hälsa och moral.

En inskränkning eller förutsättningarna för inskränkning i rätten att vidta kollektiva åtgärder måste anges i lag. Strejkrätten kan vidare bara inskränkas för att tillgodose vissa samhällsbehov. Kommittén prövar om det angivna skyddsintresset verkligen faller in under något av de i artikel G angivna skälen. Om så bedöms vara fallet prövar kommittén om ingreppet kan anses vara proportionellt mot det intresse det vill tillvarata. I artikeln anges ju att ingreppet måste vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle som garanti för andras fri- och rättigheter eller som skydd för samhällsintresset, den nationella säkerheten eller allmän hälsa och moral.

Avgörs frågan om en strejks giltighet efter en renodlad proportionalitetsbedömning utan att övriga krav i artikel G tas i beaktande anses inte situationen förenlig med stadgans krav. Detta gäller också om en domare har rätt att avgöra om en strejk är för tidigt väckt. Ett sådant beslut angriper strejkrättens själva kärna. Enligt övervakningskommittén utgör det *"the trade unions' prerogative of deciding whether and when a strike is necessary"*.¹³

Argument till stöd för inskränkningar på grund av att en strejk skulle få allvarliga konsekvenser för samhällsekonomin och därmed samhällsintresset vinner bara gehör om det kan visas att de negativa konsekvenserna kan bli permanenta. Det räcker inte att det kan visas att inkomstbortfallet antagligen blir långvarigt.

13 C XVII-1, NL, s 317–320.

Europakonventionen

Den fackliga föreningsfriheten skyddas i artikel 11 Europakonventionen som lyder:

1. *Envar ska äga rätt till frihet att delta i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet, däri inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen*
2. *Utövandet av dessa rättigheter må icke underkastas andra inskränkningar än sådana som äro angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle äro nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddandet av sedligheten eller av annans fri- och rättigheter. Denna artikel förhindrar icke, att för medlemmar av de väpnande styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen lagliga inskränkningar må göras i de nämnda rättigheternas utövande.*

I detta sammanhang är det innebörden av "för att skydda sina intressen" som är av intresse. Vilka åtgärder ska en arbetstagare/fackförening ha rätt att vidta enligt konventionen för att skydda sina intressen?

Kollektiv förhandling – Demir och Baykara

År 2008 var Europadomstolen redo att ändra kurs när det gäller omfattningen av den kollektiva aspekten av den fackliga föreningsfriheten som är inneboende i artikel 11 Europakonventionen. Det aktuella målet gällde en medlem och ordförande, Demir och Baykara, i fackföreningen, Tüm Bel Sen, som organiserade kommunanställda vars anställningar reglerades av en särskild "Public Service Act". Fackföreningen hade ingått ett kollektivavtal med den kommunala arbetsgivaren om en rad anställningsvillkor inklusive lön och andra förmåner. Kommunen hade inte uppfyllt alla villkor i avtalet och Baykara stämde därför kommunen inför domstol. Målet vandrade upp i domstolshierarkin och de högsta instanserna fastställde att den aktuella gruppen hade rätt att sluta sig samman i fackliga organisationer. Däremot hade de inte enligt turkisk lag rätt att träffa ett kollektivavtal som det aktuella. Kollektivavtalet ansågs därför ogiltigt. Staten inledde istället en process mot de arbetstagare som tillerkänts ekonomiska förmåner genom kollektivavtalet, det vill säga förmåner i förhållande till de lagreglerade, och arbetstagarna ansågs återbetalningsskyldiga.

Demir och Baykara gick vidare till Europadomstolen och hävdade att deras föreningsfrihet kränkts genom inskränkningarna bland annat i rätten att träffa kollektivavtal.

Den turkiska regeringen överklagade Europadomstolens första dom den 21 november 2006 av dess andra kammare som enhälligt lade fast att en kränkning av de klagandes föreningsfrihet ägt rum. Målet avgjordes slutligt i stor sammansättning den 12 november 2008. Europadomstolen gör inledningsvis en gedigen genomgång av sin praxis ifråga om hänsyn till rättsutvecklingen i andra instrument och sammanfattar med att "*The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and*

must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the Practice of European States reflecting their common values”.

Inför avgörandet om annulleringen av kollektivavtalet var förenligt med artikel 11 Europakonventionen redovisar Europadomstolen en omfattande genomgång av sin egen praxis på området samt rättsutvecklingen i en rad andra internationella instrument.

Europadomstolen påtalar att utvecklingen av praxis när det gäller omfattningen av skyddet för föreningsfriheten enligt artikel 11 drivs av två huvudsakliga principer:

Domstolen beaktar den totala mängd åtgärder staten vidtar för att skydda facklig frihet, med hänsyn tagen till det handlingsutrymme som tillåts. Domstolen accepterar dock inte inskränkningar som påverkar de grundläggande momenten av facklig föreningsfrihet, och som därför underminerar den fackliga föreningsfrihetens betydelse

I fråga om den kollektiva fackliga dimensionen anger domstolen att det grundläggande momentet sedan Wilson-domen är *”a right for a trade union to seek to persuade the employer to hear what it has to say on behalf of its members”.*

Domstolen påtalar att detta inte är slutgiltigt utan måste utvecklas i linje med den allmänna rättsutvecklingen. Domstolen återger därefter den ställning rätten till kollektiv förhandling fått i en rad internationella instrument inklusive dessa övervakningsorgans praxis som; ILOs konvention nr 98 och 151, Europarådets sociala stadga artikel 6.2 och EUs stadga om grundläggande rättigheter artikel 28. Domstolen konstaterar vidare att rätten för offentligt anställda i kommuner, som inte utövar myndighetsutövning (state power), att delta i kollektiv förhandling i syfte att reglera lön och arbetsvillkor är erkänd i majoriteten av de kontraktsslutande staternas rättsordningar.

Mot den bakgrunden anser domstolen att den måste ompröva sin tidigare praxis och fastställer att rätten till kollektiv förhandling med arbetsgivare har utvecklats till att bli ett grundläggande moment av den fackliga föreningsfriheten i artikel 11. Staterna bevarar dock möjligheten att organisera förhandlingen på så vis att exempelvis de mest representativa fackföreningarna ska åtnjuta särskild status. Som andra arbetstagare, ska offentligtanställda *”civil servants”*, förutom i väldigt specifika fall åtnjuta dessa rättigheter, utan hinder av *”lagliga begränsningar”* som kan påföras *”members of the administration of the State”* enligt den mening som återfinns i artikel 11.2. En kategori de klagande inte tillhörde.

I detta fall utgjorde avsaknaden av en lagstiftning som gjorde det aktuella kollektivavtalet giltigt en inskränkning av artikel 11. Frågan om denna inskränkning kunde rättfärdigas enligt artikel 11.2 prövades. Domstolen godtog att inskränkningen var förenlig med lag. Uppfyllde den då ett legitimt ändamål? Ja, i den utsträckning den avsåg att förhindra diskrepans mellan lag och praktik. Den återstående frågan att besvara var då om uppfyllandet av det legitima syftet kunde anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Domstolen ansåg emellertid att vägran att tillerkänna denna grupp en rätt till kollektiv förhandling inte kunde anses motsvara ett starkt samhällsintresse (pressing social need). Detta följde av erkännandet av förhandlingsrätten internationellt och nationellt. Dessutom hade Turkiet ratificerat ILOs

konvention nr 98, det internationellt viktigaste instrumentet till skydd för arbetstagares rätt till kollektiv förhandling och träffande av kollektivavtal.

Domstolen ansåg att regeringen inte hade åberopat någon omständighet som skulle kunna motivera att denna grupp undantogs från rätten till kollektiv förhandling. Förklaringen att "civil servants" åtnjöt en privilegierad position i förhållande till andra arbetstagare är inte tillräcklig i detta sammanhang. Nödvändighetskriteriet var således inte uppfyllt och en kränkning av artikel 11 var för handen.

Strejkrätten – Enerji Yapi-Yol Sen

Nästa steg i Europadomstolens utveckling av den kollektiva dimensionen av den fackliga föreningsfriheten i artikel 11 togs den 21 april 2009 i målet *Affaire Enerji Yapi-Yol Sen c Turquie*. Även detta mål gällde en fackförening som organiserade kommunalanställda – i detta fall anställda vid bygg- och energiavdelningen och verksamma inom infrastruktur och vägbygge. Omständigheterna var följande.

Fem dagar innan fackföreningen skulle delta i en dags generalstrejk i syfte att få kollektivavtalsrätten erkänd utfärdade departementet för offentliganställda ett cirkulär enligt vilket stridsåtgärder förbjöds för alla offentliganställda. Motivet angavs vara att bevara statens auktoritet, upprätthålla den allmänna säkerheten och god servicetillgång och förhindra rättsliga överträdelse av de offentliganställda. Tre medlemmar i fackföreningens beslutande organ deltog trots detta i strejken. De utsattes sedermera för sanktioner i form av disciplinåtgärder. De klagande begärde att det statliga rådet skulle ogiltigförklara cirkuläret. Cirkuläret ansågs dock förenligt med gällande lagstiftning och ogiltigförklarades därför inte.

De klagande vände sig till Europadomstolen och anförde att strejkförbudet utgjorde en kränkning av den fackliga föreningsfriheten enligt artikel 11 Europakonventionen. Europadomstolen påtalade med stöd av Schmidt och Dahlström att strejkrätten, som gav fackföreningen en möjlighet att göra sin stämma hörd, utgjorde av viktigt medel för fackliga medlemmar att tillvarata sina intressen. Domstolen konstaterade vidare att strejkrätten är erkänd av ILOs övervakningsorgan, såsom varande en oumbärlig del i den fackliga föreningsfriheten som skyddas av konvention Nr 87. Domstolen erinrade också om att strejkrätten erkänns i Europarådets sociala stadga som ett medel för att effektivt kunna utnyttja rätten till kollektiv förhandling. Utifrån detta avvisade domstolen den turkiska regeringens invändning att fackföreningen inte var något offer i konventionens mening och därmed tycktes det fastställt att en inskränkning enligt artikel 11.1 ägt rum.

Därefter prövade domstolen om den aktuella inskränkningen i den fackliga föreningsfriheten kunde motiveras utifrån en tillämpning av kriterierna i artikel 11.2. Domstolen medgav att inskränkningen var gjord enligt lag i konventionens mening. Domstolen tvivlade emellertid på att det presenterats något legitimt syfte för inskränkningen i enlighet med artikel 11.2. Trots detta valde den att gå vidare till frågan om inskränkningen kunde anses vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Domstolen konstaterade att strejkförbudet utfärdades fem dagar innan den aktuella strejken skulle äga rum. Strejken syftade till att kollektivavtalsrätten för offentliganställda

skulle erkännas under den tid när myndigheterna övervägde åtgärder för att uppfylla sina skyldigheter enligt ratificerade internationella konventioner om fackliga rättigheter och den rättsliga situationen därför var något oklar. Domstolen angav att strejkrätten inte är absolut och kan inskränkas under vissa villkor. Det är exempelvis godtagbart att hindra offentliganställda som utför maktbefogenheter i statens namn att strejka. Ett sådant förbud ska dock riktas mot en specifik grupp offentliganställda och kan inte omfatta offentliganställda i allmänhet eller offentliganställda som arbetar i statliga företag.

Grupper vars strejkrätt ska begränsas ska definieras så klart och snävt som möjligt. Det generella förbudet i cirkuläret hade antagits utan att regeringen balanserat de motstående intressena på det sätt som artikel 11.2 föreskriver. Inte något hade visats som kunde motivera ett förbud av den aktuella strejken. De sanktioner de klagande ådömdes avsåg att avskräcka dem från att delta i generalstrejken. Domstolen påtalade att regeringen inte hade pekat på något skäl som skulle tyda på att detta var nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Det utgjorde således inte ett starkt samhällligt intresse och stod inte i proportion till något godtagbart syfte. En kränkning var således för handen.

Genom Europadomstolens senaste praxis står det således klart att frasen "för att skydda sina intressen" i artikel 11.1 Europakonventionen år 2010 innefattar:

- en rätt för en fackförening att söka övertala en arbetsgivare att lyssna på vad den vill säga å sina medlemmars vägnar
- rätt till kollektiv förhandling
- strejkrätt

Strejkrätten är dock inte absolut. De möjliga inskränkningar i offentligas strejkrätt som domstolen nämner ligger i linje med ILOs reglering. Begränsningsmöjligheterna förefaller vara begränsade.

Förhållandet mellan Europakonventionen, Europarådets sociala stadga och ILOs konventioner nr 87 och 98

En central fråga i sammanhanget är hur omfattande skyddet för strejkrätten och kollektiv förhandling kan anses vara enligt Europakonventionen. Hur långt är Europadomstolen beredd att gå för att skydda dessa rättigheter? I Demir och Baykara och Enerji Yapi-Yol Sen prövades två förhållandevis flagranta brott. Europadomstolen vilar sina resonemang i dessa fall framförallt på ILOs övervakningsorgans slutsatser. När Europadomstolen resonerar kring godtagbara inskränkingsgrunder står det klart att man hämtat inspiration från ILOs praxis. I genomgången ovan av ILOs regelverk står det klart att rätten till kollektiv förhandling och strejkrätt däri åtnjuter ett starkt skydd. Också Europarådets sociala stadga och dess övervakningsorgans praxis beaktas av Europadomstolen i sammanhanget.

Den egentliga tyngd Europadomstolen tillmäter ILOs regler kommer först att prövas den dag en regering kan uppvisa ett skäl för inskränkningen som domstolen är beredd att godta. I de två turkiska mål som diskuterats kunde inte staten uppvisa några sådana intressen. I det nyligen avgjorda ukrainska målet Trofimchuk v Ukraine, som rörde uppsägning på grund av en tvåtimmarsstrejk (picketing) ansåg domstolen att ett legitimt intresse var för handen. Klaganden hade inte varslat/informerat om stridsåtgärden i enlighet med nationell rätt. Eftersom inte kraven i sig ifrågasattes av klaganden från föreningsrättssynpunkt prövades de inte av domstolen. I målet avstod vidare Europadomstolen från att hämta inspiration från andra källor. Hänvisning till ILOs regelverk saknades således. Domstolen kom slutligen fram till att den disciplinära åtgärden, uppsägningen, inte i sig var oproportionerlig och någon kränkning av konventionen hade därför inte ägt rum.¹⁴

En central fråga är naturligtvis om EUs ekonomiska friheter utgör ett sådant intresse som Europadomstolen är beredd att tillmäta någon vikt. ILOs expertkommitté har klart angivit att den inte anser att ett sådant ekonomiskt motiv motiverar en inskränkning av strejkrätten.¹⁵ Det förefaller inte heller troligt att övervakningsorganet till den europeiska sociala stadgan skulle godta en sådan grund. Det är dock inte uteslutet att Europadomstolen skulle göra en annan bedömning.

En klar och avgörande skillnad mellan skyddet enligt ILO och Europakonventionen är den proportionalitetsprincip som tillämpas av Europadomstolen för att avgöra om en inskränkning i föreningsfriheten är godtagbar eller inte. Något motsvarande tillämpas inte av ILOs övervakningsorgan. Till den sociala stadgan är också en proportionalitetsprincip tillämplig när en inskränkning ska bedömas. Saknas giltigt skäl för åtgärden faller dock frågan enligt stadgan innan proportionalitetsprincipen aktualiseras.

Ställs Europadomstolen inför ett mål som rör en ogiltigförklarad strids-

¹⁴ Case of Trofimchuk v Ukraine, 4241/03, judgment 28 October 2010, pp 31, 39, 44–45, 47.

¹⁵ Report III (1A) Report of the Committee of Experts, UK, ILO-convention 87.

åtgärd som ogiltigförklaras i nationell rätt för att tillmötesgå EUs krav ifråga om en ekonomisk frihet skulle därför Europadomstolen sannolikt pröva om det eventuellt godtagbara intresset kan motivera en inskränkning av de aktuella rättigheterna. En avgörande parameter blir här förstås om arbetstagarna kan visa att den aktuella åtgärden är absolut nödvändig för att tillvarata deras intressen och att inte någon annan åtgärd med mindre ingripande konsekvenser hade varit möjlig och vice versa för regeringen.

En fråga blir om inskränkningen motsvarar ett starkt samhällligt intresse!

Skulle den aktuella inskränkningen ha bedömts utgöra en kränkning av ILOs och/eller sociala stadgans regelverk får man anta att det skulle väga tungt i avvägningen.

Överprövar Europadomstolen EU-rätten?

I artikel 6.2 FEU anges att EU ska ansluta sig till Europakonventionen. Förhandlingar om en sådan anslutning pågår. Tidpunkten för den faktiska anslutningen är oklar. Ett syfte med en anslutning är att Europadomstolen ska bli den högsta instansen när det gäller att pröva EU-lagstiftningens förenlighet med Europakonventionen.

I dagsläget ser situationen lite annorlunda ut. Det har hänt att Europadomstolen har prövat en medlemsstats rättsakts förenlighet med Europakonventionen när rättsakten avser att genomföra EU-rätt. Europadomstolen har dock då angivit att den bara skulle underkänna regeln om den är "manifestly deficient".¹⁶ Europadomstolen utvecklar sin utgångspunkt enligt följande:

"However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a "constitutional instrument of European public order" in the field of human rights [...]"

¹⁶ Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland (Application no. 45036/98), 30 June 2005. p 156.

Innebörden av artikel 351 EUF

Artikel 351 är av intresse för förhållandet mellan EU-rätten och de internationella konventioner som medlemsstaterna är bundna av.

Artikeln lyder:

De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder ska inte påverkas av bestämmelserna i fördragen.

I den mån dessa avtal inte är förenliga med fördragen ska den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördragen. Medlemsstaterna ska vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning.

Vid tillämpning av sådana avtal som avses i första stycket ska medlemsstaterna beakta att de fördelar som varje medlemsstat beviljar enligt fördragen utgör en integrerad del av upprättandet av unionen och härigenom är oskiljaktigt förbundna med upprättandet av gemensamma institutioner, med överlämnandet av befogenheter till dessa och med beviljandet av samma fördelar av alla övriga medlemsstater.

Enligt huvudregeln har således ett avtal som ingåtts av en medlemsstat innan den anslutit sig till EU företräde framför bestämmelserna i fördragen. Av andra stycket framgår dock att medlemsstaterna är skyldiga att undanröja eventuella oförenligheter mellan fördragen och ett sådant avtal. Bestämmelsen har tillämpats av EU-domstolen bland annat i ett mål mot Österrike som aktualiserade förenligheten mellan ILO-konvention nr 45 om kvinnors arbete under jord (1935) och direktivet om likabehandling.¹⁷ EU-domstolen konstaterade att ILO-konventionens bestämmelser var oförenliga med EU-rätten. Österrike blev därmed med stöd av andra stycket i artikel 351 skyldigt att säga upp ILO-konventionen.

En fråga som aktualiserats är hur domstolen skulle resonera om en medlemsstat argumenterat för att omfattningen av den nationella rätten att vidta kollektiva åtgärder eller kollektiv förhandling betingas av de skyldigheter medlemsstaten har mot ILO på grund av ILO-konventionerna nr 87 och 98. De flesta medlemsstater ratificerade de aktuella konventionerna innan de blev medlemmar i EU. Att EU-domstolen skulle kräva att en medlemsstat skulle säga upp en konvention som anses, såväl av EU som av andra internationella fora, vara en av de mest centrala konventionerna på området vore häpnadsväckande. Detta kan dock bli konsekvensen om EU-rätten ställer krav på medlemsstaterna som de inte kan förena med sina åtaganden gentemot ILO.

¹⁷ Mål C-203/03 Kommissionen mot Österrike, Dom 1 februari 2005.

Att också stödja sig på artikel 12 i EU-stadgan

Genomgången av utvecklingen i Europadomstolens praxis visar att föreningsfriheten i artikel 11 Europakonventionen numera otvetydigt innefattar en rätt till kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder. Eftersom de av EU-stadgans artiklar som vilar på Europakonventionen till fullo ska tillämpas i enlighet med dessa inklusive Europadomstolens uttolkning av dem bör EU-domstolen framledes när den ska avgöra ett mål där någon av dessa rättigheter står i fokus också utgå från artikel 12 i EU-stadgan innefattandes artikel 11 Europakonventionen när omfattningen av rättigheten ska avgöras.

Som påtalats i avsnitt 3.7 har man hittills kunnat skönja vissa olikheter i tillämpningen av rättigheter i EU-stadgan som vilar på Europakonventionen och sådana som är hänförliga till nationell rätt och unionsrätt som artikel 28 när de prövas mot de ekonomiska friheterna.

Emellertid är föreningsfriheten inte någon absolut rättighet enligt Europakonventionen. Det är möjligt att inskränka den i enlighet med vad som anges i artikel 11.2 Europakonventionen.

För att fastställa den brytpunkt som enligt EU-domstolen ska gälla i EU-rätten mellan den aktuella grundläggande rättigheten och den motstående EU-relaterade rättsakten kommer således därför en avvägning att göras. Tre skillnader kan dock komma att påverka utgången av en sådan avvägning. För det första tycks det som om EU-domstolen närmare analyserar innebörden av rättigheter som inte kvalificeras av unionsrätt och nationell rätt. Dessutom begränsas inte skyddet av sådana rättigheter av EUs mål. Rättigheten har ett skyddsvärde som är frikopplat från EU-rätten. Till sist ges medlemsstaterna ett stort handlingsutrymme för att avgöra var de vill placera brytpunkten. Ett utvidgat nationellt handlingsutrymme när det gäller placeringen av brytpunkten för förhållandet mellan rätten till kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder skulle kunna leda till att EU-domstolen blir mer återhållsam när det gäller att lägga sig i detta beslut.

Slutsatser av rättsläget

- Rätten till kollektiva åtgärder och kollektiv förhandling skyddas numera av Europakonventionen
- EU-domstolen bör därför utgå från både artiklarna 12 och 28 i EU-stadgan när dessa rättigheter aktualiseras
- En rättighet i EU-stadgan som vilar på Europakonventionen åtnjuter ett starkare skydd än en rättighet som återkopplas till nationell rätt och gemenskapsrätt och ger medlemsstaterna ett större handlingsutrymme när det gäller att bestämma var brytpunkten ska ligga mellan grundläggande rättigheter och EUs grundläggande ekonomiska friheter
- Europadomstolen utgår från ILOs och Europeiska sociala stadgans regelverk när omfattningen av de fackliga kollektiva rättigheterna ska bestämmas
- ILOs övervakningsorgan erkänner inte skyddet av ekonomiska friheter som en legitim grund för inskränkningar av strejkrätten eller kollektiv förhandling.
- Ekonomiska friheter utgör heller inte en godtagbar grund för inskränkningar av strejkrätten och kollektiv förhandling enligt Europarådets sociala stadga
- EU-domstolen och Europakonventionen tillämpar dock en proportionalitetsprincip för att avgöra om en inskränkning i en grundläggande rättighet med stöd av fullgörandet av ekonomiska friheter är godtagbara
- Utgången av en sådan prövning är oklar
- Förstärkningen av den sociala dimensionen i unionens målbestämmelse, artikel 3.3 FEU, skulle kunna medföra att mer långtgående sociala mål kan skyddas av EU-rätten.
- EU-domstolens formulering om kärnan i en grundläggande rättighet i Pensionsmålet kan medföra att delar av rätten till kollektiv förhandling och kollektiva åtgärder skulle kunna fredas från EU-rätten.



European Federation
of Building
and Woodworkers



Skyddet för den fackliga föreningsfriheten i olika internationella rättsakter och dess påverkan på EU-rätten

I den här rapporten utreder de svenska fackliga centralorganisationerna LO och TCO tillsammans med European Federation of Building and Woodworkers (EFBWW) föreningsfrihetens, förhandlingsfrihetens och konflikträttens ställning i förhållande till Europakonventionen, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EU-rätten, Europarådets reviderade sociala stadga, relevanta ILO-konventioner och andra bindande internationella överenskommelser. Rapporten syftar till att fördjupa kunskaperna om hur man återupprättar, försvarar och utvecklar grundläggande fackliga fri- och rättigheter med stöd av internationell rätt.

Januari 2013

ISBN 978-91-566-2799-6