

Lektor Anders von Koskull, Helsingfors

Kravet på likabehandling då kollektivavtalsparter utestänger anställda från avtalet*

1 Bakgrund: hälsovårdsfacket Tehy ingår kollektiva avtal och frågor föds

Den 19 november 2007 ingick Kommunala arbetsmarknadsverket (KA) och hälsovårdsfacket Tehy rf ett arbets- och tjänstekollektivavtal (härefter Tehyprotokollet). De händelser som föregick avtalet och avtalets innehåll fick stort utrymme i massmedia. Parternas överenskommelse avblåste en dramatisk och unik arbetsstrid. Enligt en specificering av protokollet tillämpas det beträffande de anställda enbart på dem som är medlemmar i Tehy. Är sådana exkluderande bestämmelser förenliga med krav på lika behandling och icke-diskriminering? Det är den frågan som skall granskas i denna artikel. Tehyprotokollet kommer att användas som ett konkretiserande exempel.

Om den utestängande bestämmelsen i Tehyprotokollet tillämpas ordagrant leder det till att anställda som inte är medlemmar i Tehy ställs utanför avtalets tillämpningsområde beträffande person. Här antar jag att de utestängda utför sådant arbete som normeras i kollektivavtalet (kollektivavtalets tillämpningsområde i sak). Dessa utestängda arbetstagare kan vara av två slag. De kan vara vilda i den bemärkelsen att det inte tillhör någon facklig organisation. De kan vara medlemmar i ett annat fack än den här aktuella kollektivavtalsparten. Med ett terminologiskt lån från Sverige kallar jag dessa från kollektivavtalet utestängda anställda för *utanförstående anställda*.¹

Frågeställningen preciseras. Fallet Tehy pekar på många arbetsrättsliga problemställningar. Den grundläggande frågan för denna artikel är bara en av dem. Är det förenligt med diskrimineringsförbud att kollektivavtalsparter genom en bestämmelse i kollektivavtalet gör en del av de anställda till utanförstående arbetstagare? Jag kommer inte att behandla den del av diskrimineringsrätten som berör jämställdhet mellan kvinnor och män. I slutet ingår dock ett jämställdhetsfall för att ge en infallsvinkel på frågan om Tehyprotokollets laglighet.

* Artikeln är en utvidgad och bearbetad version av författarens inledning på Juridiska Föreningens i Finland diskussionsfråga 2008:1, »Kan lönen för samma eller liknande arbete variera beroende på medlemskap i fackförbund»

¹ Jonas Malmberg, Anställningsavtalet. (Uppsala: Iustus förlag 1997), 151. Det svenska begreppet är rotat närmst i rättspraxis och inte i någon uttrycklig bestämmelse i lag.

För att få perspektiv på Tehyprotokollet, dess tillkomst och den kollektivavtalsrättsliga grunden för de utestängande bestämmelserna presenteras först det kommunala avtalssystemet på riksnivå. Därefter utreder jag om det i kollektivavtalsrätten finns stöd för att kollektivavtalets parter i avtalet bestämmer att det tillämpas på enbart de anställda som är medlemmar i kollektivavtalsparten på arbetstagarsidan (avsnitt 2). Det är med andra fråga om kompetensen att bestämma avtalets personella tillämpningsområde så att det uppkommer en grupp utanförstående arbetstagare. Däremot går jag inte in på parternas möjlighet att genom definitionen av tillämpningsområdet i sak (vilket arbete) indirekt normera personkretsen. Det resultat som granskningen av kollektivavtalslagstiftningen ger angående utestängande klausuler speglas mot traditioner på arbetsmarknaden och facketts roll.

Arbetsgivares och utanförstående arbetstagares ställning kan påverkas av bestämmelserna om allmänt bindande kollektivavtal. Den frågan granskar jag i avsnitt 3. I avsnitten 2 och 3 koncentrerar jag mig alltså på kollektivavtalsrättsliga effekter för de utanförstående. Det har en viss självständig betydelse. Granskningen ger också ett underlag för frågan om de utanförstående och den modärna diskrimineringslagstiftningen.

Frågan om harmoni eller konflikt i mönstret med å ena sidan utanförstående arbetstagare och å andra sidan krav på lika behandling och förbud mot diskriminering är den mest centrala frågan i denna artikel. En syn på kategorin utanförstående arbetstagare är att en eventuell negativ särbehandling av dessa anställda strider mot likabehandlingslagen. Om Tehyprotokollet leder till missgynnande av de utestängda arbetstagarna är avtalet enligt denna syn olagligt.² En annan uppfattning är att kollektivavtalsparterna har en rätt att utestänga anställda som inte är medlemmar i partsförbundet. Detta kan inte förbises och krav på lika lön är inte självklart utslagsgivande i det sammanhanget.³ Denna syn kan också kombineras med att diskutera diskrimineringsproblematiken på ett mer differentierat sätt än i det första alternativet.

Det är i huvudsak i avsnitten 4 och 5 som jag tar upp betydelsen av kraven på likabehandling för de utanförstående. Jag granskar i synnerhet frågor om föreningsfrihet och frågor om diskriminering. Det sker genom att belysa facklig föreningsfrihet i skenet av grundlagen och mänskliga rättigheter, särskilt den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter (4.1) och den europeiska sociala stadgan. Därefter behandlar jag den finska diskrimineringslagstiftningen (4.2). I det sista avsnittet försöker jag med en diskuterande infallsvinkel sammanfatta resultat (5).

² *Seppo Koskinen*, i referat Aamulehti, STT Tuomas Savonen 20.11.2007 <http://www.aamulehti.fi/teema/tehy/54782.shtml>. Hämtad 28.4.2008

³ *Kari-Pekka Tiitinen* i referat Aamulehti, se föregående not.

Inom dessa ramar och den övergripande frågeställningen uppstår en preciserande och minst sagt utmanande följdfråga. Jag konstaterade tidigare att de utanförstående kan vara av två kategorier, vilda arbetstagare och arbetstagare organiserade i annat fack än den aktuella kollektivavtalsparten. Kommer eller skall rättsystemet behandla dessa grupper lika. Beträffande kollektivavtalsssystemet är frågan om det finns förutsättningar för att utestänga vardera kategorin eller bara någonda. Kan allmänt bindande kollektivavtal ha olika effekter för respektive grupp. I avsnitt 4 ställs frågor om eventuell diskriminering av utanförstående i ljuset av grundlagen och mänskliga rättigheter och likabehandlingslagstiftningen. Frågan blir vilken genomslagskraft likabehandlingskraven har på de utanförståendes situation. Kan de två grupperna komma att behandlas olika? Med en litet annan vinkling kan man fråga om de två utanförstående grupperna är lika eller om olik behandling är acceptabel.

2 Tehyprotokollet och kollektivavtalslagstiftningen

Det kommunala avtalssystemet. Uppkomsten av ett Tehyprotokoll med utanförstående anställda har en bakgrund i det kommunala avtalssystemet och diskussionen om lönenivån i kommunala kvinnodominerade yrkesområden.

På den kommunala arbetsmarknaden finns det en central arbetsgivarorganisation, det Kommunala arbetsmarknadsverket, KA. KA ingår de riksomfattande huvudavtalen och kommunala arbets- och tjänstekollektivavtal inom kommunsektorn. Det Kommunala arbetsmarknadsverkets ställning baserar sig på lag och KA representerar samtliga kommuner och kommunsammanslutningar.⁴ Det framgår av lagstiftningen att KA bedömer med vilka organisationer det är ändamålsenligt att ingå arbets- eller tjänstekollektivavtal.

Tehyprotokollet innebar ett undantag från den så att säga normala avtalsstrukturen inom kommunsektorn. Det vanliga mönstret har varit att KA som arbetsgivarcentral har ingått avtal med fyra olika personalorganisationer, så kallade huvudavtalsorganisationer. I huvudavtalsorganisationerna ingår olika fackförbund. Huvudavtalsorganisationerna har normalt varit:

1. Kommunfackets union, förhandlingsorganisation för Kommunsektorns fackförbund KAT och Kommunaltjänstemannaförbundet KTF.
2. Förhandlingsorganisationen för Teknik och Grunds service FKT.
3. FOSU beskriver sig som en förhandlingsorganisation för den offentliga sektorns utbildade personal.
4. Förhandlingsorganisation för Tehy och Finlands närvårdar- och primärskötarförbund SuPer, TFO.

⁴ L om kommunala arbetsmarknadsverket 1993:254.

Tehy är den största organisationen inom det yrkesområde som omfattar personer som avlagt examen för arbete inom hälso- och socialsektorn. Tehy har 131 000 medlemmar av vilka cirka 70 % arbetar inom kommunsektorn och de flesta är arbetstagare.⁵

SuPer är det största fackförbundet för dem som har en social- eller hälsovårdsexamen på andra stadiet. De största medlemsgrupperna är primärskötare, närvårdare samt mottagningsbiträden. SuPer har 69 000 medlemmar av vilka de flesta arbetar inom kommunsektorn och de flesta är arbetstagare.⁶

Fackförbundens gruppering på olika organisationer följer olika organisationsprinciper. Dels är det fråga om en hierarkisk indelning enligt utbildning och dessutom kan verksamhetsområdet inverka. Kombinationen av dessa leder bland annat till att läkarkartellen (tre läkarförbund) är organiserad under FOSU, medan hälsovårdsfacken Tehy och SuPer tidigare samverkat i TFO. Mellan dessa förbund finns det en viss överlappning i organiseringen av olika yrkesgrupper. Man kan dessutom notera att Finlands hälsovårdarförbund ingår i förhandlingsorganisationen FKT. Förutom motiv för samarbete finns det också grogrund för en viss rivalitet mellan organisationerna. Det kan man också se som en ingrediens i Tehykonflikten och reaktionerna på den.

De fyra huvudavtalsorganisationer har regelmässigt med KA ingått ett allmänt kommunalt arbetskollektiv- och tjänstekollektivavtalet (AKTA) om bl.a. lönerna. Därutöver har det ingåtts särskilda avtal för vissa områden eller yrkesgrupper såsom avtal för läkare samt undervisning.

Tehys förhandlingar om kollektivavtal. I valrörelsen inför riksdagsvalet 2007 blev ett tema att höja lönenivån i de kvinnodominerade yrkena i kommunsektorn. Det var särskilt löner för sjukskötare och jämförbar personal inom hälsovården som diskuterades. Representanter för de flesta partierna lovade rundliga tillskott till kommunernas finanser för detta jämställdhetsprogram. Tidtabellerna för förverkligandet varierade. Efter valet uppstod diskussioner om vem som lovat vad och vad löftena egentligen innebar.

Löftena i valrörelsen passade väl in Tehys strategi och förbundet meddelade att det eftersträvar rejält högre lön än den nivå som verkade bli rätt allmän i branschvisa riksomfattande kollektivavtal. KA och tre av de nämnda fyra huvudavtalsorganisationerna – Kommunfackets union, FKT och FOSU – ingick ett allmänt kommunalt arbetskollektiv- och tjänstekollektivavtal AKTA (1.10.2007). SuPer bedömde att Akta under rådande omständigheter var ett realistiskt resultat av avtalsrundand. Avtalsparterna i AKTA godkände att SuPer inkluderades i avtalskretsen medan Tehy ensam strävade efter en bättre lösning. Detta innebar alltså ett slut på SuPers och Tehys samarbete i huvudavtalsorganisationen TFO.

⁵ http://www.tehy.fi/pa_svenska/.

⁶ <http://www.superliitto.fi/>.

Tehys kravnivå låg rejält högre än nivån i avtalet AKTA. Motparten KA ansåg Tehys mål alltför höga. Kraven på att regeringen skulle göra en större satsning på lönerna i hälsovården inom kommunsektorn förverkligades inte. Tehy såg efter nya medel för att få KA och kanske regeringen att ge med sig.

Arbetsstrider. Tehy uppmanade med framgång sina tjänsteinnehavarmedlemmar att använda sig av massuppsägning som påtryckningsåtgärd. Uppsägningarna verkställdes och KA förde ärendet till arbetsdomstolen. Arbetsdomstolen slog fast att massuppsägning är en olaglig kampform för kommunala tjänsteinnehavare (Lag om kommunala tjänstekollektivavtal 1970:669, 8 § 1 mom.; AD 2007:105). Tehy lyckades inte övertyga arbetsdomstolen om att KA:s förberedelser för Tehys arbetsstrid var förbjudna kampåtgärder.

Tehy avblåste omedelbart tjänsteinnehavarnas massuppsägningar och uppmanade sina medlemmar i arbetstagarställning att som påtryckningsåtgärd kollektivt säga upp sina arbetsavtal. Uppmaningen vann stort gehör. Kollektivavtalsrättsligt var det uppenbart fråga om en kampåtgärd. Den kunde dock inte anses vara riktad mot kollektivavtalet, eftersom det inte längre var i kraft (KollavtL 8 §). Trots massuppsägningen ingick Tehy inte någon överenskommelse om en minimiarbetsinsats för att eliminera eller minska risker för liv eller hälsa, så kallat skyddsarbete. Förbundet gav inte heller några tydliga försäkringar om den saken.

Som en reaktion på en sannolik kris i hälsovården gav regeringen till riksdagen en proposition med ett slags *ad hoc* lag. Förslaget om en *patientsäkerhetslag* (RP 157/2007 rd) tog sikte på Tehykonflikten. Lagförslaget godkändes i vanlig lagstiftningsordning (2007:1027) och den införde ett tvång att arbeta vid hot om vite.⁷ I kritikernas mun fick lagen därför namnet tvångslagen.

Tehyprotokollets karaktär. Den 19 november 2007 ingick KA och Tehy ett avtal som också av parterna kallas för Tehyprotokollet.⁸ Lagen hade uppenbarligen en stor andel i att parterna kunde enas. Sannolikt beror det på arbetsmarknadspolitiska skäl att man för Tehyprotokollets del undvikit benämningen kollektivavtal och tjänstekollektivavtal. Det hörde till Tehys krav att få självständig förhandlings- och avtalsrätt vilket inte lyckades.⁹ Parterna konstaterar i protokollet att det har samma effekter som tjänstekollektivavtal och kollektivavtal

⁷ Se Grundlagsutskottet utlåtande 15/2007. Enligt propositionen och majoriteten i grundlagsutskottet var lagen en nödvändig konsekvens av en avvägning mellan statens förpliktelse att skydda liv och hälsa å ena sidan och att skydda rätten till arbetsstrid å andra sidan. Oppositionen krävde bl.a. tydligare förutsättningar för plikten att arbeta under hot om sanktioner och att arbetsplikten också borde ha avgränsats i högre utsträckning.

⁸ »Protokoll om anställningsvillkoren för dem som hör till Tehy rf och om organiseringen av Tehy rf:s ställning».

⁹ I Kommunala arbetsmarknadsverket Promemoria Parikka 28.11.2007 konstaterar man att Tehy protokollet har samma verkningar som tjänste- och arbetskollektivavtal och tillägger »Det är inte fråga om ett eget avtalsområde för Tehy rf.».

och det är uppenbart att protokollet uppfyller formkraven för dessa avtal (KollavtL 1 § och L om kommunala tjänstekollektivavtal 1–4 §).

Tehyprotokollet är uppbyggt så att avtalet AKTA är stommen och protokollet följer AKTA:s lönesättningsstruktur. Protokollet har delvis en annan tidtabell för de olika löneelementen och byter också ut en del element. Både AKTA och Tehyprotokollet är spretiga och deras effekter på lönenivån är omstridda. De versioner KA och facket SuPer givit av löneutvecklingen enligt respektive avtal stämmer inte överens med Tehys version.

Utanförstående anställda. I Tehyprotokollet ingår en klausul om att avtalet tillämpas på medlemmar i Tehy.

»Anställningsförhållandena för de arbetstagare och tjänsteinnehavare som arbetar inom tillämpningsområdet för det allmänna och kommunala tjänste- och arbetskollektivavtalet och *hör till Tehy* följer (...» (Kursiv. här)

En kollektivavtalsbestämmelse av denna typ kan ha två funktioner. Avsikten kan vara att visa att avtalet tillämpas på en viss grupp – utan att utesluta andra. Det andra alternativet är att bestämmelsen är utestängande så att kollektivavtalet tillämpas enbart på dem som hör till den partsorganisation som är part i kollektivavtalet.¹⁰ Tehyprotokollet hör entydigt till den senare typen. Enligt protokollet tillämpas det på medlemmar i Tehy. Kort efter avtalsslutet kom KA och Tehy med en gemensam skriftlig deklaration: »Bestämmelserna i protokollet *tillämpas endast på Tehys medlemmar.*»¹¹ (Kursiv. här)

Kollektivavtalslagen och utanförstående arbetstagare. Är en utestängande klausul av den typ som finns i Tehyprotokollet förenlig med kollektivavtalslagstiftningen? Kollektivavtalslagen präglas av två positioner som tillsammans är ryggraden i det kollektivavtalsrättsliga regelverket, nämligen att vara kollektivavtalspart och att direkt eller indirekt vara medlem i partsorganisation. Dessa positioner är den gemensamma faktorn bakom svaren på följande frågor. Vem är bunden av ett kollektivavtal (KollavtL 4 § 1 mom.)? Vem förbjuds att handla i strid med kollektivavtalet (7 §)? Vilken organisation skall övervaka att kollektivavtalet följs (8 §)? Vem är objekt för övervakningen (8 §)? Vidare, vem omfattas av fredsplikten (8 §) och vilken organisation omfattas av den övervakningsskyldighet som gäller fredsplikten (8 §)?

En arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal måste tillämpa avtalet på sina av kollektivavtalet bundna anställda (4 § 1 mom.). Men här bryts det normativa mönster jag skisserat ovan. Tillämpningsområdet gällande anställda

¹⁰ *Paanetoja – Ruponen*, Työehtosopimukset ja syrjintäkiellot. (Työministeriö Lokakuu 2007. http://www.mol.fi/mol/fi/99_pdf/fi/06_tyoministerio/06_julkaisut/10_muut/tyoehsop_syrjinta.pdf, hämtad 6.5.2008), 45–46.

¹¹ Kommunala arbetsmarknadsverket Cirkulär 20/2007, 28.11.2007, »Kommunala arbetsmarknaden» (pro arbetsmarknadsverket) »och Tehy rf är överens om innehållet i detta cirkulär inklusive bilagorna».

utsträcks nämligen att omfatta också dem som inte är bundna kollektivavtalet (4 § 2 mom.). I praktiken är avtalen oftast uppgjorda så att de anställda som inte är bundna av kollektivavtalet får rättigheter enligt avtalet.¹²

Emellertid omfattar *kollektivavtalsparternas normeringskompetens*¹³ rätten att från avtalets tillämpningskrets utestänga de arbetstagare som inte hör till arbetstagsidans partsorganisation (KollavtL 1 § och 4 § 2–3 mom.).¹⁴ Parterna kan således i samförstånd från kollektivavtalets personkrets utestänga anställda som inte hör till det kollektivavtalsbärande facket. Denna kompetensbestämelse har funnits i kollektivavtalslagen ända sedan lagen stiftades (1946) och i själva verket har den övertagits från kollektivavtalslagen 1924 (1924:88, 4 §). Både för de statliga och kommunala tjänstekollektivavtalen finns det liknande bestämmelser som gör det möjligt att utestänga tjänsteinnehavare från tillämpningsområdet för respektive avtal.¹⁵ Bestämmelserna om utestängande gör textmässigt inte någon skillnad mellan kategorierna vilda anställda och anställda i en annan organisation än dem som ingått det aktuella kollektivavtalet.

Enligt ordalydelsen i KollavtL 4 § 3 mom. kan omfattningen av kollektivavtalets verkan begränsas. Det gör det möjligt att särskilja mellan dem som inte är medlemmar i den kollektivavtalsbärande organisationen. I princip är det alltså möjligt att t.ex. göra enbart dem som tillhör bestämmelse skulle väcka.

Kollektivavtalsystemet och traditionerna på arbetsmarknaden. Möjligheten att inskränka ett kollektivavtals tillämpningsområde gällande person kan ses i ljuset av kollektivavtalsystemet och traditionerna på arbetsmarknaden. Fackföreningarnas främsta uppgift har varit att för sina medlemmar åstadkomma bättre arbetsvillkor och andra sociala villkor och att försvara uppnådda positioner. Devisen har varit att organisering och solidaritet ger styrka. Fackföreningarna har utvecklats som organisationer för intressebevakning med förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter på olika nivåer. Facket är med och upprätthåller kollektivavtalsystemet inkluderande tvisteförhandlingar, samarbetsförhandlingar och förhandlingar också i andra participationsformer. De fackliga organisationerna ingår också i ett stort antal organ där förutom arbetsgivarna också den offentliga makten är representerad. Facket ger rättshjälp och stöd i tvistesituationer. Facket utser förtroendemän, skolar dem och andra förtroendevalda. För-

¹² IAD 2002:54 konstaterar domstolen att utestängande klausuler enligt KollavtL 4 § 3 mom. är sällsynta och att parterna därför i avtalet tydligt bör uttrycka sin eventuella avsikt att använda en sådan klausul. Paanetoja-Ruoponen 46–47 diskuterar kort detta ställningstagande.

¹³ Om normeringskompetensen, se närmare t.ex. *Kaarlo Sarkko*, Arbetsrätt. Allmän del (Helsingfors: Finlands juristförbunds förlags AB 1981), 181–187.

¹⁴ *Kaarlo Sarkko*, Työehtosopimusten määräysten oikeusvaikutukset. (Helsinki: Suomen lakimiesliiton kustannus 1973) 33–35, behandlar parternas kompetens enligt kollektivavtalslagen att reducera kollektivavtalets personella tillämpningsområde som helt entydig och anger AD 1966:5 som ett exempel på en direkt tillämpning av KollavtL 4 § 3 mom.

¹⁵ L om kommunala tjänstekollektivavtal (1970:609) 5 § 5–6 mom. (efter ändring 1986:765) och L om statens tjänstekollektivavtal (1970:664) 5 § 6–7 mom. (efter ändring 2005:371).

teckningen är inte uttömmande och typiskt handlar aktiviteterna om insatser för enskilda medlemmar eller i medlemskårens intresse.

Detta stöd och dessa tjänster finansieras direkt eller indirekt med medlemsavgifter. Det i praktiken typiska är som sagt att anställningsvillkoren också för de anställda som inte är medlemmar i det kollektivavtalsbärande facket får rättigheter enligt i fråga varande kollektivavtal. De utanförstående har inte bidragit till finansieringen av facket. I den situationen betecknas de icke organiserade ibland som fripassagerare. Med hänsyn till fackets uppgift och frågan om medlemsavgifter är det inte egendomligt att det finns en möjlighet att i kollektivavtal dra en skiljelinje med utanförstående arbetstagare som följd.

Den sannolika historiska bakgrunden till att möjliggöra sådana bestämmelser skisseras av *Paanetoja* och *Ruponen*. Avsikten med att utsträcka kollektivavtalet att omfatta icke bundna arbetstagare är att förhindra arbetsgivare att favorisera icke organiserade. Om en facklig organisation bedömde att ett sådant hot inte existerade på ifrågavarande område, kunde organisationen se det som motiverat att avtala om löne- och andra förmåner för sina medlemmar.¹⁶

Kan utvecklingen av lagstiftningen efter kollektivavtalslagen 1946 ha påverkat kollektivavtalsparternas normeringskompetens gällande de utestängande avtalsbestämmelserna? Då bestämmelserna om de grundläggande fri- och rättigheterna fick sin nuvarande lydelse (1995:969–972 och 1999:731) uppmärksammades frågan om de utanförstående anställda och diskrimineringsförbud inte. Inte heller den nya arbetsavtalslagen med dess diskrimineringsförbud eller likabehandlingslagen genererade något intresse för möjligheten att minska personkretsen för ett kollektivavtals tillämpningsområde. Till detta kan man lägga det faktum att kollektivavtalssystemets rättsliga logik och arbetsmarknadstraditioner i första hand bygger på positionerna att vara part i eller annars bunden av kollektivavtal. Den som mot denna bakgrund hävdar att diskrimineringslagstiftningen som sådan har omintetgjort möjligheten att lagligt i kollektivavtal inta utanförstående klausuler har en relativt tung argumentationsbörd. Utgångspunkten här blir att klausuler om utanförstående anställda är tillåtna. En skild fråga är under vilka förhållanden likabehandlingslagstiftningen eventuellt påverkar dessa klausuler och de utanförstående anställdas position (avsnitt 4–5).

3 Allmänt bindande kollektivavtal

Kollektivavtal och allmänt bindande kollektivavtal. I och med arbetsavtalslagen 1970 är den finska kollektivavtalsrätten rättsligt sett ett dubbelspårigt system. Spåren löper i huvudsak parallellt. Det första spåret är det kollektivavtalssystem

¹⁶ Paanetoja – Ruponen, 47.

vars legislativa bas är kollektivavtalslagen. Det andra spåret är allmänt bindande kollektivavtal (ArbavtL 2:7) som benämndes allmängiltiga kollektivavtal i 1970 års arbetsavtalslag.¹⁷ Spåren korsar varandra på några punkter.¹⁸ Innehållsmässigt är ett »traditionellt» kollektivavtal till relevanta delar grunden för ett allmänt bindande kollektivavtal. Det är ett kollektivavtal enligt kollektivavtalslagen som får tilläggseffekter som allmänt bindande. Det förutsätter att avtalet uppfyller vissa specifika kriterier som regleras i ArbavtL 2:7. En annan skärningspunkt är att det allmänt bindande kollektivavtalets tillämpningsområde i sak definieras enligt det ordinära avtalets bestämmelser.

Allmänt bindande kollektivavtal och utanförstående anställda. Av kollektivavtal enligt kollektivavtalslagen obundna arbetsgivare och emellanåt även arbetsgivare bundna av ett kollektivavtal kan hamna att tillämpa ett allmänt bindande kollektivavtal. För bundna arbetsgivare finns också en särbestämmelse enligt vilken en arbetsgivare kan välja mellan att tillämpa ett allmänt bindande eller ett ordinärt kollektivavtal - också till arbetstagares nackdel. Arbetsgivaren kan vara bunden av ett kollektivavtal som medlem i en partsorganisation eller som part i ett avtal med en arbetstagarförening. I den aktuella bestämmelsen förutsätts det i vardera fallet att arbetstagarparten är en riksomfattande förening. (ArbavtL 2:7.3).

I motsats till vanliga kollektivavtal (KollavtL) medför de allmänt bindande kollektivavtalen skyldigheter enbart för arbetsgivare och rättigheter enbart för arbetstagare. För denna arbetsgivarposition spelar arbetsgivares medlemskap i en partsorganisation inte någon roll (med undantag för 2:7.3 bestämmelsen ovan). Det spelar inte heller någon roll om arbetstagarna är anslutna till en partsorganisation i det aktuella kollektivavtalet, eller om de är medlemmar av någon annan organisation eller är vilda. Den rättspolitiska tanken bakom mönstret allmänt bindande kollektivavtal har varit att i första hand trygga minimivillkor för anställda hos vilda arbetsgivare¹⁹.

För att konkretisera betydelsen av allmänt bindande kollektivavtal för utanförstående anställda skisserar jag följande scenario. En arbetsgivare är bunden av ett kollektivavtal enligt kollektivavtalslagen. Detta avtal innehåller en utestängande klausul (KollavtL 4 § 3 mom.). Därigenom finns det hos arbetsgivaren både bundna anställda som får rättigheter och skyldigheter enligt avtalet och dessutom utanförstående anställda. Vi utgår också från att kollektivavtalet är

¹⁷ Det gjordes också mindre ändringar i kriterierna för allmänt bindande samt ändringar i systemet för att fastslå vilka kollektivavtal som uppfyller kriterierna. *Toni Andersin – Seppo Koskinen*, Työehtosopimusten yleissitovuus ja uusi työehtosopimuslak (Edilex 2004, <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/1146.pdf> Hämtad 29.4.2008).

¹⁸ För en kort jämförande översikt över kollektivavtal och allmänt bindande kollektivavtal, se *Niklas Bruun – Anders von Koskull*, Allmän arbetsrätt, (Helsingfors: Schildts Förlag AB 2006, 3 rev.uppl.) 169–170. .

¹⁹ *Kari-Pekka Tiitinen – Tarja Kröger*, Työsopimusoikeus (Helsinki: Talentum 2003, toinen tarkistettu painos), 137.

allmänt bindande. Frågan lyder: kan en av kollektivavtal bunden arbetsgivare (KollavtL 4 §) bli skyldig att på de utanförstående arbetstagarna tillämpa de relevanta delarna av det allmänt bindande kollektivavtalet? För en del av situationerna finns det en uttrycklig lösning i lag, nämligen den ovan refererade bestämmelsen i 2:7.3. Vi antar att Tehyprotokollet är allmänt bindande. Enligt ett äldre rättsfall kunde ett kollektivavtal ingånget inom kommunsektorn ha allmänt bindande effekt inom sitt sakområde, men enbart inom kommunsektorn (HD 1986 II 122).²⁰ Vi antar vidare att en kommunarbetsgivare binds till Tehyprotokollet via KA. I denna situation kan kommunarbetsgivaren välja kollektivavtal enligt kollektivavtalslagen 2:7.3. Då blir utgångspunkten att de utanförstående arbetstagarna hålls utanför avtalets tillämpningskrets.

En annan möjlighet är att kommunarbetsgivaren väljer det allmänt bindande kollektivavtalet. Ser vi till Tehyprotokollet kan det i princip, inte i praktiken, finnas också den möjligheten att det krav på riksomfattande förening som ställs inte uppfylls (2:7.3). För dessa situationer uppstår frågan om ett allmänt bindande kollektivavtal kan trygga de utanförstående arbetstagarnas lön och andra anställningsvillkor till »Tehy-nivå»? Denna problematik har inte uppmärksamats i samband med att den relevanta lagstiftningen kom till, det finns inte upplysande rättsfall direkt för frågeställningen och litteraturen om problematiken är knapphändig.²¹

Det första alternativet att förhålla sig till allmänt bindande kollektivavtal och utanförstående arbetstagare är att så att säga respektera kollektivavtalslagens bestämmelse. Det innebär att man godkänner de utestängande klausulerna och inte för detta sammanhang ger bestämmelserna om allmänt bindande kollektivavtal någon effekt. För denna tolkning kan man tillägga att det i den lagstiftning som kommit efter kollektivavtalslagen eller i anslutande förarbeten aldrig har uttalats en avsikt att påverka de utanförstående arbetstagarnas ställning. Med den synen är det vanskligt att hävda att allmänt bindande kollektivavtal för de utanförstående kan kompensera rättsförluster som uppkommer genom de utestängande klausulerna. Om man argumenterar utgående från lagstiftarens avsikt försvagas argumentet av att det knappast har varit fråga om medvetna överväganden i lagstiftningsprocessen. Lagstiftarens avsikt blir då sannolikt en benämning för ett argumentationsmönster, inte ett historiskt faktum.

Paanetojas och *Ruponen* presenterar ett tyngre argument för att hålla de allmänt bindande kollektivavtalen borta från konstellationen. I kollektivavtal har man i praktiken påverkat personkretsen också genom andra egenskaper än medlemskap. Författarna hänvisar till praktiska exempel där avtalsparterna dragit in arbetstagares arbetsförmåga som tillämpningskriterium och konstaterar att be-

²⁰ På motsvarande sätt skall ett kollektivavtal för den privata sektorn inte ges allmänt bindande effekt inom den offentliga sektorn, HD 1982 II 96.

²¹ Paanetoja – Ruponen, 44–48, konstaterar denna brist på rättsmaterial för denna fråga.

gränsningen kan vila på kompetensbestämmelsen i KollavtL 4 § 3 mom. Denna avgränsning återspeglas i tillämpningen av allmänt bindande kollektivavtal. Paanetoja och Ruponen frågar retoriskt varför en sådan begränsning kan få allmänt bindande effekt, men inte en bestämmelse om utanförstående anställda.²²

Författarna noterar att inskränkningen i avtalets tillämpningsområde beträffande person (KollavtL 4 § 3 mom.) saknar betydelse för en vild arbetsgivare vars skyldighet att tillämpa ett kollektivavtal beror enbart på bestämmelsen om allmänt bindande kollektivavtal (ArbavtL 2:7). Till normeringen av allmänt bindande kollektivavtal hör att denna arbetsgivare skall tillämpa avtalet jämlikt på arbetstagarna oberoende av deras eventuella organisering.

Vi återgår till exemplet att en arbetsgivare på grund av kollektivavtalslagen är bunden av ett kollektivavtal med en utestängande klausul. Avtalet uppfyller inte partskriterierna i ArbavtL 2:7.3. Kollektivavtalet är allmänt bindande. En textmässig tillämpning av bestämmelsen leder till att det allmänt bindande kollektivavtalet skall fungera som miniminorm. I ArbavtL 2:7 särskiljer man inte mellan bundna och obundna arbetsgivare (utom i 2:7.3). Då bestämmelsen om allmänt bindande kollektivavtal skapar rättigheter för anställda görs det inte någon skillnad mellan dem utgående från deras organisering. Därmed skulle de utanförstående ha rätt till anställningsvillkor minst enligt det allmänt bindande kollektivavtalets nivå.

Frågan om konsekvenserna av tolkningsalternativen kan också vara en välgående faktor. Låt oss anta att de utanförstående arbetstagarna inte ges minimirättigheter från det allmänt bindande kollektivavtalet. Det innebär att de går miste om rättigheter de hade haft om de arbetat hos en annan, nämligen en vild arbetsgivare – oberoende av om de själva varit organiserade eller inte. Detta ter sig paradoxalt.²³ I min bedömning är argumenten i det senare tolkningsalternativet tyngre.

På ett mer konstaterande än normativt plan noterar jag att alternativen pendlar mellan olika normeringsmodeller. Traditionellt har man i den så kallade nordiska modellen betonat kollektiva styrningsmönster. I den kontinentaleuropeiska modellen har normeringsmönstret i högre grad byggt på normering av individens rättigheter. I och med särskilt EU:s arbetsrätt har en starkare betoning av individens rättigheter småningom fått fler nedslag också i Norden. Tolkningen i ovanstående fråga kommer att positionera sig i någondera tendensen.

I fallet Tehy påverkas de utanförståendes ställning också av ett annat kollektivavtal än Tehyprotokollet utan att man behöver ty sig till bestämmelser om allmänt bindande. De utanförstående anställda faller nämligen under AKTA redan på grund av de allmänna formuleringarna om personkretsen för detta avtal.

²² Paanetoja – Ruponen, 48.

²³ Paanetoja – Ruponen, 48.

KA har också meddelat att AKTA tillämpas på de anställda som ställts utanför Tehyprotokollet.

4 Likabehandling och utanförstående arbetstagare

4.1 Föreningsfrihet – grundlagen och mänskliga rättigheter

De utanförstående anställda kan vara vilda eller medlemmar av en facklig organisation som inte har anknytningar till i fråga varande kollektivavtal. Utan en klausul om utestängande skulle dessa nu utanförstående medlemmar ha rätt till anställningsvillkor enligt kollektivavtalet. (KollavtL 4 § 2–3 mom.)

Exempel från andra länder i Europa visar att möjligheten till utanförstående anställda inte är någon så att säga nödvändig byggsten i ett kollektivavtalssystem. Det finns länder där exkluderande kollektivavtal är förbjudna i lag, såsom Frankrike och Italien. Sådana klausuler är förbjudna också i Tyskland på grund av den federala arbetsdomstolens tolkning av grundlagens skydd för negativ föreningsfrihet. Tolkninglinjen har hållit även om den är omstridd.²⁴

Grundlagen. De krav på friheter och lika behandling som sammanfattas i begreppet föreningsfrihet kan få en avgörande betydelse för de utanförstående arbetstagarna. Den moderna finska lagstiftningen om jämställdhet, likabehandling och skydd mot diskriminering har i hög grad byggts ut som svar på krav i EG lagstiftning och i internationella konventioner som binder Finland.²⁵ Centrala bestämmelser finns i grundlagen, jämställdhetslagen, arbetsavtalslagen och likabehandlingslagen samt strafflagen. Mötes- och föreningsfriheten skyddas i grundlagen (13 § 2 mom.). Skyddet gäller både den positiva rätten att grunda, ansluta sig till och verka i en förening och också den så kallade negativa rätten att välja att inte höra till en förening. Bestämmelsen gäller uttryckligen också den fackliga föreningsfriheten. Ambitionen har varit att normera föreningsfriheten inom arbetsmarknaden i samklang med de människorättsdokument som förpliktar Finland. I reformen av de grundläggande fri- och rättigheterna (1955 och grundlagen 2000) behandlades KollavtL och de utanförstående arbetstagarna inte. Varken grundlagsutskottet eller rättspraxis förefaller att bjuda på ställningstaganden som skulle precisera hur långt den fackliga föreningsrätten utsträcks.

²⁴ Marco Biagi, Report on six national case studies in the field of freedom of association. (<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actrav/learn/global/freedom2.htm> hämtad 9.5.2008), Italien, se stycke 19, Frankrike 69, Code du travail L 412-2 och L 122-45, Tyskland 94.

²⁵ Om denna påverkan, se Karoliina Ahtela – Niklas Bruun – Pirkko K. Koskinen – Anja Nummijärvi – Jorma Saloheimo, *Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus* (Helsinki: Talentum 2006), 21–23, 61–63.

Grundlagsmaterialet ger trots sin knapphet underlag för ett understrykande av facklig föreningsfrihet i rättsliga konfliktsituationer.²⁶

Mänskliga rättigheter. En av ambitionerna med reformen av de finska grundläggande rättigheterna var att de skall uppfylla de krav som ställs genom internationella mänskliga rättigheter (Grundlagen 22 §). Särskilt viktig i detta sammanhang är den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).²⁷ I mindre utsträckning ser jag på praxis från Europeiska människorättskommittén som också fungerar som klagoinstans gällande Europeiska sociala stadgan.²⁸

I *Europakonventionen* skyddas *positiv föreningsrätt* (artikel 11) och uttryckligen även den fackliga föreningsfriheten. Europadomstolen (den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna) bedömer att bestämmelsen skyddar också *aspekter av den negativa föreningsrätten*. Det framgick redan 1981 i fallet *Young* m.fl. Det blev däremot öppet om den negativa föreningsfriheten ges skydd i samma omfattning som den positiva.²⁹

Closed shop. Ett sammanhang där implikationerna av föreningsfriheten enligt Europakonventionen prövats är *closed shop* avtal. Europadomstolen har tagit avstånd från kollektivavtalsbestämmelser om att enbart medlemmar i den fackförening som är kollektivavtalspart kan få anställning eller vara anställda. Förbudet är emellertid inte helt kategoriskt.

I de två fallen *Rasmussen* samt *Sörensen* ansågs *closed shop* mekanismen hårt träffa själva kärnan i de kärandes föreningsfrihet, uttryckligen den negativa. Både Rasmussen och Sörensen hade blivit utestängda från arbetet på grund av att de inte tillhörde den fackförening som förutsattes i *closed shop* klausulen.

Sörensen blev meddelad att en förutsättning för att få anställning var att han anslöt sig till facket SID, som var medlem av danska LO. Av hans första lönebesked framgick det att arbetsgivaren innehållit medlemsavgiften till SID trots att Sörensen aldrig anhöllit om medlemskap. Sörensen hade vid tiden för anställningen anhöllit om medlemskap i den Fria fackföreningscentralen. Efter lönebeskedet meddelade han arbetsgivaren skriftlig att han inte ville betala avgift till SID. Följande dag hävdades hans anställningsavtal

²⁶ För en orientering om facklig föreningsfrihet i ett grundlagsperspektiv och en översikt av föreningsfrihet i folkrättsliga dokument, se *Kaarlo Tuori*, »Yhdistymisvapaus», i Pekka Hallberg (red.) *Perusoikeudet* (Helsinki: Werner Söderström lakitieto OY 1999), 433–459. En sökning på riksdagshandlingarna tyder på att materialläget gällande det konstitutionella skyddet för föreningsfrihet fortfarande är knappt.

²⁷ Konventionen inkorporerades i finsk lagstiftning genom förordningen 1990:439

²⁸ Stadganden inkorporerades i den finska lagstiftningen 1991 (fördragsserien 1991: 43–44).

²⁹ Fallet *Young, James och Webster* v. Förenade kungadömet 13 augusti 1981 (benämns även *British Rail*). Fallet gäller *closed shop* avtal och det analyseras ingående av *Olavi Sulkunen*, *Kansainvälistet ammattiyhdistysoikeudet* (Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys 2000), bl.a. 452–458.

med motiveringen han inte uppfyllde de förutsättningar som stipulerades i *closed shop* avtalet.

Rasmussen hade tidigare varit medlem i SID men skrivit ut sig eftersom han inte ville understöda förbundets politiska kopplingar. Han hade blivit medlem i den kristliga fackcentralen. Den arbetslöse Rasmussen skrev åter in sig i SID för att få anställning i ett företag som lydde under en *closed shop* klausul.

Både Rasmussen och Sörensen var av samhällseliga orsaker avogt inställda till medlemskap i SID (LO). Som svarande påpekade danska staten att det fanns en form av »icke politiskt» medlemskap i SID. Domstolen fann att medlemsavgiften var densamma och att det var oklart om den kanaliseras så att pengarna användes på ett sätt som stämde överens med denna särskilda medlemskategori.

Efter en avvägning med bedömning av kränkningens väsentlighet och proportionalitetsaspekt ansåg Europadomstolen att de rättfärdigande synpunkterna var otillräckliga. Danska staten hade åberopat tradition på arbetsmarknaden, ringa ekonomisk skada för de kärande, möjligheter till arbete på annat håll o.s.v.³⁰ På grund av den danska arbetsmarknadens struktur och relativt höga organiseringsgrad ansåg domstolen att *closed shop* avtalen inte hade någon legitim roll för arbetsmarknadens uppbyggnad.

Också i fallen Rasmussen och Sörensen valde domstolen att inte explicit uttala sig om omfattningen av det skydd negativ föreningsfrihet ges. Domstolen konstaterade *expressis verbis* att den inte uteslöt att den negativa föreningsfriheten får samma skydd som den positiva. Domstolen slog fast att också skyddet för tankefrihet (artikel 9-10) hör till syftena med föreningsfriheten. Detta skydd kan effektivt tryggas enbart genom både den positiva och negativa föreningsfriheten. På basis av fallen Young, *Sigurjonsson*³¹ och särskilt efter Sörensen samt Rasmussen är det lätt att hålla med *Pellonpää* då han anser att man måste »anse att *closed shop* -systemet i allmänhet är oförenligt med artikel 11».³²

Europeiska kommissionen för sociala rättigheter har före Rasmussen och Sörensen (2003) i ännu mer kategoriska ordalag underkänt *closed shop* klausuler. Kommissionen konstaterar att rätten att ansluta sig till och att verka i en förening förutsätter en alternativ position. Alternativet är att inte grunda en för-

³⁰ Europadomstolen *Sörensen v. Danmark* och *Rasmussen v. Danmark*, 11.1.2006 Domstolen sammanfattar avvägningen: »Taking all the circumstances of the case into account and balancing the competing interests at issue, the Court finds that the respondent State has failed to protect the applicants' negative right to trade union freedom.» För en närmare analys av fallet, se Sulkunen, 452-459.

³¹ Det förutsattes att Sigurdsson hörde till en förening för taxiförare för att han skulle få lov att köra taxi och det ansågs vara en kränkning av hans negativa föreningsfrihet. Europadomstolen 30.6.1993.

³² *Matti Pellonpää*, Europeiska människorättskonventionen (Helsinki: Talentum 2007) 547-548, citatet 548.

ening eller att välja att stå utanför en förening. Om någon utsätts för press i form av *closed shop* avtal kränks denna persons rätt till föreningsfrihet.³³

Gransknings- och mätningsarvoden. I den svenska byggnadsindustrin har representanter för byggfacket haft rätt att granska att lönerna kalkylerats rätt. Granskningsrätten byggde på bestämmelser i kollektivavtal och granskningen gällde löner både för medlemmar och icke medlemmar. För granskningen uppbar facket 1,5 procent av *varje* anställds lön oavsett medlemskap.

Europadomstolen ansåg att arrangemanget innebar en kränkning av *egendomsskyddet* för de arbetstagare som inte var anslutna till byggfacket. Enligt domstolen hade dessa arbetstagares gransknings- och mätningsarvoden inte något legitimt syfte. Beträffande gransknings- och mätningsarvoden för dessa arbetstagare som inte var medlemmar av byggfacket påtalade domstolen bristande transparens. Bristerna gällde både nyttan av granskningarna och användningen av de insamlade avgifterna. Domstolen valde att motivera domen med utgångspunkt i Europakonventionens bestämmelse om skydd för egendom.³⁴ Ser man enbart till rättsmaterialet för denna artikel kan man beklaga att domstolen inte följde upp de kändes argument om kränkning av föreningsrätten.

Fallen i Europadomstolen och de utanförstående arbetstagarna. I mätningsfallen var det fråga om att ett arvodesystem för granskning och mätning av arbete kom att omfatta också de byggnadsarbetare som inte var organiserade i byggfacket. Dessa byggnadsarbetare hamnade att betala arvoden beräknade på löner som de nominellt redan hade förtjänat och betalningen skedde oberoende av deras vilja och till en organisation de inte tillhörde. Domstolen ansåg att motprestationen, alltså kontrollsystemet med korrigering av löner inte var tillräckligt legitimt och inte var tillräckligt transparent.

I *closed shop* fallen åter kunde den som inte var medlem i den kollektivavtalsbärande organisationen (som ingått avtal om *closed shop*) inte få anställning. Om en anställd inte var medlem i en sådan kollektivavtalsbärande organisation blev han eller hon uppsagd. I vardera fallet kunde tillämpningen av *closed shop* bestämmelsen medföra svårigheter för den drabbades utkomst. Även om de ekonomiska effekterna inte var så dramatiska i fallen Sörensen och Rasmussen ansågs tillämpningen av kollektivavtalsbaserad *closed shop* slå hårt mot föreningsfrihetens kärna. Utgångspunkten är numera att *closed shop* enligt Europa-

³³ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Svenskt näringsliv v. Sverige. 14.5.2003.

³⁴ Europadomstolen Evaldsson m.fl. v. Sverige 13.5.2007, se även Europeiska kommittén för sociala rättigheter i målet Svenskt näringsliv v. Sverige. 14.5.2003. Kommittén uttalade sig principiellt för att varje avgift som inte är relaterad till och inte är proportionell i förhållande till de tjänster facket erbjuder är en kränkning av den positiva föreningsrätten. I brist på uppgifter för en konkret bedömning biföll kommittén inte talan. Två ledamöter av kommittén (Konrad Grillberger och Matti Mikkola) argumenterade mot kommitténs allmänna slutsats och hänvisade till behovet av balans mellan arbetsmarknadens parter och behovet av återhållsamhet i statsintervention.

domstolen endast i undantagsfall kan vara tillåtet. På denna front har skyddet för den negativa föreningsfriheten stärkts.

Både Sörensen och Rasmussen ville inte av ideologiska orsaker vara medlemmar i SID. Samtidigt var medlemskap i föreningen en förutsättning för anställning i fråga varande arbetsgivarorganisationer. Det framgår av domen, men detta sakförhållande tas inte upp i domskälen.

Ifallet Tehy är det inte fråga om att föreningsmedlemskap som förutsättning för anställning (closed shop). Inte heller är det fråga om att de utanförstående skulle påföras något arvode för en tjänst de inte bett om av facket.

På grund av Tehyprotokollet är det däremot fråga om att de utanförstående får delvis andra, kanske sämre, löne- och andra anställningsvillkor än de »innanförstående» anställda med medlemskap i Tehy. Om löneskillnaderna hålls relativt små kan man säga att den negativa särbehandlingen är mindre drastisk än i closed shop fallen. Åtminstone om skillnaderna blir stora kan de ses som en påtryckning för anslutning, om man följer tankebanorna hos Europadomstolens och Europeiska sociala kommittén.

Frågan är om de utanförstående arbetstagarna blivit utsatta för en behandling som tillräckligt väsentligt underminerar den negativa föreningsfriheten. Tillräckligt väsentligt syftar på att en kränkning av den negativa föreningsrätten vore aktuell. Klausulerna om utanförstående arbetstagare kan legitimeras med entydig kollektivavtalslagstiftning och tradition på arbetsmarknaden där fackföreningarna agerar i första hand för medlemmarnas bästa. Frågan är hur långt denna legitimering bär i konfrontation med likabehandlingsaspekt. För att komma närmare in på den problematiken granskar jag likabehandlingslagen i det följande avsnittet och återkommer med en övergripande granskning i avsnitt 5.

4.2 Likabehandling och utanförstående anställda

I arbetsavtalslagen ingår ett diskrimineringsförbud (2:2) som omformades i samband med att likabehandlingslagen (LikabehandlingsL 2004:21) stiftades.³⁵ Arbetsgivaren får inte utan *grundand anledning* särbehandla arbetstagaren på grund av (...) »fackföreningsverksamhet» (...) »eller någon annan därmed jämförbar omständighet». Arbetsgivaren skall även i övrigt behandla arbetstagarna opartiskt. Det är möjligt för arbetsgivaren att avvika från förbudet mot negativ särbehandling, men det förutsätter att arbetsgivaren har godtagbara skäl.

I förbudet mot diskriminering i arbetsavtalslagen (ArbavtL 2:2.1 i ändrad lydelse 2004:23) görs en uttrycklig koppling till likabehandlingslagen, dess de-

³⁵ För en presentation av likabehandlingslagens tillkomst och lagens huvuddrag, se *Olavi Sulkunen* Yhdenvertaisuuslaki pätkinänkuoressa, i Työoikeudellisen yhdistyksen vuosikirja 2003-2004 (Toim. Pekka Orasmaa – Tarja Kröger) och, under temat Vern mot diskriminering i arbetslivet, *Anders von Koskull*, Finland. En etyd i tre satser, Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1, Hefte 2 (2005), 93–106.

initioner och regler om bevisning. Likabehandlingslagen är avsedd att genomföra EG:s två diskrimineringsdirektiv från år 2000.³⁶ Problematiken med de utanförstående anställda uppmärksammades inte då likabehandlingslagen kom till.³⁷

Kännetecken på diskriminering. Definitionen på diskriminering består av tre kännetecken³⁸ och givetvis är tolkningen av kännetecknen inte oproblematiske.³⁹ I praktiken hör också bevisfrågorna till de särskilt stora utmaningarna.

Det första kännetecknet är missgynnande, eller *negativ särbehandling*. Om Tehy avtalet tillämpas enligt parternas avsikt utesluts de som inte är Tehy-medlemmar från avtalets tillämpningsområde. Om dessa utanförstående får sämre lön eller andra anställningsvillkor, och om skillnaden i lön inte kompenseras på något sätt, ser resultatet preliminärt ut som missgynnande. Jag har förstått att de utanförstående arbetstagarna avtalsmässigt åtminstone på kort sikt i lön förlorar ganska litet mot Tehy medlemmarna.

Frågan är om det finns någon tröskel, ett slags minimum för att ett beteende enligt legaldefinitionerna på diskriminering skall räknas som missgynnande. Likabehandlingslagen och dess förarbeten uttrycker inte någon sådan gräns och i lagen används uttryck som diskriminering och särbehandling. I jämställdhetsfallet om lika lön *Danfoss* ansåg EU domstolen att det var fråga om negativ särbehandling *prima facie* då männens genomsnittslöner hos *Danfoss* var 6,85 % högre än genomsnittslönerna för kvinnorna.⁴⁰ För tröskelproblematiken berättar fallet enbart att denna skillnad var tillräcklig för ett antagande om diskriminering. Däremot finns det inte något budskap om en eventuell lägsta gräns. Fallet *Royal Copenhagen* kan läsas så att varje skillnad i lönesättningen mellan kvinnor och män i lika eller likvärdigt arbete konstituerar ett antagande om diskriminering.⁴¹

Då det gäller Europadomstolens behandling av mänskliga rättigheter är de uttalade bedömningsgrunderna på grund av normmaterialet litet annorlunda, åtminstone då det gäller frågor om utsikter till anställning med lön. Men utveck-

³⁶ Direktivet för inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet 2000/78/EG (Ramdirektivet mot diskriminering) och Direktivet om genomförande av principen om likabehandling av personer oavsett ras eller etniskt ursprung 2000/43/EG (Direktivet mot etnisk diskriminering). För en analys av diskrimineringsrätten och dess utveckling i Europeiska unionen, se *Mark Bell*, *Anti-Discrimination Law and the European Union* (Oxford: Oxford University Press 2002)

³⁷ Kritik i andra sakfrågor framfördes i riksdagen, se grundlagsutskottets utlåtande 10/2003 rd. samt arbetslivs- och jämställdhetsutskottet betänkande 7/2003 rd. Den finländska lagstiftaren försenade sig då det gällde att implementera direktiven.

³⁸ *Jonas Malmberg*, *Bevisning i diskrimineringstvister* (Juridisk tidskrift 2001-02), 804–806.

³⁹ Även de bakomliggande tankemönstren och värderingarna är problematiska, se *Sandra Fredman*, *Discrimination Law*, (Oxford: Oxford University Press 2002) bl.a. 1–26.

⁴⁰ EGD 109/88 *Danfoss*. I fallet *Danfoss* var det också fråga om bristande transparens i lönesättningen. Nummijärvi, 291.

⁴¹ EGD C-400/93 *Royal-Copenhagen A/S*.

lingen har där gått i riktning mot en snävare marginal av undantag från föreningsfriheten. Europadomstolen och människorättskommittén opererar med väsentlighetsargument i den övergripande avvägningen mellan påstådda kränkningar av rättigheter som skyddas i Europakonventionen och omständigheter som kan legitimera särbehandling. I fallen om *closed shop* ser domstolen strängt på ingrepp i föreningsfriheten. I fallen *Rasmussen* och *Sörensen* (avsnitt 4.1) blev det irrelevant att de utestängda arbetstagarna sannolikt hade kunnat kompensera sin ekonomiska förlust med annat arbete. Bedömningen skedde också i termer av principiella aspekter. Domstolen talar om slag mot kärnan i rättigheter och detta vägs in i en bedömning som är snar att tala om kränkningens väsentlighet och att avvikelser inte uppfyller krav på proportionalitet (*closed shop*). Man kan hävda att helhetsbedömningen leder till att en viss tröskel finns men att kränkningen beroende på det enskilda fallet ganska lätt stiger över tröskeln. I fallet *Tehy* förefaller eventuella löneskillnader enligt AKTA och Tehyprotokollet att till en början bli små (se avsnitt 1). Hurudana de är längre fram är oklart eftersom löneutvecklingen i Tehyprotokollet till en del blir beroende av rationaliseringar.

Vid bedömning av skillnader i lön är det väsentligt att betrakta skillnaderna inte enbart så att säga statistiskt, utan även se på den sammanlagda effekten av dessa skillnader över tid. Man kan beakta vilka effekter skillnader i ackordslönesättning, timlön, daglön eller månadslön ger under en längre tid. Man kan också beakta löneskillnadens betydelse för t.ex. semesterpennig och pensionsbelopp.

Varken EG lagstiftningen eller den nationella lagstiftningen bjuder på någon typ av ett beskrivet tröskelvärde för missgynnande. Ett indicium på en låg tröskel för missgynnande finner man i ingresserna till ramdirektivet mot diskriminering i arbetslivet (punkt 23) och direktivet mot etnisk diskriminering (punkt 18). I ingresspunkterna beskrivs möjligheten att legitimera negativ särbehandling med uttrycket »Under mycket begränsade omständigheter kan en sådan särbehandling vara berättigad». Jämställdhetsfall om lika lön från Europadomstolen talar i den riktningen att olika behandling är lagstridigt, om den inte kan legitimeras. För en sträng syn på missgynnande talar också resonemanget ovan om bedömning av löneskillnader. Praxis om föreningsfrihet från Europadomstolen och den Europeiska kommittén för mänskliga rättigheter talar för att också principiella synpunkter på föreningsfrihet vägs in i t.ex. *Tehy*fallet och inte enbart frågor om lika lön. – En annan sak är att denna linje för en låg tröskel eller ingen tröskel kan uppfattas vara opraktisk.

Det *andra kännetecknet* för diskriminering är att det finns en *diskrimineringsgrund*. Enligt *Tehy* protokollet är *Tehy*-medlemskap inkluderande medan andra positioner exkluderar (vilda arbetstagare och medlemmar i annat fack). De vilda arbetstagarna och medlemmarna i annat fack än *Tehy* är vardera särbehandlade på grund av orsak som sammanhänger med fackföreningsaktivitet.

Det är fråga om diskrimineringsgrund. Möjligheten att särskilja mellan dessa två grupper och kraven på likabehandling återkommer jag till i det sista avsnittet.

Det tredje kriteriet är att det existerar ett *orsakssamband* mellan den negativa särbehandlingen och diskrimineringsgrunden. På avtalsnivå kan detta samband vara uppenbart eller sannolikt. Det blir ett direkt samband mellan att vara icke-medlem i Tehy och att inte få lön enligt avtalet. Förutsatt att lönen därigenom blir (tillräckligt mycket) sämre uppfylls det tredje kriteriet.

Som en sammanfattning kan man konstatera att det kan uppstå en situation som motsvarar diskriminering *prima facie*. Det är en fråga om hur allvarligt ett eventuellt missgynnande är och hur sambandet med Tehy-medlemskap bedöms i en övergripande avvägning.

Godtagbara motiv för särbehandling. Bevisbördan enligt likabehandlingslagen är *mutatis mutandis* upplagd på motsvarande sätt som i jämställdhetslagstiftningen. Den som anser sig eller misstänker sig ha blivit utsatt för diskriminering och vill driva ärendet har att sannolikhöra diskrimineringen. Det anses vara fråga om diskriminering om inte arbetsgivaren lyckas etablerade någondera av följande bevisfaktum. Det har inte förekommit något missgynnande, eller särbehandlingen beror på någon annan och godtagbar omständighet än diskrimineringsgrunden.

Arbetsgivaren kan kanske visa att arbetstagaren på grund av tillägg eller någon annan orsak får en lön i nivå med Tehyprotokollet – eller kanske mer. Det finns inte förbud (nuförtiden) för de kommunala arbetsgivarna att betala högre lön än vad tillämpliga kollektivavtal förutsätter.

Arbetsgivaren kan eventuellt visa att ett gap i lönesättningen beror på att den anställde inte har meriterat sig för vissa tillägg. Om arbetsgivaren skall visa att löneskillnader inte beror på en diskrimineringsgrund hamnar denne att förklara eventuellt existerande skillnader på ett konsekvent och trovärdig sätt.

5 En diskuterande retur till frågeställningarna med konklusioner

Kollektivavtalslagstiftningen. Enligt det mönster som i praktiken är det normala på den finska arbetsmarknaden tillämpas kollektivavtal även på sådana anställda som inte tillhör arbetstagersidans partsorganisation i enlighet med KollavtL 4 § 2 mom. Bestämmelsen är emellertid dispositiv. Avtalets parter har en normeringskompetens att från avtalets tillämpningskrets utesluta sådana anställda som inte hör till den fackliga kollektivavtalsbärande organisationen (1 § och 4 § 3 mom.). Motsvarande bestämmelse ingick i kollektivavtalslagen 1924. Då lagar som rör diskriminering har stiftats efter tillkomsten av kollektivavtalslagen 1946 har bestämmelsen om uteslutande inte aktualiserats. Det har före Tehyprotokollet längs med åren förekommit enstaka kollektivavtal med utestängande klausu-

ler. Tehyprotokollet har gjort ställningen för de utanförstående arbetstagarna (KollavtL 4 § 3 mom.) till ett massmedialt diskussionsobjekt.

En utgångspunkt blir här att *utestängande kollektivavtalsklausuler* i enlighet med kollektivavtalslagen 4 § 3 mom. *inte som sådana kan betecknas som olagliga*. Bestämmelsen är tydlig och väl etablerad. Bara den omständigheten att avtalet är utestängande konstituerar inte diskriminering. Diskriminering förutsätter att de tre kännetecknen uppfylls och det är inte självfallet att det första kriteriet, missgynnande, uppfylls på grund av en utestängande klausul.

Allmänt bindande kollektivavtal. I förlängningen på detta ställningstagande uppkommer spørsmålet om arbetsgivare kan bli tvungna att tillämpa *allmänt bindande kollektivavtal* på sina utanförstående arbetstagare. Jag pekade på två tolkningsalternativ gällande en arbetsgivares skyldighet att använda allmänt bindande kollektivavtal på sina utanförstående arbetstagare och anser att pro argumenten är starkare. Det allmänt bindande avtalet kan vara just det avtal från vilket de anställda blivit utestängda eller eventuellt ett annat tillämpligt allmänt bindande kollektivavtal. Då ett allmänt bindande kollektivavtal tillämpas på en arbetsgivares anställda kan man, enligt min mening, inte särskilja mellan olika kategorier av anställda enligt fackföreningsmedlemskap. I den mån kriterierna för arbetsgivarens valmöjlighet enligt ArbavtL 2:7.3 är uppfyllda får arbetsgivaren en valmöjlighet som avsevärt minskar den praktiska betydelsen av allmänt bindande kollektivavtal i denna situation.

Likabehandlingslagens konsekvenser för utanförstående anställda. Diskrimineringsbegreppet vilar på kriterierna missgynnande, diskrimineringsgrund och orsakssamband. Av Tehyprotokollet kan man sluta sig till att protokollet *kan* leda till missgynnande av de utanförstående anställda. Jag kommer inte att försöka göra en jämförelse av de enskilda villkoren i Tehyprotokollet och villkoren i AKTA. De utanförstående har hamnat utanför kollektivavtalet på grund av en bestämmelse i avtalet i kombination med att de inte är organiserade i den kollektivavtalsbärande organisationen.

Jag har i avsnitt 4.2 diskuterat *innebörden av missgynnande/diskriminering*. Jag gick kort igenom EU och nationell lagstiftning, EU domstolens ställningstaganden i fall om lika lön, Europadomstolens linje i frågor om föreningsfrihet och *closed shop*. Det har lett mig till att förorda en tröskelfri syn på vad som är missgynnande eller en bedömning att tröskeln är mycket låg.

Diskrimineringsgrunden för de utanförstående är en frågeställning som erbjuder minst två olika argumentationsmönster och de leder till olika svar. Här har flera gånger konstaterats att de utanförstående anställda kan vara vilda eller medlemmar i ett annat fack än det kollektivavtalsbärande facket. Uttryckt enligt exempelfallet förenas de utanförstående av att de inte är medlemmar i Tehy. För diskussionens skull utgår vi från att de utanförstående missgynnas på grund av kollektivavtalet. Skall de utanförstående i ett likabehandlingssammanhang behandlas på samma grunder eller skall man särskilja mellan de två grupperna?

Det första argumentationsmönstret är att en kollektivavtalsideologi dominerar bedömningen. Det andra mönstret är att en relativt strikt likabehandlingsideologi där kollektivavtalshänsyn inte väger lika tungt.

A. Kollektivavtal, likabehandling och utanförstående. Kollektivavtalssystemet bärs upp av kollektivavtalsparterna, av arbetsmarknadsorganisationerna på olika nivåer. Systemet bygger på en relativ autonomi för normering av villkor i arbetslivet. Fackföreningarna har i tiden fått kämpa för att erkännas som avtalsparter. Då en fackförening (fackförbund) når ett avtal med en arbetsgivarpart tillämpas de på alla relevanta anställda (KollavtL 4 § 2 mom.) om parterna inte använt sig av en utestängande klausul. Även om den utestängande klausulen inte särskiljer mellan de två kategorierna av utanförstående ser man olika på dessa grupper.

De utanförstående vilda arbetstagarna har en skyddad rätt att inte organisera sig och skall inte missgynnas för att de utnyttjar den. De borde inte heller utsättas för påtryckning att organisera sig. Utestängning från förmåner kan i en del situationer uppfattas som påtryckning att organisera sig. Argumenten för detta kan härledas ur rättskällor som jag refererat ovan: grundlagen, likabehandlingslagen och europeiska människorättskonventionen.

De vilda har ingen organisation som för deras talan. För facket som kollektivavtalspart är det möjligt att se de vilda arbetstagarna som ett mindre problem för kollektivavtalet och kollektivavtalssystemet. De vilda är inte en rival i samma mening som ett annat fack kan vara.

De utanförstående som tillhör ett annat fack än den relevanta kollektivavtalsparten (annat fack än Tehy) är organiserade så att säga i fel fack. Ur kollektivavtalsvinkel har de så att säga inte gjort sig förtjänta av förmåner av dessa organisatoriska skäl. Positiv och negativ föreningsfrihet kan här anses flyta in i varandra. Dessa arbetstagare har utnyttjat sin föreningsfrihet att ansluta sig till ett annat fack, men samtidigt har de valt att ställa sig utanför det kollektivavtalsbärande facket.

Kollektivavtalstraditionen är att det är parterna som inom lagens ramar bygger ut systemet och normerar de enskilda kollektivavtalen. Avtalen bygger givetvis på den gemensamma partsviljan. Parterna utformar avtalets tillämpningsområde i sak och, som vi sett, beträffande person. En strikt likabehandlingssyn kan väsentligt reducera eller omintetgöra denna kompetens. Arbetstagaren står utanför den kollektivavtalsbärande organisationen men får plocka förmåner ur avtalet.

Den utanförstående som är medlem i ett annat fack än, i vårt exempel Tehy, har träffat sitt val och kan oftast förutse sitt utanförskap. Som fackföreningsmedlem är denna person sannolikt starkare än enskilda vilda. Det fack som inte är part i det relevanta avtalet kan vara en rival till kollektivavtalsparten. Genom att ge den organiserade utanförstående samma rättigheter som de vilda utanförstående befrämjar åtminstone i princip rivaliserande organisationer, vilket ingen i det långa loppet är betjänt av.

B. Likabehandling, kollektivavtal och utanförstående. Med det andra argumentationsmönstret som starkare betonar likabehandling och i mindre utsträckning kollektivavtalstraditioner faller bitarna på plats på ett annat sätt. De anställda som står utanför det kollektivavtalsbärande facket har utnyttjat sin negativa föreningsrätt att inte tillhöra någon fackförening eller sin positiva och negativa rätt att tillhöra ett annat fack.

Om en *vild anställd* missgynnas för att han eller hon inte är ansluten till partsorganisationen (Tehy) sker det en negativ särbehandling på grund av orsak som sammanhänger med fackföreningsmedlemskap. Särbehandlingen kan framstå som en kränkning av den anställdas negativa föreningsfrihet. Den negativa föreningsfriheten skyddas i grundlagen, men dess exaktare innebörd är något oklar. Europadomstolens ställningstaganden till *closed shop* avtal är inte helt entydiga. Jag läser domarna så att i de konkreta situationerna ansågs *closed shop* förkastliga oberoende av eventuellt medlemskap i ett annat fack än facket som ingått *closed shop*. *Closed shop* innebär en allvarigare konsekvens för arbetsökande eller anställda än en utestängande klausul. Utestängandet innebär inte att anställningsförhållandet upphör och den utanförstående har rätt till lön. Om det finns väsentliga skillnader i anställningsvillkor kan också det, beroende på omständigheterna, ses som så att avsikten är att förmå den utomstående att ansluta sig till det kollektivavtalsbärande facket.

De vilda arbetstagarna har en skyddad rätt att inte organisera sig och enligt principen i likabehandlingslagen skall de inte missgynnas för det. De borde inte heller utsättas för påtryckning att organisera sig.

De som är *organiserade i en annan förening än Tehy* kan som utanförstående bli missgynnade på grund av fackföreningsmedlemskap i »fel» förening. Det förstår jag som en diskrimineringsgrund enligt likabehandlingslagen. Man kan också åberopa grundlagen trots att dess skydd av den negativa föreningsfriheten är något oklar. Europadomstolens linje har varit att ge den negativa föreningsfriheten ett allt starka skydd. Jag tillmäter det betydelse även om man måste tillstå att *closed shop* avtalen handlar om värre konsekvenser för en anställd än utanförskapet.

C. Är det skäl att förhålla sig olika till de två grupperna av utanförstående. Enligt arbetsavtalslagen får arbetsgivaren inte utan godtagbart skäl särbehandla en arbetstagarare t.ex. på grund av fackföreningsverksamhet. Det är klart att detta omfattar vilda arbetstagarare. Enligt min bedömning innebär missgynnande av personer som är medlemmar i annat fack än den kollektivavtalsbärande också att diskrimineringsgrunden är uppfylld. Grupperna har en gemensam position att inte vara organiserade i den relevanta kollektivavtalsparten. Utestängningen framstår som en kränkning av positiv föreningsfrihet (medlemmar i annat fack), men också som negativ i den bemärkelsen att arbetstagararna håller sig utanför ett visst fack.

Varför skulle vilda skyddas men inte organiserade i »fel» organisation? Man kan säga att den som valt en annan organisation är den kollektivavtalsbärande

medvetet valt en risk. Varför är denna risk annorlunda än den som den vilda tar? Så som de utestängande klausulerna i allmänhet formuleras – i den mån de alls förekommer – torde man inte skilja mellan de två grupperna.

Då man talar om risker kan de under särskilda omständigheter vara svåra att förutse. Det finns ovissa moment i hur avtalsrundorna utfaller. I fallet Tehy hade SuPer och Tehy tills hösten 2007 lytt under samma avtalsram. Hösten 2007 ledde till att en sådan SuPer medlem som lika bra kunde vara medlem i Tehy hamnade i en annan avtalskonstruktion än sina Tehykolleger.

Både valet att vara vild eller organiserad i ett annat fack kan ha ideologiska orsaker. Om man här betonar positiv och negativ föreningsfrihet kan de förstärkas också av skydd för åsiktsfrihet.

Jag uppfattar valet mellan de två argumentationsmönstren som intrikat. Det har flera orsaker. Frågeställningen handlar om att i konkreta situationer sammanjämka kollektivavtalsrätten med diskrimineringsrätten. Lagstiftningen är inte skraddarsydd för detta behov. Dessutom saknar likabehandlingslagen bestämmelser som vore skrivna särskilt för lönefrågor i motsats till jämställdhetslagen.

Man kan enligt min bedömning inte välja någondera modellen utan att det blir en brytning med väsentliga värden bakom respektive lagstiftningsområde. Likabehandlingsmodellen tar fasta på att de båda kategorierna av utanförstående är lika just för att de står utanför en viss facklig organisation. Det kan underbyggas med en viss läsning av positiv och negativ föreningsfrihet. I denna argumentation betonas individernas likställighet i förhållande till kollektivavtalet.

Den kollektivavtalsrättsliga argumentationsmodellen bygger på en lång tradition där man respekterar kollektivavtalsparternas normeringskompetens. Utgående från den modellen ser likabehandlingsmodellen ovan ut att ge de utanförstående förmåner ur kollektivavtalet trots att de inte bidragit till partens verksamhet. Man kan också tänka sig att likabehandlingsmodellen kan inverka splittrande på arbetsmarknaden.

Med en viss tvekan tar jag ställning för det jag ovan kallar likabehandlingsmodellen.

Tehyprotokollet och frågan om laglighet. Hittills har jag undersökt regelverket kring utanförstående anställda och sett på deras position. I avsnitt 4 gick jag kort igenom diskrimineringsförutsättningarna och den så kallade bevisbördan. Framställningen handlade om enskilda fall där frågan om missgynnande ställs utgående från de konkreta förhållandena. Diskussionen om de utanförstående har specificerat den frågeställningen.

I debatten om Tehyprotokollet har det sagts att likabehandlingslagen och anslutande bestämmelser om diskriminering medför att de utestängande klausulerna är olagliga. Det är den frågan som tacklas i det följande.

Diskrimineringslagstiftningens individualistiska drag. Grovt taget består likabehandlingslagen av förpliktelser av kollektiv natur och förpliktelser med

individualistiska drag. Kollektiva drag har bestämmelserna om främjande och kollektiva drag kan man också se i övervakningsmekanismerna. Myndigheter skall till exempel främja likabehandling (Likabehandlingslagen 4 §). Skyldigheten gäller på ett allmänt plan och det är inte fråga om direkta skydds rättigheter för varje enskild person inom bestämmelsens personkrets.

De utpräglade diskrimineringsförbuden åter förpliktar arbetsgivare att inte med diskrimineringsgrund missgynna enskilda anställda. Detta syns i formuleringarna av diskrimineringsförbuden: »Ingen får diskrimineras ...» (6 §), »Ingen får missgynnas ...» (8 §). Bestämmelserna om bevisning och bevispresumtioner (17 §) är uppbyggda kring enskilda fall. I ett enskilt fall prövas det om den som anser sig diskriminerad kan sannolikgöra diskriminering.⁴² I dessa fall har arbetsgivaren tillfälle att legitimera sitt beteende. Trots lättnaderna och bevispresumtioner kan det i många fall vara svårt för enskild att komma underfund med om han eller hon är diskriminerad eller inte. Denna fråga har nära samband med integritetsskydd och de övervakande myndigheternas aktiviteter.

Enligt likabehandlingslagen har arbetsgivaren inte någon skyldighet att på arbetstagarens begäran ge information om en konkret likabehandlingsfråga. I jämställdhetslagen finns en sådan rätt och dessutom särskilda bestämmelser om information gällande lön (10 §).

Kompetenstillägget och partiellt upphävande av bestämmelse i kollektivavtal. Arbetsdomstolen har avgjort ett jämställdhetsfall (AD 1998:34) som delvis är beslätat med frågeställningen om upphävande av utestängande klausuler.⁴³ I ett kommunalt kollektivavtal ingick en lönebestämmelse om ett kompetenstillägg. Kvalifikationerna för tillägget byggde på kontinuitet i arbetet så att frånvaro från arbetet som överskrid 30 dagar inte räknades in i kvalifikations tiden. Det ledde till att kvinnor som använde sin rätt till moderskapsledighet för den tiden kunde så att säga förtjäna kompetenstillägg. Detsamma gällde för föräldraledighet och det var regelmässigt kvinnor som utnyttjade denna rätt. Det förefaller som om arbetsdomstolen använde män som referensgrupp. Det hade varit möjligt att dessutom jämföra med de kvinnor som inte eller i en viss period inte utnyttjade dessa ledigheter.

KA ansåg att arbetsdomstolen inte hade kompetens att avgöra målet, men arbetsdomstolen var av motsatt uppfattning. Rättslig grund för det fanns i kompetensbestämmelsen för arbetsdomstolen (L om arbetsdomstolen 1 §). Domstolen byggde sina motiveringar på bestämmelser om diskrimineringsförbud i enskilda fall i jämställdhetslagen och på ett stort antal domar från EG-domstolen. Aktuella var jämställdhetsdirektiv som förpliktar medlemsstaterna att införa be-

⁴² *Anja Nummijärvi*, Palkkasyrjintä (Helsinki: Edita 2004), diskuterar normering av individuell och strukturell lönediskriminering, 127–128, och granskar individuella och kollektiva element i jämställdhetslagstiftningens normering av rättsskydd, 357–389.

⁴³ En ingående analys gör *Jorma Saloheimo*, Kollektiivisopimusten syrjivyydestä – kunta-alan kokemuslisan arviointia. Defensor Legis 1989, 380–387.

stämmelser genom vilka kollektiv- och andra avtal kan förklaras ogiltiga eller jämkas till den del avtalen innebar könsdiskriminering. Jämställdhetslagen innehöll inte och innehåller fortfarande inte någon allmän bestämmelse om upphävande av kollektivavtal.

Domslutet blev att bestämmelsen om kompetenstillägg förklarades ogiltig till den del den ledde till att tid för moderskaps- och föräldraledighet inte räknades som tid vilken berättigar till kompetenstillägg.⁴⁴

Likabehandlingslagen och upphävande av utestängande klausuler. För en diskussion om förutsättningarna att eventuellt upphäva Tehyprotokollets bestämmelse om inskränkning av kollektivavtalets personkrets utgår jag från följande exempelsituation. För det första antar jag att missgynnandet är klart och att den negativa särbehandlingen förefaller att regelmässigt leda till missgynnande. Dessutom utgår jag från att diskrimineringsgrunden fackföreningsmedlemskap avser hela kategorin utanförstående, det vill säga både de vilda arbetstagarna och de som är organiserade i ett annat fack. I fallet Tehy finns det ett uppenbart orsakssamband mellan missgynnande och utanförstående, alltså fackföreningsverksamhet. Med dessa antaganden förefaller det som om den utestängande bestämmelsen som sådan är av diskriminerande karaktär.⁴⁵

En första fråga är om arbetsdomstolen är behörig att pröva bestämmelsens giltighet. I fråga om likabehandlingslagen är svaret ännu mer uppenbart än i fallet med kompetenstillägget. I motsats till jämställdhetslagen innehåller likabehandlingslagen en bestämmelse om att domstol kan »ändra eller bortse från avtal som strider mot» diskrimineringsförbuden i 6 §. I 6 § uppräknas diskrimineringsgrunderna och de anses vara identiska med diskrimineringsgrunderna i ArbavtL 2:2 mom. där fackföreningsrörelse nämns uttryckligen. Bestämmelsen går tillbaka på diskrimineringsdirektiven, nämligen Ramdirektivet mot diskriminering i arbetslivet 16 artikel och direktiv mot etnisk diskriminering artikel 14. Enligt artiklarna skall medlemsstaterna säkerställa att bestämmelser som strider mot principen om lika behandling och som finns i avtal eller kollektivavtal förklaras eller kan förklaras ogiltiga eller ändras.

⁴⁴ En ledamot ansåg att bestämmelsen inte ledde till diskriminering, eftersom den var ett uttryck för betydelsen av faktiskt förvärvad kompetens. Två ledamöter kom till samma slutsats som majoriteten, men med andra motiveringar.

⁴⁵ Saloheimo, 609, har pekat på distinktionen diskriminerande förfarande och diskriminerande norm.