

Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock.

Av professor ANN NUMHAUSER-HENNING

1. Den moderna arbetsrättens grundvalar finner vi i det sena artonhundratalet. En tidigare samhällsordnings regleringsformer ersattes då av det s.k. fria tjänsteavtalet, där arbetsgivare och arbetstagare fritt kunde avtala om anställningsvillkoren. Fria marknadskrafter och självreglering var utgångspunkterna för den växande industrialismen. Men, det handlade knappast om avtal mellan jämbördiga avtalsparter. Arbetarrörelsen och fackföreningarna blev arbetstagarsidans sätt att stärka sin förhandlingsposition, snart besvarade genom en organisation även på arbetsgivarsidan.

Anställningsavtalet var emellertid speciellt även på så sätt, att det handlade om en ömsesidigt förpliktande avtalsrelation avsedd att sträcka sig över en längre tid för vilka villkoren svärigen kunde bestämmas i detalj och en gång för alla redan vid anställningens ingående. Alltså måste det finnas möjlighet att fortlöpande ändra anställningsvillkoren. Omreglering av anställningsvillkoren efter uppsägning var inte någon smidig lösning trots en — inledningsvis — i princip fri uppsägningsrätt. Lösningen blev istället att fortlöpande — genom arbetsledning — precisera förpliktelseernas innehåll för arbetstagarparten. Detta är en viktig del av bakgrunden till arbetsgivarens traditionella rätt att bestämma över verksamheten och att leda och fördela arbetet — de s.k. arbetsgivarprerogativen.

Förekomsten av kollektiva parter och ett i princip oreglerat område där arbetsgivaren hade beslutanderätten, kan i sin tur sägas utgöra själva grunden för det spel som därefter har utvecklats mellan arbetsmarknadens parter å ena sidan, och lagstiftaren å den andra, och som efter drygt hundra år lett fram till den för dagen gällande ordningen.

2. ”Den svenska modellen” har kännetecknats av en stor autonomi för arbetsmarknadens parter. I själva verket var det det samarbete som tidigt utvecklades mellan LO och SAF som lade grunden för den svenska arbetsrätten sådan vi känner den idag. Kärnan i den kollektiva arbetsrätten — med den positiva föreningsrätten, arbetsmarknadsförhandlingar och kollektivavtal — utvecklades utan lagstiftarens hjälp i samverkan mellan arbetsmarknadens parter, alltså genom genuin självreglering. Lagstiftaren följde senare efter och ”kodifierade” den praktik parterna redan hade utvecklat. Den tidiga arbetsrätten kan sägas vara exempel på detta, så som 1928 års lag om kollektivavtal och

1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt. Det finns också exempel på hur tilltänkta initiativ från lagstiftarens sida "stoppats" genom samverkan mellan arbetsmarknadens parter — t.ex. det s.k. Saltjöbadsavtalet 1938 som "onödiggjorde" lagreglering av bl.a. samhällsfarliga konflikter.¹

Det var först på sjuttioalet som den svenske lagstiftaren på allvar intervenerade på arbetsmarknaden genom en mera omfattande arbetsrättslig lagstiftning. Även denna lagstiftning, som huvudsakligen hade karaktären av skyddslagstiftning för arbetstagersidan, kännetecknas emellertid av den stora rörelsefrihet lagstiftaren tilldelat arbetsmarknadens parter. Lagstiftningen är i väsentliga delar s.k. semi-dispositiv, dvs. parterna kan disponera över den genom kollektivavtal. Detta gäller också mycket centrala delar av regleringen. När det gäller anställningsskyddslagen är det egentligen bara 7 § med dess krav på saklig grund som är helt tvingande. De viktiga reglerna om turordning och företrädesrätt, liksom om när och hur man får använda tidsbegränsade anställningar är semidispositiva.²

Andra för anställningsrelationen centrala villkor — så som lönen och arbetsskyldighetens omfattning — bygger i svensk rätt alltså helt och hållet på självreglering i betydelsen en i princip fri avtalsrätt på en fri (men alltså på visst sätt "institutionaliserad", jfr nästa stycke) marknad. Så har vi — till skillnad från många andra länder — ingen minimilönelagstiftning.

Det förtroende lagstiftaren på detta sätt visar arbetsmarknadens parter bygger naturligtvis på den historiskt betingade organisationsstrukturen i Sverige sådan den faktiskt ser ut. Svensk fackföreningsrörelse har vid en internationell jämförelse unikt höga organisationstal. I genomsnitt brukar man tala om 80-85 procent, samtidigt som organisationsgraden naturligtvis varierar mellan olika branscher. Inom den offentliga sektorn räknar man med en organisationsgrad på över 90 procent.³ Arbetsgivarsidan är också väl organiserad inom ramarna för framförallt SAF och — även — Kooperationens arbetsgivarförbund. En omfattande offentlig sektor — närmare 40 procent av sysselsättningen — med starka centrala arbetsgivarföreträdare och som i sin helhet täcks av kollektivavtal bidrar till den "organiserade" bilden.

Det handlar emellertid inte bara om organisations- och kollektivavtalstäckningsgrad. Väsentligt när det gäller den svenska organisationsstrukturen är också den relativa monopolisering som kännetecknar arbetsmarknadsrelationerna. Konkurrerande fackföreningar förekommer knappast. De stora organisationerna LO, TCO och SACO

¹ Till denna tidiga utveckling, se vidare exempelvis Adlercreutz, *Kollektivavtalet*, Lund 1954.

² Se 2 § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS), tidigare lagen (1974:12) om anställningsskydd.

³ Se vidare exempelvis Kjellberg, Sweden: Restoring the Model?, i *Changing Industrial Relations in Europe* (red. Ferner och Hyman), Blackwell Publishers, Oxford 1998.

och deras respektive förbund har med tiden kommit att dela upp arbetsmarknaden mellan sig på ett sätt som reflekteras i arbetsgivaransidans organisering och kollektivavtalsstrukturen. Dessa strukturella drag hos den svenska arbetsmarknaden förstärktes ytterligare genom den lagstiftning som infördes på sjuttio-talet. Typiskt för denna är nämligen att den ger ytterligare privilegier till de etablerade arbetsmarknadsparterna — de som redan har en etablerad kollektivavtalsrelation. I sammanhanget kan särskilt nämnas lagen om facklig förtroendeman och de privilegier när det gäller facklig verksamhet — ofta på betald arbetstid — som där ges, liksom rätten till bl.a. information och primära förhandlingar i medbestämmandelagen.

Man måste väl också säga, att den svenska lagstiftarens erfarenhet av den svenska modellen, med dess jämförelsevis stora mått av autonomi/självreglering, i ett litet längre perspektiv varit goda. Svenska *industrial relations* — med dess välutvecklade samarbetsklimat — anses allmänt ha bidragit till arbetsmarknadens lyckosamma utveckling.⁴ Det har många fördelar för lagstiftaren att överlåta reglering av arbetslivets villkor till arbetsmarknadens parter. Självreglering i kollektivavtalets form är kopplad till egna implementerings- och kontrollmekanismer med en räckvidd och "närvaro" på den enskilda arbetsplatsen som lagstiftaren bara kan drömma om. Villkor som formulerats i de egna leden har också en legitimitet som många gånger överträffar lagstiftningens.⁵ Detta — och möjligheten att anpassa regleringen efter specifika branschvillkor — är naturligtvis också en bidragande orsak till att lagstiftaren, även i de fall man valt att intervernera genom arbetsrättslig lagstiftning, ofta medger avvikelser i kollektivavtalets form.

3. Under senare år har frågan om förändrade förutsättningar i arbetsmarknadens funktionssätt och dessas betydelse för den traditionella arbetsrätten kommit att stå i fokus. Jag tänker på den flexibilisering av arbetslivets villkor som sammanhänger med teknikutveckling och en alltmer globaliserad konkurrens. Krav på största möjliga allokativa flexibilitet när det gäller de resurser som används i en verksamhet har inneburit ett förändringstryck på såväl organisationsformer som regelsystem. Inom arbetsrätten har man talat om ett paradigmskifte. Den mest laddade delen av debatten har gällt relationen mellan anställningstryggheten och s.k. atypiska arbetsformer. Den traditionella tillsvidareanställningen på heltid "hotas" av mindre trygga arbetsformer så som deltidsarbete i alltmer varierade former, tids-

⁴ Se vidare exempelvis Elvander, *Den svenska modellen*, Allmänna förlaget, Stockholm 1988, ävensom van den Berg, Furåker och Johansson, *Labour Market Regimes and Patterns of Flexibility*, Arkiv förlag, Lund 1997.

⁵ Jfr resonemangen nedan om subsidiaritetsprincipen och reglering genom arbetsmarknadens parter på EU-nivån.

begränsade anställningar och "externaliserad" arbetskraft via bl.a. bemanningsföretag och fria företagare.⁶

Arbetslivets flexibilisering kan diskuteras i många dimensioner. När det gäller anställningstrygghet och de atypiska arbetsavtalen är kvalitativ kontra kvantitativ flexibilitet de relevanta begreppen.⁷ En annan variant är emellertid materiell flexibilitet kontra processuell flexibilitet. Med materiell flexibilitet avses då graden av variation i de materiella lösningar som anvisas i regelsystemet. Med processuell flexibilitet avses istället regleringsformer som i sig utgör mekanismer för flexibel anpassning, t.ex. genom att föreskriva förhandlingslösningar etc. Processuell flexibilitet anses ofta överlägsen materiella regleringar i lagstiftningens form. Ett exempel är den semidispositiva teknik den svenska lagstiftaren ofta använder. Som redan påpekats har ju självreglering en inneboende "legitimitet" som framstår som särskilt väsentlig i den känsliga rättsomvandlingsprocess det här är frågan om. Arbetslivets flexibilisering skulle alltså typiskt sett tala för ökad självreglering av arbetslivets villkor.

Förändrade förutsättningar för arbetsmarknadens funktionssätt har emellertid samtidigt inneburit en "stress" för den svenska modellen, och partslösningar har under senare tid inte varit så lyckosamma som lagstiftaren ofta hoppats på. Många av de förändringar i arbetsrätten vi sett under senare år har handlat om implementering av EG-rättens regler och har knappast vållat några motsättningar. Men andra initiativ har snarare haft sin bakgrund i antagna behov i kölvattnet på de förändrade förutsättningarna för arbetsmarknad och näringsliv. Efter några olika mer eller mindre parts- och partipolitiskt färgade "turer" kring anställningsskyddslagen i början av nittiotalet,⁸ tillsattes en partssammansatt arbetsrättskommission 1995 för att ta ställning till nödvändiga förändringar. Kommissionen avslutade sitt arbete något år senare utan att enighet kunnat uppnås, och inte heller senare ansträngningar under medlare ledde till resultat.

Regeringens svar blev — bl.a. — att lagstiftningsvägen genomföra en begränsad reform av anställningsskyddslagen, som "vacklar" mellan avreglering och förstärkning av anställningsskyddet.⁹ Å ena sidan infördes en generell rätt för arbetsgivare att under upp till ett år (ibland längre) utan särskild motivering knyta arbetstagare till sig utan anställningsskydd i form av s.k. överenskommen visstidsanställ-

⁶ Se vidare exempelvis Numhauser-Henning, Arbetslivets flexibilisering, i *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, Iustus förlag, Uppsala 1993, ävensom Numhauser-Henning, Om den framtida arbetsrättens förutsättningar, i *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, ärg. 3, nr 2, sommaren 1997.

⁷ Se vidare Numhauser-Henning o.a.a.

⁸ Se vidare exempelvis Nyström, Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad, i *Normativa perspektiv, Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

⁹ Prop. 1996/97:16, En arbetsrätt för ökad tillväxt. Se vidare exempelvis Numhauser-Henning, Om den framtida arbetsrättens förutsättningar, i *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, ärg. 3, nr. 2, sommaren 1997.

ning. Å andra sidan infördes regeln att tre års vikariat automatiskt skulle leda till tillsvidareanställning. Ett viktigt drag i reformen var emellertid också den reform av själva semidispositiviteten i anställningsskyddslagen den innebar. Tidigare krävdes i princip kollektivavtal på central nivå (förbunds nivå) för att avtala bort lagens regler. Nu gäller att det i princip räcker med ett lokalt kollektivavtal för att frångå till exempel lagens regler om turordning vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist, förutsatt att avtalsparterna "normalt" har en kollektivavtalsrelation.¹⁰

Svenska arbetsmarknadsrelationer har också — i huvudsak inom befintliga organisationsramar — sedan 1980-talet blivit alltmer decentraliserade. De avtalsförhandlingar mellan huvudorganisationerna på överordnad nivå som länge var regel har ersatts av förbundsvisa förhandlingar. Sedan 1990 finns på arbetsgivarsidan ca 55 organisationer och på arbetstagersidan ca 65 organisationer som förhandlade parter på central nivå.¹¹

Problem med den semidispositiva tekniken har ibland visat sig när lagstiftaren velat återta initiativet. Ett just nu aktuellt exempel är frågan om åldern för avgångsskyldighet med pension. Trots regelns i princip absolut tvingande karaktär har denna fråga ansetts vara avtalsbar. Den breda pensionsuppgörelsen 1990 om ett nytt pensionssystem kan sägas ha byggt på förutsättningen att parterna avtalsvägen skulle höja avgångsåldern till 67 år. Så har emellertid inte skett och nu har lagstiftaren tröttnat på att vänta. Aviserade förslag har emellertid kritiserats för att kränka grundläggande fackliga rättigheter.¹² Andra exempel är de förbud mot diskriminerande lönesättning som nu införs (se vidare nedan) och dessas relation till den traditionella lönebildningsprocessen. Från lönebildningens område kan även nämnas de regler om medling som nyligen infördes.¹³ Tidigare försök att förmå parterna att enas om nya spelregler för lönebildningen hade då misslyckats. De nya reglerna om medling medger emellertid att parterna avtalar sig bort från dem genom kollektivavtal liknande det s.k. Industriavtalet. — Just Industriavtalet mellan delar av SAF och åtta fackförbund från LO, TCO och SACO är kanske det bästa — men inte enda — exemplet på att framsynta samarbetsavtal i "den svenska modellens anda" alltså kan ingås på svensk arbetsmarknad. I själva verket tycks den hotande medlingslagstiftningen ha drivit fram en se-

¹⁰ 2 § 3 st. LAS.

¹¹ Se Nyström, o.a.a. s. 204.

¹² Se vidare exempelvis Numhauser-Henning, Rätt att gå vid 67?, i *Normativa perspektiv, Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000. Jfr. också problemen i samband med en förlängning av den lagstiftade maximitiden för provanställning och denna regels relation till ingångna avtal — prop. 1993/94:67, SFS 1993:1496 och senare Case No 1760 (Sweden), juni 1994 (GB.260/5/4) inför ILOs granskningsorgan.

¹³ Prop. 1999/2000:32, Lönebildning för full sysselsättning, 1999/2000:AU5, Lönebildning och arbetsrätt, ävensom SFS 2000:163.

rie av samarbetsavtal med syftet att förhindra att respektive avtalsområde dras in under det nya Medlingsinstitutet!¹⁴

Å andra sidan kan några "omvända" exempel förtjäna att nämnas i sammanhanget. Breda överenskommelser kring kompetensutveckling och om arbetstidsförkortning (där gällde det dock enbart arbetstagarparterna) har fallit på bristande politisk samarbetsvilja. Det bör emellertid framhållas, att uppgörelserna i bägge fallen byggde på omfattande ekonomiska åtaganden och kompletterande lagstiftning från riksdag/regering.

Här uppkommer vidare frågan om självreglering i det enskilda anställningsavtalets form. P.g.a. den starka kollektiva regleringen och genom kollektivavtalens höga täckningsgrad har utrymmet för sådan reglering typiskt sett varit ringa på svensk arbetsmarknad. De kollektivavtalade villkorens företrädare framför reglering i enskilda anställningsavtal för medlemmar på arbetsplatser där kollektivavtal gäller, begränsar naturligtvis utrymmet för enskilda lösningar väsentligt.¹⁵ Kollektivavtalslösningar har också en omfattande normerande verkan för de arbetstagare som står utanför fackföreningarna. Detta hindrar emellertid inte att senare tids utveckling mot alltmer varierade (flexibla) — och därmed även individualiserade — lösningar av frågor som exempelvis arbetstid medfört att lösningar i det enskilda anställningsavtalets form kan sägas ha fått en ökad betydelse. Här kan även nämnas utvecklingen sedan 1980-talet mot s.k. individualiserad lönesättning — även om också individuella löner ofta sätts i det lokala kollektivavtalets form!

4. Sveriges medlemskap (först i EES och senare) i EU kan på skilda sätt sägas medföra ett hot mot den svenska modellen — och dess omfattande självreglering — så som den beskrivits ovan. Än så länge kan EU:s ambitioner när det gäller en harmonisering av arbetsrätten mellan medlemsstaterna sägas ha varit ganska begränsade, vilket dock inte hindrar att antalet direktiv m.m. som skall implementeras numera är betydande. Skillnader i arbetsmarknadsstruktur och lagstiftningsteknik mellan flertalet medlemsländer och Sverige reser vissa problem. Enligt den svenska modellen är det många gånger naturligt att implementera direktiv genom kollektivavtal. Enligt EG-domstolens hittillsvarande rättspraxis ter detta sig dock inte utan vidare möjligt.¹⁶ EG-rätten är i och för sig inte främmande för att implementera direktiv via kollektivavtal (se vidare nedan), men detta tillvägagångssätt fritar inte medlemsstaten från dess skyldighet att genom lag eller administrativa föreskrifter säkerställa att alla arbetstagare skyddas av direktivet i full utsträckning. Svenska kollektivavtal binder ju — enligt den

¹⁴ Till detta, se vidare Nyström o.a.a.

¹⁵ Jfr 27 § medbestämmandelagen (1976:580).

¹⁶ Se målen 91/81 Kommissionen mot Italien [1982] ECR 2133, 131/84 Kommissionen mot Italien [1985] ECR 3531 och 143/83 Kommissionen mot Danmark [1985] ECR 427 från EG-domstolens praxis.

rådande "avtalsmodellen" — endast de avtalande parterna och uppfyller alltså inte detta krav i förhållande till oorganiserad arbetskraft, arbetstagare anställda på arbetsställen där kollektivavtal över huvud inte gäller och vid tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd. Regeringen försökte i samband med medlemsförhandlingarna aktivt försäkra sig om att den svenska modellen skulle kunna upprätthållas även fortsättningsvis — bl.a. genom en ensidig förklaring som har fogats till det svenska anslutningsfördraget.¹⁷ Den berörde kommissionären Pádraig Flynn utfärdade också ett yttrande med innebörden att han inte såg några hinder. Det framstår emellertid, dessa politiska förklaringar till trots, som minst sagt oklart hur EG-domstolen skulle ställa sig om Sverige lämnade åt arbetsmarknadens parter att helt utan lagstiftarens inblandning implementera tvingande direktiv kollektivavtalsvägen. Bakgrunden är alltså kravet, att individuella minimirättigheter måste garanteras den enskilde arbetstagaren vid varje given tidpunkt.¹⁸

Hittills har vi i dessa fall valt tekniken med bakomliggande lagstiftning, som visserligen vanligen gjorts semidispositiv men i dessa fall med s.k. EG-spärr.¹⁹

6. Samtidigt måste emellertid framhållas, hur arbetsmarknadens parter ges en alltmer central ställning i gemenskapsrätten.²⁰

På de områden där arbetsrätten har "harmoniserats" genom utfärdandet av direktiv spelar överläggningar mellan arbetsgivare och arbetstagsidans representanter en nyckelroll. I en "europeisk arbetsrätt" har detta ansetts vara ett grundläggande och karakteristiskt drag.²¹ Exempel är direktivet 98/59/EG om kollektiva uppsägningar, företagsöverlåtelsesdirektivet 77/197/EEG (ändrat 98/50) och direktivet 94/45/EG om europeiska företagsråd.

Vidare, de ökande kraven på flexibla arbetsmarknadsstrukturer har föranlett även EU att i större utsträckning anta regler som i sig medger att parterna genom (kollektiv-)avtal kompletterar/fyller ut/modifierar det EG-rättsliga regelsystemet. Här kan arbetstidsdirektivet 93/104/EG nämnas som exempel.

En annan och minst lika viktig utveckling speglas i de bakomliggande fördragsbestämmelserna så som de utvecklats under nittiota-

¹⁷ Denna innefattar att Sverige "ansett sig ha fått garantier för att svensk praxis på arbetsmarknaden, och då särskilt systemet med kollektivavtal om arbetsvillkor, kunde upprätthållas".

¹⁸ Om denna problematik, se vidare exempelvis Nyström, *Kollektivavtalets ställning i EG*, i *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, Iustus förlag, Uppsala 1993 och Nyström, *EU och arbetsrätten*, andra uppl., Norstedts, Stockholm 1999 s. 60 ff.

¹⁹ Se exempelvis 2 § 4 st. LAS. Se emellertid även 3 § arbetstidslagen (1982:673), i vilket fall tekniken emellertid torde vara otillräcklig, då lagens regler i sig inte i alla delar uppfyller det aktuella direktivets krav i förhållande till de arbetsgivare som inte har kollektivavtal.

²⁰ Till denna del av artikeln vill jag särskilt tacka jur. lic. Per Norberg, doktorand vid Juridiska fakulteten i Lund, som generöst låtit mig ta del av opublicerade manuskript om kollektivavtalet som regleringsmodell, för värdefulla uppslag och hänvisningar.

²¹ Bercússon, *European Labour Law*, Butterworths, London 1996.

let. Den s.k. sociala dialogen grundlades visserligen redan genom Enhetsakten 1986, men den har senare utvecklats väsentligt — framförallt genom avtalet och protokollet om socialpolitik i Maastricht 1992 och genom Amsterdamfördraget 1997. Nu hittar vi reglerna i fördragets särskilda avdelning om Socialpolitik m.m., som i huvudsak innebär att avtalet om socialpolitik från 1992 införlivats med själva fördraget. Den sociala dialogen apostroferas redan i artikel 136 EG, men utvecklas vidare i de följande artiklarna. Enligt artikel 137.4 har medlemsstaterna numera uttryckligt fördragsstöd för att — på gemensam begäran — överlåta åt arbetsmarknadens parter att genomföra direktiv på det sociala området. (Även här framhålls emellertid medlemsstatens skyldighet att vidta alla nödvändiga åtgärder för att kontinuerligt säkerställa de resultat som föreskrivs i direktivet.) De mest långtgående reglerna finner vi emellertid i artiklarna 138 och 139 EG. Enligt artikel 138 skall kommissionen således innan den lägger fram socialpolitiska förslag samråda med arbetsmarknadens parter om inriktningen och innehållet. Om arbetsmarknadens parter så önskar kan de meddela kommissionen att de avser att förhandla om en avtalslösning enligt reglerna i artikel 139 — då måste kommissionen avvakta i minst nio månader. Artikel 139 handlar alltså om avtal på gemenskapsnivå. Enligt artikel 139.1 kan den sociala dialogen på gemenskapsnivån leda till bindande avtal, och sådana avtal kan enligt artikel 139.2 genomföras antingen i enlighet med de förfaranden och den praxis som arbetsmarknadens parter och medlemsstaterna särskilt tillämpar, eller, i frågor som faller under gemenskapens kompetens enligt artikel 137, på gemensam begäran av de undertecknande parterna genom beslut av rådet på förslag av kommissionen — dvs. genom antagandet av direktiv. Den sociala dialogen har till dags dato frambringat tre exempel på s.k. framförhandlad lagstiftning, nämligen ramavtalen om föräldraledighet 1995, deltidsarbete 1997 och tidsbegränsade anställningar 1999, vilka sedan omvandlats till direktiv.²²

De berörda fördragsbestämmelserna speglar den kontinentala synen på arbetsmarknadsparternas "fonction réglementaire".²³ Denna syn grundar sig på subsidiaritetsprincipen och föreställningar om arbetsmarknadsparternas demokratiska legitimitet, synsätt och föreställningar som också kommer till uttryck i det institut — allmängiltigförklaring av kollektivavtal — som tillämpas i många europeiska länder.²⁴ Fördragsreglerna i artikel 137.4, 138.4 och 139 reflekterar alltså uppfattningen att arbetsmarknadens parter har inte bara demokratisk legitimitet utan även ett slags företräde (subsidiaritetsprincipen!) vad

²² Se direktiv 96/34/EG om ramavtalet om föräldraledighet, direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete och direktiv 99/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete.

²³ Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, Paris 1998 s. 93 f.

²⁴ Se vidare exempelvis Ahlberg och Bruun, *Kollektivavtal i EU, Om allmängiltiga avtal och social dumping*, Juristförlaget, Stockholm 1996.

gäller reglering på arbetsrättens område. Demokratiaspekten understryks av att partsförhandlingarna i fall med framförhandlad lagstiftning enligt artikel 139.2 ersätter Europaparlamentets roll som demokratisk garant, liksom av det faktum att såväl kommissionen som rådet i dessa fall endast har ett förkasta avtalet eller anta det som direktiv oförändrat och i dess helhet. Subsidiaritetsprincipens betydelse i sammanhanget understryks av parternas företräde framför kommissionen enligt artikel 138.4.

Den kontinentala synen på rollen för arbetsmarknadens parter i lagstiftningsprocessen är således delvis en annan än den svenska modellens. Den svenska modellen bygger framförallt på avtalstänkande i formen fria förhandlingar — maktkamp — på en marknad, men naturligtvis också på överväganden i linje med subsidiaritetsprincipen och föreställningar om en grundläggande legitimitet. Gemenskapsrätten bygger på en särställning för arbetsmarknadens parter när det gäller regleringsfunktionen. Det handlar om ett företräde (baserat på demokratisk legitimitet och subsidiaritetsprincipen) att just reglera — inte i första hand avtalsfrihet. Den reglering som kommer fram skall i princip i denna modell kompletteras med lagstiftning, för att villkoren på så sätt skall utsträckas till att omfatta alla. Det handlar om självreglering *och* vad jag vid seminariet betecknade som "sufflerande" lagstiftning. Ordvalet är inspirerat av sufflösen, som — utan att tillföra något eget — viskar budskapet vidare. Här handlar det om självreglering av arbetslivets villkor i en vidare dimension än de "spelregler" för parterna själva, som i den moderna arbetsrättens tidiga historia kodifierades av den svenska lagstiftaren.

7. En fråga som vi sorgfälligt har undvikit så här långt — även om den har aktualiserats i samband med EG-rätten — är den om rättssäkerhet för individen. Det är ju EG-rättens större fokusering på att säkerställa individens rättigheter i jämförelse med svensk rätt som leder till att (bara) svenska kollektivavtal får anses som ett tivelaktigt sätt att implementera gemenskapsrättens minimibestämmelser. I Sverige har vi av tradition "förträngt" enskildas rättigheter i många sammanhang där de vid närmare granskning kan framstå som nog så centrala. Ett sådant område är i samband med s.k. avtalsturordningar. Detta uppmärksammades av anställningsskyddskommittén, som föreslog att anställningsskyddslagen skulle tillföras en regel om att utanförstående arbetstagare (dvs. sådana som ej var medlemmar i den arbetstagarorganisation som förhandlade med arbetsgivaren om turordningen) hade en principiell rätt till likabehandling, som även kunde prövas rättsligt.²⁵ Problemställningen reflekteras även i regeringens förslag till utformningen av den nyligen införda rätten för arbetsgivaren att undanta två personer från turordningen.²⁶ Enligt förslaget skulle arbets-

²⁵ SOU 1993:32, Ny anställningsskyddslag.

²⁶ Prop. 1999/2000:144 och 200/01:AU4.

givarens utnyttjande av undantagsbestämmelsen kunna prövas av arbetsdomstolen för att säkra upprätthållandet av diskrimineringsskyddet för enskilda arbetstagare. Överprövningsrätten försvann emellertid vid riksdagsbehandlingen.

Ett annat exempel gäller lönen för de arbetstagare som inte är medlemmar i avtalslutande fack. I svensk rättspraxis har problemet framförallt uppmärksammats i relation till medlemmar i minoritetsorganisationer,²⁷ och därmed närmast i anslutning till den positiva föreningsrätten. Numera gör sig frågeställningen allt oftare påmind i samband med det skydd för även den negativa föreningsrätten som följt med Europakonventionen om skyddet för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och dess införlivande med svensk lagstiftning.²⁸

8. Dessa frågeställningar leder in på en annan utvecklingstrend — inte minst i EG-rätten — som kan medföra ytterligare tryck på den svenska modellen och dess utrymme för självreglering. Arbetet med en EU-stadga om grundläggande rättigheter liksom flera nya direktiv om likabehandling i arbetslivet²⁹ är regleringar som med ny kraft reser frågan om rättssäkerheten i ett system som det svenska. Det handlar om individuella rättigheter till likabehandling, som inte disponeras av vare sig arbetsgivare eller arbetsmarknadens parter i samförstånd. Dessa rättigheter kräver typiskt sett tvingande intervenering från lagstiftarens sida, och en juridifiering i formen möjlighet till rättslig överprövning av såväl arbetsgivarbeslut som avtalslösningar.³⁰ De diskrimineringslagar som redan finns i Sverige bygger på sådana lösningar.³¹ De innebär en rätt för individen att inte bli diskriminerad och är utformade efter bevisbördedirektivet.³² Sedan arbetstagar sidan visat på ett s.k. *prima facie* fall av diskriminering går bevisbördan över på arbetsgivaren, som går fri från ansvar bara om han lyckas visa att hans handlande styrdes av skäl som saknade varje samband med den aktuella diskrimineringsgrunden. Lagregelns uppbyggnad visar på det

²⁷ Se exempelvis rättsfallen AD 1982 nr 69 och AD 1991 nr 100.

²⁸ SFS 1994:1219.

²⁹ Direktiv 2000/43/EG om genomförande av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling ävensom direktiv 1997/81/EG om deltidarbete och direktiv 1999/70/EG om visstidsarbete.

³⁰ Jfr emellertid i detta sammanhang även den mycket intressanta form av självreglering genom s.k. *social clauses* som vi har fått se under senare år, aktuell inte minst i gränsöverskridande/globaliserade verksamheter. Se vidare exempelvis Malmberg och Johnsson, *Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora. A Survey*, Arbetslivsrapport 1998:25, Arbetslivsinstitutet, Stockholm 1998.

³¹ Det gäller lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Sedan tidigare finns även jämställdhetslagen (1991:433), numera ändrad för att harmonisera bättre med bl.a. nyss nämnda diskrimineringslagar — SFS 2000:773.

³² Direktiv 97/80/EG om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering.

nära samband som finns mellan diskrimineringsförbud och krav på saklig grund. Allt fler diskrimineringslagar kan sägas driva rättsutvecklingen i riktning mot alltmer generaliserade krav på saklig grund för arbetsgivarens beslutsfattande.³³ En sådan utveckling accentueras ytterligare när man väljer att sammanföra olika diskrimineringsgrunder till ett gemensamt regelverk, såsom i det senaste EG-direktivet 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling. Denna utveckling hotar inte bara arbetsgivarprerogativen utan även arbetsmarknadsparternas autonomi och utrymmet för avtalsförhandlingar. Såväl debatten kring lönediskrimineringsförbudet i den svenska jämställdhetslagen, som svårigheterna att tillämpa detsamma — eller åtminstone att göra det effektivt — utgör ett bra exempel på detta!

9. Å andra sidan, alltmer generaliserade krav på formell likabehandling — i förlängningen alltså liktydigt med krav på "saklig grund" för beslut — kan inte på ett effektivt sätt lösa de faktiska problem (av både ekonomisk, sysselsättningsmässig och annan art) som marginaliseringen av skilda grupper innebär och som i själva verket utgör bakgrunden till befintliga diskrimineringsförbud. Att komma till rätta med dem kräver på ett helt annat sätt att man omprövar bakomliggande normsystem, värderingar och attityder i arbetslivet. Paradoxalt nog kan man därför hoppas på att en sådan utveckling leder till att s.k. *positive duties* eller *fourth generation rights* i stigande grad kommer att fokuseras på aktuella områden.³⁴ Det aktualiserar också självreglering på delvis nya sätt. Man kan nämligen inte vänta sig att tvingande och mer eller mindre detaljerad lagstiftning skall vara ett effektivt sätt — åtminstone inte det effektivaste — att åstadkomma nödvändiga förändringar i rutiner och attityder. Här har istället det som Lars Jonsson vid seminariet i Häringe kallade för incitamentsreglering en särskild roll att spela. Som ett exempel på sådan reglering kan nämnas kravet på jämställdhetsplaner — och nu senast även kartläggning och analys av lönestrukturer — i den svenska jämställdhetslagen.³⁵ Det handlar alltså om lagreglerade krav på en planerad process, utan att innehåll eller resultat närmare preciserats.³⁶ En sådan lagstiftningsteknik driver fram aktivitet samtidigt som den ger utrymme för varierade lösningar utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet. Istället för en lagreglerad lösning baserad på "den minsta gemensamma nämnaren" kan "goda exempel" med denna teknik förhoppningsvis påskynda en mer allmän utveckling i den önskade riktningen!

³³ Se vidare exempelvis Rönmar, Arbetsgivarens arbetsledningsrätt — från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund, i *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (red. Numhauser-Henning), Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

³⁴ Se vidare Fredman, *The Concept of Equality: A General Framework*, opublicerat manus presenterat vid en *workshop* anordnad av Arbetslivsinstitutet i Bryssel 6–7 november 2000.

³⁵ Se 10–13 §§ jämställdhetslagen i dess lydelse från 1 januari 2001.

³⁶ Jfr i detta sammanhang även det som sagts ovan om den centrala roll just partsöverläggningen som sådan ges i gemenskapsrätten!

10. Sammanfattningsvis framträder bilden av utrymmet för självreglering i den framtida arbetsrätten alltså som förhållandevis oskarp. Anställningsrelationens natur och traditionella reglering, förstärkt av kraven i flexibiliseringens kölvatten, talar för ett fortsatt stort utrymme för självreglering i alltmer decentraliserade former. Gemenskapsrätten synes emellertid i en helt annan omfattning än den svenska rätten kräva en kombination av självreglering och kompletterande lagstiftning. Och till sist, garanterade grundrättigheter för individuella arbetstagare liksom skydd mot diskriminering synes kräva en ökad intervention från lagstiftarens sida i form av möjlighet till rättslig överprövning av såväl arbetsgivarbeslut som avtalslösningar. För arbetsrättens del handlar det alltså inte om något val mellan självreglering och lagstiftning utan om ett fortsatt — och t.o.m. accentuerat — både ock!