Om behörig domstol och civilrättsliga sanktioner för stridsåtgärder på arbetsmarknaden

Replik till Jan Kleineman om NJA 2015 s. 899

Av jur.dr Niklas Selberg och lektor Erik Sjödin[1]

Tvisten i NJA 2015 s. 899 är, argumenterade vi i JT 2016–17 s. 906–937, en arbetstvist. Arbetsdomstolen borde rätteligen avgjort saken, som handlade om civilrättsliga sanktioner för stridsåtgärder på arbetsmarknaden. I och med 2015 års fall står det klart att fackföreningar under vissa förutsättningar ansvarar för ren förmögenhetsskada till följd av stridsåtgärder på arbetsmarknaden som kränkt Europakonventionen. Jan Kleineman har kritiserat våra analyser och framfört bl.a. att skadeståndsprincipen contra bonos mores tillämpades i målet. Vi svarar här på dessa invändningar och framhåller möjliga vägar framåt som sammanjämkar vår och Kleinemans respektive uppfattningar.

> ”Det är inte Gud som har skrivit den artikeln. Det är två personer. Bakom Högsta domstolens avgörande står tre justitieråd.”[2]

1 Inledning

Professor Jan Kleineman har inte bara läst vår artikel Stridsåtgärder i Högsta domstolen[3] utan också i uppsatsen Om uppkomsten av allmänna skadeståndsprinciper — exemplet contra bonos mores som en dolusprincip i svensk rätt[4] formulerat ett slagkraftigt svar.[5] När Klei-

[1] Niklas Selberg är jur.dr och Ragnar Söderberg-postdoktor vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet. Erik Sjödin är universitetslektor i civilrätt, särskilt arbetsrätt vid Institutet för social forskning, Stockholms universitet. Författarna tackar Henrik Bellander, Magnus Gullikson, Erik Sinander och Sabina Hellborg för givande diskussioner om arbetsprocessrätt. Sjödins arbete med denna artikel har bedrivits inom ramen för det av Vetenskapsrådet finansierade projektet *An inclusive and sustainable Swedish labour law — the ways ahead.*

[2] På detta sätt kommenterade förutvarande ordföranden i Högsta domstolen tillika ordförande vid förhandlingen i målet NJA 2015 s. 899 Stefan Lindskog vår artikel Stridsåtgärder i Högsta domstolen i JT 2016–17 s. 906 ff. Se Calle von Scheeles intervju med Lindskog i Lag och avtal, nr 9 2017, s. 8 f. Lindskogs kategorisering i gud, personer och justitieråd analyseras av utrymmesskäl inte i den föreliggande artikeln. Jfr emellertid Lindskogs kommentar; ”Men även solen har sina fläckar, och de bör påvisas. […] HD kan [faktiskt] döma fel, nämligen i rättsmetodologiskt hänseende. Alla kan tänka fel, även ett [justitieråd]. Och om för många [justitieråd] tänker fel samtidigt blir också HD:s avgörande fel...” S. Lindskog, Skiljeförfarande. En kommentar (2 uppl.) (2012) s. 22.

[3] N. Selberg & E. Sjödin, Stridsåtgärder i Högsta domstolen, JT 2016–17, s. 906 ff.

[4] J. Kleineman i Festskrift till Stefan Lindskog, s. 381 ff. Hädanefter Kleinemans artikel.

neman sammanfattar vår ståndpunkt i termer av att vi anser att NJA 2015 s. 899 utgjort ett ”otillåtet ingrepp i relation till arbetsmarknadens parter som ska hanteras av Arbetsdomstolen” gläds vi åt att vårt budskap gått fram.

Den föreliggande artikeln är en replik till Kleinemans uppsats som berör vår artikel om NJA 2015 s. 899. Kleineman har kastat nytt ljus över de frågor som prövats i NJA 2015 s. 899 och det är några av dessa insikter som vi vill presentera och diskutera, samtidigt som vi bemöter några av de invändningar som Kleineman fört fram i relation till vår artikel.

Att bryta åsikter och utväxla argument menar vi är ett ypperligt sätt att klargöra inte endast olika ståndpunkter utan också rättsläget som sådant. Tolkningsjuridiska analyser inom ramen för rättsvetenskapen laborerar inte med falsifiering av påståenden, men replikskiften mellan olika forskare är väl så nära som vi kommer detta.[6] Såväl vår ursprungliga kritik av NJA 2015 s. 899 i JT 2016–17 som den föreliggande artikeln är ett led i förverkligandet av den vetenskapligt inriktade rättsdogmatikens uppgift att relatera ett avgörande till övriga rättskällor och påtala inkonsekvenser i rättstillämpningen.[7]

NJA 2015 s. 899 behandlar dels en processrättslig fråga om vilken domstol — allmän domstol eller Arbetsdomstolen — som ska avgöra tvister om ersättning med anledning av stridsåtgärder, dels en materiell fråga om ett enskilt rättssubjekt kan förpliktas att utge ersättning för ren förmögenhetsskada vid överträdelser av Europakonventionen.

Kleineman anser att Högsta domstolen i NJA 2015 s. 899 tillämpat den europeiska skadeståndsprincipen *contra bonos mores* som bl.a. återfinns i tyska BGB, och som innebär att en uppsåtlig handling i strid med goda seder kan medföra skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada.[8]

Det finns anledning att här sammanfattningsvis redogöra för vår ståndpunkt. Vi menar att tvisten i NJA 2015 s. 899 är en arbetstvist i

[5] Att Kleineman läst och besvarat oss är glädjande i ljuset av att det förefaller som om det inom samhällsvetenskapen skrivs mycket som inte anses relevant av andra än författarna och att allt mindre citeras. M. Alvesson, Y. Gabriel & R. Paulsen, Return to meaning: a social science with something to say. (2017.) Rättsvetenskapen, som har avnämare också i det praktiska rättslivet, är kanske inte särskilt drabbat. Jfr B. Lehrberg, Rättsvetenskap i praktikens tjänst, SvJT 1991 s. 753 f.

[6] Jfr L. Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning — Generaliseringar, logik och argumentation (2018) s. 31 ff. Se vidare, utan jämförelse i övrigt, exempelvis de klassiska replikskiftena om avtalstolkning mellan Karlgren, Ussing, Vahlén och Schmidt m.fl. Jfr bl.a. SvJT 1959 s. 497, SvJT 1960 s. 321, SvJT 1960 s. 420, SvJT 1961 s. 212, SvJT 1961 s. 296.

[7] Jfr J. Kleineman, Rättsdogmatisk metod, i M. Nääv & M. Zamboni, Juridisk metodlära (2 uppl.) (2018) s. 35 ff.

[8] J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart (1987) s. 269, s. 271, s. 398 ff. Se vidare T. Wilhelmsson, Free Movement of Legal Sources: The Use of Foreign Sources in Private Law in Europe, i K. Purnhagen & P. Rott (red.), Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz (2014). Jfr även M. Schultz, Skadestånd contra bonos mores?, JT 2008–09 s. 465–485.

enlighet med definitionen i arbetstvistlagen,[9] och att detta medför att Arbetsdomstolen är den domstol som ska avgöra tvisten.[10] Vi opponerar oss inte mot att fackförbund i situationer som denna skulle kunna bli skadeståndsskyldiga, men kritiserar hur detta motiverades i NJA 2015 s. 899. Vi menar vidare att det är olyckligt att Arbetsdomstolens rättsbildning inte fått verka i denna för arbetsmarknaden avgörande fråga, och vi framhåller avslutningsvis ett antal olika argumentationer och rättsliga analyser som Arbetsdomstolen kunnat anföra för att införa en ansvarsgrund för ren förmögenhetsskada i den här aktuella situationen.

För att denna artikel ska bli självständigt begriplig ges inledningsvis en rekapitulation av den bakomliggande tvisten, vår artikel och Kleinemans kommentarer till den (avsnitt 2). Därefter följer ett avsnitt som beskriver vilket samhälleligt fenomen eller konflikt som ligger bakom den processuella frågeställningen om vilken domstol som är behörig (avsnitt 3). Vi fördjupar därefter våra argument om vilken domstol som ska anses vara behörig i det aktuella fallet (avsnitt 4). Vår analys i den materiella frågan om ersättning för ren förmögenhetsskada i relation till stridsåtgärder på arbetsmarknaden följer därefter (avsnitt 5). I avslutningen (avsnitt 6) sammanfattar vi och knyter ihop artikelns olika delar.

2 Rekapitulation: Stridsåtgärder i Högsta domstolen

Bakgrunden till tvisten i NJA 2015 s. 899 var att ett byggföretag utsatts för stridsåtgärder av fackförbundet Byggnads och strax därefter gått i konkurs. Företagets ägare förvärvade en fordran på skadestånd från konkursboet och väckte talan i allmän domstol mot Byggnads med ett yrkande om skadestånd. Käranden menade att stridsåtgärderna stred mot Europakonventionen, eftersom det kollektivavtal som Byggnads ville ingå innehöll bestämmelser om granskningsarvoden. Högsta domstolen var inte enig när den besvarade följande mellandomstema:[11]

[9] Det kan självfallet finnas situationer där personer som är arbetsgivare och arbetstagare i relation till varandra tvistar i allmän domstol, nämligen när de tvistar i andra egenskaper än just arbetsgivare och arbetstagare. Vidare; allmänna domstolar är behöriga att pröva brottmål om gärningar begångna i samband med stridsåtgärder på arbetsmarknaden. Jfr R. Eklund, Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser (2 uppl.) (2005) s. 52, s. 64 med vidare referenser.

[10] Jfr 10 kap. 19 § rättegångsbalken, 34 kap. 1 § rättegångsbalken och 1 kap. 1 § arbetstvistlagen med arbetstvistdefinitionen, den särskilda forumregeln i 2 kap. 4 § 4 p. och 2 kap. 7 § arbetstvistlagen om skyldigheten att i vissa fall överlämna mål.

[11] Lambertz har diskuterat frågan om dissens i HD och i detta sammanhang framhållit försiktighet, nämligen; ”att vissa domare inte har något att emot att ta ut svängarna och vara drivande i rättsutvecklingen medan andra förespråkar mer återhållsamhet i det avseendet”. Se G. Lambertz, Varför är man skiljaktig i Högsta domstolen?, Festskrift till Stefan Lindskog (2018) s. 416. Här kan även framhållas hur Kleineman i sin avhandling diskuterat att HD:s önskan att undvika att hamna i hetluften i diskussionen om rättsstridighetens metafysiska element och Uppsalaskolan kan ha legat bakom utformningen av HD:s domskäl i NJA 1935 s. 300. J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987) s. 216, not 41.

Är Svenska Byggnadsarbetareförbundet, om förbundets stridsåtgärder skulle vara oförenliga med artikel 11 i Europakonventionen respektive artikel 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen, i och för sig skyldigt att betala ersättning till [Ägaren] för de skador som [Bolaget] kan ha orsakats till följd av stridsåtgärderna?

Domstolens majoritet besvarade mellandomstemat (p. 41 och 42) enligt följande:

2 kap. 14 § regeringsformen utgör inte något generellt hinder mot att stridsåtgärder som konstaterats strida mot Europakonventionen utlöser skadeståndsansvar. Kränkning av Europakonventionen innebär inte i och för sig en skyldighet för enskild — i det här fallet Byggnads — att utge ersättning för skada som kränkningen orsakat. Byggnads kan inte heller jämställas med staten, och ansvar följer inte av att Europakonventionen är svensk lag.

Högsta domstolen besvarade även hovrättens mellandomstema (p. 43). Det faktum att skadestånd inte omedelbart följer av kränkningar av Europakonventionen utesluter inte ersättning för ren förmögenhetsskada enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Högsta domstolen uttalade således i NJA 2015 s. 899 att ersättning för ren förmögenhetsskada kan utgå vid *kvalificerat otillbörligt* handlande. Domstolens minoritet menade att 2 kap. 14 § regeringsformen innebar att det i denna situation, utöver det ansvar som föreligger enligt lag och avtal, inte var möjligt att ålägga enskilda rättssubjekt skadeståndsansvar enligt allmänna principer.

Vår artikel, och Kleinemans bidrag, kretsar kring om den ovanstående frågan ska avgöras av allmän domstol eller av Arbetsdomstolen. Denna sak hade före mellandomen prövats särskilt i processen — och i denna hade tingsrätten och hovrätten funnit att allmän domstol var behörig, och Högsta domstolen nekade prövningstillstånd i denna del.[12] NJA 2015 s. 899 innehåller emellertid ett uttalande om denna fråga, och på den här punkten var domstolen enig:

Det finns inledningsvis anledning att framhålla att [Ägaren] har påstått att Byggnads har ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar på grund av att [Bolagets] rättigheter enligt Europakonventionen har blivit kränkta. Huruvida ett sådant ansvar föreligger ankommer på allmän domstol att prova, fastän frågor rörande stridsåtgärder på arbetsmarknaden i princip faller under Arbetsdomstolens behörighet. Däremot omfattas frågan, vilken betydelse det enligt de arbetsrättsliga reglerna kan ha att en enskilds rättighetsskydd enligt Europakonventionen har kränkts av en stridsåtgärd, av Arbetsdomstolens behörighet.

Vi har i vår första artikel kommenterat både frågan om behörig domstol och frågan om ren förmögenhetsskada ska ersättas för den hän-

[12] Se vår artikel s. 919 ff.

delse stridsåtgärderna innefattar en kränkning av konventionsskyddade rättigheter — och Kleineman har således därefter gett oss svar på tal. I det följande återkommer vi till diskussionen om både den processuella och den materiella frågan i syfte att utreda på vilka punkter vår förståelse verkligen skiljer sig från Kleinemans, och på vilka punkter det enligt vår mening finns förutsättningar att sammanjämka våra respektive analyser.

Upplysningsvis kan nämnas att Svea hovrätt dömt i målet (som överklagats från Stockholms tingsrätt). Enligt hovrättens mening har fackföreningen kränkt arbetsgivarens föreningsfrihet och rätt till egendom enligt Europakonventionen, men att handlandet sammanfattningsvis inte varit kvalificerat otillbörligt på sådant sätt att skadeståndsskyldighet skulle vara för handen med tillämpning av NJA 2015 s. 899. Mot denna bakgrund har skadeståndsyrkandet avslagits i dess helhet.[13] I den föreliggande artikeln kommenterar vi inte underrätternas materiella analyser i domarna i huvudsaken.

3 Fackliga förhandlingar och kollektiva avtal i rättsordningen

I vår första artikel gav vi som kontext och bakgrund till den processuella diskussionen en kort beskrivning av stridsåtgärder på arbetsmarknaden, kollektivavtalssystemets förankring i internationella instrument om mänskliga rättigheter samt Arbetsdomstolens ställning som specialdomstol för arbetsmarknaden. Kleineman kommer i sitt svar på vår artikel in på rättspolitiska frågor kring kollektivavtalets ställning i svensk rätt och ger på den här punkten en delvis egenartad framställning av arbetsrätten.[14]

Med anledning av detta antar vi att det som en komplettering till vår första artikel krävs en översiktlig genomgång av systemet med kollektivavtalade anställningsvillkor och argumenten för respektive emot detta system. Här är emellertid inte rätta platsen för att göra något annat än några särskilt viktiga nedslag.

Kollektivavtalssystemet kan för all del vara omstritt i vissa kretsar, men det har desto fler tillskyndare. T.ex. har Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) i maj 2018 utvecklat och fastställt en ny *Jobs Strategy*, och i samband med det kommit in på kollektivavtalssystemets betydelse för samhällsekonomins utveckling, och i anslutning till detta framhållit det svenska och nordiska systemet som föredömen att ta efter. OECD:s hållning är således att flexibilitetsskapande åtgärder är nödvändiga, men inte tillräckliga för att skapa fler jobb, bättre jobb och förbättrade möjligheter till inträde på arbetsmarknaden. Vidare slår OECD fast att (s. 26-27)

[13] Svea hovrätts dom den 13 mars 2019 i mål nr T 315-18; Stockholms tingsrätt dom den 8 december 2017 i mål T 11087-09.
[14] Kleinemans artikel s. 398 f.

Collective bargaining institutions and social dialogue can help promote a broad sharing of productivity gains, including with those at the bottom of the job ladder, provide voice to workers and endow employers and employees with a tool for addressing common challenges. To promote good quality jobs for all in a changing world of work, collective bargaining systems have to have wide coverage, while providing sufficient flexibility to firms. […] The best way of ensuring the inclusiveness of collective bargaining is by having well-organised social partners based on broad memberships. […] governments should put in place a legal framework that promotes social dialogue in large and small firms alike and allows labour relations to adapt to emerging challenges.

Det samhällsekonomiska argumentet för kollektivavtalen har formulerats tydligt av juristprofessorn Simon Deakin, som framhåller att kollektiv reglering av nivåerna på anställningsvillkor — såsom bl.a. lön — leder till en ökad ekonomisk effektivitet och ett utvecklat utbud av varor och tjänster. Om företag inte kan konkurrera med varandra genom att pressa priserna på arbetet de behöver för att producera varan eller tjänsten, så kommer konkurrensen istället ske med andra medel, t.ex. genom satsningar på produktutveckling och effektivisering av produktionen. Om lönenivåerna skulle tillåtas sjunka vid en minskad efterfrågan på det producerade, så skulle det leda till ett minskat tryck på företagen att effektivisera produktionen, och ett ineffektivt organiserat företag skulle därmed kunna hålla sig kvar på marknaden.[15] Implikationen av denna tankegång, den andra sidan av myntet, är att företag som inte kan betala de kollektivavtalade lönerna ska slås ut från marknaden, eller, på något annat sätt än att sänka lönerna, åstadkomma lönsamhet inom ramen för de lönenivåer som föreligger i den aktuella branschen.

Under sin tid som rättsvetenskaplig forskare framhöll Jonas Malmberg,[16] särskilt en annan aspekt av hur fackliga förhandlingar och kollektivavtal bidrar till förverkligandet av målet ekonomisk effektivitet: om metoden att ge anställningsförhållandet sitt innehåll genom fackliga förhandlingar och kollektivavtal överges, så kommer Arbetsdomstolen tillmäta individuella tolkningsdata större betydelse, och dessa individuellt avtalade anställningsvillkor kan arbetsgivare inte förändra utan överenskommelse med arbetstagaren, eller uppsägning enligt anställningsskyddslagen. Resultatet av en nedbetoning av kollektivavtalet blir på detta sätt en ökad stelhet i regleringen av anställningsförhållandena.[17]

[15] S. Deakin & F. Wilkinsson, Labour law and economic theory: A reappraisal, i G. De Geest, J. Siegers & R. Van den Berg (red.) Law and Economics and the Labour Market (1999). Se även Ds 2002:56 *passim*.
[16] Professor Jonas Malmberg är numera ordförande i Arbetsdomstolen.
[17] J. Malmberg, Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering (1997) s. 373–375.

4 Behörig domstol: Allmän domstol eller Arbetsdomstolen?

Nu åter till diskussionen om den aktuella domen. Högsta domstolens ovan återgivna (i slutet av avsnitt 2) uttalande kan svårligen uppfattas som något annat än ett ställningstagande till fördelningen mellan allmän domstol och Arbetsdomstolen av tvister om stridsåtgärder som påstås kränka rättigheter enligt Europakonventionen.

Implikationerna av Högsta domstolens ställningstagande kan klargöras med ett förenklat hypotetiskt exempel. Antag att fackförbundet Transport varslar Göteborgs Hamn om stridsåtgärder i syfte att teckna kollektivavtal. Göteborgs Hamn nekar att teckna kollektivavtal, varpå stridsåtgärder utlöses. Hamnen gör gällande att ett av de krav på villkor som Transport framställt strider mot Europakonventionen.

Har arbetsgivaren, som vill få till stånd en rättslig prövning av stridsåtgärderna, nu valmöjlighet mellan två *parallella forum*; allmän domstol, dvs. Göteborgs tingsrätt,[18] om skadeståndstalan grundas på allmänna skadeståndsrättsliga principer, eller Arbetsdomstolen om skadestånd krävs ”som en betydelse av de arbetsrättsliga reglerna”?

Det är bekant att stridsåtgärder kan ha betydande ekonomiska och samhälleliga konsekvenser. I en rapport från arbetsgivarorganisationen Svenskt näringsliv uppskattas kostnaden för den omtalade konflikten mellan Hamnarbetarförbundet och ATM Terminals till 4 500 000 000 (fyra och en halv miljard) kr.[19] Inte minst med hänsyn till bl.a. de ekonomiska konsekvenserna fordrar den rättsliga prövningen av stridsåtgärder en skyndsam handläggning, och inte sällan interimistiska avgöranden.[20]

Denna fråga var i och för sig inte en del av mellandomstemat, och i den särskilda prövningen av saken så kom den inte att prövas av Högsta domstolen — eftersom prövningstillstånd inte meddelats i den delen. Tingsrättens och hovrättens ställningstaganden bygger närmast uteslutande på NJA 1999 s. 745, Walds mode. Vi granskade i vår första artikel underrätternas beslut i denna fråga, och argumenterade att dessa bygger på en felaktig tolkning av domen Walds mode — eftersom det målet inte handlade om en stridsåtgärd. Vi redogjorde även för de ändringar av arbetstvistlagen som beslutats i syfte just att undvika parallella forum för tvister som rör arbetsmarknaden. Vi menade sammanfattningsvis att den tolkning av den därefter införda bestämmelsen i 2 kap. 1 § 4 st. arbetstvistlagen som har tydligast stöd i rätts-

[18] Se 10 kap. 8 § rättegångsbalken. Jfr problematiken i internationella förhållanden om var skada med anledning av stridsåtgärd ska anses ha uppstått; E. Sinander, International kollektivavtalsreglering (2017) s. 60 f., J. Malmberg & C-M Jonsson, National Industrial Relations v. Private International Law - A Swedish Perspective i M. Rönnmar (red.), EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives (2008) s. 217ff.

[19] DAMVAD Analytics, Hamnkonflikten i Göteborg: Vilka kostnader har konflikten gett upphov till? (2018), Medlingsinstitutet, Medlingsinstitutets årsrapport 2017. Avtalsrörelsen och lönebildningen, s. 81 ff.

[20] Rättspraxis om stridsåtgärder har i hög grad utvecklats genom interimistiska avgöranden; se t.ex. AD 1998 nr 17, AD AD 2003 nr 46, AD 2006 nr 58 och AD 2016 nr 34.

källorna är att Arbetsdomstolen är exklusivt forum gällande stridsåtgärder. Vårt huvudsakliga stöd för det är att 2 kap. 1 § 4 st. bygger på stridsåtgärdsbegreppet med den oklara innebörd som framkommer av medbestämmandelagen.

Kleineman kommenterade för sin del både våra slutsatser och Högsta domstolens uttalande — och här antar vi att Kleinemans och vår analys inte är så olika som en hastig blick kan ge intryck av.

Kleineman menar i den processuella frågan att det på intet sätt framgår av NJA 1935 s. 300 att allmän domstol varit förhindrad att pröva de frågor som behandlades i den domen, trots att Arbetsdomstolen inrättats redan år 1928.[21] En får utgå från, fortsätter Kleineman, att alla tvister mellan arbetsgivare och arbetstagare inte ska prövas av Arbetsdomstolen, utan att det krävs ett funktionellt samband mellan tvisten och parternas rättsliga relation. Alla tvister mellan arbetsgivare och arbetstagare är inte Arbetsdomstolens att hantera: allmän domstol har att göra ett ”relevanstest” för att avgöra om en fråga avser förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.[22] Vidare; enligt Kleineman, är Högsta domstolens uttalande en tydlig kausalregel och Högsta domstolen accepterar därmed inte att alla kränkningar av Europakonventionen ska prövas av Arbetsdomstolen. Skyddet för föreningsfriheten och äganderätten är inte förbehållet Arbetsdomstolens prövning, och detta är ”inte märkligare än att talan lika gärna hade kunnat väckas direkt vid Europadomstolen om inte Högsta domstolen redan år 2005 hade uttalat att den kan tillämpas direkt av svensk domstol”. På den här punkten ger Kleineman inte några hänvisningar till rättskällor, utöver den fotnotsvis framförda upplysningen att 3 kap. 1 § skadeståndslagen innehåller rekvisitet tjänst.

Kleineman anser att det är obegripligt att vi i vår artikel gjort en koppling mellan Högsta domstolens återgivna uttalande och den s.k. påståendedoktrinen, och undrar om vi menar att Europadomstolen skulle vara förhindrad att pröva kränkningar av konventionen, med anledning av att de vidtagits av en arbetstagarorganisation. Kleineman säger sig emellertid dela vår uppfattning att NJA 1999 s. 745 Walds mode inte gällde stridsåtgärder. Avslutningsvis menar Kleineman att vi inte ger något svar på varför Högsta domstolen inte skulle kunna bedöma att agerandet i detta fall (*contra bonos mores*) i mindre utsträckning vore att bedöma som en stridsåtgärd, och i större utsträckning som ett angrepp på rättigheter enligt Europakonventionen.

Vi har i vår första artikel analyserat Högsta domstolens uttalande rörande fördelningen mellan allmän domstol och Arbetsdomstolen. Det må så vara att denna fördelning inte har med påståendedoktrinen att göra. Men, Kleinemans uttalande ger emellertid klart uttryck för ståndpunkten att för den händelse en anser att stridsåtgärd står i strid med Europakonventionen, så står två möjliga forum till hands. Med

[21] Kleinemans artikel s. 393 f.
[22] Vi har inte uppfattat att termen ’relevanstest’ skulle förekomma i processrätten.

detta är vi oeniga, i det att vi anser att arbetstvistlagen innebär att Arbetsdomstolen är exklusivt forum i dessa frågor.

Bakgrunden till NJA 2015 s. 899 är den process kring granskningsarvoden som kulminerade med Europadomstolens dom i det s.k. Evaldsson-målet.[23] Arbetsdomstolen hade redan 1998 slagit fast att Europakonvention har betydelse mellan enskilda, och alltsedan dess har konventionen varit en central rättskälla inom arbetsrätten.[24] Vi menar således inte, och har inte heller i den första artikeln påstått, att Europadomstolen skulle vara förhindrad att pröva om en arbetstagarorganisations agerande varit konventionsstridigt. Oavsett om det är arbetsgivare eller arbetstagare som gör gällande att något visst agerande varit stridande mot Europakonventionen, så styrs möjligheterna till prövning av denna fråga av konventionen själv.

Att en enskild inte har möjlighet att väcka talan direkt i Europadomstolen beror således inte på vad Högsta domstolen slagit fast gällande konventionen. En förutsättning för att få väcka talan är enligt artikel 35 i Europakonventionen att de nationella rättsmedlen är uttömda, dvs. att det finns ett rättskraftigt avgörande från en högsta instans på nationell nivå. I det nu aktuella fallet skulle det således inte vara möjligt för endera parten att vända sig till Europadomstolen, eftersom de nationella rättsmedlen ännu inte uttömts.

Det är inte, som vi också skrev i vår artikel, domslutet att arbetstagarorganisationen överhuvudtaget kan åläggas att betala ersättning för ren förmögenhetsskada som vi opponerar oss mot utan mot det sätt på vilket detta motiveras. Vi anser således att Högsta domstolen är förhindrad att pröva denna fråga — eftersom arbetstvistlagen förhindrar det. Om arbetstvistlagen är tillämplig så medför den att Arbetsdomstolen är behörig att avgöra dessa frågor — och denna slutsats kom vi till efter att ha granskat inte bara Högsta domstolens aktuella avgörande, utan även underrätternas avgöranden ifråga om tvisten skulle avgöras av allmän domstol eller av Arbetsdomstolen. Nedan redogör vi för hur den aktuella situationen kan relateras till Arbetsdomstolens praxis.

Det är korrekt att Högsta domstolen inte ansåg sig förhindrad att pröva de frågor som väcktes i 1935 års mål. En avgörande skillnad mellan dagens situation och dåtidens är att Arbetsdomstolens behörighet idag är förändrad. År 1935 skulle Arbetsdomstolen ta upp och avgöra mål om kollektivavtal, medan Arbetsdomstolen idag ska avgöra tvister mellan arbetsgivare och arbetstagare — och denna reform mo-

[23] Europadomstolen, Evaldsson m.fl. mot Sverige (ansökan 75252/01), dom den 13 februari 2007. Målet i AD, som uttömde de nationella rättsmedlen, var AD 2001 nr 20.

[24] AD 1998 nr 17. Se t.ex. bidragen i antologin som i hög grad bidragit till att införa Europakonventionen i den svenska arbetsrätten; P. Hanau, & A. Agell, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden: Gustafssonmålet i perspektiv (1999). M. Grahn-Farley, Fördragskonform tolkning av MR-traktat, SvJT 2018 s. 450 ff. om rättighetsargumentationer i Arbetsdomstolen.

tiverades bl.a. med att den processuella dualism som rådde tidigare skulle avskaffas.[25]

Kleineman säger sig emellertid dela vår uppfattning att NJA 1999 s. 745 inte handlar om stridsåtgärder, och han kan därmed sägas även instämma i ståndpunkten att underrätternas avgörande i forumfrågan bygger på en felaktig uppfattning om arbetstvistdefinitionen. Detta medför i sin tur att Kleineman ger oss rätt i att NJA 2015 s. 899 handlar om stridsåtgärder, och således utgör en arbetstvist — eftersom stridsåtgärder definitionsmässigt är förbehållet arbetsgivare och arbetstagare. För tydlighets skull; NJA 1999 s. 745 ger inte någon vägledning ifråga om vilken domstol som ska avgöra mål i vilket ska besvaras yrkande om att någon ska betala ersättning med anledning av stridsåtgärder.[26]

Om NJA 1999 s. 745 Walds mode inte kan åberopas som stöd för allmän domstols behörighet, så menar vi att underrätternas beslut inte har någon klar förankring i rättskällorna. Ifråga om vilken domstol som är behörig att avgöra den här omdiskuterade tvisten stärker Kleinemans kommentarer oss i vår uppfattning att Högsta domstolen dömt i ett mål som Arbetsdomstolen rätteligen borde ha avgjort.

Vi menar att det föreligger många goda skäl för att tvister mellan arbetsgivare och arbetstagare om stridsåtgärder handläggs av Arbetsdomstolen. Inte minst med hänsyn till att sådana tvister ofta avser stora värden.[27] Vidare kan ofta väckande av talan i mål om stridsåtgärder vara ägnat att bidra till att stridsåtgärder ska upphöra — och Arbetsdomstolens beslut motsvarar då en uppmaning att de strejkande arbetstagarna (detta är den vanligaste formen av stridsåtgärd) ska återgå i arbete.

5 Stridsåtgärder och ersättning för ren förmögenhetsskada

5.1 Inledning

Den återstående frågan avser om kränkning av konventionsfästa rättigheter kan ge rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada. NJA 2015 s. 899 har analyserats av flera rättsvetare och gett upphov till olika skadeståndsrättsliga bedömningar. Vi uppehåller oss här enbart vid ”utvecklingen” i relation till allmänna skadeståndsrättsliga principer.[28]

Högsta domstolen slår i domen fast att ansvar för ren förmögenhetsskada kan föreligga om det ”rättighetskränkande handlandet med hänsyn till omständigheterna är att anse som kvalificerat otillbörligt”

[25] Se vår första artikel s. 924 f. Jfr 4 § lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar där den domstolens behörighet definieras med hänvisning till att den ska handlägga tvister enligt vissa uppräknade lagar.
[26] Se vår första artikel s. 920 ff.
[27] Jfr en intervju där en rådman beskriver hur denne som ny stod ”helt handfallen när han fick ett arbetsrättsligt mål”; Lag & avtal, nr 9 (2018) s. 12.
[28] Jfr B. Bengtsson, Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen — den nya lagstiftningen, SvJT 2018 s. 93 ff., M. Schultz, Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd, SvJT 2017 s. 820 ff.

(p. 35). Därefter räknar Högsta domstolen upp ett antal olika faktorer som ska beaktas vid bedömningen av om ett handlande ska anses vara i denna bemärkelse kvalificerat otillbörligt:

1) Att det rör sig om en konventionsskyddad rättighet bör väga tungt (p. 36).
2) De värderingar som 2 kap. 14 § regeringsformen är ett uttryck för måste beaktas (p. 36).
3) Vid kvalificerat otillbörligt handlande bör också ett krav på straffrättsligt uppsåt gälla (p. 37).
4) Det finns anledning att vara återhållsam med att låta skadeståndsansvar följa av rättighetskränkningar som träffar en stor grupp (p. 38).
5) Förutsebarhet utgör ett beaktansvärt värde (p. 38).
6) Ett krav på proportionalitet mellan den skadegörande handlingen och ansvarets omfattning ska upprätthållas (p. 38).
7) Det föreligger ett samspel mellan utomobligatoriskt skadeståndsansvar och andra rättsregler: om det finns en etablerad regelordning, så kan detta utgöra skäl mot utomobligatoriskt skadeståndsansvar. De arbetsrättsliga konsekvenserna av att en stridsåtgärd kränker en konventionsrättighet ska sålunda beaktas (p. 39).[29]

Vi har i vår första artikel visat hur en kan uppfatta bedömningen huruvida ett visst kvalificerat otillbörligt handlande ska medföra ansvar för ren förmögenhetsskada. I den följande framställningen fördjupar vi dessa argumentationslinjer i relation till Kleinemans framställning.

5.2 Intet nytt under solen eller ett paradigmskifte?

Inledningsvis finns anledning att diskutera domens nyhetsvärde och förhållande till tidigare praxis. Kleineman anser att Högsta domstolen i NJA 2015 s. 899 övergett den ”positivism” som han menar förhärskat alltsedan 1930-talet. 2015 års avgörande beskriver Kleineman således som ”en av de allra största överraskningar för [honom]”, att det ”helt avvek från det lagpositivistiska tänkandet”, var en ”överraskande dom”, ”helt nydanande”, utgjorde en ”synnerligen kraftig ansvarsutvidgning”, att ”det lagpositivistiska synsättet har ersatts”, och ett ”betydande paradigmskifte [sic] för svensk rättsteori”, ”ett långt steg in i det rättsområde som rör ansvaret för uppsåtliga gärningar”, att Högsta domstolen ”mycket oväntat och direkt överraskande förnyat användningen av principen contra bonos mores”, samt att domstolen ”nu öppnat en dörr som hade stängts genom NJA 1935 s. 300”, den ”närmast fullständiga immunitet […] som nu underkänts av Högsta domstolen var så fast etablerad att en uppluckring av rättsläget och anpassning till det kontinentala synsättet inte alls var förutsebar”, och avslutningsvis som en ”förändring […] som väcker ilska”.[30]

Det nya och omdanande som Kleineman anser att NJA 2015 s. 899 representerar avser avvikelser från NJA 1935 s. 300 — och det är alltså

[29] Se vår artikel s. 930 ff. och H. Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten: skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok III. (2017) s. 806 ff.
[30] Kleineman hänvisar till AD 1989 nr 120. Se nedan för vår analys av saken.

denna dom som Kleineman uppfattat som ett uttryck för ’positivism’ etc enligt ovan. I sin avhandling från 1987 antar Kleineman att Högsta domstolens motiv för sitt ställningstagande 1935 var att domstolen inte ville intervenera i den ”ständigt pågående konflikten mellan arbete och kapital”.[31] Både vi och Kleineman har uppmärksammat att det i NJA 2005 s. 608 Max & Frasses — som NJA 2015 s. 899 bygger på — finns en koppling till 1935 års dom.

Om en instämmer i Kleinemans påståenden om domens nyhetsvärde aktualiserar detta frågor om Högsta domstolen i NJA 2015 s. 899 avviker från en rättsgrundsats som tidigare antagits av domstolen — och i förlängningen vilka rättsregler som blir tillämpliga på en sådan situation. Av 3 kap. 6 § rättegångsbalken framgår att en sådan fråga får hänskjutas till avgörande i plenum; s.k. *ändringsplenum*. Även om detta stadgande är fakultativt, så betraktas det i praktiken som obligatoriskt.[32] Håstad anser att när ändring genomförs i prejudikat, så bör det framgå av domskälen vad som inte längre gäller och slår fast att ”En grundläggande ändring bör också föras till plenum”.[33] Calissendorff har framhållit betydelsen av att ändringsplenum behålls, och särskilt pekat på att förtroendet för Högsta domstolen riskerar att erodera om tre justitieråd när som helst kan ändra gällande rätt. Calissendorff anser att plenum kan övervägas ”där det kan komma att sättas ifråga om Högsta domstolen utövar sin dömande makt utöver vad som är lämpligt”.[34] Till detta kan alltså läggas inte endast våra analyser och åsikter om målet, utan också att två justitieråd i 2015 års dom ansåg att det var oförenligt med regeringsformen att underbygga denna utveckling endast med stöd av allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Det framstår som olämpligt att det är oklart hur 2015 års fall förhåller sig till 1935 års fall. Högsta domstolens majoritet hade kunnat kosta på sig några rader till belysande av detta. Inte desto mindre är ett antagande om att stridsåtgärderna var lagstridiga en förutsättning i 2015 års dom, medan detta inte var för handen i 1935 års fall. Mot denna bakgrund är det strängt taget inte fråga om någon avvikelse från tidigare praxis.

Även inom skadeståndsrätten synes uppfattningarna om NJA 2015 s. 899 gå isär. Andersson menar att nyhetsvärdet är ”Absolut ingenting!”, riktar kritik mot majoritetens inkluderande förhållningssätt ifråga om vad som ryms inom mellandomstemat samt menar att resonemangen om de allmänna skadeståndsrättsliga principerna utgör

[31] J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987) s. 219, s. 267.
[32] Se Fitgers kommentar till 3 kap. 6 § rättegångsbalken och K. Calissendorff, Plenum och skiljaktigheter — vad ska det vara bra för?, SvJT 2017 s. 795 ff.
[33] T. Håstad, Prejudikat eller lagstiftning i Festskrift till Stefan Lindskog (2018) s. 299 ff.
[34] K. Calissendorff, Plenum och skiljaktigheter — vad ska det vara bra för?, SvJT 2017 s. 795 ff.

obiter dicta — och hänvisar justitieråd med författarambitioner till ”NJA-boken”.[35]

5.3 Uppsåt

Som nämnts anges i NJA 2015 s. 899 sju olika värden och/eller faktorer som ska beaktas vid ställningstagande till om ersättning för ren förmögenhetsskada ska utgå i ett visst fall. Av de sju värdena uppehåller sig Kleineman särskilt vid frågan om uppsåt, och på den här punkten förefaller målet för hans kritik vara både Högsta domstolens och våra slutsatser.

Det står inte helt klart för oss vilken följden av Kleinemans kritik blir för bedömningen om ersättning för ren förmögenhetsskada ska utgå. Vi uppfattar Kleineman som att han anser att det inte ska göras någon jämförelse med det straffrättsliga uppsåtet, utan att den skadeståndsrättsliga idén om dolus som något bortom culpa ska vara avgörande för om ersättning för ren förmögenhetsskada ska utgå.

Kleineman skriver att det är svårt att följa vår argumentation och att vår inställning till uppsåtsfrågan är bekymmersam. Eftersom Högsta domstolen uttryckligen hänvisat till brottsbalkens portalstadgande om att en gärning, om inte annat är särskilt föreskrivet, ska anses som brott endast om den begås uppsåtligen, så antar vi att domstolen på den här punkten föreställer sig en koppling till uppsåt i straffrättslig bemärkelse.[36] Trots Kleinemans position att detta rimmar illa med en historisk indelning i straff och skadestånd, så anser vi att Högsta domstolens uttalande inte kan bortses ifrån — och mot bakgrund av denna tolkning blir det nödvändigt att diskutera hur detta uppsåt närmare ska uppfattas.

I vår första artikel menade vi vidare att uppsåt att tillfoga motparten skada är en oskiljaktig beståndsdel av själva begreppet stridsåtgärd. Denna utgångspunkt är inte något som enbart en enskild professor (Reinhold Fahlbeck) står för, utan något som också Arbetsdomstolen slagit fast.[37] Det svenska arbetsrättssystemet kan dessutom sägas bygga på att denna skada ska bli så stor som möjligt, för att det därmed ska föreligga förutsättningar för att en utlöst stridsåtgärd ska kunna bli så kortvarig som möjlig.

Om en nu inte, som Kleineman synes förespråka, vill bortse från denna del av prejudikatet, så måste en ta ställning till vad detta uppsåt ska omfatta. Om någon inte är medveten om att hen kränker en rättighet, med anledning av att det hitintills varit oklart om agerandet ifråga innebär en kränkning, så kan ens agerande svårligen betraktas som kvalificerat otillbörligt.

[35] H. Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten: skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok III. (2017) s. 824 f.
[36] 1 kap. 2 § brottsbalken. Jfr t.ex. N. Jareborg, Allmän kriminalrätt (2001) s. 305 ff.
[37] AD 2013 nr 34.

Förutsebarheten för enskilda är en annan faktor som Högsta domstolen framhåller — och i det här aktuella fallet var det alltså fråga om en praktik som inte endast varit känd på arbetsmarknaden under lång tid, utan också varit vanligt förekommande och en i hög grad integrerad del av arbetsmarknadssystemet. Att en domstol under dessa förhållanden skulle tillämpa en form av retroaktivt skadeståndsansvar, utan avseende på uppsåt, för konventionsöverträdelser, framstår som svårt att förena med kravet på förutsebarhet för enskilda. För övrigt var det just bristen på förutsebarhet som motiverade att ett horisontellt ansvar inte sjösattes i samband med att skadestånd för konventionskränkningar infördes av lagstiftaren.[38]

5.4 Räckvidd

Kleineman framför två gånger att ”principen” som kan utläsas ur NJA 2015 s. 899 inte är begränsad till enbart situationer som innefattar konventionskränkningar. Skälet till detta anges vara att om den var begränsad på detta sätt, så vore den inte någon allmän princip. Kleineman menar vidare att principen har sitt viktigaste tillämpningsområde utanför området för konventionskränkningar, men att denna problematik endast undantagsvis kommer underställas Högsta domstolens prövning, eftersom stridsåtgärder ”ägs” av Arbetsdomstolen.[39]

Kleinemans tankegång ger upphov till ett antal kommentarer från vår sida. Den första avser uttalandet att frågan om stridsåtgärder ”ägs” av Arbetsdomstolen. Vi vill i detta sammanhang framhålla att vi ju kritiserat just Högsta domstolens uttalande om uppdelningen mellan allmän domstol och Arbetsdomstolen. Men det är samtidigt tydligt att annat utomobligatoriskt ansvar för stridsåtgärder på arbetsmarknaden, än sådant som föranletts av konventionskränkningar, är Arbetsdomstolens ansvar att pröva.

Den andra kommentaren gäller förhållandet mellan den aktuella domen och NJA 1935 s. 300. Högsta domstolen nämnde i 2015 års fall inte detta avgörande, och har inte heller i övrigt förhållit sig till det. Kleineman synes emellertid mena att situationen i det aktuella målet är likadan som den som prövades i NJA 1935 s. 300. Det finns dock en avgörande skillnad mellan 2015 års fall och 1935 års fall. Förutsättningarna för 1935 års fall var att åtgärden i övrigt *inte* var rättsstridig, medan förutsättningarna för 2015 års fall var att stridsåtgärderna stred mot lag. Det medför således att avseende området utanför området för konventionskränkningar är det alltjämt NJA 1935 s. 300 som är det vägledande rättsfallet — och i denna mening kvarstår ”immuniteten” oförändrad.

[38] Prop. 2017/18:7, s. 24 ff. Jfr B. Bengtsson, Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen - den nya lagstiftningen, SvJT 2018 s. 93: ”Någon möjlighet att ålägga enskilda rättssubjekt ansvar för överträdelse av konventionen finns däremot inte, lika litet som enligt tidigare rätt”.

[39] Kleinemans artikel s. 398.

En annan frågeställning som avser ”principens” räckvidd avser om denna enbart ska tillämpas i förhållande till sådant agerande som motsvaras av befintlig Europadomstolspraxis, eller även i förhållande till sådant agerande där det vid tidpunkten för handlandet är oklart om detta ska anses utgöra en konventionskränkning. Vi menade i vår första artikel att ansvar enbart kunde uppstå i förhållande till agerande som omfattas av existerande praxis från Europadomstolen. Kleineman, så som vi förstår honom, menar istället att ansvar kan inträda utan avseende på om det föreligger någon praxis från Europadomstolen. Till stöd för denna ståndpunkt anför Kleineman ett uttalande i NJA 2007 s. 295.[40] Vi menar för vår del att jämförelsen med 2007 års fall haltar, eftersom detta gäller statens ansvar. 2015 års fall rör enskildas inbördes förhållanden, och det uttalas särskilt av domstolen att Byggnads inte ska jämställas med staten.

Förutsebarhet var en av de faktorer som Högsta domstolen menade skulle beaktas särskilt — och bristande förutsebarhet åberopades alltså av lagstiftaren som motiv för att inte införa ett horisontellt ansvar, när kränkningar av Europakonventionen gjordes till en särskild ansvarsgrund i skadeståndslagen.[41] Med hänsyn till att det föreligger ett betydande skönsmässigt utrymme vid ställningstagande till om ett visst agerande ska anses utgöra en kränkning av Europakonventionen, så framstår det som lojalt med både 2015 års fall och lagstiftarens vilja att principens tillämplighet begränsas till att i princip omfatta endast sådant agerande som befintlig Europadomstolspraxis har kategoriserat som kränkningar av Europakonventionen.

5.5 Betydelsen av Britanniadomen

Det finns anledning att nämna något om Kleinemans hantering av Arbetsdomstolens Britanniadom (AD 1989 nr 120). Kleineman menar att Arbetsdomstolen i denna dom skulle ha luckrat upp det som anses framgå av NJA 1935 s. 300 — nämligen stridsåtgärders s.k. immunitet från skadeståndsansvar. Kleinemans hänvisningar till Britanniadomen framstår som selektiva — inte minst mot bakgrund av att det inte var yrkat skadestånd i det målet, och att frågan därmed inte var aktuell i den domen.

Det är riktigt att Britanniadomen ska uppfattas som en av mycket få av rättstillämpningen utvecklade begränsningarna i rätten att vidta stridsåtgärder.[42] Det är emellertid centralt att beakta att rättssatsen som klarnat i och med domen (’Britanniaprincipen’) anses ha lagstöd i det att den utgör en extrapolering ur 42 § medbestämmandelagen — således kan den sägas ha lagstöd och därmed är Britanniaprincipen förankrad i regeringsformen.

[40] Målet är inte från 2005 som Kleineman anger.
[41] 3 kap. 4 § skadeståndslagen, prop. 2017/18:7 s. 28.
[42] Se Ds 1994:13, prop. 1990/91:162, SFS 1991:681.

Det föreligger emellertid också uttalanden från Arbetsdomstolen med bäring på frågan om konventionskränkningar och skadestånd — t.ex. i AD 1998 nr 18 Kellerman, i vilket mål Arbetsdomstolen tillerkänner Europakonventionen verkan mellan enskilda. I Kellermanmålet (AD 1998 nr 18) uttalade Arbetsdomstolen bl.a. följande:

> Skulle konventionen exempelvis innefatta inskränkningar i den fackliga konflikträtten utöver dem som följer av medbestämmandelagen, kommer det att saknas uttryckliga regler om de sanktioner i form av skadestånd eller annat som skall drabba den som bryter mot fredsplikten. I lagstiftningsärendet uttalades därvid att det i första hand är en uppgift för lagstiftaren att löpande se till att den inhemska rätten överensstämmer med konventionen även sedan denna inkorporerats i svensk rätt (se prop. 1993/94:117 s. 40 f. och 73 f.).

Budskapet från Arbetsdomstolen i Kellerman-domen är således att det är lagstiftaren som äger frågan om att utveckla skadeståndsansvar för konventionsbrott.

5.6 Ett förslag om sammanjämkning

I sin avhandling uppehåller sig Kleineman vid det han benämner interaktionsproblemet; med vilket han avser att ren förmögenhetsskada ger upphov till skilda problem i olika rättsområden. Kleineman pekar här på att det är följdriktigt att det i rättsliga specialområden utvecklas särskilda skadeståndsrättsliga normer, och att detta inte måste leda till några problem med mindre än att dessa avviker mycket kraftigt från ett ”skadeståndsrättsligt tänkande”.[43]

Kleineman menar att NJA 2015 s. 899 aktualiserar principen contra bonos mores om att uppsåtliga handlingar i strid med goda seder kan medföra skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada. Denna princip saknar enligt Kleineman stöd i skadeståndslagens lydelse, och han anför vidare att den för svensk del historiskt varit placerad i skymningsmörker. Vi vill i detta sammanhang framhålla att studier av en grundläggande lärobok i arbetsrätt kunnat sprida visst ljus i denna skymning — som Kleineman uttrycker det; ”det är tråkigt att inte bli läst”[44] — eftersom den rättsliga standarden ’god sed på arbetsmarknaden’ ingalunda är dold i något mörker på arbetsrättens område.[45] Även om den arbetsrättsliga lagstiftningens expanderande omfång något minskat betydelsen av god sed-standarden är den alltjämt i hög grad aktuell.[46] Kopplingen mellan regler för arbetsstriden och goda

[43] J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987) s. 142.
[44] Kleinemans artikel.
[45] Se t.ex. T. Sigeman & E. Sjödin, Arbetsrätten: en översikt. (7 uppl.) (2017) s. 4. Se även P. Larsson, Skyddet för visselblåsare i arbetslivet: en konstitutionell och arbetsrättslig studie (2015) s. 174. Larsson gör en explicit koppling till principen contra bonos mores.
[46] Vi är tacksamma för att Catharina Calleman delat med sig av anteckningar från föreläsningen om god sed på arbetsmarknaden som hon höll vid Stockholm Center for Commercial Law den 13 november 2014.

seder på arbetsmarknaden framhålls som uppenbar redan i klassiska beskrivningar av arbetsrätten. Folke Schmidt skrev således att (vår kursivering):

> Det är en allmän tendens att beakta vad som är *god sed* inom olika livsområden. I den mån man inom båda läger på arbetsmarknaden nått enighet om vissa huvudprinciper om gränsdragning mellan *tillbörligt* och *otillbörligt* har domstolarna fått en grund för en ny bedömning av skadeståndsansvaret i icke avtalsbundna förhållanden.[47]

Ett sätt att sammanjämka NJA 2015 s. 899 med befintliga arbetsrättsliga doktriner skulle kunna vara att ta fasta på att stridsåtgärder inte ska tillåtas strida mot god sed på arbetsmarknaden, och att en aspekt av denna standard är att stridsåtgärder inte ska kränka rättigheter i Europakonventionen. Av ett av de klassiska fallen om god sed på arbetsmarknaden framgår att överträdelser av standarden god sed på arbetsmarknaden kan medföra inte bara ekonomiskt, utan även allmänt skadestånd.[48] På arbetsmarknaden har, mutatis mutandis, således principen contra bonos mores varit högst välmående, även om detta kanske inte varit känt av alla civilrättsforskare.

Att vi i detta sammanhang framhåller standarden god sed på arbetsmarknaden, innebär inte att vi skulle anse att det vore förenligt med grundlagen att utan stöd i lag eller avtal införa begränsningar av rätten att vidta stridsåtgärder. Dessutom menar vi alltså att utdömande av civilrättsliga sanktioner för stridsåtgärder på arbetsmarknaden alltjämt är endast Arbetsdomstolens ansvar.

I vår första artikel pekade vi på att Arbetsdomstolen skulle ha goda förutsättningar för att utveckla de sanktioner som kan behövas med anledning av stridsåtgärder i strid med Europakonventionen. Mot denna bakgrund finns anledning att uppmärksamma att Arbetsdomstolen relativt nyligen meddelat domar — AD 2009 nr 89 Laval och AD 2015 nr 70 Sava Star — i situationer där lagstödet inte varit alldeles uppenbart. Även om dessa domar avsåg tillämpning av EU-rätten och inte Europakonventionen återger vi här Arbetsdomstolens resonemang i skadeståndsdelarna.

I AD 2009 nr 89 hade vidtagna stridsåtgärder varit stridande mot EU:s primärrätt, och frågan var om detta skulle medföra ansvar för ekonomiskt och allmänt skadestånd. Arbetsdomstolen slog med stöd av en analog tillämpning av medbestämmandelagens skadeståndsbestämmelser fast att såväl ekonomiskt som allmänt skadestånd kunde och skulle utgå. Det kan vidare nämnas att bolaget inte lyckats visa

[47] F. Schmidt, Kollektiv arbetsrätt (5 uppl.) (1967) s. 209.
[48] Jfr AD 1983 nr 107 om en osaklig turordningslista enligt vilken endast finsktalande personal sades upp (idag hade diskrimineringslagen [2008:567] varit tillämplig).

den rena förmögenhetsskadan, att domstolen inte var enig och att avgörandet kritiserats.[49]

I avgörandet AD 2015 nr 70 fann Arbetsdomstolen att en arbetstagarorganisation överträtt den EU-rättsliga regleringen av fri rörlighet genom att vidta stridsåtgärder, och krävt annat än de minimivillkor som formulerats av den aktuella branschens arbetsmarknadsorganisationer. Arbetsgivaren hade yrkat ersättning för ren förmögenhetsskada. Arbetsdomstolen uttalade att 2 kap. 2 § skadeståndslagen inte var direkt tillämplig i målet, och att bolaget inte heller hade brutit mot medbestämmandelagen. Däremot menade Arbetsdomstolen att medbestämmandelagens skadeståndsregler (54–55 §§ och 60 §) reglerade en motsvarande situation enligt nationell rätt, och att dessa bestämmelser, i enlighet med den EU-rättsliga likvärdighetsprincipen, skulle tillämpas på den aktuella situationen.

De två målen illustrerar att Arbetsdomstolen i sin rättsbildning utvecklat hur skadestånd kan utdömas såvitt gäller överträdelser av EU-rätten. Vår huvudpoäng är således inte endast att Arbetsdomstolen rätteligen skulle ha avgjort den fråga som aktualiseras i NJA 2015 s. 899, utan också att det av Arbetsdomstolens praxis framgår att det föreligger rättsnormer som den domstolen hade kunnat tillämpa på den föreliggande situationen.

6 Avslutning

I denna replik har vi besvarat de spörsmål som Kleineman väckt i sin kommentar till vår artikel. Även efter att ha tagit del av Kleinemans argumentation anser vi att Högsta domstolen dömt i en fråga som rätteligen borde avgjorts av Arbetsdomstolen. Ifråga om uppfattning om rättskällorna kring den processuella frågeställningen upplever vi att vi inte står särskilt långt ifrån Kleineman.

Kleineman har i och med sin artikel satt NJA 2015 s. 899 i samband med tyska rättsprinciper på skadeståndsrättens område, och häri har vi för vår del hittat en möjlighet att sammanjämka den omdiskuterade domen med klassiska arbetsrättsliga föreställningar och doktriner.

I relation till den materiella problematik som aktualiseras i domen NJA 2015 s. 899 menar vi att det är olyckligt att Arbetsdomstolens rättsbildning inte fått verka i den föreliggande situationen. Vi har gett exempel på hur Arbetsdomstolen ålagt fackföreningar skadeståndsskyldighet för stridsåtgärder som inte ansetts förenliga med överordnade rättsnormer med internationell prägel.

Hur Arbetsdomstolens dom skulle ha sett ut i den händelse att denna domstol prövat målet är självfallet omöjligt att uttala sig om med någon större exakthet. Det enda vi håller för visst i detta sammanhang är emellertid att denna domstol inte skulle ha lanserat sju

[49] J. Malmberg, Trade Union Liability for 'EU-Unlawful' Collective Action, European Labour Law Journal, Vol. 3 (2012) s. 5-18. Arbetsdomstolen kritiserades bl.a. för att den inte inhämtade ytterligare ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

restriktivitetsmarkörer att tillämpa vid bedömning av om skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada är för handen.

Stridsåtgärder med bakgrund i rent inhemska förhållanden har, för första gången på länge, nyligen varit föremål för politisk uppmärksamhet och statlig utredning.[50] Vi menar dock att lagstiftaren har anledning att också uppmärksamma den processuella fråga som vi behandlat här. Det finns, menar vi, behov av att lagstiftaren klargör sin inställning till vilken domstol — allmän eller Arbetsdomstolen — som ska pröva mål med yrkande om skadestånd med anledning av stridsåtgärder i den delvis nya rättsliga miljö som Europakonventionen bidragit till att skapa. Det bör i sammanhanget tydligt förklaras att Arbetsdomstolen är exklusivt behörig att pröva tvister om skadestånd efter konventionskränkande stridsåtgärder. Det var nu länge sedan lagstiftaren uttalade sig om Arbetsdomstolens mandat och det förefaller som om europeiseringen och den allt starkare betoningen på grundläggande mänskliga fri- och rättigheter motiverar att Arbetsdomstolens behörighet tydliggjordes och förankrades i dagens rättsordning.

Avslutningsvis, och åter till dialogen om NJA 2015 s. 899; på samma sätt som Kleineman gjort[51] har vi tagit intryck av Bertil Bengtssons rättsvetenskapliga gärning. Vi väljer här att lyfta fram Bengtssons diskussion om splittringstendenser i den prejudikatbildande verksamheten, och låter den bli del av vår slutvinjett:

> Det principiella värdet av ett konsekvent regelsystem lär stå klart för ledamöterna, även om argumentet får vägas mot önskemålet av en tillfredsställande lösning av den speciella konflikten i målet. Botemedlet mot en splittring i förhållande till lagstiftning och tidigare praxis är väl närmast att man tar sig tid att försöka överblicka rättsläget i stort innan man slår fast en ny princip; också mera avlägsna återverkningar får beaktas. Klokast är nog att inte falla för frestelsen att skriva in sig i rättshistorien, när man inte säkert kan säga att utvecklingen är mogen för detta steg. Många gånger kan den traditionella försiktighetsåtgärden att hänvisa till vissa konkreta omständigheter i det speciella målet te sig välmotiverad på längre sikt, även om den kan kräva en viss självövervinnelse hos mera handlingskraftiga ledamöter.[52]

Den försiktiga hållning i relation till rättskällorna Bengtsson talar om, hade i den här omdiskuterade situationen motsvarats av att civilrättsliga sanktioner för stridsåtgärder på arbetsmarknaden även fortsättningsvis ska hanteras som en arbetsrättslig fråga i specialdomstolen för arbetsmarknaden; Arbetsdomstolen.

[50] Jfr SOU 2018:40 som förpassades till byrålådan och ersattes av parternas förslag i Ds 2018:40. Lagreformens framtid framstår emellertid som osäker, inte minst efter att en arbetsmarknadskonflikt i Göteborgs hamn avslutats med att fredsplikt råder för medlemmarna i Svenska hamnarbetarförbundets avdelning 4 (kollektivavtal ingicks i februari 2019 mellan förbundet och arbetsgivarorganisationen Sveriges Hamnar).

[51] Kleinemans artikel s. 398 f.

[52] B. Bengtsson, Om civilrättens splittring, i Festskrift till Kurt Grönfors, (1991) s. 29–46, s. 44.