

---

**ERIK SJÖDIN  
NIKLAS SELBERG**

**Stridsåtgärder i Högsta domstolen**

**2016-17 NR 4**



**SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT**

---



# Stridsåtgärder i Högsta domstolen\*

NIKLAS SELBERG & ERIK SJÖDIN\*\*

## 1. Regleringen av arbetsmarknaden och hanteringen av arbetsmarknadskonflikter

Rättsordningens indelning i rättsområden kan i sig inte användas för att lösa tvister, utan är att uppfatta som en karta som hjälper jurister i olika roller – sakkörare, domare och rättsvetare – som söker orientering i en viss fråga.<sup>1</sup> Rättskipningen på de olika rättsområdena kan vara anförtrodd olika domstolar; för offentligrätten, t.ex., finns Högsta förvaltningsdomstolen och för frågor som hör till de allmänna domstolarna är Högsta domstolen (HD) prejudikatinstans. För vissa områden har lagstiftaren ansett att rättskipningen ska ske i specialdomstol.<sup>2</sup> Ett sådant område är arbetslivets tvister och för dem är Arbetsdomstolen (AD) den högsta domstolen, inrättad 1929. AD inrättades just för att hantera rättskipningen avseende de tvister med kollektiv natur som arbetsmarknaden gav upphov till – dvs. frågor om kollektivavtal och stridsåtgärder.<sup>3</sup>

Fördelningen av mål mellan HD och AD är delvis komplicerad. Ett uttryck för detta är exempelvis att det tidigare till och med rådde s.k. ”processuell dualism” – något som Johan Lind uppfattat som ”ett slags konkurrenssituation” – mellan HD och AD, av innebörd att en och samma rättsfråga kunde prövas av båda domstolarna.<sup>4</sup> När lagen (1974:371) om rättegång i arbetstvister (LRA) trädde i kraft ansåg Jan Hellner att den skulle ge ”ökade möjligheter till enhetlig

\* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review). Artikeln har tidigare publicerats i JT net 2016–17 [s. 184].

\*\* Niklas Selberg är doktorand i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet och Erik Sjödin är universitetslektor i civilrätt vid Institutet för social forskning, Stockholms universitet. Vi är tacksamma för kommentarer erhållna under ett seminarium i processrätt på Juridicum i Uppsala. Eventuella återstående brister i texten är uteslutande författarnas ansvar.

<sup>1</sup> Jfr M. Hansson, Kollektivavtalsrätten: en rättsvetenskaplig berättelse (2010) s. 32.

<sup>2</sup> T.ex. Migrationsdomstolarna, Mark- och miljödomstolarna, Patent- och marknadsdomstolarna. Se Ds 1993:34 Specialdomstolarna i framtiden och F. Wersäll, Rättsbildning i särskilda domstolar i Bertil Bengtsson 90 år (2016) s. 599–608.

<sup>3</sup> Prop. 1928:39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol, s. 45–50, s. 136, s. 138, s. 174–180. Jfr J. Malmberg, Enforcement of Labour Law, i The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004 (2009) s. 263–287.

<sup>4</sup> SOU 1974:8 Rättegången i arbetstvister. Slutbetänkande av Utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen, s. 87, prop. 1974:77 med förslag till

och sakkunnig rättskipning inom arbetsrättens område”.<sup>5</sup> Det kan diskuteras i vilken utsträckning rättskipningen inom olika rättsområden och i olika typer av domstolar, t.ex. HD och AD, kan skilja sig åt vad gäller lagtolkningsstil m.m.<sup>6</sup> Det förekommer vidare att en domstol ställs inför en fråga som ligger i utkanten av dess jurisdiktion eller som indirekt aktualiserar regler utanför dess jurisdiktion<sup>7</sup>, och då blir domstolens uppgift särskilt grannlaga eftersom den måste göra avvägningar som ska motiveras med termer och begrepp<sup>8</sup> som domstolen vanligen inte använder och som kan vara präglade av ett rättsområde som domstolen är ovan vid.<sup>9</sup>

I den här artikeln granskar vi<sup>10</sup> en aktuell dom från HD i syfte att analysera och diskutera en betydelsefull problematik kring rollfördelningen mellan allmän och specialdomstol vad gäller slitandet av arbetslivets tvister.<sup>11</sup> HD har i NJA

lag om rättegången i arbetstvister, m.m., s. 60 och s. 93. J. Lind, Högsta domstolen och arbetsrätten, SvJT 1989 s. 291–306.

<sup>5</sup> SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten. Betänkande av Generalklausulutredningen, s. 130.

<sup>6</sup> Jfr K. Källström, Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning, i Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman (1993) s. 189–201, SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande av arbetsrättskommittén, s. 565–600, s. 956–961, SOU 1982:60 MBL i utveckling. Betänkande av nya arbetsrättskommittén, s. 295–299, S. Edlund, Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden. En rättslig studie av två riksavtal i tillämpning (1967) s. 63–76, R. Fahlbeck, Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra, i Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund (1993) s. 95–115, Jfr (avseende arbetstagarbegreppet) AD 1947 nr 48 med NJA 1949 s. 768, AD 1958 nr 17 och AD 1958 nr 31.

<sup>7</sup> Ett exempel är tvister rörande företagshemligheter som ofta inleds i tingsrätt; jfr HD:s beslut av den 4 december 2014 i mål T 5993–14 att undanröja en hovrättsdom och överlämna ett mål som bl.a. rörde skadestånd till AD. Ett annat exempel avser hur AD hanterat rättstillämpningen när tryckfrihetsrättsliga problem uppstår i anslutning till stridsåtgärder; AD 1981 nr 124, AD 1982 nr 31. Andra exempel kan vara utbildningspolitikens, alkoholpolitikens respektive rehabiliteringsreglernas genomslag i AD:s rättstillämpning; se K. Källström, Eleven på arbetsplatsen. Skärningslinjer mellan utbildningspolitik och arbetsrätt, i Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz (1983) s. 229–256, K. Källström, Alkoholpolitik och arbetsrätt. En komparativ studie av missbrukares anställningsskydd (1992) A. Westregård, De nya sjukpenningreglerna i ett arbetsrättsligt perspektiv, Arbetsmarknad & arbetsliv, nr 4, 2009, s. 57–76, A. Westregård, En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering, JT 2006–07, s. 876.

<sup>8</sup> Om termer och begrepp i arbetsrätten se t.ex. J. Malmberg, Anställningsavtalet: om anställningsförhållandets individuella reglering (1997) s. 52 ff., M. Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund: en alternativrealistisk arbetsrättslig studie (1999) s. 272 ff.

<sup>9</sup> Ett historiskt exempel är hur HD en gång i tiden utvecklade kollektivavtalet som särskild avtalstyp; NJA 1915 s. 233. Jfr också H. Andersson, Barthesianska meditationer i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (2003).

<sup>10</sup> Jfr i samma genre – ”närläsning” – t.ex. A. Numhauser-Henning & M. Rönmar, Det flexibla svenska anställningsskyddet, JT 2010–11 s. 382–411 (avseende AD 2009 nr 50) och vidare Håkan Anderssons gärning i skadeståndsrätten.

<sup>11</sup> Avgörandets rubrik i NJA är ”Kan kränkning av Europakonventionen genom en facklig stridsåtgärd medföra skadeståndsansvar?”.

2015 s. 899 (i mellandom) avgjort en fråga om skadestånd p.g.a. stridsåtgärder<sup>12</sup> på arbetsmarknaden – alltså den specifika arbetsmarknadsproblematik som en gång i tiden överhuvudtaget motiverade inrättandet av en särskild domstol och som alltsedan dess är starkast förknippat med AD. HD prövade i mellandomen – utifrån ett antagande om att vissa stridsåtgärder är oförenliga med Europakonventionen – temat om huruvida ett fackförbund ska betala ersättning till ägaren av det drabbade bolaget, för de skador bolaget lidit som följd av stridsåtgärder.<sup>13</sup> Tvisten är ännu pågående och i denna artikel kommer vi enbart att beröra frågor som aktualiseras av mellandomen.

De frågor som tvisten aktualiserar påverkar förutsättningarna för den framtida utvecklingen av tvistelösningen på arbetsmarknaden. Vi visar i denna artikel att NJA 2015 s. 899 leder till en otillfredsställande situation som karaktäriseras av att allmän domstol kan komma att ställas inför rättsliga spörsmål kopplade till stridsåtgärder utan att domstolen har tillgång till de lagregler, framförallt lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL), som vanligen anses vara ägnad att hantera just stridsåtgärder. HD har självt varit på det klara över att en finess med just AD är att ”arbetsdomstolens domar [verka] framförallt som anvisningar till arbetsmarknadens organisationer, vilka regelmässigt ställa sig domarna till efterrättelse”.<sup>14</sup>

Artikeln är uppbyggd enligt följande. Efter att ha redogjort för stridsåtgärder på arbetsmarknaden, arbetsmarknadssystemets förankring i mänskliga rättigheter, specialdomstolen för arbetstvister samt bakgrunden till den aktuella tvisten och mellandomstemat granskar vi frågan om vilken domstol (AD eller HD?) som ska handlägga den aktuella tvisten. Vi analyserar vidare ett antal av de frågor som HD:s mellandom aktualiserar.

<sup>12</sup> Om begreppet stridsåtgärder se t.ex. F. Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 4. uppl. (1997) s. 221 ff., J. Malmberg, K. Källström & S. Öman, *Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok* (2016) s. 48 ff. och förarbetena till MBL; prop. 1975/76:105 Bilaga 1, s. 102 ff., SOU 1975:1 s. 347 ff., särskilt s. 351.

<sup>13</sup> Domen har behandlats i H. Andersson, *EKMR och allmänna skadeståndsprinciper (I) – betydelsen av argumentationsstrukturer och rättsliga avvägningar*, *Infotorgjuridik I* 2016, H. Andersson, *EKMR och allmänna skadeståndsprinciper (II) – betydelsen av olika horisontella relationer och krav*, *Infotorgjuridik* 2016, M. Fara, *HD skärper skadeståndsansvaret för ren förmögenhetsskada*, *Dagensjuridik* 2016 och även B. Bengtsson, *Svensk rättspraxis: skadestånd utom kontraktsförhållanden 2013–2015*, *SvJT* 2016 s. 434–453. Ombudet för ägaren har även kommenterat domen i en uppsats, C. Crafoord, *Rättighetskränkningar på arbetsmarknaden: Högsta domstolen öppnar för skadeståndsansvar vid kvalificerat otillbörliga stridsåtgärder i Bertil Bengtsson 90 år* (2016) s. 107–120.

<sup>14</sup> NJA 1960 s. 63.

## 2. Stridsåtgärder på den svenska arbetsmarknaden

Stridsåtgärder är ett unikt fenomen för arbetsmarknaden. Regleringen av utrymmet för att vidta stridsåtgärder är avhängig arbetsmarknadens allmänna organisering och utformning.<sup>15</sup> Möjligheter att vidta stridsåtgärder brukar framhållas som omistliga för en demokrati; för att tala med den förutvarande riksprofessorn i arbetsrätt Tore Sigeman:

Att det råder strejkkfrihet brukar påstås vara en i praktiken utslagsgivande indikator – ett schibbolet – på att en stat verkligen är en demokrati i modern mening.<sup>16</sup>

Arbetsmarknaden prissätter arbetet, och det sker på olika sätt beroende på hur vi (folket, lagstiftaren) valt att utforma förutsättningarna för denna marknad. Förutsättningarna för denna prissättning är samtidigt unika och särskilt känsliga; varan som ska ges ett pris kan inte skiljas från bäraren; dvs. människan. Och människor har ju värdighet, snarare än värde, och därför talar man i arbetsrättsliga sammanhang om att arbete inte bör uppfattas som en handelsvara.<sup>17</sup> Detta perspektiv har emellertid inte hindrat att arbetsmarknadens organisationer, särskilt på arbetstagsidans, själva uppfattar regleringen av priset på arbete som sin huvuduppgift.<sup>18</sup>

Parternas egen reglering av arbetsmarknaden och arbetsvillkor ( däribland löner) hänger samman med en rad institutionella faktorer; organisationsgrad, grad av organisationssplittring, kollektivavtalens täckningsgrad, förekomsten av offentlig reglering av prissättning av arbete m.m. Sverige har på denna punkt valt en särskild väg som bygger på att prissättningen av arbetet är anförtrodd arbetsmarknadens parter, som på ömse sidor har vidsträckta rättsligt skyddade möjligheter att vidta stridsåtgärder; framförallt strejker och lockouter (dvs. de båda sidornas möjlighet till arbetsinställelse). Regleringen bygger på antagandet att stridsåtgärder alltid är tillåtna i fackliga syften när kollektivavtal inte

<sup>15</sup> A. Jacobs, *The Law of Strikes and Lockouts*, i *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (2010) s. 659–720, R. Hyman, *Understanding European Trade Unionism. Between Market, Class and Society* (2001), C. Crouch, *Industrial Relations and European State Traditions* (1993), C. Crouch, *Trade Unionism under Collective Bargaining. A Theory based on Comparisons of Six Countries* (1978).

<sup>16</sup> T. Sigeman, *Grundlagsskydd för facklig stridsrätt: Några svenska erfarenheter*, JFT 2008 s. 156–173. Se vidare för en liknande argumentation med anledning av den senaste utvecklingen i Storbritannien, A. Bogg, *Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State*, *Industrial Law Journal* (2016) Vol. 45 Nr. 3 s. 299–336.

<sup>17</sup> L. Rodgers, *Labour law, vulnerability and the regulation of precarious work* (2016) s. 23. S. Evju, *Labour is not a commodity: Reappraising the origins of the maxim*, *European Labour Law Journal*, vol. 4, no. 3, (2013) s. 222–229.

<sup>18</sup> R. Freeman & J. Medoff, *What do unions do?* (1984) och A. Björklund m.fl. *Arbetsmarknaden*, 4. uppl. (2014) s. 256 ff. och C. Lundh, *Arbetsmarknadens karteller. Nya perspektiv på det svenska kollektivavtalssystemets historia* (2008).

gäller (se 2 kap. 14 § RF och 41 § och närmast följande paragrafer i MBL).<sup>19</sup> Stridsåtgärder får emellertid inte vidtas när en kollektiv uppgörelse (kollektivavtal) tecknats mellan parterna; kollektivavtalet reglerar sålunda priset på arbete genom att arbetstagarna åtar sig fredsplikt efter uppgörelsen i utbyte mot arbetsgivarens åtagande att ersätta arbete på sätt som bestämts i avtalet. Arbetsmarknadens organisationer får inte vidta eller understödja stridsåtgärder när fredsplikt råder; olovliga strejker är inte tillåtna enligt MBL och leder till skadeståndsansvar (54–55 §§ MBL). Det saknas lagstadgad definition av stridsåtgärder och av vilka förfaranden som kan utgöra en stridsåtgärd. Närmast en definition är uppräkningsen i 41 § MBL, som emellertid avslutas med formuleringen ”annan därmed jämförlig stridsåtgärd”.<sup>20</sup> I allmänhet uppställs kravet att stridsåtgärder förutsätter någon form av kollektiv åtgärd vidtagen i påtryckningssyfte.<sup>21</sup>

Det gängse synsättet är att kollektivavtalen motverkar nedåtverkande lönekonkurrens samt att dessa avtal även skapar förutsättningar för mer effektiva individuella förhandlingar, eftersom de kollektivavtalade villkoren tillhandahåller en ram att utgå ifrån. Kollektivavtalens reglering av löner ser olika ut för olika branscher och möjligheterna för individuella avsteg varierar. I vissa avtal regleras löner alltför genom tariffen medan andra har större utrymme för individuell lönesättning. Kollektivavtalens reglering av löner utgör emellertid alltför en grundbult för den svenska lönebildningen, och brukar sägas ge uttryck för en lönepolitisk modell i vilken företags lönsamhet inte avspeglas i lönenivåerna.<sup>22</sup> Företag ska tvingas konkurrera med andra medel; t.ex. effektiviseringar av tillverkningen och utveckling av produkterna.<sup>23</sup> Att företag som inte kan bära de kollektivavtalade lönekostnaderna slås ut från marknaden uppfattas som en naturlig och rentav eftersträvd aspekt av denna variant av marknadsekonomi.<sup>24</sup> På senare tid har i och för sig argumentet framförts att kollektivavtalens nivåer

<sup>19</sup> Här bortses från problematiken kring s.k. sympatiåtgärder (41 § 4 p. MBL).

<sup>20</sup> Samma formulering fanns även i 4 § lagen (1928:253) om kollektivavtal. Se vidare SOU 1975:1, s. 351 ff., L. Lunning & G. Toijer, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer, 2 uppl. (1997) s. 419 ff. och A. Victorin, Förtäckta och okonventionella stridsåtgärder i arbetsrätten, SvJT 1990 s. 322–338.

<sup>21</sup> Se K. Källström, J. Malmberg & S. Öman, Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok (2016) s. 53 med hänvisningar.

<sup>22</sup> Medlingsinstitutets årsrapporter ger exempel på olika kollektivavtalade konstruktioner av reglering av lönefrågan. Se t.ex. Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2015. Medlingsinstitutets årsrapport, s. 106–112.

<sup>23</sup> Jfr devisen ”to take labour out of competition”. Se om denna R. Fahlbeck, Stridsåtgärder, särskilt sympatiåtgärder, på arbetsmarknaden och kollektiv reglering av anställningsvillkor. En internationell jämförelse (2007) s. 59–61.

<sup>24</sup> Jfr S. Deakin & F. Wilkinson, The law of the labour market: industrialization, employment and legal evolution (2005) om (arbets-)marknadens grund i lagstiftning och om samspelet mellan (arbets-)rätten och marknaden.

för lägsta löner stänger ute de arbetstagare vars produktivitet inte når upp till denna nivå.<sup>25</sup>

### 3. Kollektivavtalssystemet och mänskliga rättigheter

Arbetsmarknadsorganisationernas utrymme att verka, t.ex. som de gör i det svenska systemet (se avsnitt 2 strax ovan); att överhuvudtaget organisera sig, förhandla med motparten, att ingå kollektivavtal – och att vidta stridsåtgärder har en lång historia i Sverige och också en stark förankring i internationella instrument om mänskliga rättigheter.

Redan 1906, i den s.k. *Decemberkompromissen*, lovade parterna (då SAF och LO) att föreningsrätten å ömse sidor skulle lämnas okränkta – och denna parternas egna överenskommelse kom sedan att kodifieras i 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt, som är MBL:s föregångare.<sup>26</sup>

Ett flertal internationella instrument innehåller rättigheter kopplade till kollektiv förhandlingsrätt. FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna av 1948 skyddar rätten att bilda sammanslutningar (art. 20). Den internationella konventionen om ekonomiska, kulturella och sociala rättigheter skyddar rätten att bilda och verka för fackföreningar samt att strejka (art. 8), och även den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter skyddar föreningsfriheten (art. 22) som ett medel för arbetstagare att använda för att skydda sina intressen.<sup>27</sup>

Inom ILO-systemet finns två internationella konventioner på området: nr 87 av 1948 om föreningsfrihet och rätten att organisera sig samt nr 98 av 1949 om rätten att organisera sig fackligt och förhandla kollektivt på arbetsmarknaden. Även dessa konventioner, som gäller för Sveriges del<sup>28</sup>, skyddar fackliga rättigheter och arbetsmarknadsparternas möjligheter att själva reglera arbetsmarknaden utan inblandning av staten.

På europeisk nivå har Europadomstolen slagit fast att Europakonventionens skydd för föreningsfriheten (art. 11) i sig innehåller en rätt till kollektivavtals-

<sup>25</sup> Se Arbetsmarknadsekonomiska rådets rapport Arbetsmarknadsekonomisk rapport – Dags för större lönespridning (2016) s. 107 ff.

<sup>26</sup> Se t.ex. A. Adlercreutz, Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria (1954) s. 344 ff.

<sup>27</sup> Prop. 1971:125 angående godkännande av Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter samt Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och fakultativa protokollet till den senare konventionen m.m.

<sup>28</sup> Prop. 1949:162 med anhållan om riksdagens yttrande angående vissa av Internationella arbetskonferensens allmänna konferens år 1948 vid dess trettiofjärde sammanträde fattade beslut, m.m., prop. 1950:188 med anhållan om riksdagens yttrande angående vissa av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens år 1949 vid dess trettioandra sammanträde fattade beslut.



förhandlingar och en rätt att strejka.<sup>29</sup> Den allmänna trenden på den internationella arenan avseende regleringen av fackliga rättigheter är, för det första, att dessa uppfattas som en integrerad storhet som består av olika komponenter som är starkt sammankopplade; föreningsfrihet, rätt att förhandla kollektivt och rätten till stridsåtgärder. För det andra gäller att de fackliga rättigheterna inte är absoluta, och att de måste balanseras mot andra rättigheter och andra parter berättigade anspråk på skydd. Särskilt rätten att i olika avseenden stå utanför arbetsmarknadens organisationer och också utanför hela det autonoma och kollektivt reglerade arbetsmarknadssystemet hör till de mest känsliga frågorna inom arbetsrätten.<sup>30</sup>

#### 4. En specialdomstol för arbetsmarknaden

AD började sin verksamhet 1929 och är därmed Sveriges äldsta specialdomstol. Domstolen inrättades i samband med att de kollektiva arbetsmarknadsrelationerna lagreglerades i kollektivavtalslagen (som i sak kom att överföras till MBL 1977) och på detta sätt är den specialiserade tvistelösningen en integrerad och oskiljaktig aspekt av kollektivavtalssystemet. Det i särklass mest framträdande syftet med kollektivavtalslagen var att skapa arbetsfred, och AD är ett led i främjandet av detta.<sup>31</sup> Eftersom arbetsfred är den viktigaste rättsföljden av ingående av kollektivavtal, kom den rättsliga hanteringen av denna avtalstyp att få direkt inverkan på utrymmet att vidta stridsåtgärder.<sup>32</sup> De kollektiva arbetsmarknadsrelationernas minsta beståndsdelar är därför intimt sammankopplade och snarast att uppfatta som olika sidor av samma mynt: stridsåtgärder, kollektivavtal, arbetsfred och tvistelösning.<sup>33</sup>

Argumenten för inrättandet av en specialdomstol för arbetsmarknaden har alltid varit tre.<sup>34</sup> För det första; att de allmänna domstolarna saknat den särskilda *sakkunskapen* som krävs för att avgöra tvister på arbetsmarknaden och hantera

<sup>29</sup> Frågan om föreningsrätt och stridsåtgärder har prövats i ett stort antal avgöranden från Europadomstolen, se t.ex. dom 27/10 1975 *National union of Belgian Police mot Belgien* (ansökan 4464/70), dom 6/2 1976 *Schmidt och Dahlström mot Sverige* (ansökan 5589/72), dom 12/11 2008 *Demir & Baykara mot Turkiet* (ansökan 34503/97), dom 21/4 2009 *Enerji Yapi-Yol Sen mot Turkiet* (ansökan 68959/01), samt dom 8/4 2014 *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers mot Förenade Konungariket* (ansökan 31045/10).

<sup>30</sup> Dvs. frågor om s.k. negativ föreningsfrihet, se vidare A. Agell & P. Hanau (red.) *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden: Gustafssonmålet i perspektiv* (1999).

<sup>31</sup> Prop. 1928:39, s. 45–47.

<sup>32</sup> Ett aktuellt exempel är tvisten om s.k. flex-pension; AD 2016 nr 31.

<sup>33</sup> Jfr t.ex. uppbyggnaden av den senaste läroboken i kollektiv arbetsrätt, se K. Källström, J. Malmberg & S. Öman, *Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok* (2016) s. 14.

<sup>34</sup> Prop. 1928:39, s. 136. SOU 1974:8, passim, prop. 1974:77 passim, Ds 1990:33, passim, prop. 1990/91:98, s. 30–33, Ds 1988:30, passim, Ds 1993:34, passim, prop. 2007/08:72, s. 16 f.,

den särskilda form av kollektiva civilrättsliga relationer som förekommer på arbetsmarknaden. För det andra; att det med hänsyn till de normer – först och främst kollektivavtalen – som reglerade arbetsmarknaden var nödvändigt med en domstol som parterna hade särskilt *förtroende* för; om parterna själva utvecklade de regler de samlevde under – var det rimligt att de delvis själva, i en egen särskild domstol, hanterade tvisterna som uppstod apropå dessa regler. Alltjämt är partsföreslagna ledamöter (dvs. de som utsetts efter förslag av arbetsmarknadens parter) i majoritet när AD avgör merparten av de arbetsrättsliga tvisterna (3 kap. 6 § LRA).<sup>35</sup> För det tredje; *effektivitet* – genom specialisering av domstolsväsendet upparbetas särskild kunskap hos domarna, som sedan leder till en mer effektiv hantering av tvisterna.<sup>36</sup>

Den svenska arbetsmarknadsmodellen karaktäriseras av en stark ställning för de fristående arbetsmarknadsorganisationerna och att den fristående – i relation till staten/lagstiftaren – regleringen (kollektivavtalen) är särskilt viktig för att utforma arbetsmarknadens spelregler.<sup>37</sup> Svensk arbetsrätt betraktas i huvudsak som en del av civilrätten och utvecklas således i växelverkan med denna.<sup>38</sup>

Partsföreslagna ledamöter har varit omstridda ur rättighetsperspektiv och det har gjorts gällande att närvaron av dessa ledamöter i domstolen motverkar AD:s självständighet och opartiskhet.<sup>39</sup> Saken har emellertid prövats i Europadomstolen, och den oomstridda bedömningen är idag att AD uppfyller de krav Europakonventionen ställer på domstolar i termer av oavhängighet och opartiskhet.<sup>40</sup>

prop. 2008/09:4, s. 9. Jfr N. Selberg & E. Sjödin, EU-rätten skulle gagnas av en arbetsrättslig avdelning i EU-domstolen, ERT 2015 s. 415–424.

<sup>35</sup> Numera är de opartiska ledamöterna i majoritet när tvister rörande diskrimineringslagen ska avgöras. Se prop. 2008/09:4 Ändrad sammansättning i Arbetsdomstolen i diskrimineringsstvister.

<sup>36</sup> Jfr L. Heuman, Specialprocess: utsökning och konkurs, 7. Uppl. (2014) s. 12.

<sup>37</sup> J. Malmberg, Enforcement of Labour Law, i The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004 (2009) s. 263–287 är en komparativ utblick med vidare referenser.

<sup>38</sup> Se om detta samspel T. Sigeman, Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten, i Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år En minnesskrift (2007), T. Sigeman, Från reception till ideologikritik: Om arbetsrättens doktrinhistoria, i Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck (2005) s. 515–532 och även antologierna B. Hepple, The making of labour law in Europe: a comparative study of nine countries up to 1945 (1984) och B. Hepple & B. Veneziani, The transformation of labour law in Europe: a comparative study of 15 countries 1945–2004 (2009). För den samtida diskussionen om arbetsrätten, se G. Davidov & B. Langille, The idea of labour law (2013), G. Davidov, A Purposive Approach to Labour Law (2016) och J. Malmberg, Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter (2010).

<sup>39</sup> Prop. 1990/91:98, s. 30 ff., Ds 1990:33. R. Eklund, Arbetsdomstolen i ljuset av Langborgerfallet, JT 1989–90 s. 390–395, L. Lunning, Arbetsdomstolen i Europakommissionen, JT 1995–96 s. 1235–1237.

<sup>40</sup> T. Sigeman, Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? Anförande vid arbetsdomstolens 60-årsjubileum, JT 1989–90 s. 193–206, T. Sigeman, Arbetsdomstolen i internationellt perspektiv, SvJT 2004 s. 561–572.

Arbetsmarknadens parter har länge varit allmänt positivt inställda till en specialdomstol för arbetsmarknaden. Vid AD:s inrättande var arbetstagersidan motståndare till en specialdomstol och arbetsgivarsidan positiv till domstolen.<sup>41</sup> Idag har attityderna skiftat något och arbetsgivarsidan är mer avvaktande inställd till AD. Arbetsgivarsidan har de senaste åren inte på allvar drivit att frågor om kollektivavtal, stridsåtgärder och fredsplikt ska avgöras utanför en särskild domstol med partsföreslagna ledamöter.<sup>42</sup>

Tore Sigeman har särskilt framhållit att ”AD använder i allt väsentligt samma metoder för rättstillämpning som den ledande allmänna domstolen, HD”<sup>43</sup> och Johan Lind har antagit att HD:s modernare teknik för utformning av domskäl är inspirerad av Arthur Lindhagen (AD:s förste ordförande) och AD.<sup>44</sup>

EU-arbetsrättens expansion har medfört att AD numera regelbundet sliter tvister med stöd av EU-rättsliga källor och även i AD har det europeiska avtalsrättsliga projektet (DCFR) givit avtryck.<sup>45</sup> Vid ett antal tillfällen har AD begärt förhandsavgöranden från EU-domstolen.<sup>46</sup> Även EKMR åberopas numera av de tvistande parterna och domstolen när den avgör tvister.<sup>47</sup> I AD:s vägledning till arbetsmarknadens parter genom sin rättsbildning har EU-rätt och Europakonventionen alltsedan 1990-talets mitt en framträdande roll.

## 5. Tvisten bakom mellandomen

Våren 2006, nästan tio år före den här omdiskuterade mellandomen meddelades, uppstod konflikt mellan Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) och ett förhållandevis nystartat aktiebolag i byggbranschen (bolaget) i Linköping. Byggnads krävde att bolaget skulle teckna kollektivavtal genom att antingen ansluta sig till Sveriges Byggindustrier, eller genom att ingå hängavtal. Efter

<sup>41</sup> H. Stark, Arbetsdomstolen femtio år, SvJT 1979 s. 321–335.

<sup>42</sup> Ds 1994:17, s. 186f (Svenska arbetsgivareföreningen; Företagarnas Riksorganisation ville emellertid avskaffa AD). SAF, En företagsam arbetsrätt, 1999. Jfr A. Sandgren, Att processa i arbetsdomstolen, i Festskrift till Hans Stark (2001) s. 271–288.

<sup>43</sup> T. Sigeman, Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? Anförande vid arbetsdomstolens 60-årsjubileum, JT 1989–90 s. 193–206, s. 204.

<sup>44</sup> J. Lind, anmälan av Lars Heuman & Peter Westberg, Argumentationsformer inom processrätten, JT 1993–94 s. 592–602, s. 594.

<sup>45</sup> Se AD 2013 nr 79. Jfr J. Samuelsson, DCFR som rättskälla?, i De lege, Juridiska fakultetens årsbok för 2015 (2015).

<sup>46</sup> Se t.ex. N. Bruun & J. Malmberg, Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar, i Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck (2005), U. Bernitz, Förhandsavgöranden av EU-domstolen: svenska domstolars hållning och praxis (2010), U. Bernitz, Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015, SIEPS 2016:9.

<sup>47</sup> Se t.ex. AD 2015 nr 70, AD 2015 nr 61, AD 2012 nr 74 och AD 1998 nr 17.

varsel trädde Byggnads stridsåtgärder ikraft den 22 juni 2006. Den 3 juli väckte bolaget talan i AD och yrkade, även interimistiskt, att AD skulle förklara stridsåtgärderna olovliga. AD höll särskilt sammanträde under sommaren 2006 för prövning av de interimistiska yrkandena.

Bolaget argumenterade inför AD att stridsåtgärderna inte var fackliga, utan uteslutande politiska, och att de därför inte omfattades av regeringsformen (dåvarande 2 kap. 17 §), samt att de stod i strid med god sed på arbetsmarknaden.<sup>48</sup> Bolaget argumenterade vidare att juridiska personer omfattades av Europakonventionens skydd för föreningsfriheten, och att Byggnads hade kränkt bolagets negativa föreningsfrihet genom att kräva ett avtal som innehöll s.k. granskningsarvoden.<sup>49</sup>

Byggnads svarade att artikel 11 Europakonventionen saknade ”horisontell direkt effekt” och att stridsåtgärden inte kränkte den negativa föreningsfriheten.

AD meddelade interimistiskt beslut den 30 augusti 2006: bolaget hade inte visat sannolika skäl ”för sitt påstående att stridsåtgärderna var otillåtna”.<sup>50</sup>

Europadomstolen meddelade den 13 februari 2007 dom i målet Evaldsson, som gällde granskningsarvoden.<sup>51</sup>

Byggnadsavtalet löpte ut den 31 mars 2007, och den 24 april 2007 träffades ett nytt avtal, som inte innehöll bestämmelser om granskningsarvoden. Den 14 juni 2007 tecknade bolaget kollektivavtal, Byggnads hävde stridsåtgärderna och bolaget återkallade sin talan i AD. Den 19 juni 2007 försattes bolaget i konkurs (konkursförvaltaren valde att inte inträda i tvisten). AD avskrev målet och förpliktade i beslut av den 10 september 2007 bolaget att, som tappande part, ersätta Byggnads för dess rättegångskostnader.

Så här långt följde arbetsmarknadskonflikten i Linköping mellan bolaget och Byggnads det förlopp som är vanligt förekommande på svensk arbetsmarknad. Parterna utväxlar avtalskrav, vidtar och avslutar stridsåtgärder mot varandra, och ibland slutar det hela i konkurs (se ovan avsitt 2). Men saken var emellertid inte utagerad ännu.

Ägaren tillika verksamhetsutövaren i aktiebolaget, förvärvade bolagets skadeståndsanspråk mot Byggnads. Därefter väckte ägaren talan vid allmän domstol

<sup>48</sup> Numera återfinns stadgandet i 2 kap. 14 § regeringsformen. Om betydelsen av ändringen se T. Sigeman & E. Sjödin, *Arbetsrätten. En översikt*, 6 uppl. (2013) s. 85.

<sup>49</sup> För den sektor av arbetsmarknaden, t.ex. byggbranschen, där lönesystemet kretsat kring ackord eller på annat sätt varit invecklat har granskning av arbetsgivarnas löneberäkningar varit viktiga. Detta har lett till ett stort antal tvister i bl.a. AD. Se t.ex. AD 1974 nr 14, AD 1993 nr 24, AD 1994 nr 127, AD 2003 nr 78, AD 2012 nr 74, samt RÅ 1997 ref. 16. Datainspektionens beslut 2007-12-17, dnr 498-2007; Tillsyn enligt personuppgiftslagen (1998:204) – Fackförenings behandling av personuppgifter rörande personer som inte är medlemmar i föreningen och Europarådets sociala kommitté; beslut 2003-05-22 i ärende 12/2002. Se även Hovrätten över Skåne och Blekinge, mellandom av den 13 oktober 2016 i mål T 2602-13.

<sup>50</sup> AD 2006 nr 94.

<sup>51</sup> Dom 13/2 2007 Evaldsson m.fl. mot Sverige (ansökan 75252/01). Målet i AD var AD 2001 nr 20. Jfr AD 2012 nr 74 om granskningsarvoden.

(Stockholms tingsrätt) mot Byggnads (stämningsansökan daterad 8 juli 2009). I *första hand* yrkades ca 900 000 i ekonomiskt skadestånd och 200 000 i ideellt skadestånd. I *andra hand* yrkades ca 300 000 kr i ekonomiskt skadestånd och 200 0000 kr för ideell skada. Grunden för förstahandsyrkandet var att Byggnads hade vidtagit stridsåtgärder med krav om att bolaget skulle teckna kollektivavtal i strid med Europakonventionen, och att detta förfarande orsakat bolaget ekonomisk och ideell skada. Bolaget menade vidare att Byggnads kränkt bolagets föreningsfrihet enligt artikel 11 Europakonventionen, och dess rätt till skydd för egendom enligt det första tilläggsprotokollet till Europakonventionen. Grunden för andrahandsyrkandet var att Byggnads genom kränkningarna mot bolaget orsakat ägaren skada, såväl ekonomisk som ideell. Byggnads bestred käromålet och yrkade inledningsvis att målet skulle avvisas, eftersom det skulle handläggas av AD.

Mot bakgrund av hur yrkandena återgivits i NJA 2015 s. 899 samt ställningstagandet till AD:s ställning som exklusivt forum är det för oss oklart om det handlar om ett eller flera käromål; dvs. om yrkandena är alternativa eller kumulativa. Vi utgår i den fortsatta framställningen från att ägarens yrkanden är alternativa, dvs. att första- *eller* andrahandsyrkandet kan vinna bifall, och att det som käranden vill ha prövat är, för det första, ansvar för förlust och ideell skada som bolaget lidit, och, för det andra, förlust och ideell skada som ägaren själv lidit.

Härnäst redogör vi för temat för mellandomen, och därefter för den processuella frågeställningen; dvs. LRA:s tillämplighet. Efter detta diskuterar vi den materiella frågeställningen om skadeståndsansvar för stridsåtgärder utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer.

## 6. Det skiftande mellandomstemat

NJA 2015 s. 899 är en mellandom; domstolen har med stöd av 17 kap. 5 § 2 st. rättegångsbalken ansett det lämpligt att viss i målet uppkommen fråga ska prövas särskilt. Vi antar att om den av tingsrätten formulerade frågan hade besvarats nekande, så hade målet därigenom varit avgjort. Temat för mellandomen har skiftat för var och en av de tre instanser som prövat det.<sup>52</sup> I tingsrätten var formuleringen vittomfattande:

Kan skadeståndsansvar för privata rättssubjekt uppkomma vid kränkningar av rättigheterna enligt Europakonventionen?

<sup>52</sup> Med tanke på de olika instansernas justeringar kan det diskuteras om temat verkligen prövats i tre instanser. För vår del lämnar vi frågan därhän.

Tingsrätten besvarade frågan nekande i sin mellandom. Denna överklagades, och i hovrätten justerades mellandomstemat:

Kan skadeståndsansvar för privata rättssubjekt på den svenska arbetsmarknaden uppkomma vid kränkningar av rättigheterna enligt artikel 11 Europakonventionen och artikel 1 första tilläggsprotokollet till Europakonventionen?

Även hovrätten ansåg att övervägande skäl talade emot att privata rättssubjekt skulle kunna åläggas skadeståndsskyldighet för sådana kränkningar, och besvarade frågan nekande.<sup>53</sup> I HD justerades mellandomstemat ytterligare:

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

Innan vi diskuterar HD:s mellandom i sak har vi anledning att beröra frågan om en tvist som den i det aktuella målet omfattas av LRA – och alltså om AD, och inte HD, därmed är högsta domstol. Därefter diskuterar vi HD:s svar på mellandomstemat – och presenterar också ett antal kommentarer bortom detta.

## 7. Den processuella frågeställningen: Arbetstvistlagens tillämplighet

### 7.1 Inledning

När AD inrättades 1929 var dess uppgift att uppta och avgöra mål om kollektivavtal (se 1 § 1928 års lag om arbetsdomstol). I samband med att den arbetsrättsliga lagstiftningen expanderade intogs i de olika särskilda lagarna – 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt och 1938 års semesterlag – uttryckliga stadganden om att AD skulle avgöra tvisterna som de lagarna gav upphov till.

I anslutning till sjuttioalets arbetsrättsreformer reformerades även AD och dess behörighet. Behörighetsreformen vidtogs för att möta en förmodad ökad måltillströmning och för att åstadkomma en mer enhetlig rättstillämpning samt för att undvika att en fråga kom att kunna prövas både av allmän domstol och AD. En enhetlig rättstillämpning ansågs kunna uppnås med en gemensam överinstans: AD. För att AD:s arbetsbelastning inte skulle bli orimlig ansågs det

<sup>53</sup> Tingsrättens och hovrättens mellandomsteman är så vitt formulerade att de låter sig karaktäriseras som någon form av lagförklaring utan koppling till en faktisk tvist. Jfr NJA 2010 s. 648, B. Palmgren, Den högsta instansens uppgift, i Förhandlingarna vid det tjugofjärde nordiska juristmötet, 1966, Bilaga 5, NJM 1966 s. 143–161, P. Modigh, Bör möjlighet till lagförklaring finnas?, SvJT 1979 s. 225, G. Petrén, Lagförklaring, SvJT 1979 s. 726.

lämpligt med en fördelning mellan tingsrätt och Arbetsdomstol.<sup>54</sup> I samband med reformen avstod man ifrån att införa en särskild forumregel för stridsåtgärder.<sup>55</sup> Anledningen var att det vid denna tid pågick ett vittomfattande utredningsarbete inom arbetsrättskommittén om frågor om förenings- och förhandlingsrätt samt stridsåtgärder. Sedermera utmynnade detta utredningsarbete i MBL. Inte heller MBL kom att innehålla någon särskild forumregel för stridsåtgärder, utöver en allmän hänvisning från MBL till LRA.<sup>56</sup>

Alltsedan reformen på 1970-talet är AD:s behörighet knuten till begreppet *arbetstvist* i LRA. Detta begrepp definieras som tvister om kollektivavtal och andra tvister rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare (1 kap. 1 § LRA). Under remissrundan kritiserades formuleringen ”förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare” för att vara oklar. Departementschefen invände emellertid att uttrycket var vedertaget i den arbetsrättsliga lagstiftningen.<sup>57</sup> Formuleringen fanns redan i 1928 kollektivavtalslag och i 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt, och kom sedan att överföras till MBL.<sup>58</sup> Syftet med formuleringen är att definiera det område på vilket kollektivavtal kan slutas och de ämnen om vilka förhandling kan begäras. Lagstiftarens avsikt är att formuleringen i LRA och MBL ska ha samma innebörd.<sup>59</sup> I ”förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare” inbegrips frågor som rör arbetstagare och arbetsgivare, men även frågor som avser förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisationer och även förhållandet mellan arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer.<sup>60</sup>

I 1 kap. 2 § LRA anges ett antal måltypen som LRA ej är tillämplig på, och av särskilt intresse här är att mål om skadestånd med anledning av brott om talan förs i samband med brott är undantagna från LRA. En motsatsvis tolkning ger vid handen att i de fall då skadestandsfrågan avskilts från brottmålet, så ska målet handläggas enligt LRA, och således med AD som sista instans – en förutsättning är att det är fråga om en arbetstvist, dvs. en tvist mellan arbetsgivare och arbetstagare i dessa deras egenskaper.

<sup>54</sup> Prop. 1974:77 s. 59 och s. 92.

<sup>55</sup> Prop. 1974:77 s. 110.

<sup>56</sup> Se 63 § MBL, SOU 1975:1 s. 547 ff. och prop. 1975/76:105 bilaga 1, s. 303 ff.

<sup>57</sup> Prop. 1974:77, s. 138.

<sup>58</sup> Se 1 § lagen (1928:253) om kollektivavtal och 4 § lagen (1936:506) om förenings- och förhandlingsrätt, jfr med 1, 10 och 23 §§ i MBL. Jfr R. Fahlbeck, Om arbetsprocessrätt: Studier i det fackliga tvisteförhandlandets juridik (1974) s. 20.

<sup>59</sup> Se J. Malmberg i Rättegången i arbetstvister: lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, 2 uppl. (2005) s. 49 f.

<sup>60</sup> SOU 1975:1, s. 311 f., och O. Bergqvist, L. Lunning & G. Toijer, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentar, 2 uppl. (1997) s. 56. Jfr AD 2015 nr 14 om huruvida AD var behörig att pröva en arbetstagers talan mot bolagsman. Majoriteten besvarade frågan nekande. Jfr även Patent- och marknadsöverdomstolens beslut i mål nr PMÖ 10350-16, den 2017-01-11.

Behörig domstol i arbetstvister är AD och tingsrätten med AD som fullföljdsinstans. Uppdelningen mellan AD och tingsrätterna följer av 2 kap. 1 och 2 §§ LRA.

I samband med ett antal åtgärder för att effektivisera handläggningen i AD stiftades 1992 även en särskild lagregel om att AD alltid är behörig att som första domstol ta upp och avgöra tvist om stridsåtgärd som avses i 41 § MBL (2 kap. 1 § 4 st. LRA). Av förarbetena till bestämmelsen framgår att hänvisningen till 41 § MBL avser *stridsåtgärdsbegreppet*, ”dvs. lockout, strejk, blockad, eller annan därmed jämförlig stridsåtgärd”.<sup>61</sup> Hänvisningen avser således inte prövningen om stridsåtgärd strider mot de i 41 § upptagna punktförbuden. 2 kap. 1 § 4 st. LRA har därefter kompletterats med ytterligare hänvisningar till 41 b § MBL om stridsåtgärder mot enmans- och familjeföretag och 41 c § MBL om den särskilda regleringen av stridsåtgärder riktade mot utstationerande arbetsgivare.

LRA:s tillämplighet har prövats särskilt inom ramen för den tvist som ägaren väckt efter det att denne förvärvat fordringarna från bolaget och det finns anledning att redogöra för och granska denna process i processen, eftersom den förefaller ha haft betydelse för hur parterna och domstolarna argumenterat i sak, i den efterföljande mellandomen.

## 7.2 Den särskilda prövningen om arbetstvistlagens tillämplighet

HD fann i beslut av den 1 juni 2011 inte skäl att meddela prövningstillstånd avseende hovrättens beslut att allmän domstol var behörig att pröva tvisten mellan ägaren och Byggnads. Hovrättens beslut innehåller inte någon annan motivering än att tvisten ”såsom tingsrätten funnit” inte var att anse som en arbetstvist i LRA:s mening, och att tvisten inte heller rörde någon stridsåtgärd på sådant sätt att AD var behörig enligt 2 kap. 1 § 4 st. LRA.<sup>62</sup> Det betyder att motiveringen för allmän domstols behörighet i detta ärende om stridsåtgärder återfinns i tingsrättens beslutsskäl. Beslutsskäl i tingsrätten är ordnade på följande sätt:

För det *första*: Grunden för *andrahandsyrkandet* utgörs av skada som ägaren, som tredjeman, drabbats av med anledning av Byggnads stridsåtgärder mot ”hans” bolag. Skadan har inte uppkommit i någon avtalsrelation, och, menar tingsrätten; det framgår av rättsfallet *NJA 1999 s. 745* att en sådan talan på utomobligatorisk grund inte ska anses vara en arbetstvist, och därför är tingsrätten behörig pröva yrkandet.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Prop. 1991/92:84 om ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister m.m., s. 25.

<sup>62</sup> Svea hovrätts beslut av den 6 december 2010. Högsta domstolens beslut av den 1 juni 2011 i mål Ö 5938-10.

<sup>63</sup> Man kan diskutera lämpligheten i att först pröva *andrahandsyrkandet*; domstolen ska ju pröva yrkandena i den ordning som käranden framställt dem. Se P. O. Ekelöf, H. Edelstam & M. Pauli, *Rättegång*. H. 5, 8. Uppl. (2011) s. 229 f.



För det *andra*: Ifråga om förstahandsyrkandet avser ägarens talan inte kollektivavtal, och inte heller kunde talan anses röra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Den slutsatsen påverkades inte av att bolagets tvist med Byggnads var en arbetstvist. Ägarens talan blev inte en arbetstvist ”enbart på den grunden att han obligationsrättsligt härledde sin rätt från bolaget i dess egenskap av arbetsgivare”. Det hade inte heller påståtts att han förvärvat fordringen för indrivning i eget namn (som inkassomandatarie) – något som kunde innebära att det var möjligt att uppfatta tvisten som en arbetstvist, trots att ägaren inte var arbetsgivare. Grunden för att ägaren överhuvudtaget kunde föra talan enligt förstahandsyrkandet var att han förvärvat fordran för egen räkning, och därmed ansågs som tredjeman i förhållande till Byggnads. Tingsrättens slutsats blev även här att tvisten inte utgjorde en arbetstvist, och inom parentes återropades NJA 1999 s. 745.

### 7.3 Betydelsen av NJA 1999 s. 745 ”Walds mode”

Analysen som ligger till grund för tingsrättens och hovrättens ställningstagande i behörighetsfrågan – som HD inte fann skäl att bevilja prövningstillstånd för – bygger på NJA 1999 s. 745 ”Walds mode”.

Sakomständigheterna i NJA 1999 s. 745 var som följer. Industrifacket hade varslat om stridsåtgärder mot Kurt Kellermans AB.<sup>64</sup> Med anledning av dessa besökte representanter för Industrifacket en butik (Walds mode) som förbundet *trodde* tillhörde Kellerman AB (Kellerman och inte butikens namn angavs utåt), och där informerade Industrifacket anställda och kunder om de varslade stridsåtgärderna. Med anledning av detta agerande väckte butiken (Walds Mode AB) talan mot Industrifacket och yrkade att det skulle fastställas att den fackliga organisationen var skyldig att ersätta butiken för skador till följd av det ”otillbörliga ingrepp” i butikens avtalsförhållanden, som besöket i butiken utgjort. Industrifacket invände att tvisten avsåg stridsåtgärder, och att AD enligt 2 kap. 1 § 4 st. LRA var rätt forum.

Tingsrätten ställde sig inledningsvis frågan om det följde av lagens ordalydelse (2 kap. 1 § 4 st. LRA) att AD var rätt forum för tvisten, och slog fast att oaktat vissa förarbetsuttalanden, så kunde detta inte vara fallet i en situation som den aktuella. Hovrätten ansåg för sin del att även om LRA också omfattade relationerna mellan arbetsgivares och arbetstagares organisationer, så var den aktuella tvisten inte att uppfatta som en arbetstvist, bl.a. eftersom att det rörde en annan bransch än den Industrifacket genom kollektivavtal strävade efter att

<sup>64</sup> Avgörandet har samband med det klassiska arbetsrättsliga prejudikatet AD 1998 nr 17 Kellerman, i vilket AD inkorporerar Gustafsson domen från Europadomstolen i svenska förhållanden. Se vidare A. Agell & P. Hanau, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden: Gustafssonmålet i perspektiv (1999).

reglera. HD:s avgörande var kortfattat, och angav att butiken drabbats av en *ren förmögenhetsskada* i följd av ett otillbörligt angrepp från Industrifacket. Talan i den aktuella tvisten gällde skadestånd på utomobligatorisk grund och kunde inte anses beröra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. HD:s slutsats blev att tvisten sålunda inte var en arbetstvist, och att tingsrätten därför var behörig att ta upp och avgöra saken.

#### 7.4 HD:s uttalande i NJA 2015 s. 899 om fördelningen mellan AD och allmän domstol

Trots att HD meddelade prövningstillstånd för ett visst tema, fällde domstolen (och i denna del var domstolen enig) även i mellandomen ett uttalande (p. 5) om LRA:s tillämplighet och fördelningen mellan allmän domstol och AD:

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 pröva, 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.

HD:s formulering ”har påstått” för tankarna till påståendedoktrinen, som framförallt aktualiseras i samband med skiljeförfaranden.<sup>65</sup> Denna doktrin innebär att det som kändaren påstår (åberopade rättsfakta) ska ligga till grund för prövningen av skiljenämndens behörighet.<sup>66</sup> HD:s uttalande om fördelningen mellan AD och HD är utanför mellandomstemat. Prövningen av vilken domstol som skulle handlägga målet (se ovan avsnitt 7.2 och 7.3) var inriktad på frågan om det var en arbetstvist eller inte, och således inte inriktad på kändarens påstående om någon viss grund. Att kringgå AD:s behörighet genom att åberopa enbart vissa rättsfakta var eventuellt möjligt under den tid då AD:s behörighet var begränsad till att ”ta upp och avgöra mål om kollektivavtal”, men inte efter det att den ”processuella dualismen” avskaffats till förmån för en enhetlig rättstillämpning. AD:s behörighet ändrades i denna reform till att avse även andra tvister om förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Av största betydelse är vidare att LRA är tvingande och att domstolen är ägnad att hantera lagstiftning till skydd för svagare part. Av dessa skäl framstår det inte som möjligt att kringgå AD:s behörighet med stöd av påståendedoktrinen, särskilt i

<sup>65</sup> Påståendedoktrinen härstammar från Welamsons recension av Boman i SvJT 1964 s. 256–277. Angående den efterföljande rättsutvecklingen, se C. Falkman, Welamsons påståendedoktrin — Svensk Juristtidning i rättsutvecklingen, SvJT 2016 s. 257–264.

<sup>66</sup> Se t.ex. S. Lindskog, Skiljeförfarande, Zeteo, 2016, avsnitt 6.1.2 och L. Heuman, Skiljeman-  
narätt (1999) s. 75 f.

en situation där agerande i egenskap av arbetsgivare respektive arbetstagare är avgörande för tvisten.

Även det andra ledet i HD:s argumentation är oklart.<sup>67</sup> Vad är egentligen syftet med formuleringen om att AD är behörig avseende ”frågan, vilken betydelse det enligt de arbetsrättsliga reglerna kan ha att en enskilds rättighetsskydd enligt Europakonventionen har kränkts av en stridsåtgärd”?<sup>68</sup> HD specificerar inte vad som avses med ”de arbetsrättsliga reglerna”, men det kan inte avse annat än MBL:s reglering av vilka stridsåtgärder som är lovliga (dvs. *de facto* den prövning av stridsåtgärderna som inleddes i AD 2006 nr 94). Rättsföljden av att en stridsåtgärd bedöms vara olovlig, är att den måste upphöra.<sup>69</sup> En annan ”betydelse” av de arbetsrättsliga reglerna är emellertid att skadestånd kan utgå: en fastställsetalan om att en stridsåtgärd är olovlig kan förenas med ett yrkande om skadestånd (inom arbetsrätten talar man om allmänt och ekonomiskt skadestånd; se 54–55 §§ MBL). Om olovliga stridsåtgärder inte längre är pågående kan talan enbart avse skadestånd.<sup>70</sup>

HD synes inte beakta att de nationella domstolarna, AD inbegripet, genom konventionskonform tolkning ska tillse att rättighetskränkningar inte accepteras – och att denna tolkningsoperation därför i sig redan alltid ingår i en prövning med stöd av ”de arbetsrättsliga reglerna”. När de arbetsrättsliga reglerna tillämpas, beaktas således konventionsfästa mänskliga rättigheter. Ett anknytande arbetsrättsligt exempel kan vara att en uppsägning som kränker yttrandefriheten, samtidigt är oförenlig med 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS); således är uppsägningens ogiltighet (34 § LAS) och ekonomiskt och allmänt skadestånd (38–39 §§ LAS) rättsföljder av ”de arbetsrättsliga reglerna”.<sup>71</sup> Någon generell giltig och oomstridd definition av vad som avses med arbetsrätt föreligger möjligen inte idag, men det råder i alla händelser enighet om att

<sup>67</sup> En övergripande oklarhet avser HD:s uttalande obiter dictum om fördelningen mellan allmän domstol och AD avser förstahandsyrkandet (den förvärvade fordran) och/eller andrahandsyrkandet (dvs. ägarens egen talan). Eftersom HD inte uttryckligen specificerar vems skada som diskuteras, dvs. antingen Byggnads ansvar för bolagets skada, eller Byggnads ansvar gentemot ägaren, bidrar inte detta uttalande av HD till att frågan om domstols behörighet klargörs. HD:s uttalande skulle kunna uppfattas som att det enbart skulle vara ägarens egen talan som avses, och att förstahandsyrkandet inte skulle falla in under allmän domstols behörighet, men denna tolkning motsägs emellertid av HD:s efterföljande hantering av ärendet. En ytterligare oklarhet handlar om i vilken utsträckning man kan se HD:s uttalande i ljuset av att tingsrätt i vissa fall är behörig enligt 2 kap. 2 § LRA; dvs. att en arbetstvist handläggs i tingsrätt som första instans men överklagas till AD. Att HD inte överlämnat målet till AD innebär emellertid att HD inte anser detta vara fallet (jfr 2 kap. 7 § LRA).

<sup>68</sup> Även distinktionen mellan rättighetsskydd och rättighet framstår som oklar.

<sup>69</sup> Se t.ex. K. Källström, J. Malmberg & S. Öman, Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok (2016) s. 69 ff. om denna problematik.

<sup>70</sup> I 64–69 §§ MBL finns de tillämpliga preskriptionsreglerna.

<sup>71</sup> Jfr AD 2012 nr 25. N. Selberg & E. Sjödin, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning, JT 2012–13 s. 846–877.

arbetsrätten innefattar rättigheter relevanta för arbetsmarknaden föreskrivna i olika internationella instrument.<sup>72</sup>

Om ”betydelse [...] enligt de arbetsrättsliga reglerna” även inkluderar rättsföljden skadeståndsskyldighet, blir HD:s uttalande om gränsdragningen mellan allmän domstol och AD:s jurisdiktioner svår att upprätthålla. Det kan härvid anmärkas att skadeståndslagen är subsidiär; finns speciallag så ska denna tillämpas (1 kap. 1 § SkL). I den här aktuella situationen skulle det alltså kunna vara 54–55 §§ MBL.<sup>73</sup>

## 7.5 Avslutande kommentarer i forumfrågan

### 7.5.1 Inledning

Vi menar att frågan om vilken domstol som ska handlägga ett mål som det här diskuterade ingalunda avser en betydelselös teknikalitet. Prejudikat ifråga om gränsdragningen mellan allmän domstol och AD är relativt ovanliga och behovet av klargöranden är därför stort. Dessutom kan uppdelningsproblematiken mellan allmän domstol och specialdomstol antas bli alltmer betydelsefull i framtiden. För det första uppstår allt oftare frågor i arbetsrättens utkanter som avser arbetsrättens möte med andra rättsområden (migrationsrätt, fri rörlighet inom EU, immaterialrätt m.m.). För det andra blir rättighetsargument alltmer framträdande i den annars så lagstiftnings- och förarbetsorienterade svenska arbetsrätten.

Det här omdiskuterade målet illustrerar en annan problematik, nämligen hur det processuella ställningstagandet ifråga om domstols behörighet (allmän domstol eller specialdomstolen AD) har avgörande betydelse för vilka rättsregler som står till domstolens förfogande att tillämpa. HD är förhindrad att tillämpa MBL, eftersom den lagen är tillämplig på förhållandet mellan arbetsgivare och

<sup>72</sup> För svenskt vidkommande se t.ex. P. Herzfeld Olsson, *Folkrätten i arbetsrätten*, i R. Stern. & I. Österdahl (red.) *Folkrätten i svensk rätt* (2011) och vidare för den internationella diskussionen C. Fenwick & T. Novitz (ed.) *Human rights at work: perspectives on law and regulation* (2010).

<sup>73</sup> Jfr den idag aktuella, men inte auktoritativt avgjorda (saken har inte avgjorts i högsta instans), frågeställningen om huruvida barnmorskor som av skäl kopplade till religions- och samvetsfrihet vägrar delta i vård i anslutning till abort ska vara berättigade till skadestånd för att deras arbetsgivare kränkt deras rättigheter enligt EKMR. Se Jönköpings tingsrätts dom i mål T-1781/14 meddelad den 12 november 2015 och Nyköpings tingsrätts dom i mål T-2153/14 meddelad den 4 november 2016. Den sistnämnda domstolen tillade för egen del att de aktuella barnmorskorna kunde anses tillgodosedda genom det skydd som diskrimineringslagen innebär, och att de inte hade någon självständig rätt till skadestånd enligt EKMR. Om denna problematik ur ett medicinerettsligt perspektiv, se K. Zillén, *Hälsa- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig studie om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård* (2016).

arbetstagare (dvs. arbetstvister). HD har i NJA 2015 s. 899 dömt i en fråga som rätteligen borde avgjorts av AD. HD:s beslut om sin behörighet har inneburit att arbetsmarknadens parter berövats ett vägledande prejudikat från den domstol som lagstiftaren utsett som ansvarig för att vägleda rättstillämpningen avseende arbetstvister och stridsåtgärder (som hade varit särskilt relevant för de situationer då stridsåtgärder fortfarande pågår). Den aktuella tvisten, menar vi, avser en fråga om vilka de civilrättsliga följderna ska bli av en stridsåtgärd på arbetsmarknaden, och ska således handläggas enligt LRA.

Härnäst analyserar vi beslutet i behörighetsfrågan.

### 7.5.2 Arbetsdomstolens behörighet avseende stridsåtgärder

Redan själva inrättandet av en specialdomstol kräver noggranna överväganden om domstolens jurisdiktion jämfört med det allmänna domstolssystemet. AD-utredningen, som beredde bl.a. frågor om AD:s behörighet, framhöll särskilt apropå den dåvarande ordningen att:

mål vari exempelvis en enskild arbetsgivare, som inte själv slutit kollektivavtal, väcker talan vid tvist om stridsåtgärd kommer under tingsrätts prövning som första domstol. Vi anser att denna ordning är otillfredsställande med hänsyn till att rätten att vidta stridsåtgärder är så central inom arbetsrättens område.<sup>74</sup>

Departementschefen tog sedermera fasta på utredningens analyser i denna del och uttalade:

AD-utredningen uppmärksammade också att arbetstvistlagens regler är utformade så att vissa mål om stridsåtgärd kan komma under prövning av tingsrätt som första domstol. Som exempel anfördes det fallet att en enskild arbetsgivare som inte själv slutit kollektivavtal väcker talan i tvist om stridsåtgärd. Utredningen ansåg detta vara otillfredsställande med hänsyn till att rätten att vidta stridsåtgärder är så central inom arbetsrättens område. Utredningen föreslog därför att behörighetsreglerna för arbetsdomstolen borde utvidgas så att domstolen oberoende av partsställningen alltid skall pröva tvist om stridsåtgärd som första instans. Utredningen framhöll att en sådan utvidgning skulle innebära ett ytterst marginellt tillskott av mål, uppskattningsvis högst ett mål vart femte år. *Jag delar utredningens uppfattning såväl att det i detta sammanhang är fråga om mycket sällan förekommande fall som att tvist om stridsåtgärd alltid bör prövas av arbetsdomstolen som första domstol.* Arbetstvistlagen bör alltså ändras även i detta avseende.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> SOU 1988:30 Arbetsdomstolen. Betänkande av AD-utredningen, s. 120 f. och s. 134.

<sup>75</sup> Prop. 1991/92:84, s. 24. Vår kursivering. Uttalandet framhålls särskilt av L. Gellner & L. Sydolf, *Tvistlösning i arbetsrätten. Förhandling och process* (2005) s. 29.

Förarbetena till LRA uttrycker således att tvister om stridsåtgärder, oavsett partsställningen, hör till AD:s behörighet.<sup>76</sup>

### 7.5.3 Arbetsdomstolens behörighet avseende andra tvister än kollektivavtalstvister

Förstahandsgrunden i målet utgår från att arbetsgivarens fordran på skadestånd överlåtits till tredjeman (*in casu* ägaren till arbetsgivarbolaget, men en annan variant skulle kunna vara inkasso- eller factoringbolag). Hindrar detta förfarande att AD skulle vara behörig? – eller med andra ord; innebär överlåtelsen att tvisten inte skulle kunna anses som en arbetstvist? Temat för mellandomen i HD handlar om Byggnads ska betala ”ersättning till [ägaren] för de skador som [bolaget] kan ha orsakats till följd av stridsåtgärderna”. LRA är tillämplig på ”andra tvister rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare” än ”tvister om kollektivavtal” (1 kap. 1 § LRA).<sup>77</sup> Förarbetena förklarar att LRA är tillämplig på ”tvister som inte på något sätt berör ett kollektivavtal [...] bara tvisten rör en fråga som uppkommit i ett anställningsförhållande” och att ”Som arbetstvist anses alltså varje tvist som har sin grund i ett anställningsförhållande”.<sup>78</sup> Departementschefen framhåller särskilt att LRA är tillämplig på tvister som grundar sig på ett anställningsförhållande, och som aktualiserar SkL.<sup>79</sup> Även tvister om skadestånd med anledning av brott ska handläggas enligt LRA, om de avskilts (se avsnitt 7.1). Tillämpningsområdet för LRA avgörs av processföremålet, och lagen är enligt entydiga förarbetsuttalanden tillämplig på tvister i vilka en fordran som grundar sig på anställningsförhållande överlåtits till någon som för talan i eget namn.<sup>80</sup> Överlåtelsen av fordran på skadestånd, som ju har sin grund i anställningsförhållandet, till (i formell mening) tredje man (ägaren) utesluter således i sig inte LRA:s tillämplighet.

Ifråga om andrahandsyrkandet kan nämnas att med arbetstvist kan kumuleras annan tvist, och därmed kunde hela målet handläggas som en arbetstvist (1 kap. 1 § 2 st. LRA). Den omvända situationen är emellertid inte tillåten: det är inte möjligt att kumulera en annan tvist med arbetstvist på ett sådant sätt att det därmed inte längre skulle vara fråga om en arbetstvist. Om annan tvist kumuleras med arbetstvist ska de kumulerade målen handläggas enligt LRA med AD som sista instans.

<sup>76</sup> Jfr t.ex. Håstads framställning om motiv som rättskälla, vari åsikten framförs att uttalanden av sådant slag som det återgivna normalt bör följas. Se T. Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, 6 uppl. (2009) s. 19 ff. särskilt s. 21.

<sup>77</sup> L. Gellner & L. Sydolf, *Tvistlösning i arbetsrätten. Förhandling och process* (2005) s. 19–24 ger exempel ur rättspraxis.

<sup>78</sup> Prop. 1974:77, s. 138.

<sup>79</sup> Prop. 1974:77, s. 139.

<sup>80</sup> Prop. 1974:77, s. 138, s. 141.

#### 7.5.4 NJA 1999 s. 745 ”Walds mode” var inte en arbetstvist och handlade inte om stridsåtgärder

Förarbetsuttalanden pekar således med kraft mot att mål om stridsåtgärder inte hör hemma i de allmänna domstolarna. Föreligger det då någon rättspraxis som trots detta kan åberopas till stöd för allmän domstols behörighet? Samtliga instanser åberopar NJA 1999 s. 745 som stöd för att den föreliggande tvisten hör till allmän domstols behörighet (se ovan 7.2). Vi är oeniga med detta och menar att 1999 års prejudikat inte är vägledande i den aktuella tvisten, och att detta mål inte kan tas till intäkt för allmän domstols behörighet.

I reciten till NJA 1999 s. 745 anges att påstående om skadestånd som tillfogats tredjeman genom otillbörligt handlande *i samband* med stridsåtgärd inte är att anse som en arbetstvist. Beslutet slår fast att åtgärder som fackförbund *av misstag* riktat mot en juridisk person omfattas av allmän domstols behörighet.

Eftersom stridsåtgärderna som var aktuella i mellandomen såvitt framgått vidtagits i syfte att reglera anställningsvillkoren hos de som var anställda i bolaget saknades det element av missuppfattning som var så framträdande i 1999 års prejudikat. Inte minst eftersom tvisten inte stod mellan parterna i deras egenskaper av arbetsgivare och arbetstagare är tvisten i 1999 års dom inte en arbetstvist.

Vi menar att NJA 1999 s. 745 överhuvudtaget inte ska uppfattas som ett prejudikat avseende stridsåtgärder. Visserligen avsåg talan skadestånd pga. ett fackförbunds agerande, men saken gäller ändå inte stridsåtgärder (jfr ovan om stridsåtgärdsbegreppet). Det som HD uttalade sig om i 1999 års dom var nämligen ett ”otillbörligt ingrepp i bolagets avtalsförhållande till sina kunder”, och inte en stridsåtgärd i arbetsrättslig mening. Revisionssekreteraren i HD föreslog att domen skulle innehålla meningen ”Även om den påstått skadegörande handlingen utgjort ett led i en av Industrifacket genomförd facklig stridsåtgärd är tvisten därför inte en arbetstvist.” HD tar emellertid inte med denna tankegång i sin dom, och uttalar istället att frågan i målet handlar om ett otillbörligt ingrepp i avtalsförhållande med tredjeman, samt om vilken domstol som är behörig att avgöra saken. 1999 års dom är således inte ett prejudikat avseende stridsåtgärder, som ju är ett arbetsrättsligt begrepp.

Sammanfattningsvis saknar NJA 1999 s. 745 bäring på den här omdiskuterade tvisten avseende allmän domstols behörighet ifråga om mål om stridsåtgärder, eftersom det ligger i sakens natur att stridsåtgärder vidtas mot motparten arbetsgivaren och ingen annan. ”Stridsåtgärder” som vidtas mot annan än arbetsgivaren är otillbörliga ingrepp i avtalsförhållanden, och hör till allmän domstols behörighet.

### 7.5.6 Slutsats

Vi menar att det saknas stöd i rättskällorna för beslutet att allmän domstol ska pröva den aktuella tvisten. LRA är, menar vi, tillämplig och AD är därför i alla händelser fullföljdsinstans. Det är också klart att HD:s hantering av tvisten ger en god illustration till behovet av en särskild hantering, i form av en specialdomstol, för arbetsmarknadens rättstvister.<sup>81</sup>

Mot bakgrund av HD:s uttalande i forumfrågan (p. 5 i mellandomen, se ovan 7.4) finns anledning att framhålla att förarbetenas uttalande om AD:s behörighet inte är begränsade till ”betydelse [...] enligt de arbetsrättsliga reglerna”; snarare måste avsikten vara att samtliga tvister om stridsåtgärder ska prövas av AD. LRA pekar ut 41 §, 41 b § och 41 c § MBL (2 kap. 1 § 4 st. LRA). Hovrätten menade att ”det inte rörde sig om en stridsåtgärd på det sätt att AD blir behörig”. Vi menar att hänvisningen i 2 kap. 1 § 4 st. LRA till 41 § MBL avser stridsåtgärdsbegreppet som sådant och inte frågan om huruvida en stridsåtgärd, när parterna bundit sig till varandra genom kollektivavtal, skulle strida mot punktförbuden i 41 § MBL. Redan av p. 1 i HD:s dom framgår att det handlar om en stridsåtgärd som omfattas av stridsåtgärdsbegreppet i 41 § MBL.<sup>82</sup> Vi menar således att tvisten omfattas av 2 kap. 1 § 4 st. LRA. Om Hovrättens uppfattning om detta lagrum i LRA skulle hållas för riktig (dvs. att tvisten inte aktualiserar en stridsåtgärd enligt 2 kap. 1 § 4 st. LRA), så skulle det innebära att prövningen av samtliga frågor med anledning av stridsåtgärder mot utanförstående (icke kollektivavtalsbundna) arbetsgivare inte skulle omfattas av LRA, och att AD inte skulle vara behörig att pröva dessa frågor. Ett antal klassiska prejudikat från AD skulle sålunda därmed vara att uppfatta som uttryck för domvilla. Hovrättens uppfattning är emellertid felaktig; LRA är tillämplig på den typen av tvister.

En angränsande problematik handlar om huruvida 2 kap. 1 § 4 st. också innebär att AD är exklusivt forum i de fallen. Ett argument för det är att 2 kap. 1 § LRA i övrigt definierar de situationer i vilka AD är exklusivt forum. Vidare talar även förarbetenas formulering om att AD ”alltid skall pröva tvist om stridsåtgärd som första instans” för det.

Det är klart att tvisten avser parterna i deras egenskap av arbetsgivare och arbetstagare;<sup>83</sup> avgörande för utgången i målet är vad som förekommit mellan bolaget (arbetsgivaren) och Byggnads (arbetstagarna), när facket sökte reglera förhållandet mellan bolaget och dess anställda. Oavsett om käranden argumenterat med stöd i Europakonventionen eller i utomobligatoriskt skadeståndsan-

<sup>81</sup> Detta utvecklar vi i nästkommande avsnitt om den materiella prövningen i mellandomen.

<sup>82</sup> Jfr även den allmänna beskrivningen av Byggnads verksamhet i p. 25 om att kollektivavtal har betydande genomslag på löner.

<sup>83</sup> Prop. 1974:77, s. 138. Jfr HD:s beslut den 2015-12-04 i mål T-5993-14 om att undanröja en hovrättsdom och överlämna målet till AD eftersom ”Anställningsavtalen ingår som ett nödvändigt moment för [kärandens] talan”.



svar, så handlar det om bolaget i dess egenskap av arbetsgivare och Byggnads i dess egenskap av företrädare för arbetstagarna.

Den aktuella mellandomen rör sig på kärnområdet för LRA:s tillämplighet, och på det område som lagstiftaren hänvisat till AD:s behörighet.

## 8. Den materiella frågeställningen: skadestånd för stridsåtgärder i strid med Europakonventionen?

### 8.1 Mellandomstemat ånyo

Vi diskuterar i det följande ett antal materiella frågor som domen ger upphov till. Vi antar att yrkandena är alternativa, och att endast förstahandsyrkandet (den från bolaget till ägaren överlåtna fordringen på skadestånd) *eller* andrahandsyrkandet (ägarens egen talan om skadestånd) kan vinna bifall. Det finns anledning att återigen erinra om temat för mellandomen så som det formulerades i HD.

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

Ett första konstaterande är att det framstår som om i varje fall delar av andrahandsyrkandet – oavsett om detta är alternativt eller kumulativt – är utanför temat för mellandomen. Temat är ju inriktat på skador som bolaget lidit. Ägarens eventuella rätt till ersättning har således inte prövats i mellandomen.

Framförallt förefaller mellandomen ge en ram för bedömning av frågan om ersättning för ren förmögenhetsskada vid stridsåtgärder i strid med Europakonventionen.

### 8.2 Mellandomens struktur och innehåll: stridsåtgärder och allmänna skadeståndsrättsliga principer

Prövningen i HD utgår från ett antagande om att de vidtagna stridsåtgärderna kränker olika rättigheter upptagna i Europakonventionen. HD tar sålunda inte själv ställning till den i sig omdiskuterade frågan om relationerna mellan strejkrätten och Europakonventionen.

Efter några inledande anmärkningar om Europakonventionen uttalade HD att en stridsåtgärd som är oförenlig med konventionen inte omfattas av grundlagsskyddet och tillade att grundlagsregleringen (dvs. 2 kap. 14 § RF) i sig inte hind-

rar att en stridsåtgärd som utgör en konventionskränkning utlöser skadeståndsansvar (p. 21). Därefter prövade domstolen om Byggnads kunde jämföras med staten, och drog slutsatsen att förbundet har en i förhållande till staten självständig ställning (p. 24). Även om kollektivavtalen har ett ”betydande genomslag på löner och vissa andra anställningsvillkor” kunde de inte sägas utgöra offentlig normbildning. Det fanns således inte grund att jämföra Byggnads med en statlig organisation vid tillämpning av Europakonventionen (p. 26). Inte heller ansåg HD att Europakonventionen hade direkt horisontell effekt. Därefter gick HD över till att pröva om skadestånd skulle utgå med tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer. HD:s framställning av metoden för ställningstagande till om skadestånd ska utgå väcker många frågor.

### **8.3 Från ideellt skadestånd i HD till allmänt skadestånd i AD? Betydelsen av arbetsrättens sanktionssystem**

Både första- och andrahandsyrkandet avsåg ideellt skadestånd om 200 000 kr. HD:s prövning inleddes med en redogörelse för uppdelningen mellan sak- och personskada, ren förmögenhetsskada och ideella skador. HD fann inte anledning att frångå det sedvanliga kravet om lagstöd för skadestånd för ideell skada (p. 33) och ogillade den del av talan som rörde det ideella skadeståndet.

På den här punkten finns anledning att återkoppla till HD:s formulering om ”betydelse [...] enligt de arbetsrättsliga reglerna” i diskussionen om uppdelningen mellan allmän domstol och AD. Bolaget hade tidigare väckt talan om stridsåtgärdernas lovlighet i AD, men valde sedermera att återkalla den talan (se avsnitt 6.4). Vilken betydelse skulle de arbetsrättsliga reglerna kunna ha utifrån samma antagande som förelåg i HD; dvs. att stridsåtgärderna utgjorde en kränkning av Europakonventionen? Om tvisten hade handlagts enligt LRA, så hade den även kunnat lösas utifrån de arbetsrättsliga reglerna, och i det läget kunde det ha diskuterats om det inte fanns grund för att döma ut ideellt skadestånd.

Vi antar att för den händelse stridsåtgärder skulle anses vara i strid med Europakonventionen, så finns det även utrymme för AD att fastställa att stridsåtgärderna är olovliga, alternativt otillåtna, och att den stridande organisationen som en följd därav ska avsluta stridsåtgärden. Denna bedömning skulle kunna ta formen av att stridsåtgärderna förklarades vara i strid med MBL:s förbud mot att organisationer medverkar till olovliga stridsåtgärder (42 § MBL),<sup>84</sup> och därmed bli föremål för MBL:s sedvanliga sanktion; det allmänna skadeståndet (54–55 §§ MBL).<sup>85</sup> Ett sådant ställningstagande av AD antar vi också skulle åtnjuta de inblandade organisationernas respekt. Det allmänna skadeståndet

<sup>84</sup> Jfr AD 1989 nr 120 Britannia.

<sup>85</sup> Talan om skadestånd med anledning av olovlig stridsåtgärd ska väckas inom tre månader från det att åtgärden avslutats (67 § MBL).

inrymmer ett avskräckande element, och kan således sägas motsvara ett sådant ideellt skadestånd som hade yrkats i det här omdiskuterade målet.<sup>86</sup> På detta vis hade tvisten kunnat avgöras av AD inom ramen för det gängse arbetsrättsliga systemet och med stöd av detta systems befintliga sanktionssystem.

AD:s rättsbildande funktion hade kunnat få verka, till skillnad från vad som gäller för allmän domstol, som ju är förhindrad att tillämpa MBL (hovrätt eller HD ska överlämna ett mål till AD om den finner att MBL är tillämplig – eftersom det då rör sig om en arbetstvist<sup>87</sup>). Sammanfattningsvis kan sägas att det faktum att mellandomen avgjordes i HD och inte i AD möjligen kostat käranden det ideella skadeståndet och helt säkert kostat rättsbildningen på arbetsmarknaden ett prejudikat som skulle bidragit till att sammanjämka utvecklingen på europeisk nivå kring mänskliga rättigheter med den svenska arbetsrättsens etablerade sanktionssystem.

## 8.4 Ren förmögenhetsskada?

### 8.4.1 Inledning

Efter att ha avfärdat det ideella skadeståndet prövade HD om det i en situation som denna kan föreligga ansvar för ren förmögenhetsskada, dvs. sådan ekonomisk skada som inte har samband med sak- eller personskada. HD inledde med ett antal allmänna uttalanden för att därefter övergå till att avgöra tvisten. I denna del synes HD:s dom vara utanför mellandomstemat.

Ifråga om ansvar för ren förmögenhetsskada fäste HD inledningsvis avgörande vikt vid att skadan ska ha orsakats av ett förfarande som var att uppfatta som *kvalificerat otillbörligt*.<sup>88</sup> En rättighetskränkning i sig är alltså inte tillräcklig för skadeståndsansvar. Ansvar för ren förmögenhetsskada föreligger emellertid om ”det rättighetskränkande handlandet med hänsyn till *omständigheterna* är att anse som *kvalificerat otillbörligt*” (vår kursivering).

<sup>86</sup> Se om de arbetsrättsliga sanktionerna T. Sigeman, Bot, plikt och skadestånd. Om påföljder för kollektivavtalsbrott i nordisk rätt, i Vänbok till Axel Adlercreutz (1983) och E. Sjödin, Ett europeiserat arbetstagarinflytande: en rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige (2015) s. 284 ff. Jfr AD 2009 nr 89 och AD 2015 nr 70.

<sup>87</sup> Se 2 kap. 7 § LRA och vidare ovan avsnitt 7.1 om begreppet arbetstvist.

<sup>88</sup> HD:s ställningstagande bygger på domen NJA 2005 s. 608 Max och Frasses, som gällde skadeståndsskyldighet på utomobligatorisk grund för ren förmögenhetsskada i samband med en överlåtelse av ett hyreskontrakt. Se vidare H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (2013) s. 273 ff. Vi anser vidare att NJA 2005 s. 608 ska förstås som ett uttryckligt stöd för att arbetslivets tvister inte ska hanteras med stöd av de principer som användes i domen för att lösa den där aktuella tvisten. I NJA 2005 s. 608 återfinns nämligen formuleringen ”jämför dock på arbetsrättens område NJA 1925 s. 85 och NJA 1935 s. 300” – och dessa båda fall handlar om stridsåtgärder som inte givit upphov till skadeståndsskyldighet.

Ren förmögenhetsskada ska det föras bevisning om, och skadan ska visas i termer av ett belopp för att kunna ersättas.<sup>89</sup>

HD inriktade därefter sina domskäl på att undersöka vilka förfaranden som ska anses vara kvalificerat otillbörliga, och det är detta som utgör domens materiella innehåll i termer av prejudikat. HD:s diskussion om faktorer som påverkar bedömningen *om* skadestånd ska utgå är, med Håkan Anderssons term, att uppfatta som ”restriktivitetsmarkörer”.<sup>90</sup> Vi har identifierat fem sådana restriktivitetsmarkörer; den europeiska rättighetsdimensionen, den svenska regeringsformen, uppsåt, förutsägbarhet och förekomsten av arbetsrättsliga konsekvenser. Den följande analysen av HD:s dom är således strukturerad efter detta mönster.

Vi invänder mot hur HD framställer prövningen om skadestånd ska utgå, och inte mot skadeståndsskyldigheten som sådan.<sup>91</sup>

#### 8.4.2 Den europeiska rättighetsdimensionen

HD framhåller inledningsvis att det är svårt att göra generella uttalanden om vad som ska anses som ”så kvalificerat otillbörligt” att ansvar för ren förmögenhetsskada är befogad, och därefter anges (vår kursivering):

Men vid bedömningen av *om* ett handlande ska föranleda skadeståndsansvar bör det förhållandet att det rör sig om en konventionsskyddad rättighet *väga tungt*. Hur stor vikt som förhållandet ska tillmätas kan variera med vad för slags rättighet det rör sig om och med kränkningens natur i övrigt. När det gäller kränkningar av det slag som är aktuella i målet – stridsåtgärder som är oförenliga med Europakonventionen – måste t.ex. beaktas de *värderingar* som bestämmelsen i 2 kap. 14 § regeringsformen är ett uttryck för.

HD:s uttalande rör uttryckligen om det överhuvudtaget ska utgå skadestånd. Inledningsvis ska det väga tungt att det rör sig om en konventionsskyddad rättighet. Även om mellandomen bygger på ett antagande om kränkning av konventionen är HD:s resonemang ofullständigt eftersom domstolen underlåter att klargöra vems skyddade rättighet det är som ska väga tungt. Stridsåtgärder är som sådana omfattade av ett rättighetsskydd, bl.a. i Europakonventionen (art. 11).<sup>92</sup> Både arbetsgivarsidan och arbetstagersidan är i denna situation bärare av både positiv och negativ föreningsfrihet (bolaget får inte tvingas in i arbetsgivarorganisationen Sveriges Byggindustrier). Rättighetsargument är således i en situation som denna inte ensidiga, utan utgörs i sig alltid av en avvägning mellan de

<sup>89</sup> I 35 kap. 14 § RB återfinns en regel om bevislättnad i sammanhanget.

<sup>90</sup> H. Andersson, EKMR och allmänna skadeståndsprinciper (I) – betydelsen av argumentationsstrukturer och rättsliga avvägningar, Infotorg 2016.

<sup>91</sup> Jfr T. Sigeman, Grundlagsskydd för facklig stridsrätt: Några svenska erfarenheter, JFT 2008 s. 156–173, s. 162 f.; med hänvisning till just NJA 2005 s. 608 Max och Frasses förutsåg Sigeman delvis denna utveckling.

<sup>92</sup> Se ovan avsnitt 3.

båda rättighetsbärarnas intressen.<sup>93</sup> Ifråga om granskningsarvoden aktualiseras även skyddet för äganderätten – men också denna rättighet ska ju balanseras mot andra värden och intressen.<sup>94</sup>

Denna avvägningsoperation vid rättighetstillämpning i civilrättslig kontext är invecklad, och behovet av vägledande uttalanden är stort. HD:s uttalande om att rättighetsskydd ska väga ”tungt” vid bedömningen om skadestånd för ren förmögenhetsskada ska utgå framstår som oprecist och föga klargörande. HD förefaller dessutom felaktigt uppfatta detta rättighetsskydd som ensidigt, när i själva verket båda parterna i tvisten bär detta skydd – och det är mot denna bakgrund som bedömningen av frågan om ansvar för ren förmögenhetsskada ska utföras. I ett fall som detta menar vi att Europakonventionen inte endast vässar kärandens svärd, utan även stärker svarandens sköld.

Det i HD bestämda temat bygger på ett antagande om stridsåtgärder i strid med Europakonventionen (art. 11) och tilläggsprotokollet om äganderätt till konventionen. Mellandomen analyserade särskilt förhållandet mellan Europakonventionen och regeringsformen, och domstolen uttalade att stridsåtgärder i strid med Europakonventionen inte omfattas av grundlagens skydd. Ett alternativt sätt att uttrycka detta på hade varit att framhålla att Europakonventionen (som i Sverige antagits som lag), utgör en inskränkning av rätten att vidta stridsåtgärder, som utfärdats på det sätt som regeringsformen kräver för denna typ av rättighetsinskränkningar.

Det som emellertid inte diskuteras är i vilken utsträckning som regeringsformen (2 kap. 14 § RF) överlappar Europakonventionens skydd för föreningsfriheten, dvs. rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar i syfte att skydda sina intressen (art. 11). Det är numera i princip klart att den rätten även omfattar strejk (den mer exakta innebörden av detta är föremål för diskussion).<sup>95</sup> Att vidtagande av stridsåtgärder i sig är skyddat av föreningsfriheten, och att även arbetstagarna har ett skydd för äganderätten, är relevant att beakta vid bedömningen av om skadestånd ska utgå.

#### 8.4.3 De svenska grundlagarna och domstolarnas roll i rättsutvecklingen

HD framhöll särskilt (se citatet i avsnittet strax ovan) att i prövningen om skadestånd för ren förmögenhetsskada ska utgå ”måste” även beaktas de *värderingar som grundlagsskyddet för stridsåtgärder uttrycker*. Vad syftar HD på här? Vilka

<sup>93</sup> Se t.ex. H. Collins, On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law, i Constitutionalization of European Private Law: XXII/2 (2014).

<sup>94</sup> P. Herzfeld Olsson, Every Natural or Legal Person is Entitled to the Peaceful Enjoyment of His or Her Possessions: Article 1, Protocol 1 to the European Convention on Human Rights, i The European Convention on Human Rights and the Employment Relation (2013) s. 381–414.

<sup>95</sup> Se i not 29 angiven rättspraxis från Europadomstolen.

i sammanhanget relevanta slutsatser kan dras av att den svenska grundlagen skyddar möjligheten att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden?

AD har för sin del redan ställts inför denna fråga. I AD:s praxis har grundlagsskyddet för stridsåtgärder givits s.k. ”civilrättslig verkan” av innebörd att ”Arbetsdomstolen inte får införa någon begränsning i den fackliga stridsrätten som inte har stöd i lag eller avtal”.<sup>96</sup> Utredningen om ett förstärkt förlikningsmannainstitut anförde att ”Regeringsformen hindrar att det utvecklas domstolspraxis, som begränsar stridsrätten, utan att det finns stöd i lag eller avtal.”<sup>97</sup> HD, däremot, förefaller inte dra den typen av slutsatser av grundlagsregleringen; istället diskuterar HD införandet av ansvar för ren förmögenhetsskada utifrån ”allmänna skadeståndsrättsliga principer”, och alltså inte utifrån lag eller avtal, som regeringsformen kräver.

Vi menar att det mest framträdande ”värdet” i grundlagstadgandet är att utrymmet att vidta stridsåtgärder inte får minskas hursomhelst, utan att detta måste ske i särskilda former; antingen genom lagstiftarens agerande (med den demokratiska förankring detta är förknippat med) eller genom arbetsmarknadsparternas agerande (med den särskilda legitimitet i arbetslivet detta är förknippat med). HD ser sig emellertid inte förhindrad att diskutera att själv införa begränsningar – dvs. skadeståndssanktionen<sup>98</sup> – i rätten att vidta stridsåtgärder. En annan central värdering som uttrycks i regeringsformens regel som skyddar stridsåtgärder på arbetsmarknaden är, menar vi, att utrymmet för stridsåtgärder är möjlig att ingå avtal om. Grundlagen skyddar på detta sätt arbetsmarknadsparternas möjligheter att själva – alltså utan statlig inblandning (inbegripet domstolar och andra myndigheter) reglera förhållandena på arbetsmarknaden. Den kollektiva autonomi som arbetsmarknadsparterna är bärare av, är enligt vår mening grundlagsskyddad. Om lagstiftaren vill ingripa i hur maktkampen på arbetsmarknaden bedrivs, måste det i alla händelser ske i lag och efter grundliga överväganden. HD ansåg något tidigare i domen att det inte var möjligt att bortse från det gängse kravet på lagstöd för att döma ut ideellt skadestånd – men strax därefter är HD, helt utan förklaring eller motivering, tydligen beredd att utan lagstöd införa inskränkningar i rätten att vidta stridsåtgärder. Vi menar att den försiktiga hållning som HD intog ifråga om ideellt skadestånd är desto mer påkallad ifråga om rätten att vidta stridsåtgärder.

<sup>96</sup> AD 2003 nr 46 och vidare K. Källström, J. Malmberg & S. Öman, Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok (2016) s. 51.

<sup>97</sup> SOU 1998:141 Medling och lönebildning. Slutbetänkande från utredningen om ett förstärkt förlikningsmannainstitut, s. 315.

<sup>98</sup> Jfr AD 2009 nr 89.

#### 8.4.4 Uppsåt

HD förefaller vara av uppfattningen att rättstillämpningen i den aktuella domen representerar någon form av förlängning av skadeståndsrättens reglering av ansvar för ren förmögenhetsskada pga. brottsligt handlande (2 kap. 2 § SkL): HD uppställer nämligen kravet att uppsåt i ”allmänhet” ska gälla ifråga om sådant kvalificerat otillbörligt handlande som inte är brottsligt (p. 37).<sup>99</sup> På den här punkten framstår det som om HD inte är helt på det klara över vad en stridsåtgärd i sig är. Definitionsmässigt är önskan att åsamka skada en aspekt av konceptet stridsåtgärd. Reinhold Fahlbeck, exempelvis, talar om att stridsåtgärder bryter mot den grundläggande principen i rättsstater att avsiktlig skada inte ska tillfogas annan.<sup>100</sup> Mot bakgrund av att önskan att orsaka ren förmögenhetsskada är en oskiljaktig del av stridsåtgärdsbegreppet, framstår det som oklart vad HD föreställer sig att uppsåtet ska omfatta. Med beaktande av grundlagsskyddet för rätten att vidta stridsåtgärder är det inte möjligt eller tänkbart att HD skulle avse att redan uppsåtet att orsaka skada i sig skulle tala för skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada.<sup>101</sup>

En alternativ förståelse som gör kravet på uppsåt begripligt är att det är konventionsstridigheten som ska omfattas av uppsåtet, och då insnävas utrymmet för att döma ut skadestånd för ren förmögenhetsskada avsevärt. Det måste i så fall avse en faktisk vilja att kränka Europakonventionen, och en sådan inställning kan endast konstateras i relation till vid tiden för åtgärden redan existerande praxis från Europadomstolen.

#### 8.4.5 Värdena förutsebarhet och proportionalitet

HD anförde (p. 38) att det finns anledning att vara återhållsam med att införa skadestånd som en sanktion för rättighetskränkningar som drabbar ett stort antal. Domstolen hänvisar vidare till tidigare avgöranden och till s.k. ”praktisk hanterlighet”. Det framstår som oklart vilken betydelse dessa tankegångar har för ställningstagandet till om skadestånd ska utgå. Särskilt mot bakgrund av att arbetsmarknadsreglering till sin natur är kollektiv, framstår diskussionen som ofullgånge.

Vidare, skriver HD, föreligger ett krav på proportionalitet mellan den skadegörande handlingen och ansvarets omfattning. HD:s diskussion på den här

<sup>99</sup> Vilken uppsåtsform (direkt, indirekt, likgiltighets- osv.) som kan accepteras utvecklas inte.

<sup>100</sup> R. Fahlbeck, Stridsåtgärder, särskilt sympatiåtgärder, på arbetsmarknaden och kollektiv reglering av anställningsvillkor. En internationell jämförelse (2007) s. 53. Jfr AD 2013 nr 34 i vilken dom förekommer uttalandet ”stridsåtgärder regelmässigt syftar till att skada någon på andra sidan”. Se även A. C. L. Davies, One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ, *Industrial Law Journal* 2008 s. 126–148.

<sup>101</sup> Se ovan avsnitt 8.4.3 om grundlagsskyddets (2 kap. 14 § RF) civilrättsliga verkan.

punkten bör relateras till att förslag om att införa ett krav om att stridsåtgärder måste vara proportionerliga för att vara tillåtna har avvisats av lagstiftaren.<sup>102</sup>

#### 8.4.6 Etablerad regelordning och arbetsrättsliga konsekvenser

HD avslutade genomgången av allmänna skadeståndsrättsliga principer med att undersöka vad som kan sägas tala emot ansvar för ren förmögenhetsskada. Här handlar det framförallt om huruvida det föreligger en s.k. ”etablerad regelordning”; och dessutom ska de ”arbetsrättsliga konsekvenserna” av att stridsåtgärden kränker en konventionsrättighet beaktas (p. 39).

Frågan om vilken domstol som är behörig att pröva tvisten gör sig därmed återigen påmind. HD gjorde i sin dom ansvar för ren förmögenhetsskada avhängigt innehållet i en ”etablerad regelordning” – alltså lagstiftning som den inte är behörig att pröva (eftersom AD är behörig). HD:s formulering antyder rentav att domstolen är medveten om att den inte kan uppfylla sin prejudikatbildande funktion i det här målet. En av själva poängerna med en prövning i högsta instans – utvecklandet av prejudikat som förtydligar rättens innehåll för de berörda parterna – är således inte för handen, eftersom den främmande ”regelordningen” och de ”arbetsrättsliga konsekvenserna” av ett visst agerande måste hållas som en okänd faktor. I HD blir arbetsrätten en form av black box med ett innehåll som inte kan utredas ordentligt. Frågor kring (arbets-)rättsliga konsekvenser av avtal i strid med Europakonventionen är dessutom särskilt invecklade och delikata.

I sammanhanget är det dessutom intressant att dra sig till minnes att bolaget inledningsvis faktiskt beslutat sig för att avstå från att få sin sak prövad med stöd av den arbetsrättsliga ”etablerade regelordningen”; bolaget önskade inte få sin sak prövad inom ramen för en process om stridsåtgärdernas lovlighet i AD (och en sådan process hade kunnat inkludera yrkande om skadestånd).<sup>103</sup>

Det är oklart vad som närmare avses med att stridsåtgärderna som målet handlar om skulle vara oförenliga med EKMR; det förefaller snarast som att avsikten är att påstå att det är kraven ställda i samband med stridsåtgärderna som skulle vara oförenliga med EKMR. Enligt regleringen av stridsåtgärder (dvs. den ”etablerade regelordningen” med HD:s formulering) påverkar utformningen av kraven inte rätten att vidta stridsåtgärder, men ett ingånget avtal kan sedermera komma att bli föremål för jämkning, och den sedvanliga sanktionen allmänt skadestånd kan inte utkrävas av den part som bryter mot ett otillåtet (dvs. som strider mot EKMR) avtal.<sup>104</sup> Av HD:s formulering att döma förefal-

<sup>102</sup> SOU 1998:141, s. 311–323, s. 337–340, prop. 1999/2000:32, s. 91 ff., Utskottsbetänkande 1999/2000:AU5, s. 35–37.

<sup>103</sup> Se ovan avsnitt 5.

<sup>104</sup> Jfr AD 2012 nr 74.



ler istället konventionsstridigheten vara för handen redan vid framställandet av avtalskraven (dvs. att de inkluderade krav om granskningsarvoden).

Till det som normalt sett utgör en arbetsrättslig ”konsekvens” hör att stridsåtgärder förklaras olovliga och att den som vidtagit en viss åtgärd förpliktas att utge skadestånd (42 § och 54–55 §§ MBL; se ovan). Det finns således en etablerad regelordning för att hantera de arbetsrättsliga konsekvenserna av fackförbundets agerande, men denna är förbehållen AD att tillämpa.

### 8.5 Svaret till mellandomstemat: majoritet, minoritet och mittemellan

HD:s majoritet besvarade mellandomstemat (p. 40–42) genom att inledningsvis framhålla att regeringsformen (2 kap. 14 § RF) i sig inte hindrar att stridsåtgärder som utgör en kränkning av Europakonventionen utlöser utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Rättighetskränkningen som sådan är emellertid inte tillräcklig för ansvar för ren förmögenhetsskada. Inte heller följer ansvar av en direkt tillämpning av Europakonventionen såsom svensk lag eller av en konventionskonform tolkning av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Mellandomstemat skulle således besvaras nekande; Byggnads är inte skyldigt att betala ersättning till ägaren för de skador som bolaget kan ha orsakats som följd av stridsåtgärderna, som med stöd av antagande är i strid med Europakonventionen.

Efter att HD besvarat mellandomstemat, och alltså slitit den aktuella tvisten, lämnade domstolen ytterligare en upplysning (p. 43): oaktat att skadestånd inte kan utgå enbart på grund av rättighetskränkningen är ersättning för ren förmögenhetsskada inte utesluten med hänvisning till de allmänna skadeståndsrättsliga principer<sup>105</sup> som HD precis redogjort för – det av Hovrätten uppställda mellandomstemat ska således besvaras jakande. HD:s uttalande får uppfattas som *obiter dictum* och dessutom anses stå i konflikt med instansordningens princip. HD förefaller säga att två olika saker har prövats i Hovrätten och i HD.

HD var enigt om slutet (att besvara mellandomstemat nekande), men inte om motiveringen. Två Justitieråd ville stryka majoritetens resonemang om regeringsformen (2 kap. 14 § RF) samt avsnittet i vilket domstolen utvecklade de allmänna skadeståndsrättsliga principerna. De skiljaktiga menade att det var statens uppgift att motverka konventionskränkningar, och att staten inte ska tillhandahålla en enskild part maktmedel för att genomdriva konventionskränkande anspråk – men likväl att detta var en annan sak än att ålägga en enskild skadeståndsansvar för fackliga stridsåtgärder. För att göra det, menade minoriteten, krävdes med hänvisning till grundlagen (2 kap. 14 § RF) uttryckligt lagstöd. De skiljaktiga ansåg således att regeringsformen utgjorde ett hinder mot att, med stöd av allmänna skadeståndsrättsliga principer, införa ansvar för ren förmögenhetsskada på den här punkten.

<sup>105</sup> Se ovan främst avsnitt 8.4.

## 9. Avslutning och sammanfattning

Vi har i det ovanstående visat att HD dömt i en fråga som AD rätteligen borde avgjort.<sup>106</sup> Detta har inneburit att arbetsmarknadens parter dels berövats möjligheten att medverka i rättstillämpningen (som ledamöter i AD), dels att den domstol som historiskt sett förtjänat och förvaltats arbetsmarknadsparternas förtroende inte fått möjlighet att uttolka rättsreglerna i tillämpning på arbetsmarknaden. Vi har dessutom visat att HD i NJA 2015 s. 899 bidragit till att fördunkla regleringen av stridsåtgärder på arbetsmarknaden på ett flertal punkter. Om HD även fortsättningsvis kommer att anse sig behörig att vägleda arbetsmarknadsparterna om arbetsmarknadsstridens förutsättningar framstår detta domstolens förhållningssätt till arbetsrättens källor som en anledning till oro. Vi har pekat på flera oklara avsnitt i NJA 2015 s. 899, men också några som framstår som svåra att förena med gängse relevanta rättskällor. Det är därmed svårt att argumentera för att HD här lämnat ett bidrag till ledningen av rättstillämpningen på arbetsmarknaden. HD, menar vi, visar i denna dom prov på oförsiktighet i hur domskälen ska inpassas och förenas med arbetsrättens källor.

Om HD:s synsätt på arbetsmarknadsparternas handlingsutrymme så som det uttryckts i NJA 2015 s. 899 vinner efterföljd i rättstillämpningen kan detta leda till ett förrättsligande av arbetsmarknadsrelationerna i allmänhet och arbetsmarknadsstriden i synnerhet – och en sådan utveckling vore alldeles avgjort ett brott med långvariga och djupt förankrade traditioner på den svenska arbetsmarknaden. Det står klart att lagstiftaren inte själv velat slå in på den väg för arbetsmarknadsrelationerna som HD tagit – att förrättsliga arbetsmarknadsstriden – och därför vore det eftersträvansvärt om HD lämnade dessa frågor till den relevanta specialdomstolen, eller åtminstone inväntade nya initiativ från lagstiftaren om partsautonomins ställning i svensk (arbets)rätt.

<sup>106</sup> Situationen skulle kunna karaktäriseras som ett specialfall av en aktivistisk (i relation till specialdomstolen AD) domstol – men även andra synsätt har fog för sig. Jfr t.ex. diskussionen i F. Wersäll, En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, SvJT 2014 s. 1–8, med replik från O. Wiklund, Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet — löper domstolen amok?, SvJT 2014 s. 335–346 och även M. Derlén & J. Lindholm, Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen, SvJT 2016 s. 143–158. Jfr även T. Hästad, Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden, JT 2016–17 s. 102–121.