

# Om uppkomsten av allmänna skadeståndsprinciper – exemplet contra bonos mores som en dolusprincip i svensk rätt\*

JAN KLEINEMAN\*\*

## Inledning

Att svensk liksom övrig skandinavisk förmögenhetsrätt ofta går att föra tillbaka till tysk rätt innebär inte att den nordiska förmögenhetsrätten skulle vara en blåkopia på tysk rätt. Även inom den nordiska rättsfamiljen finns stora skillnader såväl vad gäller allmänna rättsprinciper som mer speciella allmänna rättsregler.

*Chikan- eller dolus tanken* som kanske kommit till sitt bästa uttryck i den tyska civilkodifikationen BGB § 826<sup>1</sup> som utgår från en slags rättslig måttstock baserad på rådande samhällsmoral – *bonos mores* – som grund för skadestånd vid uppsåtliga handlingar. Man kan för svensk rätts del jämföra med 33 § avtalslagen som uttrycker något liknande, men blott för avtals ogiltighet. På samma sätt som ett avtal kan förklaras vara ogiltigt om ett återopande på det samma skulle anses *strida mot tro och heder* föreskriver BGB § 826 att en gärning kan medföra skadestånd om den vidtagits *uppsåtligen och i strid mot goda seder*. Någon motsvarighet till denna skadeståndsbestämmelse finns inte uttryckt i den svenska skadeståndslagen och frågan har för svensk rätts del varit placerad i det skymningsmörker där flera allmänna principer om ren förmögenhetsskada länge har varit placerade. Om gärningen befunnits innefatta en brottslig gärning och om straffstadgandet dessutom bedömts vara

\* Uppsatsen har tidigare publicerats i Edlund, Lars m.fl. (red.), Festskrift till Stefan Lindskog, Jure, Stockholm, 2018, s. 23 ff.

\*\* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Jfr Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 beträffande tysk rätt s. 399.

ägnat att skydda mot skada hos tredje man har det ansetts vara okomplicerat att utdöma skadestånd men om beteendet varit kvalificerat otillbörligt har i avsaknad av en generell chikanregel rättsläget ofta varit oklart.

Det rättsområde där man ansett att kopplingen till ett krav på brottslig gärning för utdömandet av skadestånd vid ren förmögenhetsskada haft verklig relevans har tveklöst varit arbetsrätten och konkurrensrätten. Särskilt på det förra området har de politiska implikationerna av ”ingrepp” mot t.ex. strejk- och blockadrätten inneburit att domstolarna föredragit att avhålla sig från s.k. rättsstridighetsbedömningar i de fall där man hade haft att t.ex. pröva proportionaliteten mellan åtgärden och syftet eller effekten av densamma. De två ledande avgörandena var NJA 1925 s. 85 och NJA 1935 s. 300. I det förra fallet befanns inte åtgärden vara ”rättsstridig” medan i det senare fallet domstolens majoritet noterade att gärningen inte hade varit ”lagstridig” medan endast en ledamot ville hålla fast vid den tidigare valda rättsstridighetslokutionen.

NJA 1935 s. 300 framstår i efterhand inte bara som det första säkra fallet på att det fanns viss grund för att svensk rätt iakttog en viss och i komparativ belysning osedvanlig koppling mellan kravet på ersättning för ren förmögenhetsskada och kravet på förevaro av brottslig gärning, men även att den vid tiden hårt kritiserade rättsstridighetslokutionen 1935 verkar ha övergivits även i det praktiska rättslivet. Den lundstedtska rättsfilosofin slog igenom i domsskrivandet om man så vill!<sup>2</sup>

Rent konkret rörde det sig oftast om sådana situationer där blockader och bojkotter tillgreps för att förmå arbetsgivare att teckna kollektivavtal genom att man förmådde allmänheten att inte göra affärer med näringsidkaren eller förhindra denne att nå ut till allmänheten med sina varor. Gick man över gränsen och befanns det t.ex. att man gjort sig skyldig till egenmäktigt förfarande, var t.ex. arbetsdomstolen redo att döma ut skadestånd men så länge åtgärden – hur oproportionerlig den än framstod i förhållande till syftet – inte var brottslig, så ansågs det inte finnas någon grund för skadestånd.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Jfr här till den fräna diskussionen mellan V. Lundstedt och hans danska kollega Henry Ussing, *Retstridighed*, Köpenhamn 1949.

<sup>3</sup> Att man i Finland med en närmast likartad skadeståndslag ansett sig redan 1985 kunna utdöma skadestånd i förhållanden liknande de i NJA 2015 s. 899 framgår av rättsfallet KKO:1985-II-118, där finska Högsta domstolen fann att ett försök att få en ny ägare att betala den gamle ägarens skulder genom att försöka tvinga den nya ägaren att betala fordringar för vilka förvärvaren enligt lag inte var ansvarig ansågs de fackliga organisationerna ha verkat i strid med god sed. Jfr Kleineman, a.a. s. 276 med hänvisning till liknande bedömningar i Danmark och Norge.

Denna form av lagpositivism, utgör närmast således en avsaknad av en rättsstridighetsformel inom vilken proportionaliteten kunde prövas, framstod som en tydlig skillnad mellan svensk och kontinental skadeståndsrätt men även i förhållande till skadeståndsrätten i övriga nordiska stater där rättsstridighetsbegreppet aldrig kom att utdömas varken i domstolarna eller inom rättsvetenskapen. Den framstående danske rättsteoretikern Henry Ussing gav ett berömt svar till sin uppsaliensiske kollega i den lilla men mycket inflytelserika skriften ”*Retstridighed*” där han avvisade Lundstedts kritik mot att detta och liknande begrepp skulle vara lika intressanta som en papegojas pladder.<sup>4</sup> För svensk rätts del blev emellertid den rättsfilosofiska debatten en god möjlighet för svenska domstolar att slippa bli indragna i den under 1930-talet och även senare inflammerade dialogen mellan parterna på arbetsmarknaden.<sup>5</sup> Man kunde genom att krypa bakom lokutionen *ej stridande mot lag* slippa ta ställning till principen *contra bonos mores*.

När väl t.ex. Arbetsdomstolen fann det nödvändigt att försöka introducera någon form av proportionalitet mellan stridsåtgärden och det syfte man önskade uppnå som t.ex. i den beryktade Britannia- domen<sup>6</sup> blev reaktionen ännu i början av 1980-talet kraftig och rättsfallet ”utplånades” med stöd av ny lagstiftning i form av Lex Britannia som märkligt nog tilläts leva kvar efter Sveriges inträde i EU men som därefter blev – tämligen väntat – underkänd genom EU-domstolens dom i den s.k. Laval-tvisten.<sup>7</sup>

För rent svenska rättsförhållanden framstod nog också en bestämmelse i regeringsformen som ett tämligen auktoritärt stöd för att konflikträtten var oinskränkbar så länge fråga inte var om brottsliga gärningar. Det stadgas ju i 2 kap. 14 § regeringsformen en vidsträckt konflikträtt<sup>8</sup> som skulle kunna tolkas så att en inskränkning genom allmänna skadeståndsrättsliga principer skulle kunna tolkas som en otillåten begränsning av rätten till stridsåtgärder. Detta var nog inte bara den på arbetsrätten utan även inom skadeståndsrätten förhärskande uppfattningen. Skulle emellertid denna regel verkligen tolkas så, att en stridsåtgärd vidtages för att förmå en motpart att betala en skuld som åvilade någon annan som ju fallet var i det finska fallet?<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Se Lundstedt i TfR 1923 s. 55 ff. Kritik av de nordiska rättsstridighetslärorerna.

<sup>5</sup> Se om denna skadeståndsrättsliga utvecklingslinje Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 s. 15 f. samt s. 212 ff.

<sup>6</sup> AD 1989 nr 120.

<sup>7</sup> EU-domstolens dom i C-341/05, Laval un Partneri, EU:C:2007:809.

<sup>8</sup> ”En förening av arbetstagare samt arbetsgivare och en förening av arbetsgivare har rätt att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden, om inte annat följer av lag eller avtal.” Lag (2010:1408).

<sup>9</sup> Se ovan not 3.

Om en facklig konfliktåtgärd vidtogs mot någon som hade t.ex. tecknat ett s.k. hängavtal endast därför att den som konflikten egentligen riktade sig mot var oåtkomlig då det inte fanns några anställda på den arbetsplatsen som sympatiserade med den som vidtog stridsåtgärden skulle denna bristande proportionalitet anses vara en åtgärd mot goda seder? Att däremot påtvinga en mindre företagare ett s.k. hängavtal trots att denne betalade bättre lön till de anställda där dessutom ingen var fackligt ansluten kan säkerligen aldrig betraktas som kvalificerat otillbörligt. Kan det eventuellt vara så att den allmänna principen som Högsta domstolen valde att använda i NJA 2015 s. 899 eventuellt bara gäller vid åsidosättande av Europakonventionen? Skulle så emellertid vara fallet hade ju Högsta domstolen inte hittat någon allmän skadeståndsrättslig princip utan valt en blott begränsad sådan! Den slutsatsen kan man därför enligt mitt förmenande inte heller dra.

Emellertid kan ju blockader och bojkotter inte bara förekomma som inslag inom arbetsrätten utan även på konkurrensrättens område. Blockaden är inte bara en arbetsrättslig stridsåtgärd utan även en ibland effektiv åtgärd för att skada en konkurrent. Här har aldrig de politiska motsättningarna varit av den omfattningen att man kunde tala om ett behov av domstolsneutralitet. Det rör ju närmast förevaro av ordningsregler mellan konkurrerande företag och skyldigheten att iakttaga vissa etiska principer och därmed ytterst frågan om man i vart fall på detta område kunde tänka sig en fortsatt rättsutveckling i riktning mot en förnyad rättsstridighetsnorm men med annan beteckning.

Det skedde också genom den bekanta domen i det s.k. hamburgaremålet NJA 2005 s. 608 där Högsta domstolen bl.a. uttalade att vad som kunde läggas skadevällaren till last var att beteckna ”*som kvalificerat otillbörligt; som hovrätten har uttalat utgör [dennes] handlande ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör.*”<sup>10</sup>

Personligen var jag inte alls förvånad över att Högsta domstolen med tiden skulle mer eller mindre överge den lagpositivistiska uppfattningen på just konkurrensrättens område. Det fanns alltför många sakskalet för att den från common law traditionen härstammande principen ”*inducement of breach of contract*” på ett eller annat sätt skulle föras in i svensk rätt som *en allmän skadeståndsrättslig princip* och några neutralitetsskalet att gömma sig bakom för domstolarna fanns inte heller på detta område.

<sup>10</sup> Se om rättsutvecklingen fram till NJA 2005 s. 608, Kleineman i Festskrift till Boel Flodgren s. 117 ff.

När det däremot gäller det synnerligen känsliga arbetsrättsliga fältet hade jag kommit till motsatt slutsats<sup>11</sup> även om bestämmelsen i 2 kap. 14 § regeringsformen inte var skriven så, att den uteslöt möjligheterna att vid *kvalificerat otillbörligt beteende* beteckna åtgärden som något annat än en arbetsrättslig stridsåtgärd framstod neutralitetsbehovet och därmed den eljest föreliggande plikten att fastställa om en stridsåtgärd utgjorde ett kvalificerat otillbörligt beteende som en behaglig väg att slippa den hårda kritik som domstolarna tidigare utsatts för på den politiska arenan. Att en förändring skedde genom den s.k. Laval- domen samt det EU-rättsliga regelverket där konkurrensrätten inspirerats bl.a. av tysk konkurrensrätt och därmed de principer kring BGB § 826 som i mångt och mycket liknar den engelska rättsutvecklingen kring det berömda rättsfallet *Lumley v Gye* från 1853 kan ha bidragit till en uppluckring av det extrema lagpositivistiska synsättet som hade rått ända sedan 1930-talet.<sup>12</sup>

Rent anekdotmässigt kan jag här bara påpeka att när jag skrev min avhandling var det engelska rättsfallet en stor inspirationskälla och jag fann att det hade varit tämligen enkelt för den tyska Bundesgerichtshof att integrera principer om t.ex. ”*förledande till kontraktsbrott*” i tysk rätt just genom § 826 BGB. När jag vid ett tillfälle kring 1988 som nybliven docent besökte en advokatbyrå i Göteborg och föreläste kring rättsfallet och dess betydelse fanns där i auditoriet en yngre advokat tillika docent i civilrätt som uttryckte sig skeptiskt kring värdet av att införa slaveri som förmögenhetsrättslig grundsats i svensk rätt vilket dock docenten från Stockholm gjorde vad han kunde för att motbevisa. Detta försök att förklara att den allmänna principen fanns i de flesta andra EU-stater och då utan att den angivna konsekvensen verkade ha inträffat föreföll dock inte att avsätta större intryck på den lokala förmågan... Att den *lokala förmågan* åtskilliga år senare själv tillhörde Högsta domstolens majoritet och valde att gå väsentligen längre genom NJA 2015 s. 899 kan tyckas oväntat, men det mesta sätter sig som bekant med tiden.

Om därmed det bekanta rättsfallet med de två stridande hamburgerkedjorna blev ett intressant prejudikat för såväl den nyväckta konkurrensrätten som för skadeståndsrätten hade jag intagit den hållningen att en vidareutveckling genom analogier till andra rättsområden, som t.ex. arbetsrätten, där principen således hade stor betydelse såväl inom annan nordisk rätt som tysk rätt liksom även inom common law området, framstod inte som trolig efter-

<sup>11</sup> Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 277.

<sup>12</sup> Det fallet behandlades ingående i Kleineman, Ren förmögenhetsskada 1987 s. 284 ff.

som förhandlingsparterna på arbetsrättens område hade ett så stort inflytande på rättsområdet genom Arbetsdomstolen och där de mycket försiktiga slutsatserna i Britannia- domen hade undanröjts genom Lex Britannia som ju fick leva kvar trots att man långt före Laval- domen i EU- domstolen hade kunnat förutse men där debatten förblivit infekterad till denna dag.

Det var därför, med den erfarenhet jag har efter att ha sysslat med frågan i 35 år, en av de allra största överraskningarna för mig när Högsta domstolen genom rättsfallet NJA 2015 s. 899 valde ett synsätt som helt avvek från det lagpositivistiska synsättet som legat till grund för bojkott- och blockadtänkandet sedan 1930-talet.<sup>13</sup>

Det är en på många sätt överraskande dom som Högsta domstolen här har meddelat baserad på allmänna skadeståndsrättsliga principer avseende ren förmögenhetsskada. Det faktum att tillitsresonemang kommit att tillmätas stor betydelse och att Högsta domstolen för första gången vidgade den av mig i svensk rätt introducerade skadeståndsrättsliga tillitsprincipen<sup>14</sup> genom NJA 1987 s. 692 och sedan bortom s.k. värderingsintyg är i sig inget oväntat utan tämligen självklart och inte heller att man begränsar ansvaret vid massmedial spridd information.<sup>15</sup> Det är däremot av största intresse och mer förvånansvärt att man utifrån kravet på *kvalificerad tillit* som Högsta domstolen uttryckte saken i NJA 2015 s. 899 därmed skulle ha funnit en form för att hantera det s.k. floodgateargumentet, d.v.s. risken för att ansvaret för ren förmögenhetsskada kan bli alltför omfattande.

Till skillnad från Schultz som ser lokutionen *kvalificerad tillit* som ett värn mot riskerna förenade med floodgateargumentet så menar jag att floodgateargumentets verkliga relevans ligger i de fall då avgränsningen till *kvalificerad tillit* inte är nog, utan det kräver ytterligare avgränsningskriterier. Så uppfattade jag också Högsta domstolens dom i NJA 2014 s. 272 vilket gör att dess reella prejudikatvärde är begränsat till mycket få fall av risk för mycket vidlyftigt ansvar, nämligen till en stor krets skadelidande som lidit en potentiellt mycket stor skada. Det rör sig huvudsakligen om frågan om professionella aktörers ansvar mot investerare på den finansiella marknaden. Bortom detta speciella ansvarsområde saknar däremot floodgateargumentet oftast bärighet och har i amerikansk och engelsk rätt således behållit sin tyngd på just detta

<sup>13</sup> Rättsfallet har nyligen behandlats av Märten Schultz i uppsatsen Skadestånd för ren förmögenhetsskada, SvJT 2017 s. 820 ff.

<sup>14</sup> Se om relevanta arbeten Schultz hänvisningar i SvJT 2017 s. 822 ff. not 6–10.

<sup>15</sup> Se min uppsats i Festskrift till Peter Seipel 2006, Det skadeståndsrättsliga informationsansvarets särart och behovet av ett hanterbart ansvarssystem, a.a. s. 279 ff.

ansvarsområde och NJA 2014 s. 272 skall således enligt mitt förmenande läsas mot bakgrund av den rättsutvecklingen inom common law.<sup>16</sup>

Det helt nydanande rättsfallet NJA 2015 s. 899 växer däremot på en helt annan gren på det allt mer storvuxna träd som svensk skadeståndsrätt utgör. Det är en allt snårigare skog mer svårtillgänglig än den befogade tilllitens relevans, nämligen *uppsåtstanken och den gamla principen contra bonos mores*. Det utgör en kraftig gren som vuxit ut från den i svensk rätt svagt etablerade princip som brukar betecknas som *kvalificerat otillbörligt ingrepp i andra avtalsförhållanden* och som således fick sitt tydliga uttryck i rättsfallet NJA 2005 s. 608,<sup>17</sup> men det nya rättsfallet utgör en synnerligen kraftig ansvarsutvidgning som gör att från den speciella principen i 2005 års fall växer en allmän princip fram som dock står i motsatsförhållande till Högsta domstolens uppfattning i NJA 1935 s. 300. Det lagpositivistiska synsättet har ersatts av ett synsätt byggt på allmänna skadeståndsrättsliga principer. Detta utgör ånyo ett betydande paradigmskifte för svensk rättsteori.

Det kan på goda grunder sägas vara en motsatt utveckling mot vad som skett i t.ex. tysk rätt där § 826 BGB utgör en form av begränsad dolus princip vad gäller beteenden som anses strida mot goda seder medan en sådan motsvarande princip således tidigare synes ha saknats i svensk rätt. Rädslan för en sådan princip skulle mycket väl kunna förklaras med samma typ av resonemang som fördes kring avsaknad av en rätt till ersättning för ren förmogenhetsskada annat än i speciella fall. Om man hade utgått från att uppsåt var skadeståndsgrundande hade man att pröva en ersättningsprincip som i varje enskilt fall måste ställas mot en rättspolitisk värdering knuten till det enskilda skadefallet, vilket är något som svenska domstolar ofta har ogillat. Det är en tradition som i och för sig kan förklara avsaknaden av klargörande rättsfall före NJA 2005 s. 608, men medan det fallet berörde beteenden på konkurrensrättens område mellan företagare drar sig Högsta domstolen nu inte från att slå fast en vidgad dolusprincip som även omfattar arbetsrättens område.

Rättsfallet NJA 2015 s. 899 har redan medfört en omfattande diskussion och Högsta domstolen har fått kritik framförallt från fackjurister på arbetsrättens område. Man tycks närmast se det hela som ett otillåtet ingrepp i relation till arbetsmarknadens parter som skall hanteras av Arbetsdomstolen.

<sup>16</sup> Se om detta t.ex. Kleineman, Festskrift till Lars Pehrson, 2016, Revisorsansvaret – metodfrågor i gränsområdet mellan bolagsrätt och skadeståndsrätt.

<sup>17</sup> Se om detta fall t.ex. Kleineman i Festskrift till Boel Flodgren, a.a. s. 117 ff.

Eftersom NJA 2015 s. 899 väckt så starka känslor finns det all anledning att slå fast vad Högsta domstolen helt säkert anser beträffande rättsläget för att därefter spara frågan vilka konsekvenser rättsfallet kan tänkas få bortom det helt säkra tolkningsutrymmet. Rubriken till rättsfallet i NJA förefaller ge ett enkelt och handfast svar, nämligen om en kränkning av Europakonventionen kan tänkas medföra skadeståndsansvar vid facklig stridsåtgärd. Att kränkningar av Europakonventionen kan medföra skadeståndsansvar enligt svensk rätt har vi vetat ända sedan Högsta domstolen gav konventionen direkt tillämpning genom rättsfallet NJA 2005 s. 462 som också följts av en rad rättsfall som i realiteten skapat ett nytt rättsområde.<sup>18</sup>

Det var en oenig domstol som nu tog ett steg långt in i det rättsområde som rör ansvaret för uppsåtliga gärningar. Eftersom svensk rätt således alltid haft ett ambivalent förhållande avseende ren förmögenhetsskada något som bl.a. bidragit till den egendomliga bestämmelsen i 2 kap. 2 § skadeståndslagen. Mot bakgrund av den svårtolkade kopplingen mellan brottsliga gärningar och den utomobligatoriska ersättningsrätten för ren förmögenhetsskada är Högsta domstolens bristande enighet inte ägnat att förvåna.<sup>19</sup> Ett prejudikats värde minskar dock inte av att domstolen inte varit enig.

Bakgrunden till tvisten sammanfattas i inledningen till domen:

”G. ägde och drev byggföretaget HGS Linköping Aktiebolag (HGS) som inte tecknat kollektivavtal. Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) inledde under våren 2006 förhandlingar med HGS för att förmå HGS att teckna kollektivavtal genom att antingen inträda i Sveriges Byggingustrier (”BI”) eller teckna hängavtal. Det kollektivavtal som avsågs var det s.k. Byggnadsavtalet från år 2000 (”Byggnadsavtalet”).

I Byggnadsavtalet ingick ett system med granskningsavgifter, innebärande att 1,5 % av de anställdas löner skulle betalas till Byggnads, enligt uppgift för kontroll av löner. Om en arbetsgivare var organiserad i BI betalades granskningsarvodet genom avdrag från arbetstagarnas löner. Om arbetsgivaren i stället var oorganiserad utgjorde granskningsarvodet en tillkommande kostnad för arbetsgivaren utöver avtalad lön. Byggnads och HGS kunde inte enas om avtalsinnehållet. Den 8 juni 2006 varslades HGS om stridsåtgärder och den 22 juni 2006 försattes HGS i blockad av Byggnads. När stridsåtgärderna trädde i kraft hade

<sup>18</sup> Se om detta t.ex. Kleineman, i JT 2008–09, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling s. 546 ff.

<sup>19</sup> Se Kleineman, i Ren förmögenhetsskada: den fortsatta rättsutvecklingen i Festskrift till Gertrud Lennander.



HGS tre anställda och ingen av dessa var medlem i Byggnads eller något annat fackförbund.

Frågan om Byggnadsavtalets granskningsystem blev föremål för prövning av Europadomstolen i målet Evaldsson m.fl. mot Sverige (dom meddelad den 13 februari 2007). Europadomstolen uttalade att granskningsavgifter får tas ut endast för att täcka faktiska kostnader för utfört granskningsarbete, att systemet brast i insyn och att det därför inte kunde uteslutas att avgifterna delvis gick till allmänfacklig verksamhet. Den bristande redovisningen av granskningsavgifterna konstaterades utgöra en kränkning av den europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).

Byggnadsavtalet löpte ut den 31 mars 2007 och den 24 april 2007 tecknades ett nytt kollektivavtal mellan Byggnads och BI, med uteslutande av reglerna om granskningsarvode. HGS tecknade därefter ett hängavtal med Byggnads den 14 juni 2007, varvid Byggnads hävde stridsåtgärderna.

Den 19 juni 2007 försattes HGS i konkurs. I konkursförvaltarens förvaltarberättelse anges att blockaden synes ha varit den huvudsakliga orsaken till obeståndet.

H.G. har väckt talan mot Byggnads med yrkande om ekonomiskt och ideellt skadestånd jämte ränta. Som grund för sin talan gör H.G. gällande att Byggnads, genom att från den 22 juni 2006 till den 14 juni 2007 ha vidtagit stridsåtgärder mot HGS med krav på HGS att teckna kollektivavtal med innehåll i strid med Europakonventionen, i första hand har orsakat HGS ekonomisk och ideell skada eller i andra hand har orsakat H.G. ekonomisk skada. HGS gör gällande att stridsåtgärderna var i strid med HGS föreningsfrihet enligt artikel 11 och äganderätt enligt första artikeln, första tilläggsprotokollet i Europakonventionen. H.G. har av HGS konkursbo förvärvat samtliga HGS skadeståndsanspråk mot Byggnads.”

Skada förorsakad genom blockad är en i europeisk skadeståndsrätt klassisk frågeställning. Inte sällan är det just här motsättningen mellan arbetsmarknadens parter brukar få sitt starkaste uttryck. Svensk rätt kom tidigt att ställa frågan åt sidan och närmast ge uttryck för tanken att så länge åtgärden inte var straffbar så kunde eventuellt moraliskt klander som t.ex. att åtgärden var oproportionerlig i förhållande till syftet inte vägas in vid den rättsliga prövningen. Bedömningsgrunder som finns i vissa utländska rättsordningar som t.ex. krav på proportionalitet och socialadekvans har inte beaktats i svensk rätt. Den tyska rätten har – som inledningsvis nämndes – således i § 826 i BGB en regel på allmän skadeståndsrättslig grund vilken möjliggör en prövning motsvarande den vid avtals ogiltighet som i svensk rätt återfinns 33 §

avtalslagen. När Högsta domstolen beslöt sig för att avhända sig denna möjlighet skedde detta först med ett rättsfall NJA 1925 s. 85 och slutligen genom det principiellt viktiga avgörandet NJA 1935 s. 300.

När Högsta domstolen introducerade rättsfiguren kvalificerat otillbörligt ingrepp i andras avtalsförhållanden med rättsfallet NJA 2005 s. 608 uttalade domstolen beträffande sin egen praxis följande:

”I rättspraxis har också skadeståndsansvar ålagts utanför de lagreglerade områdena i vissa fall där ren förmögenhetsskada har orsakats i utomobligatoriska förhållanden på annat sätt än genom brott. Redan i tiden före skadeståndslagen förekom ett par fall där HD ålade en tredje man att ersätta skada som drabbat en avtalspart till följd av den andra avtalspartens åtgärder i samförstånd med tredje mannen (se NJA 1928 s. 621 och NJA 1943 s. 370; jämför dock på arbetsrättens område NJA 1925 s. 85 och NJA 1935 s. 300). Från senare tid kan nämnas ett fall där den som av oaktsamhet lämnat felaktiga uppgifter i värderingsintyg beträffande fast egendom har befunnits skadeståndsskyldig mot annan än uppdragsgivaren (se NJA 1987 s. 692, jfr NJA 2001 s. 878) samt ett fall där en konkursförvaltare har ansetts skadeståndsskyldig för ren förmögenhetsskada som han genom vårdslös förvaltningsåtgärd åsamkat tredje man (se NJA 1996 s. 700).”

Så sent som år 2005 ställde således Högsta domstolen denna för svensk rätt nya rättsfigur och den då redan pågående utvecklingen i riktning mot ökat ansvar för ren förmögenhetsskada mot de speciella förhållandena på arbetsrättens område. En blockad är ju något som kan vidtas på såväl konkurrensrättens område i form av mer eller mindre otillbörliga åtgärder för att begränsa en konkurrents bearbetning av marknaden, som på arbetsrättens område t.ex. i form av blockering av kundernas tillträde till affärslokalerna. De fackliga kraven på rätt stridsåtgärder även där de anställda inte tillhör facket kan kanske t.o.m. sägas bidra till en konkurrensrättslig likabehandling.

Ett försök att luckra upp den immunitetspräglade inställningen på arbetsrättens område gjordes av Arbetsdomstolen i den uppmärksammade domen AD 1989 nr 120. Frågan gällde där blockad mot ett fartyg under bekvämlighetsflagg och Arbetsdomstolen uttalade sig om den principiella frågan mycket återhållsamt:

”Att en facklig stridsåtgärd har ett rättsstridigt syfte på det sätt som här har satts i fråga är likväl inte utan vidare liktydigt med att stridsåtgärden skall betraktas som i rättslig mening olovlig även när avtal saknas mellan angriparen och den angripne och utan stöd i lag. Med olovlighet kan då enligt arbetsdomstolens

mening i detta sammanhang inte avses annat än att stridsåtgärden medför ansvar för sådan skaden förmögenhetsskada som genom åtgärden åsamkas den angripne. Att denna fråga är komplicerad och kräver djupgående rättsliga överväganden har bekräftats när arbetsdomstolen vid några tidigare tillfällen har kommit i beröring med den liksom när den har behandlats på olika håll i den arbetsrättsliga och allmänt skadeståndsrättsliga litteraturen (se för en översikt t ex Kleinman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s 19 ff, 201 ff och 267 ff, Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt, 1988 års upplaga, s 192 ff). Något vägledande avgörande har ännu inte träffats i rättspraxis sedan frågan om lagstiftning fick falla efter tillkomsten av huvudavtalet år 1938.”

Frågan var enligt Arbetsdomstolen knappast ”död” men krävde tydligen mycket ”*djupgående rättsliga överväganden*” vilket man tydligen inte ansåg sig vara platsen för.<sup>20</sup> Arbetsdomstolen valde emellertid inte att vidhålla den totala immunitetsprincip som hade kommit till uttryck i NJA 1935 s. 300 utan lät en något oväntad tolkningsmetod leda till närmast samma resultat som om man hade tillämpat en dolusprincip nämligen då det

”enligt arbetsdomstolens mening inte [kan] möta några betänkligheter att med utgångspunkt i ändamålet med 42 § första stycket medbestämmandelagen tillämpa lagrummet, direkt eller under åberopande av dess grunder, på varje angrepp med fackliga stridsåtgärder av en utomstående part när syftet är att söka förmå den angripna parten till undanröjande eller ändring av ett bestående kollektivavtal, även om någon olovlig stridsåtgärd faktiskt inte vidtas av den angripnes motpart i kollektivavtalet (jfr i fråga om överordnad organisations fredspliktsansvar enligt äldre rätt t ex AD 1935 nr 48). Att den angripande arbetstagarorganisationen ytterst kan ha ett fullt behörigt fackligt intresse av att påverka löne- och anställningsförhållandena på det angripna kollektivavtalets område kan här lika litet som vid tillämpning av fredspliktsreglerna i övrigt tillmätas någon betydelse. Inte heller kan stridsåtgärderna få försvaras med att arbetstagarorganisationen önskar att dess kollektivavtal skall vara ensamt gällande på tillämpningsområdet. Det kan inte vara detta som avses när det i lagförarbetena uttalas att reglerna i 42 § första stycket medbestämmandelagen inte är avsedda att medföra hinder för den utomstående organisationen att ’i egna syften vidtaga självständiga fackliga konfliktåtgärder’ (se SOU 1975:1 s 851).”

<sup>20</sup> Detta uttalande i Arbetsdomstolen skulle möjligen även kunna tas till intäkt för att Arbetsdomstolen helt enkelt ansåg att den var av så principiell natur att det låg närmare till hands att Högsta domstolen och inte Arbetsdomstolen ägnade sig åt de nödvändiga mer djupgående rättsliga överväganden och att dessa möjligen slutligen därmed kommit till uttryck i NJA 2015 s. 899.

Detta gällde inte bara rena svenska förhållanden utan även när fråga var om utländska kollektivavtal. Även om det var en kraftigt begränsad regel som här tillskapades närmast enligt grunderna för 42 § medbestämmandelagen kan inte förnekas att domstolen inte ansluter sig till någon regel om immunitet utan lämnar frågan om *den allmänna skadeståndsrättsliga principen* öppen men anser att man kan utdöma skadestånd vid vissa fall av blockader.

Reaktionen på den omfattande Britannia- domen blev häftig och från fackligt håll krävdes en lagändring och regeringen tillmötesgick också detta önskemål och lade fram ”*Lex Britannia*”<sup>21</sup> som ännu i denna dag gäller, oaktat att den inte kan tillämpas när EU-rättsliga normer skall tillämpas vilket ju medförde att den s.k. Laval- domen<sup>22</sup> ånyo innebar en återgång till sådana synsätt som inte godtar fullständig immunitet för skador förorsakade genom t.ex. blockader. Ännu en gång gjorde det kontinentala synsättet sig synligt för svensk rätts del.

När nu Högsta domstolen på ett mycket oväntat och direkt överraskande sätt således förnyat användningen av *principen contra bonos mores* genom NJA 2015 s. 899 efter att under närmare nittio år avstått från detta, får man först analysera hur det kom sig att en talan som avsåg ansvar vid åsidosättande av den europeiska konventionen för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter kom att leda fram till den allmänna principen.

Sedan Högsta domstolen konstaterat att konventionen inte kan användas för att grunda skadestånd för enskild vid privaträttsligt subjekts åsidosättande av densamma fann domstolen att ”*utgångspunkten för HD:s prövning av skadestandsfrågan [var] att de aktuella stridsåtgärderna är oförenliga med Europakonventionen*” men detta föll inte under domstolens prövning utan skulle prövas i särskild ordning. Man noterade emellertid vidare att detta ”*i sin tur [innebar] att om åtgärderna skulle vara tillåtliga enligt 2 kap. 14 § RF så hade det utgjort ett svenskt konventionsbrott [då] den grundlagsfästa rätten till stridsåtgärder på arbetsmarknaden... emellertid [får] begränsas genom lag eller avtal.*”

Högsta domstolen påpekade därefter att konventionen dels är lag och att regeringsformen inte medger att man stiftar lag i strid mot konventionen

<sup>21</sup> Vad som brukar betecknas just ”*Lex Britannia*” är vissa bestämmelser i medbestämmandelagen nämligen § 25 a, § 31 och § 42 st. 3 som antogs av riksdagen 1991 som en följd av den här nämnda s.k. Britanniadomen (AD 1989 nr 120) som ju innebär att fredsplikt kan föreligga för fackliga organisationer och det även i internationella sammanhang om man vidtar stridsåtgärder mot arbetsgivare som är bundna av utländska kollektivavtal.

<sup>22</sup> EU-domstolen C-341/05, Laval un Partneri, EU:C:2007:809.

utan domstolen avger en central beskrivning av rättsläget när man konstaterar att ”en stridsåtgärd som är oförenlig med konventionen omfattas alltså inte av grundlagsskyddet” vilket i sin tur leder fram till en ny fråga nämligen ”vad som gäller i fråga om påföljd vid en sådan åtgärd” vilket ”bestämmelsen i 2 kap. 14 § RF inte ger något besked om. Den utgör följaktligen inte något generellt hinder mot att en stridsåtgärd som utgör en konventionskränkning utlöser ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar.”

När nu inte konventionens skadeståndsbestämmelser kan tillämpas mot ett privaträttsligt subjekt<sup>23</sup> ställer sig Högsta domstolen frågan om man istället kan applicera *allmänna skadeståndsrättsliga principer* och finner då att den rättsutveckling som skett i riktning mot ett ökat ansvar för ren förmögenhetsskada visar nya möjligheter och då främst det ovan nämnda rättsfallet NJA 2005 s. 608 (hamburgarefallet). Det blir således den konkurrensskaderättsliga grundsatsen ”*kvalificerat otillbörligt ingrepp i andras avtalsförhållanden*” som här används. Högsta domstolen uttrycker saken på följande sätt:

”Det står klart att ett skadeståndsrättsligt ansvar för en enskild inte kan utlösas så fort ett handlande innefattar en kränkning av en rättighet enligt Europakonventionen, detta till skillnad från vad som gäller för statens ansvar enligt artikel 13. Men i linje med föreliggande rättspraxis bör ett ansvar för ren förmögenhetsskada i utomkontraktuella situationer föreligga, om det rättighetskränkande handlandet med hänsyn till omständigheterna är att anse som kvalificerat otillbörligt.”

Principen som här föds är således skadestånd vid ”*kvalificerat otillbörligt*” skadegörande beteende vilket är en rättsfigur som definitivt är besläktad med § 826 i BGB och kan ses som en skadeståndsrättslig motsvarighet till den avtalsrättsliga ogiltighetsregeln vid beteenden i strid mot tro och heder i 33 § avtalslagen. Den närmare innebörden i det enskilda fallet av vad som konstituerar ett kvalificerat otillbörligt beteende vid en blockadåtgärd ”*låter sig inte bestämmas entydigt för alla fall*” konstaterar domstolen, men då fråga är om en konventionsskyddad rättighet skall bl.a. beaktas de värderingar som 2 kap. 14 § regeringsformen är ett uttryck för. Ett i sammanhanget minst sagt egendomligt uttalande är att Högsta domstolen uttalar följande:

”Rättsutvecklingen när det gäller ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande vid kvalificerat otillbörligt handlande kan ses som ett slags förlängning av bestämmelsen i 2 kap. 2 § skadeståndslagen om sådant ansvar vid brottsligt handlande”

<sup>23</sup> Det hade ju Högsta domstolen slagit fast redan i rättsfallet NJA 2007 s. 747.

Ett helt onödigt uttalande i en i övrigt välskrivna dom. Det saknas enligt mitt förmenande varje stöd för tanken att det aktuella lagrummet skulle ha något samband med *dolus-tanken eller principen contra bonos mores*. Tvärtom har det alltid framhållits att de straffrättsliga och skadeståndsrättsliga synsätten hade separerats redan vid upplysningstiden och kopplingen till kravet på brottslig gärning i skadeståndslagen som mer tillkom av en ren slump snarare är ett uttryck för lagpositivistiska tankegångar som tämligen sent slog igenom i svensk privaträtt och i detta sammanhang snarare har att göra med de svenska domstolarnas ovilja att hantera dolus situationer på arbetsmarknaden och därmed underlåtenheten att införa socialadekvanstankar och andra proportionalitetsprinciper som en del av det skadeståndsrättsliga tänkandet. Svensk skadeståndsrätt har lika lite som annan nordisk eller europeisk rätt före 1800-talets mitt frigjort sig från den germanska botten som ju en gång var den idémässiga grunden för straffet.

Utvecklingslinjerna på detta område anser jag mig ha klarlagt i min avhandling<sup>24</sup> och det finns således inget som kan visa att dolus i modern skadeståndsrätt har något samband med den gamla germanska botten. Den utveckling som har skett är snarare ett utflöde av en insikt om att den svenska kopplingen mellan ren förmögenhetsskada och brott snarare är ett uttryck för hur svag rättsstridighetsläran kom att bli efter Lundstedts påhopp och den länge existerande oviljan att acceptera läran om de skyddade intressena.<sup>25</sup> Att försöka analogisera från den säregna kopplingen mellan brott och ren förmögenhetsskada i 2 kap. 2 § skadeståndslagen är dömt att misslyckas och får ses som ännu ett olyckligt exempel på fingerad lagpositivism.<sup>26</sup> Frågan måste avgöras efter en analys av skyddsändamålet bakom en skadeståndsregel och de rättspolitiska värderingar som uppstår denna regel.

Två arbetsrättsliga experter<sup>27</sup> har riktat ovanligt stark kritik mot domen något som var väntat eftersom arbetsrättsliga blockadåtgärder just är det område där allmänna domstolar hållit sig borta ända sedan NJA 1935 s. 300. Av den senare domen framgår emellertid på intet sätt att allmän domstol vid den tidpunkten skulle ha varit obehörig att pröva sådana tvistefrågor trots

<sup>24</sup> Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 22 ff.

<sup>25</sup> Jfr härtill Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans 1993, s. 58 ff. särskilt not 3 s. 59.

<sup>26</sup> Möjligen kan man tänka sig en mer dyster förklaring nämligen att Högsta domstolen aldrig kom till insikt om att man med domen väckt till liv principen *contra bonos mores* och därför uttryckte sig så pass amatörmässigt.

<sup>27</sup> Se Niklas Selberg och Erik Sjödin i JT 2016–17 s. 906 ff., Stridsåtgärder i Högsta domstolen. Fortsättningsvis betecknade kritikerna.

tillkomsten av Arbetsdomstolen. Begreppet arbetstvist förekom redan i 1928 års kollektivavtalslag och överfördes sedermera till medbestämmandelagen.<sup>28</sup> En viktig begränsning finns dock i lagen om rättegång i arbetstvister nämligen att de skall beröra en tvist mellan arbetsgivare och arbetstagare.<sup>29</sup>

Man får emellertid antas utgå från att det inte är alla tvister mellan dessa båda parter som skall prövas i Arbetsdomstolen eftersom det rimligen får antas finnas ett funktionellt samband mellan parternas arbetsrättsliga relation – vad som konstituerar en arbetstvist – och frågan om tvisten har sin grund i andra beteenden, som t.ex. rena missförstånd där ”stridsåtgärden vidtas” mot t.ex. fel rättssubjekt. I NJA 1999 s. 745 befanns ett sådant otillbörligt angrepp ha ägt rum. Att begreppet ”arbetstvist” inte kan innebära att allt slags beteende hur onormalt eller abnormt detsamma än är likväl skall prövas av Arbetsdomstolen.<sup>30</sup>

Frågan om en tvist i ett enskilt fall verkligen kan anses beröra förhållanden mellan en arbetsgivare och arbetstagare måste således alltid fordra en sådan relevanstest och allmän domstol har den självklara rätten och plikten att utföra denna.<sup>31</sup> Vidare skiljer Högsta domstolen i domen tydligt mellan frågan om den åtgärd som läggs skadevällaren till last – kränkningen av svarandens rättigheter enligt Europakonventionen – utlöser ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar och frågan vilken betydelse det kan ha enligt de arbetsrättsliga regelverken att en enskilds rättigheter enligt konventionen har kränkts av en stridsåtgärd. Det är en klar och tydlig kausalregel. Högsta domstolen accepterar inte att alla kränkningar av konventionen som läggs en av parterna till last tillkommer Arbetsdomstolen att pröva. Av skäl som framstår som obegripliga anför de två arbetsrättsliga kritikerna att Högsta domstolen här skulle ha fört in den s.k. påståendedoktrinen i sin analys av relevanstestet för allmän domstols behörighet i frågan om den utomobligatoriska skadan.

<sup>28</sup> Se a.a. s. 918.

<sup>29</sup> Se 1 kap. 1 §.

<sup>30</sup> Här kan ju analogivis nämnas begreppet ”i tjänsten” enligt 3 kap. 1 § skadeståndslagen som en ansvarsförutsättning för om en arbetsgivare skall svara för en skada förorsakad av en anställd vilket brukar beskrivas som en slutsats baserad på en bedömning av det skadegörande beteendets funktionella samband med tjänsten. Frågan kan inte enbart avgöras efter en analys av om skadan orsakats på arbetstid eller på arbetsplatsen, utan om den har ett reellt samband med arbetsuppgifterna. Rena abnormhandlingar eller andra handlingar som saknar sådant reellt samband med arbetsuppgifterna har då undantagits.

<sup>31</sup> Den motsatta ståndpunkten skulle ju annars innebära att det vore specialdomstolen som hade privilegiet att avgöra gränserna för sin egen behörighet och inte den allmänna prejudikatinstansens möjlighet att avgöra var behörighetsgränsen mellan vad som faller inom respektive utom domstolens behörighet. Här har ju domstolen gjort en sådan bedömning.

Allt som sägs är att käranden påstått att svaranden har ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar på grund av en konventionskränkning. Det har inget med ”påståendedoktrinen” att göra och kritikerna leder därför in sin fortsatta analys på frågor som inte behandlas alls av Högsta domstolen.

Tanken att konventionens skydd för föreningsfriheten och äganderätten skulle vara exklusivt förbehållet Arbetsdomstolen enbart därför att åtgärderna vidtagits av en av arbetsmarknadens parter avvisas av domstolen och är väl inte egentligen märkligare än att talan lika gärna hade kunnat väckas direkt vid Europadomstolen om nu inte Högsta domstolen redan år 2005 hade uttalat att konventionen kan tillämpas direkt av svensk domstol. Menar kritikerna att även den domstolen skulle vara obehörig att pröva kränkningar av konventionen därför att den vidtagits av en facklig organisation? Det förhållande att Högsta domstolen är förhindrad att tillämpa medbestämmandelagen kan ju inte utgöra ett argument för att allmän domstol – lika lite som Europadomstolen – skulle vara förhindrad att pröva om t.ex. en av arbetsmarknadens parter kränkt konventionens rättighetsskydd. Jag delar däremot kritikernas uppfattning att NJA 1999 s. 745 – trots att talan avsåg skadestånd på grund av ett fackförbunds agerande – inte gällde stridsåtgärder eftersom fråga då var om ett ”otillbörligt ingrepp i bolagets avtalsförhållande till sina kunder”.

Kritikerna kan emellertid inte acceptera Högsta domstolens distinktion vad gäller frågan om stridsåtgärder i 2015 års fall. Här handlar det ju om åtgärdens eventuella (”påstådda”) ingrepp i förenings- och äganderätten i strid mot Europakonventionen. Varför Högsta domstolen inte skulle äga rätt att självständigt bedöma om detta – vid ett agerande *contra bonos mores* – i mindre utsträckning vore att bedöma som en stridsåtgärd och i större utsträckning som ett angrepp på rättigheter enligt Europakonventionen ger kritikerna inget svar på. Lika lite som ett mordförsök huvudsakligen är en stridsåtgärd även om det varit den subjektiva bevekelsegrunden och skadeståndsfrågan då knappast faller in under Arbetsdomstolens exklusiva prövningsrätt enbart därför att åklagare väljer att avskilja målet,<sup>32</sup> kan annat kvalificerat otillbörligt beteende enligt Högsta domstolens uppfattning betraktas som primärt en stridsåtgärd.

Även i analysen av den rent materiella bedömningen framstår de två kritikerna som minst sagt svåra att följa. Den klassiska skadeståndsfrågan om var gränsen mellan de fall då en konkurrensåtgärd som ju avser att utlösa

<sup>32</sup> Jfr härtill lagen om rättegång i arbetstvister 1 kap. 2 § p. 3.



skadestånd är en otillbörlig åtgärd framställs som en fråga vad uppsåtet skall omfatta och därmed en tänkt oklarhet till i Högsta domstolens domskäl. Inte heller här kan jag emellertid hålla med författarna. Följande citat är karaktäristiskt för kritikerna: ”*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 skall omfatta*”.<sup>33</sup>

Med stöd i ett retoriskt uttalande av Fahlbeck, nämligen att stridsåtgärder skulle bryta ”*mot den grundläggande principen i rättsstater att avsiktlig skada inte skall tillfogas annan*”<sup>34</sup> når författarna fram till slutsatsen att Högsta domstolen inte skulle vara på det klara med vad en stridsåtgärd är eller att det i vart fall är oklart vad ”*uppsåtet ska omfatta*”.

Avslutningsvis lägger författarna ut än flera dimridåer genom att tillföra ett ytterligare tänkbart cirkelresonemang som tydligen skulle förklara vad domstolen förvirrat sig in i, nämligen en ”*faktisk vilja att kränka Europakonventionen*” samt att en sådan inställning endast skulle kunna ”*konstateras i relation till vid tiden för åtgärden redan existerande praxis från Europakonventionen*.” Först en iakttagelse om konventionen, eftersom den är direkt tillämplig i svensk rätt och därmed skall uttolkas direkt av varje domstol inför vilken den åberopats. Det finns anledning påpeka att Högsta domstolen i ett tidigare avgörande klart tagit ställning mot vad kritikerna anför. I rättsfallet NJA 2005 s. 295 uttalar Högsta domstolen följande:

”En naturlig utgångspunkt vid bestämmandet av sådant skadestånd är Europadomstolens praxis, låt vara att det inte finns någon skyldighet grundad på konventionen att exakt följa denna praxis.”

Det får enligt mitt förmenande uttrycka ytterligare en allmän rättsgrundsats och för övrigt vad skulle domstolen göra när man ställs inför en fråga som ännu inte har prövats av Europadomstolen? Svensk domstol skall söka ledning i Europadomstolens praxis men är inte formellt bunden av densamma.

Än mer bekymmersam är kritikernas inställning till uppsåtsfrågan. Det har aldrig funnits någon sådan allmän princip som Fahlbeck tydligen far efter. Frågan brukar tvärtom beskrivas som *det klassiska skadeståndsrättsliga skenargumentet*. Om nu konkurrens är eftersträvansvärd hur kan man dömas för åsamkande av skada på konkurrenten? Svaret är att det aldrig har funnits någon ”naken” uppsåtsregel och det mig veterligen i någon västerländsk

<sup>33</sup> Se a.a. s. 934.

<sup>34</sup> Se a.a. s. 934.

rättsstat. Tvärtom har i allmänhet utvecklats principer om rättsstridighet, åsidosättande av ett *retsgode*, normskyddsläror och andra liknande principer. Uppsåtet angrips med skadeståndsrättsliga normer när man t.ex. funnit detsamma som i tysk rätt stridande mot ”*goda seder*” d.v.s. normalt efter en analys av om beteendet är i visst hänseende otillbörligt.

Det handlar således om att domstolarna utvecklat eller snarare anser sig ha funnit stöd för förevaron av speciella moraliska principer om t.ex. just vad som anses i ett visst läge utgöra ett kvalificerat otillbörligt beteende. För den som sysslat med denna fråga i snart 40 år är det lätt att hänvisa till rättsjämförande studier rörande ansvaret för ren förmögenhetsskada. Det är trist att inte bli läst men åtminstone fotnoterna i min avhandling från år 1987 kunde kanske ha intresserat även arbetsrättsliga forskare.

Den principiella slutsats som författarna drar är därmed minst sagt anmärkningsvärd. Utan stöd i domen påstår man att Byggnads inte skulle vara skyldig ”*att betala ersättning till ägaren för de skador som bolaget kan ha orsakats som följd av stridsåtgärder, som med stöd av antagande är i strid med Europakonventionen.*” Den motsatta ståndpunkten nämligen att ersättning ”*för ren förmögenhetsskada inte [är] utesluten med hänvisning till skadeståndsrättsliga principer*” och var det som Högsta domstolen således kom fram till, menar man vore något som tydligen blott skulle uppfattas som ”*obiter dictum*” som står i konflikt med instansordningens principer.

Högsta domstolens prejudikat är emellertid *inget obiter dictum*, utan själva den vägledande ståndpunkten, d.v.s. vad underrätterna har att hålla sig till vid bedömningen av den konkreta frågan i målet. Det spelar nu ingen roll att det i tiden efter kritikernas artikel skrevs har kommit en tingsrättsdom eller att den medförde skadeståndsansvar för den fackliga organisationen.<sup>35</sup> Det viktiga är att tingsrätten inte ansett att Högsta domstolens dom i mellandomsdelen innefattar något oförbindande obiter dictum utan helt riktigt konstaterat att ”*en stridsåtgärd som är oförenlig med konventionen inte omfattas av grundlagsskyddet*” för stridsåtgärder.<sup>36</sup>

Den slutsats som kritikerna drog nämligen att om Högsta domstolens synsätt skulle vinna ”*efterföljd i rättstillämpningen*” – vilket är syftet med ett prejudikat – detta kunde leda till ”*ett förrättsligande av arbetsmarknadsrelationerna i allmänhet och arbetsmarknadsstriderna i synnerhet*”<sup>37</sup> är kanske något som alla inte skulle finna helt olämpligt och jag kan inte frigöra mig

<sup>35</sup> Se Stockholms tingsrätts dom 2017-12-08 i mål nr T 11087-09.

<sup>36</sup> Se a.a. s. 23.

<sup>37</sup> Se a.a. s. 937.

från tanken att om lagstiftaren inte godtar den rättsutveckling som här ägt rum och som inte är främmande för flertalet andra rättsordningar, t.ex. den tyska, så kan man självfallet lagstifta så att skada förorsakad genom ett kvalificerat otillbörligt åsidosättande av Europakonventionen förblir tillåtet, så länge inte Europadomstolen eller Högsta domstolen finner att en sådan lagstiftning strider mot just konventionen eftersom man inte får stifta lag i strid mot Europakonventionen enligt 2 kap. 19 § regeringsformen.<sup>38</sup>

Det framstår för mig som mindre troligt att den lagstiftande församlingen knappast skulle vilja lagstifta så att stridsåtgärder på arbetsmarknaden som innefattar ett sådant kvalificerat otillbörligt beteende ånyo skulle bli rättsenligt. Dessutom finns ju även här en ytterligare begränsning i 2 kap. 14 § regeringsformen nämligen att *”en förening av arbetstagare samt arbetsgivare och en förening av arbetsgivare har rätt att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden, om inte annat följer av lag eller avtal”*. Att lagstiftaren således skulle komma i konflikt med inte bara 2 kap. 19 § regeringsformen utan även mot 2 kap. 14 § regeringsformen om man valde att öka parternas skadeståndsrättsliga immunitet skulle nog framstå som olustigt för den lagstiftande församlingen.

Trots att jag således finner att kritikernas ståndpunkt framstår mer som en temperamentsfull protest mot att Högsta domstolen nu öppnat upp den dörr som hade stängts genom NJA 1935 s. 300 så har jag stor respekt för den. Den dörren hade visserligen öppnats på glänt ett kort ögonblick genom Arbetsdomstolens s.k. Britannia-dom 1982 men har nämligen nu blivit en oväntad anpassning till allmäneuropeiska rättsprinciper – om än på ett begränsat område – nämligen vid privaträttsliga subjekts kvalificerat otillbörliga åsidosättande av Europakonventionen men strider mot det traditionella synsättet på arbetsrättens område.

Jag skall ärligt tillstå att den närmast fullständiga immunitet som arbetsmarknadens parter tidigare åtnjutit bortom området för brottsliga gärningar och som nu underkänts av Högsta domstolen var så fast etablerad att en uppluckring av rättsläget och en anpassning till det kontinentala synsättet inte alls var förutsebar. Att emellertid arbetsmarknadens parter skulle ha rätt att obehindrat välja stridsåtgärder utan hänsyn till proportionalitet och rimlighet framstod aldrig som huvudfrågan. Det faktum att detta i så liten utsträckning tidigare (d.v.s. efter 1935) ställts på sin spets går nog att förklara i att svenska fackföreningar aldrig tillgripit sådana extrema metoder som man

<sup>38</sup> Om man nu inte får stifta lag i strid mot Europakonventionen borde man ju inte heller i analogi därmed tillämpa lag i strid mot Europakonventionen.

gjort i andra länder med exempelvis s.k. closed shops. Redan EU-regleringen efter Laval-domen har tvingat den svenske lagstiftaren att välja ett fortsatt mjukare synsätt på frågan om omfattningen av stridsåtgärder.<sup>39</sup>

Införandet av en dolus regel kopplad till kvalificerat otillbörligt beteende kan emellertid inte primärt vara kopplad till området konventionsstridiga stridsåtgärder, utan när nu Högsta domstolen valt att beskriva detta som *en allmän skadeståndsrättslig princip* är det viktigt att notera att principens viktigaste tillämpningsområde ligger utanför detta område, eftersom just stridsåtgärderna även fortsättningsvis får antas endast i undantagsfall bli föremål för Högsta domstolens ingripande eftersom frågan huvudsakligen ”ägs” av Arbetsdomstolen.

I huvudsak innebär dock ”rekonstruktionen” av denna dolusregel en anpassning till internationella förhållanden där kvalificerade otillbörliga gärningar sedan länge faller under en skadeståndsrättslig *contra bonos mores* princip. Motviljan mot en sådan regel får antas med tiden lägga sig, särskilt på arbetsrättens område där utrymmet för och behovet av en sådan skadeståndsrättslig bestämmelse förefaller begränsat så länge den svenska arbetsmarknadens parter är sina egna traditioner trogna med i huvudsak rimliga och proportionerliga åtgärder som inte syftar till att driva fram konkurser i näringslivet.

Att en sådan förändring väcker ilska inom den arbetsrättsliga skadeståndsrättens område på samma sätt som det epokgörande rättsfallet NJA 2014 s. 272 gjorde på det aktiebolagsrättsliga området är i sig knappast ägnat att förvåna.<sup>40</sup> I det förra fallet är det fråga om att vidga ansvaret för ren förmögenhetsskada, medan det i det senare fallet var fråga om att begränsa ansvaret för samma skadetyper. Här ställs frågan om behovet av ökat ansvar vid kvalificerat otillbörligt beteende som inte är brottsligt mot risken för masskador som inte kan hanteras varken av försäkringssystem eller skadevällare. Det finns dock en intressant likhet, grövre beteenden som ligger nära uppsåt medför skärpt ansvar även för de bolagsrättsliga organen utan hänsyn till skadornas omfattning på samma sätt som motsvarande beteende vid ”stridsåtgärder”

<sup>39</sup> Förhållandena i Göteborgs hamn och de risker för att hamnen inte kan utvecklas har som bekant skapat en politisk diskussion om behovet att införa legala regler mer byggda på rimlighets- och proportionalitetssynpunkter d.v.s. med tillämpning av ett ”förrättsligt” synsätt.

<sup>40</sup> Jämför här till min uppsats i Festskrift till Lars Pehrson, se ovan vid not 16 och s. 233 samt Daniel Sveen och Jan Andersson, Skyddet för investerare efter BDO-domen i JT 2017–18 s. 233 ff.

inte skyddas av arbetsrättsliga immunitetstankar. I sådana fall kan inte accepteras skadeståndsrättslig immunitet trots avsaknad av försäkringsskydd eller behovet av rätten till stridsåtgärder i skydd av regeringsformens bestämmelser.

Betydelse av allmänna skadeståndsrättsliga principer har nyligen avhandlats av Bertil Bengtsson<sup>41</sup> som betonar att hänvisningen ”till sådana principer är...ett användbart grepp när det gäller att ta ställning till frågor som inte regleras av lagstiftning”<sup>42</sup> samt att det ”från systematiska och pedagogiska synpunkter...det ofta [är] av värde att man kan återopa principer av detta slag”.

Till detta liksom till det faktum att vi i Norden saknar en övergripande civilrättskodifikation motsvarande den tyska BGB eller de olika civilrättskodifikationerna som finns i Italien och Frankrike gör att vårt behov är mycket stort av sådana principer som i dessa länder uttrycks i abstrakta lagregler. Bengtsson påpekar att även om bruket av allmänna principer använts försiktigt av Högsta domstolen när det gäller att utveckla ansvaret för ren förmögenhetsskada men att man just genom NJA 2015 s. 899 tagit ett steg där man uttalat sig på ett sätt ”som beskrivs ganska allmänt.”<sup>43</sup> Även om vid kvalificerat otillbörligt handlande det ”i allmänhet” skulle krävas uppsåt<sup>44</sup> ”man ska ta hänsyn till rättigheter som skyddas av konventionen, ansvaret skall vara proportionerligt, man skall tillämpa det återhållsamt så att det inte gäller mot en för stor krets, och det skall kunna praktiskt hanteras.”<sup>45</sup> Till Bengtssons analys kan fogas att genom att lyfta fram den här behandlade allmänna skadeståndsprincipen har Högsta domstolen slagit fast ett synsätt som återfinns mer utvecklat i de flesta rättsordningar men att detta här skett på ett område som framstår som t.ex. mer kontroversiellt än t.o.m. floodgateargumentet eftersom man berör frågor som ofta har ansetts starkt politiskt kontroversiella.

Det sagda hindrar inte att prejudikatet i framtiden säkerligen kan hanteras så, att rimlighet och proportionalitet kan förenas på sådant sätt att stridsåtgärder inte tillåts av enskilda aktörer med följd att det uppstår betydande skador på samhället. Det är ett utmärkande drag för rättsutveckling genom praxis att detta inte sällan tar formen av plötsliga oväntade logiska hopp där synsättet i domstolen för tillfället kan leda in på helt nya tankebanor.

<sup>41</sup> Se Bengtsson, Om allmänna skadeståndsrättsliga principer i JT 2017–18 s. 265 ff.

<sup>42</sup> Se a.a. s. 265.

<sup>43</sup> Se a.a. s. 268.

<sup>44</sup> Personligen har jag uppfattat principen *contra bonos mores* som en specifik form av uppsåtsansvar. Tanken att någon bryter mot goda seder och är i god tro därom förefaller mindre lätt att beskriva liksom tanken att någon oaktsamt agerat i strid mot goda seder.

<sup>45</sup> Se a.a. s. 268.

