

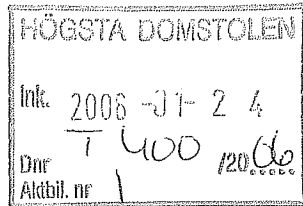


vidi/avb
Ink. till Svea hovrätt
REGISTRATORSKONTORET
2006-01-18

ÖVERKLAGANDE

Datum
2006-01-18

ITop, Avd 1.
Dnr
879-04-45
2577-04-45



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 STOCKHOLM

KLAGANDE

Staten genom Justitiekanslern, Box 2308, 103 17 STOCKHOLM

Ombud:

Justitiekanslern Göran Lambertz och byråchefen Britt-Mari Lundberg,
samma adress

MOTPARTER

1. Josefine Midander, 830622-7565,
Stipendiegränd 10 B, 907 35 UMEÅ
2. Cecilia Lönn, 810717-6904,
Pedagoggränd 7 B:110, 907 30 UMEÅ

Ombud för 1 och 2:

Jur. kand. Gunnar Strömmer och jur. kand. Clarence Crafoord, Centrum för
rättvisa, Box 5369, 102 49 STOCKHOLM

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts dom den 21 december 2005 i mål T 1040-05:1305

SAKEN

Skadestånd

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Staten yrkar att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet och, med ändring av hovrätts dom, ogillar käromålet eller i varje fall sätter ned skadeståndsbeloppen till 60 000 kr för var och en av Josefine Midander och Cecilia Lönn. Vidare yrkas att Högsta domstolen befriar staten från skyldigheten att ersätta motparterna deras rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten. Staten yrkar inte någon ersättning för egna rättegångskostnader.

OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ÖVERKLAGANDET

Staten vidhåller de grunder och omständigheter som har anförts i tingsrätten och i hovrätten. Jag redogör i det följande närmare för hur jag ser på hovrättens avgörande och anger i vilka delar jag menar att Högsta domstolen bör göra en annan bedömning.

Den aktuella bestämmelsen

Målet handlar om tolkningen av 7 § andra stycket lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan (likabehandlingslagen), som lyder:

Förbudet [mot diskriminering] gäller inte, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan.

Har Josefine Midander och Cecilia Lönn ö.h.t. missgynnats (domen s. 2)?

Staten vitsordar att Josefine Midander och Cecilia Lönn har utsatts för diskriminering i den mening som avses i likabehandlingslagen. Diskrimineringen har skett genom att de har missgynnats i förhållande till personer av viss angiven etnisk tillhörighet vid antagningsförfarandet till juristlinjen vid Uppsala universitet.

Var diskrimineringen "berättigad" (domen s. 2 f.)?

Frågan i målet är om den diskriminering som Josefine Midander och Cecilia Lönn blev utsatta för var "berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan" (7 § andra stycket likabehandlingslagen). Att öka den etniska mångfalden bland studenterna och bland landets jurister, är det ett sådant särskilt intresse? Och var diskrimineringen berättigad med hänsyn till detta intresse?

Enligt min mening avser målet en lagtolkning som är förhållandevis besvärlig, betydligt besvärligare än hovrätten funnit. Jag kommer här att i korthet argumentera för den tolkning som enligt statens mening är den riktigaste. Staten kommer att utveckla denna argumentation ingående i en slutskrift eller vid en eventuell huvudförhandling.

Det bör först konstateras att den angivna bestämmelsen *inte* kan tolkas så att den innefattar ett förbud mot positiv särbehandling. Tvärtom är själva *avsikten* med bestämmelsen att möjliggöra positiv särbehandling. Frågan är bara om sådan särbehandling som universitetet använde sig av – ett slags etnisk kvotering – var tillåten.

Det skall noteras att bestämmelsens mest centrala ord – berättigad – är ett påtagligt öppet rekvisit som i sig inte ger någon klar ledning för tillämpningen. Inte heller i övrigt kan *ordalydelsen* anses ge någon klar ledning. Någon vägledande *rättspraxis* finns inte heller och det kan knappast hävdas att bestämmelsens *ändamål* ger påtaglig ledning. För tolkningen torde man därför i huvudsak vara hänvisad till lagens *förarbeten*, *andra bestämmelser* som kan påverka innebörden och *tolkningsprinciper* av eventuell relevans. Även *EG-rätten* kan ha betydelse. Jag kommer nu att kort beröra dessa tolkningsdata.

Förarbetena

Hovrätten har i sin dom översiktligt gått in på motiven till likabehandlingslagen. Därvid har hovrätten nämnt ett fall som i förarbetena tas upp som exempel på situationer då en särbehandling kan vara berättigad. Det fall som nämns är att vid lika meriter hos två sökande den person väljs som tillhör det underrepresenterade könet. Vidare anger hovrätten att det i övrigt framgår av förarbetena att det ansetts obehövt med ett undantag från diskrimineringsförbudet som tar sikte på en behandling som är en del i ett planmässigt främjande av likabehandling, ”eftersom ett sådant inte var nödvändigt mot bakgrund av de [krav på] aktiva åtgärder som ställs upp i lagen”. Varken dessa eller övriga förarbetsuttalanden talar – enligt hovrättens mening – för att den särbehandling som lagstiftaren tänkt sig skulle innefatta möjlighet till kvotering av något slag vid antagning av sökande till viss utbildning.

Det angivna uttalandet får anses i sig i någon mån tala för att lagstiftaren inte ville tillåta kvotering. Men avsikten är förvisso inte klar. Vad menades t.ex. med ett ”planmässigt främjande av likabehandling”, ett uttryck som hovrätten tydligtvis har fäst stor vikt vid. Sannolikt har hovrätten menat att lagstiftaren med detta uttryck avsåg att dra gränsen mellan å ena sidan särbehandling *vid lika meriter* och å andra sidan särbehandling *vid olika meriter*. Men vad finns det egentligen i uttrycket som talar för en sådan tolkning? Och vad har egentligen ordet ”likabehandling” där att göra? Borde det inte stå ”olikbehandling” om uttrycket ö.h.t. skall tillåta någon slutsats beträffande etnisk kvotering, som ju inte är likabehandling utan snarare motsatsen?

Alldeles oavsett hur man läser det angivna uttalandet finns det enligt statens mening åtskilligt som talar emot att tillägga uttalandet den helt avgörande betydelse för tolkningen som hovrätten gjort.

Till att börja med har hovrätten enligt statens mening behandlat förarbetena på ett alltför förenklat sätt och bl.a. bortsett från att det finns uttalanden som pekar i annan riktning och som således kan anses tala för att en sådan positiv särbehandling som det är fråga om i målet skulle vara tillåten. Staten vill hänvisa till ett par sådana uttalanden. I prop. 2001/02:27 s. 41 anges följande.

Avsikten med ett undantag för särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering är att inte hindra en högskola från att ta hänsyn till väsentliga samhällliga och sociala intressen, såsom främjande av jämställdhet mellan kvinnor och män och främjande av lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet. /.../ Vidare bör hänsyn kunna tas till regional- och socialpolitiska intressen vid rekrytering, t.ex. att motverka social snedrekrytering.

Vidare anges på s. 44 f. i samma proposition.

Intresseavvägningen bör innebära att bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet prövas utifrån ett berättigat mål som skall vara objektivt motiverat. Detta mål skall vara värt att skydda i sig och vara tillräckligt viktigt för att motivera att det ges företräde framför principen om likabehandling. Exempel på berättigade mål kan vara när en högskola tar hänsyn till väsentliga samhällliga och sociala intressen, såsom strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män och främjande av lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet. Hänsyn till regionalpolitiska och socialpolitiska intressen vid exempelvis rekrytering till högskolan bör också godtas. Om en högskola exempelvis följer ett av staten uppställt nationellt mål att motverka social snedrekrytering, bör detta utgöra ett berättigat mål som kan motivera ett förfarande som innebär att någon som omfattas av lagens skydd missgynnas.

De citerade uttalandena ger visserligen inte något direkt stöd för att en så stark positiv särbehandling som kvotering avsågs vara tillåten. Men de visar tydligt att etnisk mångfald var ett sådant "särskilt intresse" som avsågs kunna läggas till grund för positiv särbehandling. Och de ger också enligt statens mening visst stöd för att en ganska aktivt präglad särbehandling skulle vara berättigad. När hovrätten säger att inget i förarbetena talar för "att den särbehandling som lagstiftaren tänkt sig skulle innefatta möjlighet till kvotering av något slag vid antagning av sökande till viss utbildning" är det enligt statens mening ett ganska egendomligt synsätt, som synes grundat på något slags presumtion om att kvotering inte kan vara tillåten om den möjligheten inte uttryckligen har anvisats. Vad finns det egentligen som talar för att rättstillämparen skall använda sig av en sådan utgångspunkt?

Andra bestämmelser

Av betydelse i målet torde de bestämmelser vara som numera tillåter universitet och högskolor att tillämpa en "fri kvot" vid antagningen. Enligt 7 kap. 10 § tredje stycket och 7 kap. 16 c § högskoleförordningen får en högskola *beträffande högst tio procent* av platserna ha urvalsgrunder vid antagning av

nybörjare som innefattar vissa förkunskapskrav *eller andra sakliga omständigheter*.

Hovrätten går in på vad som sägs i den proposition som föregick dessa bestämmelser i högskoleförordningen, prop. 2001/02:15 Den öppna högskolan. Därvid anges att det inte finns något uttalat stöd i propositionen för uppfattningen att med "sakliga omständigheter" skulle avses även sökandens etniska tillhörighet.

Jag vill här nämna att den nu nämnda propositionen och den tidigare nämnda (prop. 2001/02:27) båda lämnades till riksdagen i september 2001. Lagstiftningsärendena hade uppenbarligen en stark koppling till varandra. Och i propositionen "Den öppna högskolan" görs flera uttalanden av uppenbar relevans för bedömningen av vilken särbehandling som skulle vara möjlig. Staten vill särskilt peka på vad som sägs på s. 37 y, 38 x och 42 x. Det kan inte gärna råda någon tvekan om att lagstiftaren starkt framhöll betydelsen av etnisk mångfald. Att under sådana omständigheter se etnisk mångfald som en "saklig omständighet" vid tillämpning av den fria kvoten framstår enligt statens mening som mycket närliggande.

Efter detta valde Uppsala universitet att använda en ny urvalsgrund för 10 % av platserna till intagningen höstterminen 2003, en urvalsgrund som innebar att man till dessa 10 % av platserna skulle ta in sökande vars båda föräldrar är födda i utlandet. Enligt statens mening borde det mot bakgrund av lagstiftarens uttalanden i propositionen Den öppna högskolan vara svårt att hävda att detta stod i strid med lagstiftarens vilja. Man behöver alltså titta lite noggrannare på denna vilja och hur den uttrycktes än hovrätten har gjort.

Etnisk tillhörighet nämns visserligen inte på s. 65 i propositionen, där regeringen anger exempel på urvalsgrunder som skulle kunna användas för den fria kvoten. Men mot bakgrund av övriga uttalanden får det anses ha varit naturligt att universitetet såg den fria kvoten som en möjlighet att tillgodose det intresse av ökad etnisk mångfald som lagstiftaren tydligt gav uttryck för. Och Uppsala universitet var långtifrån det enda lärosäte där bestämmelsen uppfattades på detta sätt.

Här finns det anledning att beröra betydelsen av de uttalanden som nyligen gjordes i proposition 2004/05:162, En ny värld. En ny högskola. Där klarlade regeringen sin syn på bl.a. kvotering, nämligen att denna inte borde tillåtas. I propositionen säger regeringen att det råder oklarhet om vad som är tillåtet inom ramen för den fria kvoten och att högskolorna kommit att tillämpa bestämmelserna på olika sätt. I syfte att förtydliga bestämmelserna angav regeringen att bestämmelserna i 7 kap. 10 § fjärde stycket högskoleförordningen skulle komma att ändras. Den aviserade ändringen innebar att uttrycket "andra sakliga omständigheter" ersattes med "för utbildningen sakliga omständigheter". Ändringen har numera genomförts, se SFS 2005:1037.

De uttalanden som regeringen sålunda har gjort i efterhand bör rimligen tolkas så att regeringen kom fram till att bestämmelsen om den fria kvoten hade blivit oklar. Det ligger då nära till hands, menar jag, att göra bedömningen att det inte var förbjudet före den nyligen genomförda förordningsändringen att använda etnisk tillhörighet som urvalsgrund. Det betyder också att det var i varje fall oklart hur bestämmelsen i likabehandlingslagen skulle tolkas med avseende på etnisk kvotering.

Det kanske bör sägas ytterligare några ord om vilken betydelse uttalanden i anslutning till *högskoleförordningen* kan ges när det gäller tolkningen av *likabehandlingslagens* bestämmelse. Med hänsyn till den sakliga och tidsmässiga närheten kan det enligt min mening knappast vara någon tvekan om att de uttalanden som gjordes i lagstiftningsärendet om den öppna högskolan måste tillmätas betydelse vid tolkningen av den ifrågavarande bestämmelsen i likabehandlingslagen. Utvecklingen mot en öppnare högskola – och lagstiftarens vilja att åstadkomma en sådan – får alltså betydelse för hur man skall läsa det viktiga uttrycket i likabehandlingslagen, ”berättigat av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan”.

Men dessutom: Högskoleförordningens bestämmelse hänger ihop med likabehandlingslagens på ett sådant sätt att man knappast över huvud taget *kan* tolka likabehandlingslagens bestämmelse utan att ta hänsyn till de strax därefter tillkomna bestämmelserna i högskoleförordningen. Likabehandlingslagens bestämmelse om vad som är ”berättigat” måste alltså läsas tillsammans med högskoleförordningens bestämmelser om den fria kvoten och förarbetsuttalanden knutna till dessa bestämmelser. Enligt min mening ligger det därför mycket nära till hands att dra denna slutsats:

Allt talar för att högskoleförordningen skall tolkas så att urvalsgrunden ”andra sakliga omständigheter” inrymmer ”etnisk bakgrund annan än svensk”. Förarbetena till högskoleförordningen synes tala starkt för detta. Och den fria kvoten handlar just om kvotering, inte om svag särbehandling. Det måste i konsekvensens namn betyda att uttrycket ”berättigad” i likabehandlingslagen ger utrymme för särbehandling i form av kvotering.

Likabehandlingslagens skadeståndsregel – ”odiat sunt restringenda”

Enligt 13 § likabehandlingslagen skall skadestånd utges för den kränkning som en student eller en sökande har blivit utsatt för genom att högskolan har åsidosatt bl.a. förbudet i 7 § likabehandlingslagen mot diskriminering av studenter eller sökande. Bestämmelsen innehåller inget krav på culpa. Det räcker således med att diskrimineringsförbudet har åsidosatts.

Det finns därmed en stor diskrepans mellan likabehandlingslagens skadeståndsbestämmelse och vad som gäller beträffande statens skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207). Enligt den bestämmel-

sen bär staten ett skadeståndsansvar för bl.a. ren förmögenhetsskada som *vållas genom fel eller försummelse* vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten svarar. Vid oriktig rättstillämpning krävs att det är fråga om uppenbart oriktiga bedömningar för att oaktsamhet skall anses föreligga (se prop. 1972:5 s. 518 och SOU 1993:55 s. 152 f. samt NJA 1994 s. 654 och NJA 2003 s. 285).

Det kan ifrågasättas om det varit lagstiftarens mening att skadestånd skall utges i ett fall som detta, där myndighetens handlande framstår som klart motiverat mot bakgrund av de uttalanden som gjorts från statsmakternas sida. Universitetets handlande ligger mycket långt från fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

Den stränga skadeståndsregeln bör rimligen påverka tolkningen av den bestämmelse som preciserar vad som är tillåtet och vad som inte är det. Särskilt när skadeståndsansvaret är strikt bör det vara tydligt var gränserna för ansvaret går, så att den som kan bli ansvarig vet vad han har att rätta sig efter. Och vid otydlighet i lagen bör den skadeståndsansvarige ges en viss prioritet vid tolkningen. Detta är i enlighet med den tolkningsmaxim som brukar benämnas *odiat sunt restringenda* och som innebär att regler som ålägger bördor och pålagor skall tolkas restriktivt. I ett osäkert tolkningsläge är detta enligt statens mening en tumregel som det framstår som rimligt att tillämpa.

EG-rättsliga frågor (domen s. 3)

Hovrätten har mycket kort gått in på EG-rättens betydelse för målet. I denna del nämner hovrätten att det bakom likabehandlingslagen liggande EG-direktivet 2000/43/EG, likabehandlingsdirektivet, talar för en restriktiv tolkning när det gäller utrymmet för undantag från diskrimineringsförbudet. Hovrätten har inte närmare utvecklat sitt ställningstagande i denna del. Och enligt min mening har hovrätten här hamnat fullständigt fel.

För det första ger ordalydelsen av artikel 5 i direktivet inte underlag för hovrättens slutsats. Det finns inte något avgörande från EG-domstolen som gäller likabehandlingsdirektivet, varför det får anses i viss mån oklart hur bestämmelsen skall tolkas.

På jämställdhetens område finns dock några avgöranden. Och av särskilt intresse är därvid målet *Badeck m.fl.* (C-158/97). Målet rörde frågan om inkvotering av kvinnor till vissa utbildningsplatser. EG-domstolen godtog en sådan inkvotering under hänvisning till att den kvot det handlade om endast gällde utbildningsplatser som staten inte hade monopol på och platser som följaktligen även fanns att tillgå i den privata sektorn; därför uteslöts inga män definitivt från utbildningen.

Domen ger ett tydligt besked om att inkvotering på utbildningar av det underrepresenterade könet godtas i EU, i varje fall under den förutsättningen att män har tillgång till motsvarande utbildning på annat håll. I vårt fall hade svenska studenter möjlighet att konkurrera om tillträde till juristutbildning på andra håll än i Uppsala. I den mån det skall uppfyllas ett sådant villkor enligt EG-rätten är det sålunda uppfyllt även i detta fall.

Härtill kommer att det finns en tydlig skillnad mellan jämställdhetsdirektivet å den ena sidan och likabehandlingsdirektivet å den andra. Utrymmet för positiv särbehandling är betydligt större på mångfaldsområdet än på jämställdhetsområdet, något som framgår om man jämför formuleringarna i de aktuella bestämmelserna. Utrymmet har för övrigt förstärkts även på jämställdhetsområdet, vilket skedde genom ett tillägg i Romfördraget, artikel 141.4, som tillkom genom Amsterdamfördraget och trädde i kraft år 1999. Det betyder för övrigt att det rättsfall som tingsrätten fäste vikt vid – Kalanke – får anses inaktuellt.

Kvotering av utbildningsplatser tillåts alltså på jämställdhetsområdet. Utrymmet för positiv särbehandling är större på mångfaldsområdet än på jämställdhetsområdet, varför man a fortiori har att utgå från att det även där är tillåtet med kvotering av utbildningsplatser. Etnisk kvotering utgör alltså inte något brott mot EG-rätten. En förutsättning är dock att kvoteringen i det enskilda fallet inte strider mot det allmänna kravet i EG-rätten på att undantagsåtgärder skall vara nödvändiga och proportionerliga. Enligt statens mening råder det inte någon tvekan om att kvoteringen i detta fall uppfyller dessa EG-rättsliga krav.

Frågan kan ställas hur EG-rätten kommer in i målet. Såvitt staten förstår skall likabehandlingslagen tolkas i ljuset av likabehandlingsdirektivet. En sådan tolkning ger inte på något sätt stöd för att etnisk kvotering skulle vara otillåten. Tvärtom har man anledning att konstatera att etnisk kvotering med all sannolikhet är tillåten i EU, något som kan tillmätas viss betydelse vid tolkningen även av den svenska bestämmelsen. Det är förvisso inte så att direktivet *föreskriver* kvotering, men det tillåter en sådan särbehandling. En tillämpning av den svenska lagen i enlighet härmed får då anses ligga mycket nära till hands.

Skadeståndet

Enligt statens mening är 75 000 kr ett alltför högt skadestånd i ett fall som detta. Universitetet har bemödat sig att följa lagstiftarens intentioner, och diskrimineringen har inte drabbat någon utsatt grupp. Redan det belopp som staten har valt att vitsorda, 60 000 kr, får anses högt.

SKÄLEN FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND

Staten menar att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen. Det finns sålunda inget prejudikat som ger vägledning i frågan hur den aktuella lagbestämmelsen skall tolkas.

Frågan om bestämmelsens tolkning kan möjligen vara delvis överspelad genom de uttalanden som har gjorts i propositionen 2004/05:162 och ändringen i högskoleförordningen. Även om det skulle anses att den nya lydelsen av högskoleförordningen fortsättningsvis blir avgörande för tolkningen av 7 § andra stycket likabehandlingslagen – vilket framstår som långt ifrån givet – kvarstår ett betydande intresse av hur bestämmelsen skall tolkas med högskoleförordningens gamla lydelse. Staten har sålunda stämts i tre olika fall som gäller påstådd olovlig könsdiskriminering – brott mot samma bestämmelse som den här aktuella – vid Örebro och Karlstads universitet.

En mera övergripande fråga av stort prejudikatintresse är hur lagtolkning skall ske i ett fall där lagtexten innehåller rekvisit som inte ger någon större ledning, där förarbetena kan anses tala för en viss tolkning men där andra tolkningsdata talar i en annan riktning.

Det är slutligen av prejudikatintresse hur ett eventuellt skadestånd skall bestämmas i ett fall som detta, där det inte handlar om diskriminering i vanlig mening utan – möjligen – om en ofrivillig överträdelse till förmån för en grupp som annars ofta skyddas av diskrimineringsbestämmelserna.

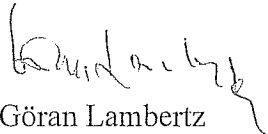
Sammanfattningsvis menar staten att följande frågor i målet är av prejudikatintresse:

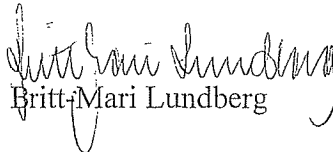
1. Hur skall bestämmelsen tolkas? Prejudikatintresset ligger i att åtskilliga likartade fall ligger för prövning.
2. Hur skall en oklar lagbestämmelse tolkas när förarbetena närmast talar i en viss riktning men andra tolkningsdata talar i den andra riktningen?
3. Vilken betydelse skall man vid tolkningen tillmäta en förordningsbestämmelse som har starkt samband med den aktuella lagregeln, och vilken betydelse skall man tillmäta förarbetsuttalanden i anslutning till förordningsbestämmelsen?
4. Vilken betydelse skall man vid tolkningen tillmäta den omständigheten att förordningsbestämmelsen senare har ändrats, varvid förarbetsuttalanden av viss relevans för tolkningen har gjorts?
5. Vilken betydelse skall man vid tolkningen tillmäta den omständigheten att den lagregel som skall tolkas är sanktionerad med skadestånd? Vilken betydelse kan principen ”odiat sunt restringenda” tillmätas i svensk rätt?

6. Hur skall ett eventuellt skadestånd bestämmas i udda diskrimineringsfall som detta?

BEVISNING

Staten åberopar inte någon bevisning i Högsta domstolen.


Göran Lambertz


Britt-Mari Lundberg