

SVEA HOVRÄTT  
Ink 2018 -05- 14

HÖGSTA DOMSTOLEN	
Ink	2018 -05- 15
Dnr	Ö 2343-18
Aktbil.nr	1

**diskriminerings  
ombudsmannen**



HÖGSTA DOMSTOLEN

INKOM: 2018-05-15  
MÅLNR: Ö 2343-18  
AKTBIL: 1

2018-05-14

Ärende ANM 2017/1260

Högsta domstolen  
Box 2066  
103 12 Stockholm

## Överklagande med begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen

Klagande: Diskrimineringsombudsmannen  
Box 3686  
103 59 Stockholm

SVEA HOVRÄTT  
Överklagandet har kommit in  
inom rätt tid

*Katarina Bohner*  
Registratorkontoret

Företrädd av:  
enhetschefen Martin Mörk och  
processföraren Anna Rosenmüller Nordlander  
adress som ovan

E-post: do@do.se, martin.mork@do.se och  
anna.rosenmuller-nordlander@do.se  
Telefon 08-120 20 700

Svarande: Braathens Regional Aviation AB  
Org. nr 556458-3101  
Box 37  
201 20 Malmö

Ombud:  
Advokaterna Johan Josjö och  
Caroline Gullickson Dock  
Gernandt och Danielsson Advokatbyrå KB  
Box 5747  
114 87 Stockholm

Saken: Diskriminering enligt diskrimineringslagen  
(2008:567)

Överklagat beslut: Svea hovrätts beslut den 16 april 2018 i mål nr  
FT 10481-17

## Yrkanden

Diskrimineringsombudsmannen (DO) yrkar att Högsta domstolen:

inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen,

meddelar prövningstillstånd i målet,

upphäver hovrättens beslut att avvisa DO:s överklagande såvitt avser punkterna 1 och 2 i tingsrättens domslut,

upphäver hovrättens beslut att avslå överklagandet såvitt avser punkten 3 i tingsrättens domslut,

undanröjer Stockholms tingsrätts dom, och

återförvisar målet till tingsrätten för prövning i sak av något av DO:s fastställelseyrkanden vid sidan av fullgörelseyrkandet om diskrimineringsersättning.

## Bakgrund

DO har för Pablo Acosta Gomez räkning vid Stockholms tingsrätt ansökt om stämning mot Braathens Regional Aviation AB (bolaget) avseende den diskriminering i strid med 2 kap. 12 § 1 jämfört med 1 kap. 4 § 1 diskrimineringslagen (2008:567) som han av skäl kopplade till hans etniska tillhörighet ska ha utsatts för den 21 juli 2015 i samband med en planerad flygresa med bolaget.

DO anförde i sin stämningsansökan att det taleförbud som förelåg enligt Rådets förordning 2027/97/EG<sup>1</sup> (som införlivar Montrealkonventionens bestämmelser för flygresor inom EU) stred mot Pablo Acosta Gomez rätt till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 EU:s rättighetsstadga<sup>2</sup>. DO begärde därför att tingsrätten skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende nationella domstolars skyldighet att åsidosätta talebegränsningen i ett mål som rör diskriminering enligt direktiv 2000/43/EG<sup>3</sup> och artikel 21 EU:s rättighetsstadga.

Tingsrätten utfärdade stämning i målet. I sitt svaromål bestred bolaget diskriminering, men medgav att betala ”goodwillersättning” motsvarande DO:s yrkande om diskrimineringsersättning. Pablo Acosta Gomez förklarade att han inte var intresserad av att utfä ett belopp som saknade samband med en konstaterad eller erkänd diskriminering från bolagets sida. DO motsatte sig därför att tingsrätten skulle meddela dom i enlighet med

<sup>1</sup> Rådets förordning 2027/97/EG om lufttrafikföretags skadeståndsansvar avseende lufttransport av passagerare och deras bagage, EGT L 285, 1997, s.1, (OBS konsoliderad version av den 30 maj 2002, tingsrättens aktbilaga 7).

<sup>2</sup> Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 83, 2010, s. 389.

<sup>3</sup> Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, EUT L 180, 2000, s. 22.

medgivandet. DO anförde att Pablo Acosta Gomez rätt till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 EU:s rättighetsstadga (jämförd med artikel 13 Europakonventionen<sup>4</sup>) krävde en möjlighet att få den påstådda rättighetskränkningen konstaterad i avsaknad av ett erkännande från svarandens sida. Vidare anförde DO att regleringen i diskrimineringslagen och EU-rättens krav på effektiva sanktioner vid diskriminering förutsatte att utdömd ersättning kopplades till en överträdelse som konstaterats eller annars vidgåtts. Tingsrätten skulle alltså genom en EU-rättskonform tolkning likväl – inom ramen för DO:s fullgörelseyrkande – pröva om Pablo Acosta Gomez hade utsatts för diskriminering och om bolaget därför var skyldigt att utge diskrimineringsersättning till honom.

I andra hand yrkade DO att tingsrätten *vid sidan av* fullgörelseyrkandet skulle godta ett fastställelseyrkande om skadeståndsskyldigheten i och för sig, alternativt ett yrkande om att fastställa diskrimineringen som sådan.

Som stöd för tingsrättens skyldighet att i den uppkomna situationen möjliggöra en prövning i sak – även om det skulle kunna innebära att något av de annars otillåtna fastställelseyrkandena tilläts – hänvisade DO till EU-domstolens dom i mål C-432/05, Unibet, där en liknande frågeställning hade aktualiserats.<sup>5</sup>

Tingsrätten fann emellertid att artikel 47 EU:s rättighetsstadga inte föreskrev någon rätt för Pablo Acosta Gomez att få rättighetskränkningen prövad i sak. Tingsrätten ansåg sig därför oförhindrad att meddela dom i målet mot bakgrund av bolagets medgivande om betalning. DO:s fastställelseyrkanden avvisades som otillåtna.

DO överklagade tingsrättens avvisningsbeslut till Svea hovrätt och begärde att tingsrättens dom skulle undanröjas. Som grund för överklagandet angav DO att tingsrättens avgörande utgjorde en kränkning av Pablo Acosta Gomez rätt till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 EU:s rättighetsstadga i och med att han genom domen fråntagits sin enda möjlighet att få rättighetskränkningen konstaterad (och alltså få sin offerstatus hävd).

DO anförde vidare att tingsrätten hade bortsett från sina skyldigheter enligt artikel 15 direktiv 2000/43/EG eftersom det utdömda beloppet inte kopplats till någon överträdelse som hade konstaterats eller vidgåtts.

Slutligen anförde DO att tingsrätten genom att jämställa diskrimineringsersättningen med vad som gäller för annat skadestånd hade underlåtit att beakta de deklarativa reparations- och preventionssyften som föranlett lagstiftaren att föreskriva en särskild ersättningsordning för diskriminering.

Hovrätten beviljade prövningstillstånd.

Genom beslut som meddelades den 16 april 2018 avvisade hovrätten DO:s överklagande såvitt det avsåg tingsrättens domslut. Överklagandet avseende avvisningsbesluten avslogs eftersom besluten bedömdes som förenliga med

<sup>4</sup> Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>5</sup> EU-domstolens dom (stor avdelning) den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, EU:C:2007:163.

unionsrätten. Hovrätten fann inte att unionsrätten krävde att enskilda skulle ha rätt till en prövning i sak av kränkningen om svaranden medgett att betala i enlighet med yrkandet om diskrimineringsersättning. Mot denna bakgrund avslogs överklagandet i den delen.

Hovrätten avslog också DO:s begäran om att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen om förhållandet mellan rätten till rättsskydd för diskriminering enligt EU:s rättighetsstadga och Montrealkonventionens begränsningsregel. Hovrättens beslut i den delen grundades på en tolkning av innebörden av artikel 29 Montrealkonventionen som i det relevanta avseendet föreskriver att en talan om skadestånd i fråga om transporter av passagerare endast får föras på de villkor och de gränser som fastställts i konventionen. Hovrätten bedömde att bestämmelsen inte var en regel om talerätt.

### **Grunder för överklagandet**

Hovrättens beslut innebär att kränkningen av Pablo Acosta Gomez rätt till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 EU:s rättighetsstadga består.

Genom sin slutsats att en dom som innefattar en sådan kränkning inte kan överklagas, har hovrätten också överträtt statens skyldigheter i artikel 19.1 fördraget om Europeiska unionen (FEU) att tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd.

Hovrätten har i sin bedömning därvidlag underlåtit att beakta att kärnan i rätten till ett effektivt rättsmedel är möjligheten att på rättslig väg få en påstådd rättighetskränkning konstaterad. Hovrätten har särskilt underlåtit att beakta rättspraxis från Europadomstolen som klargör att en ersättning som inte kopplas till en erkänd eller konstaterad kränkning är otillräcklig för att häva enskildas offerstatus.

Hovrätten har vidare underlåtit att följa tydliga anvisningar från EU-domstolen i det så kallade Unibetmålet om att en nationell domstol har en skyldighet att säkerställa en effektiv möjlighet till prövning av en påstådd överträdelse av en EU-rättsligt skyddad rättighet. Skyldigheten innebär att domstolen, för det fall det inte finns något annat sätt att få frågan prövad, kan behöva tillåta yrkanden som annars skulle vara otillåtna.

Tingsrättens beslut att avvisa DO:s fastställelseyrkanden och meddela dom på grundval av svarandens medgivande om betalning av ”goodwillersättning” innebär att Pablo Acosta Gomez förlorade sin möjlighet att få rättighetskränkningen prövad. Hovrättens slutsats att tingsrättens hantering har varit korrekt är mot den bakgrunden uppenbart oriktig. Det står klart att de regler i rättegångsbalken som har uteslutit en prövning i sak har gjort det ”i praktiken omöjligt” för Pablo Acosta Gomez att utöva rätten till ett effektivt rättsmedel på det sätt som unionsrätten föreskriver.

Hovrättens slutsats att de regler som har uteslutit en prövning i sak även uppfyller kravet på likvärdighet stämmer inte. Slutsatsen torde förutsätta att

en talan som gäller skadestånd mot det allmänna på grund av en överträdelse av Europakonventionens diskrimineringsbestämmelse (artikel 14 i förening med en annan artikel) skulle bedömas på samma sätt – t.ex. om en kommun bestred kränkningen, men medgav betalning enligt skadeståndsyrkandet. En sådan hantering skulle dock utgöra en överträdelse av artikel 13 Europakonventionen.

Hovrätten har vidare funnit att det ersättningsbelopp som har utdömts utan någon koppling till någon konstaterad eller erkänd överträdelse kan utgöra en effektiv, proportionell och avskräckande sanktion. Hovrättens bedömning är oförenlig med EU-rättens sanktionsbegrepp. Bedömningen bygger på förutsättningen att en sanktion som inte kopplas till en överträdelse likväl kan vara en sanktion.

Hovrättens beslut innebär därutöver ett rättsligt godkännande av en ordning där en svarande, som bestrider att en överträdelse ägt rum, på ett enkelt sätt – genom att medge betalning eller att betala det belopp som yrkas – kan undgå det för sanktionen nödvändiga momentet att beloppet kopplas till en erkänd eller konstaterad överträdelse. Beslutet innefattar därmed också en överträdelse av statens skyldigheter i artikel 15 direktiv 2000/43/EG att säkerställa att överträdelser av diskrimineringsförbuden förenas med en effektiv och avskräckande sanktion.

Genom att jämställa diskrimineringsersättning med vad som gäller för skadestånd överlag har hovrätten också underlåtit att beakta de deklarativa reparations- och preventionssyften som har föranlett lagstiftaren att föreskriva en särskild ersättningsordning för diskriminering.

Vad gäller grunderna för det påstående om diskriminering som aktualiserar Pablo Acosta Gomez rätt till ett effektivt rättsmedel, åberopas samma omständigheter som i tingsrätten.

### **Utveckling av grunderna för överklagandet**

*Om rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 rättighetsstadgan, skyldigheten enligt Unibetmålet att i vissa fall tillskapa en möjlighet till en prövning av om en överträdelse ägt rum, samt om hovrättens överträdelse av artikel 19.1 FEU*

Den överträdelse av diskrimineringslagen som har gjorts gällande i målet i tingsrätten avser en rätt till icke-diskriminering som skyddas av direktiv 2000/43/EG och artikel 21 EU:s rättighetsstadga. Av artikel 47 rättighetsstadgan följer att den vars unionsrättsligt garanterade rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel.

Av artikel 52.3 rättighetsstadgan följer att den rätt som föreskrivs i artikel 47 ska ha samma innebörd som i artikel 13 Europakonventionen.

Rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 Europakonventionen syftar till att säkerställa att en enskild på rättslig väg kan häva sin offerstatus

vid kränkningar av rättigheter som föreskrivs i konventionen. I prop. 2017/18:7 sammanfattas innebörden av rättigheten på följande sätt.

Artikel 13 anger att den vars fri- och rättigheter enligt konventionen har kränkts, ska ha rätt till ett effektivt rättsmedel inför en inhemsk myndighet. Det innebär en rätt att få ett *påstående om konventionsöverträdelse prövad* av en nationell domstol eller av en myndighet och få rättelse, avhjälpande eller gottgörelse vid en *konstaterad överträdelse*.<sup>6</sup> (DO:s kursivering)

Av Europadomstolens beslut i målet *Jensen mot Danmark* framgår att det krävs ett erkännande eller konstaterande av överträdelsen för att den enskildes offerstatus ska hävas.<sup>7</sup> I målet *Centro Europa 7 S.r.l. och Di Stefano mot Italien* klargjorde Europadomstolens stora kammare att en utbetald ersättning inte kan förändra det förhållandet.<sup>8</sup>

Det framstår därmed som tydligt att rätten till ett effektivt rättsmedel innefattar en rätt att få ett påstående om en överträdelse av en grundläggande rättighet prövad. Vidare framgår det att eventuell ersättning ska avse en kränkning som har konstaterats eller i vart fall vidgåtts.

Hovrätten har i detta sammanhang gjort en abstrakt bedömning av diskrimineringsersättningen som rättsmedel och funnit att "[v]id en talan om diskrimineringsersättning kan frågan om det har förekommit diskriminering i strid med diskrimineringslagens – och därmed direktivets – bestämmelser prövas prejudiciellt". Eftersom det således på ett abstrakt plan finns en möjlighet att kränkningen prövas, fann hovrätten att "[v]arken direktivet eller unionsrätten i övrigt innebär under dessa förhållanden att det utöver möjligheten att föra en sådan talan finns en rätt för den som blivit utsatt för diskriminering i strid med direktivet att få diskrimineringen fastställd av domstol". Hovrätten hänvisade i detta sammanhang till EU-domstolens dom den 13 oktober 2013 i mål C-583/11 P, *Inuit Tarpiriit Kanatami m.fl.* EU:C:2013:625, p. 102-104:

102 Det ankommer i det hänseendet, i avsaknad av unionsrättsliga föreskrifter på området, på varje medlemsstats interna rättsordning att – med iakttagande dels av de krav som framgår av punkterna 100 och 101 ovan, dels av effektivitets- och likvärdighetsprinciperna – ange vilka domstolar som är behöriga och att fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, *Impact*, REG 2008 s. I-2483, punkt 44 och där angiven rättspraxis, av den 26 januari 2010 i mål C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, REU 2010, s. I-635, punkt 31, och av den 18 mars 2010 i de förenade målen C-317/08–C-320/08, *Alassini m.fl.*, REU 2010, s. I-2213, punkterna 47 och 61).

103 Beträffande de rättsmedel som medlemsstaterna ska föreskriva gäller att även om det genom EUF-fördraget har införts flera olika typer av talan som fysiska och juridiska personer i förekommande fall kan väcka direkt vid unionsdomstolen, är inte syftet med vare sig EUF-fördraget eller artikel 19 FEU att skapa några andra former av

<sup>6</sup> a. prop. s. 10.

<sup>7</sup> Europadomstolens beslut den 20 september 2001 i målet *Jensen v. Denmark*, app. No 48470/99.

<sup>8</sup> Europadomstolens dom den 7 juni 2012 i mål *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], app. No 38433/09, punkten 88.

rättsliga förfaranden vid de nationella domstolarna, i syfte att upprätthålla unionsrätten, än de som redan föreskrivs i den nationella rätten (dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271, punkt 40).

104 Annorlunda förhåller det sig endast om det av den nationella rättsordningens systematik framgår att det inte finns något rättsmedel som ens prejudiciellt ger möjlighet att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten, eller om det enda rättsmedlet som står till buds vore att de enskilda tvingades bryta mot gällande rätt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Unibet, punkterna 41 och 64, samt där angiven rättspraxis). (DO:s kursivering)

Av EU-domstolens uttalanden i punkterna 103 och 104 framgår att EU-rätten inte uppställer krav på att nationella domstolar behöver skapa andra former av rättsliga förfaranden än de som redan föreskrivs *utom* när det av den nationella rättsordningens systematik framgår att det inte finns något rättsmedel som ens prejudiciellt ger möjlighet att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten.

Anledningen till att DO framställde sina fastställelseyrkanden var att det annars, mot bakgrund av svarandens medgivande om betalning, inte fanns något sätt på vilket Pablo Acosta Gomez kunde få till stånd en prövning av rättighetskränkningen – trots att kränkningen bestreds. Situationen är precis av det slag som beskrivs i punkten 104 ovan. För svenskt vidkommande ligger det här nära till hands att jämföra med förhållandena i Unibetmålet.

I Unibetmålet bedömdes käredebolagen förvisso inte ha någon rätt att föra en fristående fastställsetalan om en viss reglering innebar en kränkning av deras EU-rättsliga rättigheter. Frågan om regleringen utgjorde en överträdelse kunde nämligen prövas på flera sätt, bl.a. inom ramen för den fastställsetalan om skadestånd som bolagen också förde. Av EU-domstolens dom framgår dock att i avsaknad av sådana alternativ skulle skyldigheten att tillhandahålla effektiva rättsmedel i princip innebära att svensk domstol skulle behöva tillåta en annars otillåten fastställsetalan.<sup>9</sup>

Vad närmare gäller Unibetmålets innebörd i det aktuella avseendet hänvisas till professor Torbjörn Anderssons rättsutlåtande, se bilaga 3.

Till skillnad från käredebolagen i Unibet har Pablo Acosta Gomez dock inte någon annat "rättsmedel" genom vilket han kan få kränkningen prövad än den fullgörelsetalan om diskrimineringsersättning som förs. Möjligheten att i stället endast föra en fastställsetalan om ersättningsskyldigheten i och för sig har inte framstått som framkomlig, eftersom ersättningsbeloppet har kunnat preciseras vid tidpunkten för ansökan om stämning (se RH 2008:85 där en fastställsetalan avvisades av det skälet). För övrigt kan det inte heller krävas att enskilda som utsatts för diskriminering ska behöva föra två processer för att få en ersättning som kopplas till rättighetskränkningen.

Det var med andra ord tydligt att Pablo Acosta Gomez – i den uppkomna situationen – *som en följd av den svenska processordningens systematik* – inte kunde få till stånd den prövning som hans rätt till ett effektivt

<sup>9</sup> Ibid. punkten 65.

rättsmedel krävde. Mot den bakgrunden framstår hovrättens slutsats att det var förenligt med unionsrättens krav för tingsrätten att meddela dom och avvisa DO:s fastställelseyrkanden som uppenbart oriktig.

Hovrättens bedömning att "rättsmedlet" även uppfyller kravet på likvärdighet kan också ifrågasättas i ljuset av gällande rätt. Slutsatsen torde förutsätta att samma bedömning skulle göras i en talan som gäller skadestånd mot det allmänna på grund av en överträdelse av Europakonventionens diskrimineringsbestämmelse (artikel 14 i förening med en annan artikel) om t.ex. en kommun bestred kränkningen men medgav betalning enligt skadeståndsyrkandet.

En sådan hantering skulle dock enligt DO:s bedömning utgöra en överträdelse av artikel 13 Europakonventionen i ljuset av den praxis från Europadomstolen som DO tidigare har redogjort för.

Genom att låta tingsrättens dom stå fast har hovrätten också överträtt statens skyldigheter att tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 19.1 fördraget om Europeiska unionen. Hovrättens beslut innebär att det i svensk rätt saknas en reell och effektiv möjlighet att överklaga domar där enskildas rätt till prövning av rättighetskränkningar har utsläcits genom strategiska medgivanden från svarandens sida. Beträffande problemet med strategiska medgivanden i rättighetsmål hänvisas till bilagd artikel av Centrum för rättvisas Fredrik Bergman och Johannes Forsberg, bilaga 4.

*Hovrättens beslut undergräver de deklarativa reparations- och preventionssyften som har föranlett lagstiftaren att föreskriva en särskild ersättningsordning för diskriminering, och är också oförenligt med direktiv 2000/43/EG*

I och med att tingsrättens dom får stå fast undergrävs också de upprättelse- och sanktionsintressen som lagstiftaren genom att införa en särskild ersättningsordning för diskriminering har avsett att uppfylla.

Av förarbetena till diskrimineringslagen beskrivs diskrimineringsersättningen som en "påföljd" där ersättningen ska avse den kränkning som överträdelsen innebär. Regeringen underströk att eftersom diskriminering utgör ett brott mot allas lika värde och rätten att behandlas som en individ, var det angeläget att diskrimineringsförbuden skulle sanktioneras med kraftfulla och avskräckande påföljder för den som diskriminerar.<sup>10</sup>

Diskrimineringslagens konstruktion bygger på att käranden i en talan om diskrimineringsersättning ska få ersättning för en rättighetskränkning i form av diskriminering som har konstaterats eller annars vidgåtts. I 5 kap. 1 § diskrimineringslagen föreskrivs således att diskrimineringsersättning ska betalas av den som bryter mot diskrimineringsförbudet, att ersättningen ska avse den kränkning som diskrimineringen innebär och att intresset att motverka sådana överträdelser ska beaktas vid fastställandet av ett lämpligt ersättningsbelopp. Om hovrättens beslut skulle stå sig, dvs. att

---

<sup>10</sup> Prop. 2007/08:95 s. 387 f. och 553 f.

diskrimineringsersättning mot kändens vilja utdöms utan att ersättningen kopplas till en konstaterad kränkning/överträdelse, skulle som professor Mårten Schultz konstaterar i sitt rättsutlåtande (bilaga 2), ersättningsordningens deklarativa upprättelse- och preventionsfunktioner undergrävas:

”Ett yrkande om diskrimineringsersättning är ur denna synvinkel väsensskilt från andra betalningsyrkanden i tvistemål. Om ett medgivande av betalningsskyldighet kan frikopplas från grunden för betalningsskyldigheten, på det sätt svaranden hävdar i detta mål, kan diskrimineringsersättningen inte fylla någon av de funktioner som den antas fylla. Den diskriminerade kan inte gärna sägas få någon upprättelse om rättsordningen inte uttrycker att han/hon/hen blivit diskriminer[ad]. Ersättningen kan inte fylla en deklaratorisk funktion i ett sådant fall. Även den preventiva funktionen skulle undermineras. För stora företag är en kostnad på den aktuella nivån knappt kännbar. Den preventiva funktionen står och faller med att kostnaden kopplas just till en diskriminering.”

Såvitt avser det EU-rättsliga sanktionsintresset, framgår det uttryckligen av artikel 15 direktiv 2000/43/EG att de sanktioner som väljs, och som kan bestå av skadestånd till den diskriminerande personen, ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. EU-domstolen har i sin praxis understrukit att det ska säkerställas att sanktionsåtgärderna verkligen har en avskräckande verkan.<sup>11</sup>

Hovrätten har även i denna del resonerat abstrakt och uttalat att diskrimineringsersättning ”utgör enligt hovrättens bedömning en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion mot sådan diskriminering som påstås i målet”. DO har dock inte i målet ifrågasatt diskrimineringsersättningens effektivitet som sådan. DO har ifrågasatt att ett belopp som utdöms utan att kopplas till den överträdelse som påstås i målet överhuvudtaget kan anses vara en sanktion för överträdelsen i den mening som avses i direktivet.

Det är tydligt att en ordning enligt vilken en svarande med stöd av rättegångsbalkens regler på ett billigt sätt, och mot kändens vilja, regelmässigt kan undvika att ett belopp utdöms till följd av en konstaterad eller erkänd överträdelse (antingen genom att medge betalningsyrkandet eller att erlagga beloppet direkt till känden) inte kan förenas med direktivets krav på effektiva och avskräckande sanktioner.

Lösningen för att minska risken för sådana ”kortslutande” dispositioner från svarandens sida – som alltså kan underminera både enskildas möjlighet till upprättelse och sanktionsintresset – skulle vara att tillskapa en möjlighet att *i situationer där frågan aktualiseras* tillåta känden att föra en fastställelsealan om antingen skadeståndsskyldigheten i och för sig (för att koppla ersättningen till en kränkning så att det blir klart att eventuell medgiven ersättning utgår för diskrimineringen) eller om diskrimineringen som sådan.

Om någon av dessa möjligheter gavs, skulle den enskilde själv kunna avgöra i vad mån en betalning, eller ett medgivande om betalning som sker utan erkännande av kränkningen, tillgodoser dennes behov av upprättelse.

<sup>11</sup> Se EU-domstolens dom den 25 april 2013 i mål C-81/12, Asociația Accept, EU:C:2013:275, punkterna 63-64 och däri angiven praxis.

DO kan inte se att en sådan lösning skulle innebära något brott mot dispositionsprincipen.

Som framgår av vad som har anförts, anser DO, till skillnad från hovrätten, att EU-domstolens praxis innebär att en lösning för den enskilde måste tillskapas i den uppkomna situationen. Av de båda yrkanden som framställts i tingsrätten, framstår yrkandet om skadeståndsskyldigheten i och för sig som det yrkande som på grund av rättsföljdsanknytningen lättast kan förenas med de principer som gäller i svensk processrätt.

### **Skäl för prövningstillstånd**

Hovrättens beslut innebär att kränkningen av Pablo Acosta Gomez rätt till ett effektivt rättsmedel i artikel 47 EU:s rättighetsstadga består. Rättighetskränkningen i sig är skäl för prövningstillstånd i målet (jfr a. prop. s. 12 beträffande nödvändigheten att rätta till kränkningar av artikel 13 Europakonventionen i högre rätt).

Vidare finns ett tydligt behov av vägledning från Högsta domstolen. Hovrättens beslut kan om det får stå sig annars legitimera ett förfaringsätt från underinstansernas sida som tillåter:

- (i) systematiska kränkningar av enskildas rätt till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 EU:s rättighetsstadga (jämförd med artikel 13 Europakonventionen),
- (ii) systematiska överträdelser av statens skyldighet att i förhållande till kränkningarna under (i) tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 19.1 FEU,
- (iii) systematiska överträdelser av direktiv 2000/43/EG (och även de andra likabehandlingsdirektiven) såvitt avser statens skyldigheter att säkerställa effektiva och avskräckande sanktioner för överträdelser av diskrimineringsförbuden, och
- (iv) att de reparativa och preventiva syften som lagstiftaren avsett att uppfylla genom att införa reglerna om diskrimineringsersättning undermineras.

Hovrättens beslut kan vidare leda till kränkningar av artikel 13 Europakonventionen genom att svarandena, i mål som rör skadestånd på grund av överträdelser av Europakonventionens bestämmelser, tillåts utsläcka kärandenas möjlighet att häva sin offerstatus.

Utöver de skäl som nu har anförts, finns det också synnerliga skäl för prövningstillstånd genom att hovrätten har underlåtit att följa tydliga anvisningar från EU-domstolen i Unibetmålet vad gäller skyldigheten att bereda Pablo Acosta Gomez en möjlighet till sakprövning. Hovrätten har i strid med dessa anvisningar avslagit DO:s överklagande såvitt avser tingsrättens avvisningsbeslut. Det har stått klart för hovrätten att Pablo Acosta Gomez inte har haft någon annan möjlighet till prövning av

rättighetskränkningen än genom de framställda fastställelseyrkandena. Hovrättens rättstillämpning har därför varit uppenbart oriktig.

Slutligen går det inte att bortse från att beslutet att tillåta DO:s talan – utan att först fråga EU-domstolen – kan utgöra ett möjligt rättegångsfel.

Hovrätten har i de skäl som har angetts för att man inte inhämtat förhandsavgörande, bedömt att artikel 29 Montrealkonventionen inte utgör en regel om talerätt.

Enligt artikel 29 Montrealkonventionen får en talan om skadestånd i fråga om transporter av passagerare endast föras på de villkor och de gränser som fastställts i konventionen.

EU-domstolen har i mål C-344/04, IATA och ELFAA, EU:C:2006:10, p. 44, beskrivit bestämmelsen som en talerätsregel. Mot bakgrund av att Montrealkonventionen numera är en del av EU-rätten genom en EU-förordning torde utrymmet för hovrätten att hävda en annan tolkning vara begränsat.

Samtidigt är det så att samma fråga om begränsningen kan tillåtas i ljuset av skyldigheten i artikel 47 EU:s rättighetsstadga att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för diskriminering (och andra mänskliga rättigheter som skyddas genom stadgan) uppkommer oavsett om hindret ses som materiellt eller processuellt. Frågan är av ett sådant slag att den bör underställas EU-domstolen, vilket i sig talar för att prövningstillstånd bör meddelas.

### **Begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen**

Målet aktualiserar en konflikt mellan EU-rättslig sekundärrätt som införlivar internationella åtaganden som binder EU och Sverige. DO:s bedömning är att det hinder som följer av artikel 29 Montrealkonventionen (oavsett om hindret är materiellt eller processuellt) genom förordning 2027/97/EG i vissa situationer inte kan upprätthållas. En ordning enligt vilken enskilda nekas möjligheten till prövning och gottgörelse avseende kränkningar av mänskliga rättigheter är knappast förenlig med rättsstatens värden.

I det så kallade Kadi-målet<sup>12</sup> som också gällde förhållandet mellan ett internationellt avtal och det som då var EG-rättens skydd för mänskliga rättigheter, uttalade EU-domstolen följande.

”281 Domstolen erinrar om att gemenskapen är en rättslig gemenskap av sådant slag att varken medlemsstaterna eller gemenskapsinstitutionerna kan undgå kontroll av om deras rättsakter står i överensstämmelse med gemenskapens grundläggande konstitutionella urkund, det vill säga EG-fördraget, genom vilket ett fullständigt system med talemöjligheter och förfaranden upprättats, som är avsett att göra det möjligt för domstolen att granska lagenligheten av de rättsakter som antas av institutionerna (dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, *Les Verts* mot parlamentet, REG 1986, s. 1339, punkt 23; svensk specialutgåva, volym 8, s. 529).

---

<sup>12</sup> EU-domstolens dom (stor avdelning) den 8 september 2008 i förenade målen C-402/05 P och C-415/05, *Kadi* och *Al Barakat*, EU:C:2008:461.

282 Ett internationellt avtal kan inte inkräkta på den behörighetsordning som slagits fast i fördragen och därmed på autonomin hos gemenskapens rättsordning, vilken domstolen har att säkerställa med stöd av sin exklusiva behörighet enligt artikel 220 EG. Domstolen har slagit fast att denna behörighet utgör en av grundvalarna för gemenskapen (se, för ett liknande resonemang, yttrande 1/91 av den 14 december 1991, REG 1991, s. I-6079, punkterna 35 och 71, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-533, och dom av den 30 maj 2006 i mål C-459/03, kommissionen mot Irland, REG 2006, s. I-4635, punkt 123 och där angiven rättspraxis).

283 Enligt fast rättspraxis utgör de grundläggande rättigheterna en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som domstolen ska säkerställa efterlevnaden av. Domstolen utgår därvid från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de folkrättsliga dokument angående skydd för de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller har tillträtt. I detta avseende är Europakonventionen av särskild betydelse (se bland annat dom av den 26 juni 2007 i mål C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl.*, REG 2007, s. I-5305, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

284 Det framgår även av domstolens rättspraxis att iakttagandet av de mänskliga rättigheterna utgör ett villkor för att gemenskapsrättsakter ska vara lagenliga (det ovannämnda yttrandet 2/94, punkt 34) och att det inom gemenskapen är förbjudet att vidta åtgärder som strider mot de mänskliga rättigheterna (dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, *Schmidberger*, REG 2003, s. I-5659, punkt 73 och där angiven rättspraxis).

285 Det framgår av samtliga dessa omständigheter att de skyldigheter som följer av ett internationellt avtal inte kan få en sådan verkan att EG-fördragets konstitutionella principer undergrävs, bland vilka principen att samtliga gemenskapsrättsakter måste iaktta de grundläggande rättigheterna ingår. Iakttagandet av de grundläggande rättigheterna utgör ett villkor för gemenskapsrättsakternas lagenlighet, vilket det åligger domstolen att kontrollera inom ramen för det fullständiga system med talemöjligheter som upprättas genom EG-fördraget.”

Att domstolar i vissa fall måste åsidosätta bestämmelser som strider mot mänskliga rättigheter är självklart i en rättsstat. Skyldigheten i 11 kap. 14 § regeringsformen gäller närhelst en bestämmelse strider mot högre rätt. Högsta domstolen har i NJA 2014 s. 79 uttalat att svenska domstolar kan vara skyldiga att åsidosätta EU-rättsliga bestämmelser som strider mot Europakonventionen. Det finns enligt DO:s mening inget som talar för att skyldigheten kan vara någon annan när rättigheterna skyddas av annan högre rätt, exempelvis EU:s rättighetsstadga.

Frågan om begränsningen i förordning 2027/97/EG kan upprätthållas eller om den ska åsidosättas bör dock likväl först underställas EU-domstolen. DO begär således att Högsta domstolen – innan domstolen tar ställning till frågan om prövningstillstånd ska meddelas i målet – inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen jämlikt artikel 267 Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt. Frågan kan lämpligen formuleras på följande sätt:

1. Innebär artikel 47 EU:s stadga om grundläggande rättigheter och artikel 19.1 Fördraget om Europeiska unionen att en nationell domstol utan hinder av förordning 2027/97/EG och

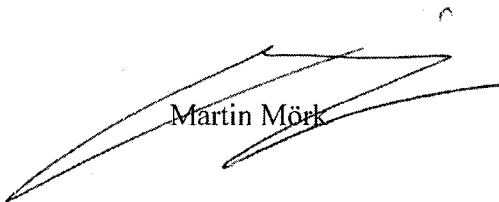
EU:s folkrättsliga förpliktelser enligt den så kallade Montrealkonventionen måste kunna ta upp till sakprövning och bifalla en talan om ideellt skadestånd som grundar sig på en överträdelse av den allmänna principen om icke-diskriminering kopplad till etnisk tillhörighet som den kommer till uttryck i artikel 21 EU:s stadga om grundläggande rättigheter och direktiv 2000/43/EG?

Mot bakgrund av hovrättens beslut, kan Högsta domstolen – i den mån rättsläget inte bedöms som klart eller klarlagt – även finna skäl att ställa frågor om enskildas rätt att, om de så önskar, få till stånd en prövning om en rättighetskränkning har skett, om vad som krävs för att deras möjlighet till överklagande i artikel 19.1 ska respekteras i en situation som den Pablo Acosta Gomez befinner sig i, samt hur en ordning som den som möjliggörs av hovrättens beslut förhåller sig till det krav på effektiva och avskräckande sanktioner som uppställs i direktiv 2000/43/EG. Dessa frågor kan förslagsvis formuleras på följande sätt.


2. Innebär artikel 47 EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och artikel 15 direktiv 2000/43/EG att en enskild ska ha möjlighet att inom ramen för en domstolsprocess som rör ideellt skadestånd på grund av en överträdelse av den allmänna principen om icke-diskriminering kopplad till etnisk tillhörighet som den kommer till uttryck i artikel 21 EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och direktiv 2000/43/EG att, i avsaknad av ett erkännande av kränkningen, få till stånd en prövning av om det skett en rättighetskränkning i form av diskriminering samt, vid behov, även få det konstaterat att en eventuell ersättning som utdöms med anledning av dennes talan ska utges på grund av den kränkning som påstås?
3. Innebär artikel 19.1 fördraget om den Europeiska unionen att det ska vara möjligt för enskilda som anser sig ha utsatts för diskriminering i strid med den allmänna principen om icke-diskriminering kopplad till etnisk tillhörighet som den kommer till uttryck i artikel 21 EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och direktiv 2000/43/EG, att överklaga i och för sig bifallande domar som innebär att de trots svarandens förnekande inte getts möjlighet att få en prövning i sak av om de har utsatts för den diskriminering som påstås.
4. Är det förenligt med kravet på effektiva och avskräckande sanktioner i artikel 15 direktiv 2000/43/EG att i en medlemsstat där sanktionen för överträdelser av de förbud som föreskrivs i direktivet är ideellt skadestånd till den utsatta personen, att en domstol mot denna persons vilja kan bestämma att skadeståndet ska utges utan att någon överträdelse konstateras och därmed utan att skadeståndet kopplas till överträdelsen?

## Bevisuppgift

Mot bakgrund av att överklagandet uteslutande rör rättsfrågor, åberopar DO för närvarande ingen bevisning.



Martin Mörk



Anna Rosenmüller Nordlander

## Bilagor:

1. Rättegångsfullmakt (se tingsrättens aktbilaga 2)
2. Rättsutlåtande upprättat av professor Mårten Schultz (samma som hovrättens aktbilaga 3)
3. Rättsutlåtande upprättat av professor Torbjörn Andersson (samma som hovrättens aktbilaga 4)
4. Bergman, Fredrik och Forssberg, Johannes, Strategiska medgivanden i rättighetsmål, Blendow Lexnova Expertkommentar – Processrätt, Mars 2018.