

# HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 21 december 2006

Mål nr

T 400-06

## **KLAGANDE**

Staten genom Justitiekanslern

Box 2308

103 17 STOCKHOLM

## **MOTPARTER**

1. CL

2. JM

Ombud för 1 och 2:

1. Jur. kand. CC

2. Ombud: Jur. kand. GS

## **SAKEN**

Skadestånd

## **ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET**

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

## DOMSLUT

Högsta domstolen fastställer hovrättens domslut.

Staten skall ersätta CL och JM för deras rättegångskostnader i Högsta domstolen med fyrtioentusenetthundrasextio (41 160) kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för Högsta domstolens dom till dess betalning sker. Ersättningen skall betalas med hälften av beloppet till var och en av CL och JM.

## YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Staten har yrkat att Högsta domstolen, med ändring av hovrättens dom, ogillar käromålet eller i vart fall sätter ned skadeståndsbeloppen till 60 000 kr för var och en av CL och JM. Staten har vidare yrkat att bli befriad från skyldigheten att ersätta motparterna deras rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten.

CL och JM har bestritt ändring samt yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen.

## DOMSKÄL

Rätten till likställdhet inför lagen och skydd mot diskriminering är grundläggande mänskliga rättigheter som erkänns genom bl.a. Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, Europakonventionen, EG-fördraget och vår egen regeringsform. Skyddet mot

diskriminering har preciserats på skilda områden genom särskild lagstiftning. I lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan (likabehandlingslagen) befästs grundsatsens giltighet på högskoleområdet.

I 7 § första stycket likabehandlingslagen föreskrivs, såvitt nu är av intresse, att en högskola inte får missgynna en student eller en sökande genom att behandla honom eller henne sämre än högskolan behandlar, har behandlat eller skulle ha behandlat någon annan i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med etnisk tillhörighet.

I bestämmelsens andra stycke uppställs ett undantag från den nämnda huvudprincipen, vilket lyder: ”Förbudet gäller inte, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan.”

Frågan i målet gäller om Uppsala universitet har haft rätt att göra avsteg från diskrimineringsförbudet i 7 § likabehandlingslagen med tillämpning av undantaget i paragrafens andra stycke.

Det i målet ifrågasatta förfarandet hänför sig till antagningen av nybörjare på juris kandidatprogrammet höstterminen 2003. Vid denna antagning reserverade universitetet 30 av 300 platser (dvs. tio procent av platserna) för sökande med ”bägge föräldrar utrikes födda”. Universitetet använde sig härvid av möjligheten att tillämpa urvalsgrunden ”alternativt urval” som vid denna tidpunkt införts i 7 kap. 10 § fjärde stycket och 16 c § högskoleförordningen (1993:100, efter ändring 2002:761), där det angavs att högskolan beträffande högst tio procent av platserna fick bestämma urvalsgrunder som innefattar vissa förkunskaper eller andra sakliga omständig-

heter. Universitetets syfte var att öka den etniska och sociala mångfalden inom programmet. Det framgår av utredningen att samtliga sökande som antogs enligt den angivna urvalsgrunden hade sämre meriter än såväl JM som CL. Sökande med ”bägge föräldrar utrikes födda” som hade tillräckliga meriter för att antas enligt de vanliga reglerna kom in redan i det ordinära urvalet och räknades således inte in i den särskilda kvoten.

Universitetets förfarande kan karakteriseras som en kvalificerad form av positiv särbehandling (etnisk kvotering), där företräde automatiskt och ovillkorligt har getts åt sökande i en som eftersatt betraktad grupp vilka haft sämre meriter än sökande som inte blivit antagna, däribland JM och CL.

Frågan är således om ett sådant förfarande, såsom staten gjort gällande, faller inom tillämpningsområdet för undantaget i 7 § andra stycket lika-behandlingslagen. En allmän utgångspunkt vid denna bedömning är att ett ingripande undantag från en viktig huvudprincip bör komma till tydligt uttryck i lagen och tillämpas restriktivt. Mot den bakgrunden kan den aktuella bestämmelsen ges en sådan tolkning som staten hävdar endast om det föranleds av sambandet med den övriga diskrimineringslagstiftningen eller vinner klart stöd av lagmotiven.

Av viss betydelse är att termen ”positiv särbehandling” allmänt sett har kommit att användas med en något skiftande innebörd. Med stöd i en terminologi som grundats på jämställdhetslagen (1991:433) och dess föregångare – där otillåten könsdiskriminering (fram till en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 2001) beskrivits så att den förbigångne haft bättre sakliga förutsättningar för arbetet eller utbildningen – har det varit brukligt att med positiv särbehandling syfta på fall där den gynnade haft *sämre*

meriter än den förbigångne. (Se t.ex. den definition som Ombudsmannen mot etnisk diskriminering gör i promemorian Positiv särbehandling i svensk antidiskrimineringslagstiftning, 2003-04-02, Dnr 171-2003.) När det med en sådan terminologi talas om ett planmässigt främjande av exempelvis jämställdheten i stort åsyftas alltså positiv särbehandling vid olika meriter. Numera har det emellertid blivit vanligt förekommande att också särbehandling i fall där de sökande har *likvärdiga* meriter innefattas i begreppet. När den positiva särbehandlingen innebär att företräde ges åt sökande med sämre meriter benämns den i det följande även ”stark” positiv särbehandling.

Vid den i målet aktuella tidpunkten fanns samma undantag som uppställs i 7 § andra stycket likabehandlingslagen även i jämställdhetslagen (bestämmelsen upphävdes den 1 juli 2005). Fram till den 1 juli 2003 fanns samma undantag också i 1999 års arbetsrättsliga lagar med förbud mot diskriminering.

I 15 § jämställdhetslagen i dess lydelse före 2005 års lagändring gjordes två undantag från förbudet mot direkt diskriminering. Det första undantaget avsåg positiv särbehandling. Förbudet gällde inte ”om behandlingen är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet ---”. Det andra undantaget motsvarar den i målet aktuella bestämmelsen. Enligt detta gällde förbudet inte ”om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet”.

Undantagen, som fanns även i 1979 års jämställdhetslag, kommenterades i förarbetena till denna på bl.a. följande sätt. Undantaget för positiv särbe-

handling förutsätter att det rör sig om en systematisk verksamhet i syfte att främja jämställdheten i stort. Med undantaget för ”ideellt eller annat särskilt intresse” åsyftas ett begränsat antal undantagsfall, i vilka det av hänsyn till motstående intressen får anses berättigat att beakta en arbetssökandes eller en arbetstagares kön. Man ligger här ibland nära frågan om vad som skall anses vara sakliga förutsättningar för ett arbete; någon skarp gräns mellan de båda synsätten kan knappast dras. I kravet på att det skall vara ”berättigat” att beakta en arbetssökandes eller arbetstagares kön ligger, att det intresse som står mot intresset av jämställdhet i arbetslivet inte skall kunna tillgodoses på något annat sätt än genom ett sådant missgynnande som förbjuds enligt huvudregeln. (Se prop. 1978/79:175 s. 124 ff.) För att ytterligare betona det senast sagda tillades rekvisitet ”uppenbarligen” i 1991 års jämställdhetslag. (Prop. 1990/91:113 s. 107.)

Även i lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (8 §), lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (3 §) och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning (3 §) gjordes, som nämnts, samma undantag från förbudet mot direkt diskriminering, då behandlingen var berättigad med hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen var viktigare än intresset av att förhindra etnisk diskriminering i arbetslivet etc. I förarbetena till den förstnämnda lagen anförde regeringen bl.a.:

”Vi föreslår att det skall finnas ett undantag från förbudet mot direkt diskriminering när det föreligger ett berättigat intresse av att välja en särskild sökande, t.ex. att ge företräde åt vissa utsatta grupper. --- Avsikten med ett sådant undantag är att inte hindra arbetsgivare från att ta hänsyn till väsent-

liga samhälleliga, sociala och ideella intressen som jämställdhet mellan kvinnor och män, främjande av arbetstillfällen för funktionshindrade, rikets säkerhet m.m. Det kan också handla om tillämpning av regler om omplacering och återanställning. Vilket utrymme för undantag från förbudet mot direkt diskriminering som skall finnas bör framgå direkt av lagen. --- Utredningen har även föreslagit ett undantag för s.k. positiv särbehandling. Det föreslagna undantaget tar sikte på en behandling som är del i ett planmässigt främjande av etnisk mångfald. Vi anser för vår del att det är av allra största betydelse att det förslag som vi lägger fram om krav på aktiva åtgärder --- från arbetsgivarnas sida får genomslag i syfte att långsiktigt främja mångfalden i arbetslivet. Att därutöver införa regler om positiv särbehandling är för närvarande inte nödvändigt enligt vår mening.” (Prop. 1997/98:177 s. 26 f.) – Något undantag för positiv särbehandling gjordes inte i 1999 års lagstiftning.

Det är således tydligt att det motsvarande undantag som i övriga diskrimineringslagar gjorts för en behandling som är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra den förbjudna diskrimineringen, inte varit avsett att tillåta stark positiv särbehandling utan haft en mer inskränkt innebörd. Detta förhållande talar för att en tolkning utifrån likabehandlingslagens lydelse inte kan anses ge stöd för att stark positiv särbehandling, dvs. vid olika meriter, skulle vara tillåten.

I förarbetena till likabehandlingslagen uttrycks också klart att lagen inte är avsedd att ge möjlighet till (stark) positiv särbehandling. Under rubriken ”undantag för särskilt intresse” hänvisas till det undantag från förbudet mot direkt diskriminering som görs i jämställdhetslagen för de fall där ”behand-

lingen är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet, dvs. positiv särbehandling”. Det framhålls därefter att någon motsvarande regel om positiv särbehandling av ifrågavarande slag inte föreslås i likabehandlingslagen. Ett undantag som tar sikte på en behandling som är en del i ett planmässigt främjande av likabehandling är, sägs det, inte nödvändigt mot bakgrund av de krav på aktiva åtgärder som ställs upp i lagen. (Se prop. 2001/02:27 s. 41 f., se även t.ex. s. 32 ff. angående aktiva åtgärder.)

På samma ställe i förarbetena anförs – med en formulering som nära ansluter till motsvarande uttalande i förarbetena till 1999 års lagstiftning – att avsikten med det föreslagna undantaget 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. Som exempel på ett fall där det kan föreligga ett berättigat intresse av att särbehandla någon nämns att en högskola vid *lika* meriter väljer t.ex. en manlig sökande före en kvinnlig sökande till lärarutbildningen för att förbättra rekryteringen av studenter från det underrepresenterade könet. Det anges också att stöd för ett sådant förfarande finns i 7 kap. 10 § tredje stycket högskoleförordningen. I 7 kap. 10 § högskoleförordningen, som handlar om urval vid antagning till grundläggande högskoleutbildning, föreskrivs i tredje stycket att, vid i övrigt *likvärdiga* meriter, urval också får göras med hänsyn till kön i syfte att förbättra rekryteringen av studenter från det underrepresenterade könet. Här tillåts alltså särbehandling vid likvärdiga meriter.

Staten har vidare åberopat 7 kap. 10 § fjärde stycket och 16 c § högskoleförordningen till stöd för sin tolkning att 7 § andra stycket likabehandlingslagen tillåter kvotering av det slag som är aktuellt i målet även om, som



staten också framhållit, innehållet i en förordning inte kan ges företräde framför innehållet i en lag.

Enligt 7 kap. 10 § fjärde stycket högskoleförordningen i den lydelse som trädde i kraft den 1 januari 2003 och tillämpades första gången vid antagningen höstterminen 2003 gällde, som berördes inledningsvis ovan, att en högskola beträffande högst tio procent av platserna fick bestämma urvalsgrunder som innefattar vissa förkunskaper eller andra sakliga omständigheter. Till grund för denna och andra samtidigt gjorda ändringar i högskoleförordningen låg de riktlinjer som dragits upp i prop. 2001/02:15, Den öppna högskolan. Syftet med propositionen var att öka den sociala och etniska mångfalden i högskolan genom att bredda rekryteringen. I propositionen framhålls således bl.a. att det är en viktig uppgift att ge personer med olika etnisk tillhörighet likvärdiga möjligheter till högskolestudier (a. prop. s. 20, se även t.ex. s. 18, 37 f. och 42). Samtidigt anförs att ungdomar med utländsk bakgrund (varmed avses att de antingen är födda utomlands eller har en eller två föräldrar som är födda utomlands), totalt sett, endast är svagt underrepresenterade bland de studerande och att sambandet mellan föräldrarnas utbildningsnivå och andelen högskolestuderande är starkare än sambandet mellan föräldrarnas födelseland och andelen högskolestuderande (a. prop. s. 31). I propositionen anges olika åtgärder för att uppnå målet, såsom aktiva rekryteringsinsatser för att stimulera och attrahera ungdomar till högre utbildning, mer omfattande studievägledning och investeringsbidrag till studentbostäder. Syftet med reglerna om alternativt urval i 7 kap. 10 § fjärde stycket uppges vara att göra det möjligt att bredda rekryteringen och öppna högskolan för bl.a. sökande med reell kompetens eller otraditionell studiebakgrund eller för sökande som är formellt behöriga men som inte kan konkurrera om platser på resultat av betyg eller högskoleprov

(a. prop. s. 65). Även om dessa uttalanden inte präglas av den tydlighet som skulle ha varit önskvärd, kan konstateras att de exempel som anförs inte antyder att etnisk tillhörighet skulle kunna utgöra en ”saklig omständighet”.

Sammanfattningsvis leder det anförda till slutsatsen att det undantag från diskrimineringsförbudet som uppställs i 7 § andra stycket likabehandlingslagen inte omfattar *stark* positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet (etnisk kvotering). Positiv särbehandling vid olika meriter har alltså inte varit tillåten. Vid denna bedömning blir någon fråga om bestämmelsens förenlighet med EG-rätten inte aktuell i målet.

På grund av det anförda skall staten i enlighet med 13 § likabehandlingslagen betala skadestånd till JM och CL för den kränkning som de blivit utsatta för genom att universitetet har åsidosatt förbudet mot diskriminering i 7 § första stycket samma lag. Beträffande skadeståndets storlek delar Högsta domstolen hovrättens bedömning.

Hovrättens domslut skall därför stå fast.

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

I avgörandet har deltagit: justitieråden Munck, Lennander (referent),  
Blomstrand, Pripp och Lundius  
Föredragande revisionssekreterare: Ericsson