



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 10
Rotel 1008

DOM
2009-11-05
Stockholm

Mål nr
T 9187-08

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Uppsala tingsrätts dom den 22 oktober 2008 i mål T 499-08, se bilaga A

KLAGANDE OCH MOTPART

Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

Ombud: Advokat Annika Gustafsson
Advokatfirman Andermyr Gustafsson Lindén HB
Box 3152
103 63 Stockholm

KLAGANDE OCH MOTPART

Diskrimineringsombudsmannen
Box 3686
103 59 Stockholm

Ombud: jur. kand. Mattias Falk
samma adress

SAKEN

Skadestånd på grund av brott mot lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering

HOVRÄTTENS DOMSLUT

- Med ändring av punkterna 1 och 2 i tingsrättens dom lämnar hovrätten Diskrimineringsombudsmannens talan helt utan bifall.
- Med ändring av tingsrättens dom även beträffande rättegångskostnader – punkten 3 – förpliktar hovrätten Diskrimineringsombudsmannen att ersätta Landstinget i Uppsala län för dess rättegångskostnader vid tingsrätten med 121 566 kr, varav 120 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 22 oktober 2008 till dess betalning sker.

Dok.Id 849176

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 10	08-561 670 00 E-post: svea.hovratt@dom.se www.svea.se	08-561 672 99	måndag – fredag 09:00-15:00

3. Diskrimineringsombudsmannen ska ersätta Landstinget i Uppsala län för dess rättegångskostnader i hovrätten med 65 425 kr, varav 65 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

YRKANDEN I HOVRÄTTEN

Diskrimineringsombudsmannen (DO) har yrkat att hovrätten ska bifalla DO:s talan i dess helhet och tillerkänna DO ersättning för rättegångskostnader vid tingsrätten.

Landstinget i Uppsala län (Landstinget) har yrkat att hovrätten ska ogilla DO:s talan i dess helhet och, i vart fall, tillerkänna Landstinget ersättning för dess rättegångskostnader vid tingsrätten.

Parterna har bestritt varandras ändringsyrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i hovrätten.

HOVRÄTTENS DOMSKÄL

Utredningen i hovrätten är densamma som vid tingsrätten. Parterna har här också fört sin talan på samma sätt som vid tingsrätten. DO har emellertid gjort följande tre förtydliganden. 1. Samma sakomständigheter åberopas till stöd för båda de rättsliga grunder som DO gör gällande, d.v.s. i första hand direkt diskriminering och i andra hand indirekt diskriminering. 2. I tingsrättens dom, under rubriken ”Grunder och utveckling av talan”, ska i första stycket inskjutas det här kursiverade: ”... regel om att endast *den ena i ett* par kan få ...” 3. Den åtgärd som DO påstår är diskriminerande är Landstingets vägran att låta [REDACTED] överta de tre insemineringar som återstod för [REDACTED] när hon på grund av uppnådda 40 år inte längre var berättigad till inseminering.

Hovrättens bedömning

Hovrätten inleder med att pröva DO:s förstahandsgrund för sin talan, nämligen frågan om [REDACTED] och [REDACTED] blivit utsatta för *direkt* diskriminering.

Direkt diskriminering föreligger enligt 3 § lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering (DFL) om en enskild person – såvitt nu är ifråga – missgynnas genom att be-

handlas sämre än någon annan (verklig eller hypotetisk person) i en jämförbar situation om den sämre behandlingen har samband med sexuell läggning.

DO har uttryckligen förklarat att det i det aktuella fallet saknas en jämförbar situation att göra en jämförelse med och har följaktligen inte heller till stöd för sin talan åberopat några omständigheter som skulle utgöra en sådan situation. DO har gjort gällande att det inte heller krävs en jämförbar situation för att direkt diskriminering ska kunna konstateras och att det synsättet har stöd i EG-domstolens praxis. DO har därvid hänvisat till EG-domstolens avgöranden i mål C-177/88 (Dekker) och mål C-506/06 (Mayr).

Såsom tingsrätten funnit ger dock ordalydelsen av den aktuella bestämmelsen vid handen att en adekvat jämförelse måste göras för att diskriminering ska kunna konstateras. Det sagda ligger även i linje med den allmänspråkliga innebörden av uttryck som ”diskriminering”, ”missgynnande” och ”sämre behandling” samt har stöd i lagens förarbeten (se prop. 2002/03:65, särskilt s. 200ff). Även Arbetsdomstolen har vid tillämpningen av motsvarande bestämmelser i dåvarande jämställdhetslagen (1991:433) kommit till samma slutsats (se AD 45/2002).

De EG-direktiv som den svenska diskrimineringslagstiftningen bygger på – likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) ändrat genom direktiv (2002/73/EG), direktivet mot etnisk diskriminering (2000/43/EG) och arbetslivsdirektivet (2000/78/EG) – utgår, liksom den svenska lagstiftningen, enligt sin ordalydelse från att en jämförelse ska göras med annan person i en jämförbar situation för att en diskriminering ska kunna konstateras. De av DO åberopade rättsfallen ger enligt hovrättens mening inte heller stöd för att EG-domstolen gjort en från nämnda EG-rättsaktens nuvarande ordalydelse avvikande tolkning. Tvärtom framgår att EG-domstolen i nämnda rättsfall har gjort en jämförelse för att kunna avgöra om den aktuella åtgärden var diskriminerande.

Hovrättens slutsats är således att det krav på jämförelse som uppställs i 3 § DFL är förenlig med EG-rätten och EG-domstolens tolkning av densamma.

Det är den som hävdar diskriminering eller missgynnande, i förevarande fall DO, som har åberopsbördan för de omständigheter som domstolen ska jämföra för att kunna avgöra om diskriminering eller missgynnande förekommit.

DO har, som redan nämnts, inte åberopat några omständigheter varmed Landstingets behandling av [REDACTED] och [REDACTED] ska jämföras för att pröva om direkt diskriminering av dem förekommit. Någon sådan prövning kan därför inte göras, varför talan inte kan bifallas på den av DO i första hand åberopade grunden.

Vad sedan gäller den av DO i andra hand åberopade grunden, nämligen frågan om [REDACTED] [REDACTED] och [REDACTED] utsatts för *indirekt* diskriminering gör hovrätten följande bedömning.

Indirekt diskriminering föreligger enligt 3 § DFL om en enskild person – såvitt nu är ifråga – genom tillämpning av bestämmelser som framstår som neutrala, men som i praktiken särskilt missgynnar personer med viss sexuell läggning såvida inte bestämmelserna uppfyller i lagen närmare angivna kriterier.

Den av Reproduktionscentrum uppsatta bestämmelsen tar i och för sig enligt sin ordalydelse sikte enbart på lesbiska par. Mot bakgrund av hur den tillkommit – att avsikten varit att föra över den redan befintliga förutsättningen för insemination att endast en i ett par fick behandling – anser hovrätten att bestämmelsen i och för sig bör kunna uppfattas som neutral. Fråga är då om den i praktiken ändå missgynnar lesbiska par.

DO har anfört att Landstingets behandling av [REDACTED] och [REDACTED] [REDACTED] som lesbiskt *par* ska jämföras med hur ett heterosexuellt *par* skulle ha behandlats. Den jämförelsen utmynnar enligt hovrättens uppfattning i slutsatsen att [REDACTED] [REDACTED] och [REDACTED] inte heller har utsatts för indirekt diskriminering, eftersom något missgynnande av dem som *par* inte har förekommit. Den aktuella bestämmelsen har tillämpats på [REDACTED] och [REDACTED] som par på samma sätt som den skulle ha tillämpats på ett heterosexuellt par. DO:s talan kan därför inte heller bifallas på den i andra hand åberopade grunden, utan ska i sin helhet lämnas utan bifall.

Vid denna utgång ska DO ersätta Landstinget dess rättegångskostnader såväl vid tingsrätten som i hovrätten. DO har överlämnat åt rätten att pröva skäligheten av de rättegångskostnader som Landstinget begär ersättningen för. Med hänsyn till målets art och begränsade omfattning finner hovrätten skälig kostnad för ombudsarvode vid tingsrätten uppgå till 120 000 kr. I övrigt finner hovrätten den av Landstinget begärda ersättningen för rättegångskostnader skälig.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast 2009-12-03

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Mona Wildig, Per Kjellström, Christian von Szalay och Patrik Schöldstrom, referent. Enhälligt