

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 1 oktober 2008

Mål nr

T 2224-07

KLAGANDE OCH MOTPART

1. Escape Bar & Restaurang AB, 556520-8773

Baltzarsgatan 25

211 36 Malmö

Ombud: Advokat TN

2. Ombudsmannen mot etnisk diskriminering

Box 3045

103 64 Stockholm

Ombud: Jur.kand. UD

Samma adress

SAKEN

Skadestånd på grund av diskriminering

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 24 april 2007 i mål T 1358-06

DOMSLUT

Med ändring av hovrättens dom i själva saken bestämmer Högsta domstolen det skadestånd som Escape Bar & Restaurang AB skall betala till envar av DD, HH, CA och HA-B till femtusen (5 000) kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 maj 2005 till dess betalning sker.

Med ändring av hovrättens dom även när det gäller rättegångskostnader befriar Högsta domstolen Escape Bar & Restaurang AB från skyldigheten att ersätta Ombudsmannen mot etnisk diskriminering för rättegångskostnader vid tingsrätten och i hovrätten.

Vardera parten skall bära sin rättegångskostnad i Högsta domstolen.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Escape Bar & Restaurang AB har yrkat att Högsta domstolen ogillar käromålet eller i vart fall sätter ned skadeståndet. Escape Bar & Restaurang AB har vidare yrkat att Högsta domstolen befriar Escape Bar & Restaurang AB från skyldigheten att ersätta Ombudsmannen mot etnisk diskriminering för rättegångskostnader vid tingsrätten och i hovrätten samt förpliktar Ombudsmannen mot etnisk diskriminering att ersätta Escape Bar & Restaurang AB för sina rättegångskostnader där.

Ombudsmannen mot etnisk diskriminering har yrkat att Högsta domstolen förpliktar Escape Bar & Restaurang AB att till var och en av DD, HH, CA och HA-B betala skadestånd med 75 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 maj 2005 till dess betalning sker. Ombudsmannen mot etnisk diskriminering har vidare yrkat att Högsta domstolen helt bifaller Ombudsmannens yrkanden om ersättning för rättegångskostnader vid tingsrätten och i hovrätten.

Parterna har bestritt varandras ändringsyrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Högsta domstolen.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i frågan om, med utgångspunkt i vad domstolarna funnit utrett, skadeståndsskyldighet föreligger och i så fall om storleken på det skadestånd som Escape Bar & Restaurang AB skall utge samt i fråga om rättegångskostnader. Högsta domstolen har inte funnit skäl att meddela prövningstillstånd rörande målet i övrigt.

DOMSKÄL

Under natten mellan den 15 och 16 oktober 2004 nekades DD, HH, CA och HA-B inträde i den restaurang som av Escape Bar & Restaurang AB (Restaurangbolaget) drivs i Malmö.

Beträffande bakgrunden till händelsen har Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) upplyst följande. DD och HH har tillsammans med ett antal kamrater utfört flera undersökningar av krogdiskriminering i Stockholm, Göteborg och Malmö. Undersökningarna har inneburit att grupper bestående av två eller tre personer med ljus hy och hårfärg

respektive grupper bestående av två eller tre personer med mörk hy och hårfärg försökt komma in på olika nöjesställen. Grupperna har medfört videokamera och ljudupptagningsutrustning för att dokumentera händelseförloppen. Undersökningarna har under år 2004 resulterat i 52 anmälningar till DO, vilket svarar mot ca 55 % av alla anmälningar inom restaurangområdet det året. Syftet med aktionerna har inte varit att tjäna pengar utan att åstadkomma förändring i samhället. – På initiativ av främst HH har Föreningen Krogkoll.se bildats. Föreningen verkar mot etnisk diskriminering på krogar och andra nöjesställen, men den har inget med den i målet aktuella undersökningen att göra utöver att den på sin hemsida lämnar information om denna och andra genomförda undersökningar.

Det är ostridigt i målet att under den aktuella natten en undersökning genomfördes i Malmö. Fyra nöjesställen besöktes. Undersökningen gick till så som beskrivits ovan. I de grupper som besökte Restaurangbolagets restaurang och därvid nekades inträde ingick i olika konstellationer bland andra DD, HH, CA och HA-B.

Det har inte gjorts gällande att någon av DD, HH, CA eller HA-B i samband med inträdesförsöken agerat olämpligt eller klandervärt. Det enda som har varit särskiljande är att deras avsikt med besöken inte var att tillgodogöra sig de tjänster som restaurangen erbjöd utan endast att testa om de blev särbehandlade.

Frågan i målet är vilken rättslig betydelse som skall tillmätas det förhållandet att inträdesförsöken skett uteslutande för att genomföra en undersökning av om diskriminering förekom.

Lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering är tillämplig. Den lagen kommer från den 1 januari 2009 att ersättas av diskrimineringslagen (2008:567).

Det förhållandet att DD, HH, CA och HA-B nekats inträde till restaurangen på det sätt som skett innebär, så som domstolarna funnit, att de på grund av sin etniska tillhörighet har missgynnats genom att ha behandlats sämre än andra restaurangbesökare. Därmed föreligger en sådan direkt diskriminering som förbjuds såväl enligt 3 § 1 och 9 § 2003 års diskrimineringslag som enligt 1 kap. 4 § första stycket 1 och 2 kap. 12 § första stycket 1 2008 års diskrimineringslag. Det särskilda syftet med inträdesförsöken saknar betydelse för den bedömningen. Ingen av lagarna inrymmer nämligen ett krav på att vad som inträffat skall ha upplevts som en kränkning av den utsatte eller att andra subjektiva förhållanden på dennes sida tillmäts någon betydelse, när det gäller vad som utgör en direkt diskriminering.

Vid förbjuden diskriminering är enligt 16 § 2003 års diskrimineringslag den utsatte berättigad till ersättning för den kränkning som diskrimineringen innebär. Motsvarande bestämmelse upptas – med vissa förtydligande tillägg – i 5 kap. 1 § första stycket 2008 års diskrimineringslag. Ersättningen skall kompensera den utsatte för den förnedring som kränkningen har inneburit för honom. Ersättningsansvaret för den som diskriminerar är emellertid också tänkt att motverka diskriminering, en synpunkt som särskilt understryks i förarbetena till 2008 års lag (prop. 2007/08:95 s. 398 f.) och också kommit till uttryck i 5 kap. 1 § första stycket i den lagen.

Utgångspunkten är att ersättningens storlek skall bestämmas typiserat under hänsynstagande till främst kränkningens art och allvarlighet (prop. 2002/03:65 s. 213, jfr prop. 2007/08:95 s. 398 och 553). Hur kränkningen upplevts – om alls och i så fall i vilken grad – har därför normalt ingen

betydelse som bestämningsfaktor, vare sig beträffande den del av ersättningen som avser att kompensera den utsatte för kränkningen eller den tillkommande del som betingas av preventiva skäl. En annan sak är att subjektiva faktorer på den utsattes sida – han eller hon har drabbats av en särskilt stark känsla av förnedring till följd av kränkningen – kan tänkas föranleda att den del av ersättningen, som avser att utgöra kompensation för kränkningen, bestäms till ett högre belopp än vad som följer av den typiserade bedömningen.

Av det sagda följer att oavsett om DD, HH, CA och HA-B har upplevt sig kränkta eller inte skall diskrimineringen i princip föranleda ersättnings-skyldighet för Restaurangbolaget.

Beträffande det ersättningsansvar som den nu aktuella diskriminerande handlingen bör föra med sig vid en sådan typiserad bedömning som ovan har redogjorts för, finns det ingen anledning att frånga det belopp som domstolarna bestämt.

Av 18 § i 2003 års diskrimineringslag följer emellertid att ersättning enligt 16 § kan jämkningsvis sättas ned eller falla bort om det är skäligt. En liknande bestämmelse finns i 5 kap. 1 § tredje stycket 2008 års diskrimineringslag, där det föreskrivs att ersättning enligt den lagen kan sättas ned helt eller delvis om det finns särskilda skäl för det. Den fråga som nu måste ställas är om Restaurangbolagets ersättningsskyldighet bör jämkas till följd av det särskilda undersökningssyfte som låg bakom restaurangbesöken.

Beträffande möjligheten till jämkning skall inledningsvis framhållas, att även om det är tänkt att jämkningsbestämmelsen skall kunna tillämpas flexibelt, synes det främst ha varit omständigheter på den diskriminerandes

sida som förutsatts kunna vara jämkningsgrundande (prop. 2002/03:65 s. 213). Att omständigheter på den utsattes sida inte nämnts i förarbetena skall dock inte ses som ett hinder mot att fästa avseende vid också sådana förhållanden; förklaringen är förmodligen att med den objektiverade och typiserade bedömning som avses ske, det praktiska utrymmet för sådant hänsynstagande blir tämligen begränsat.

Frågan om jämkning av ersättningsansvaret skall i första hand bedömas i ljuset av diskrimineringslagstiftningens skyddssyfte. I förarbetena har också uttalats att möjligheten till jämkning är tänkt att tillämpas restriktivt (a. prop. s. 160). Uttalandet torde innebära att en relevant jämkningssomständighet skall beaktas endast om den är särskilt framträdande.

En möjlig grund för att ersättningsansvaret skall jämkas är att diskrimineringen provocerats fram. Så är emellertid inte situationen här. Att undersökningen kan ha orsakat en ökad risk för att Restaurangbolaget skulle företa en diskriminerande handling saknar därvidlag betydelse, eftersom ett restaurangbesök i sig är en fullt normal handling och undersökningssyftet inte kan anses illegitimt.

Inte heller bör jämkning ske till följd av eget risktagande. Det förhållandet att DD, HH, CA och HA-B må ha räknat med att nekas inträde är inte en för den aktuella frågan relevant omständighet. Diskriminering föreligger även om diskrimineringsförbudet i vissa miljöer eller sammanhang överträds oftare än i andra och därför i lägre eller högre grad kan befaras. Och att den utsatte valt att inte undvika den särskilda risk för diskriminering som det kan innebära att vistas i sådan miljö eller uppträda i sådana sammanhang är inte en omständighet som kan reducera hans eller hennes rätt till ersättning.

Vad som är speciellt i förevarande fall är att kränkningen i ljuset av mening-
en med restaurangbesöken inte kan sägas ha inneburit att DD, HH, CA och
HA-B förmenats något de avsett att uppnå. De fick visserligen inte tillgång
till Restaurangbolagets tjänster, men de hade heller inte intresse av dessa.
Ändamålet var samhällsförbättrande. Men ersättning för den förnedring
som en diskriminering för med sig skall, enligt vad som sagts ovan, som
utgångspunkt bestämmas typiserat. Därav följer att även om det skulle vara
utrett att den utsatte varit oberörd av kränkningen, rätt till ersättning i regel
föreligger. Med den utgångspunkten kan inte en avsaknad av förnedrings-
känsla i sig utgöra jämningsgrund.

Vid bedömningen av jämningsfrågan bör emellertid också beaktas att
ersättningen består av ytterligare en komponent, nämligen den att ersätt-
ningen skall bestämmas på så sätt att den verkar avskräckande. Det
föranleder frågan vilken betydelse den särskilda avsikten med restaurang-
besöken kan ha avseende Restaurangbolagets av preventiva skäl betingade
ersättningsansvar.

Undersökningssyftet påverkar inte behovet av ett avskräckande ersättnings-
belopp och gör inte heller en diskriminerande handling mindre förkastlig.
Mot det måste dock ställas risken för att allmänhetens stöd för lagstiftningen
kan motverkas om den kommer att uppfattas som ett medel för någon en-
skild att genom ett planmässigt och systematiskt förfarande berika sig, en
risk som blir särskilt påtaglig om ersättningen utgår med belopp som över-
stiger vad som i och för sig kan anses utgöra skälig kompensation för den
förnedring som kränkningen fört med sig. Det finns vidare anledning
att framhålla, att det på ett mer principiellt plan är olämpligt att någon
planerat och avsiktligt kan göra förtjänst på annans av samhället oönska-
de handlingar. De senare aspekterna måste anses väga tyngre än de först
nämnda.

Mot den angivna bakgrunden bör rättsordningen visa återhållsamhet beträffande ersättnings storlek när det gäller en diskriminering, som utlösts av att diskrimineringsbenägenheten hos den diskriminerande prövats. Om det är klarlagt att fråga är om ett led i en undersökning bör rätten till ersättning kunna bli föremål för jämkning. Vid den bedömningen måste dock samtliga omständigheter kring undersökningen och den diskriminerande handlingen beaktas.

Det är i målet ostridigt att DD, HH, CA och HA-B har begärt att bli insläppta på restaurangen uteslutande för att pröva om de skulle komma att utsättas för en diskriminerande handling. Det är vidare klarlagt att inträdesförsöken ingick i en omfattande undersökningsaktion. Oaktat att syftet med undersökningen varit samhällsförbättrande och inte pekuniärt, är det under sådana omständigheter inte skäligt att de erhåller full ersättning för den diskriminering de har varit utsatta för.

Det sagda gäller även för CA och HA-B trots att deras medverkan, till skillnad från vad som gäller för DD och HH, synes ha varit tillfällig.

Ersättningen bör mot bakgrund av det anförda sättas ned till 5 000 kr för envar av DD, HH, CA och HA-B.

Vid denna utgång skall var och en av parterna bära sina rättegångskostnader i alla instanser.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Leif Thorsson, Kerstin Calissendorff, Per Virdesten (skiljaktig), Gudmund Toijer (skiljaktig) och Stefan Lindskog (referent)
Föredragande revisionssekreterare: Kenneth Truedsson

	BILAGA TILL PROTOKOLL 2008-09-09	Bilaga 1	
		Mål nr T 2224-07	

SKILJAKTIG MENING

Justitieråden Per Virdesten och Gudmund Toijer är av skiljaktig mening på det sätt som framgår av följande yttrande:

Utgångspunkten för Högsta domstolens bedömning är vad hovrätten har funnit utrett om att DD, HH, CA och HA-B nekades tillträde till den aktuella restaurangen och att detta hade samband med deras etniska tillhörighet. De har därigenom blivit diskriminerade i strid med lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering, och restaurangbolaget har ådragit sig en skyldighet att betala skadestånd för den kränkning som diskrimineringen inneburit (16 §). Skadeståndet kan dock sättas ned eller helt falla bort, om det är skäligt (18 §).

En fråga i detta mål är om det bör ges någon betydelse att restaurangbesöket skedde i syfte att undersöka om det förekom diskriminering av kroggäster.

Skadeståndsbedömningen skall ta sikte på den kränkning som typiskt sett uppkommer genom diskriminering. Vad som i viss mån synes ha eftersträfvats på detta område är en schablonartad bedömning som innebär att ersättningen bestäms med ledning av objektiva faktorer. Bedömningen skall göras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, och ersättningen kan i hög grad variera beroende bl.a. på kränkningens art och omfattning (NJA 2006 s. 170, prop. 2002/03:65 s. 213). Även den skadelidandes upplevelser av kränkningen kan beaktas, när kränkningen har varit särskilt allvarlig eller

klart lindrigare än i andra situationer (a. prop. s. 159 f., prop 2000/01:68 s. 49, 51).

Att restaurangbesöket i detta fall skedde i ett undersökande syfte kan inte typiskt sett minska den kränkning som diskrimineringen har gett upphov till. Det kan visserligen ha inneburit att DD, HH, CA och HA-B haft en viss beredskap för vad som skulle kunna hända. En persons insikt att han eller hon i en viss situation kan komma att utsättas för diskriminering är emellertid inte ägnad att minska graden av kränkning och skall inte behöva verka avhållande för den som i ett legitimt syfte överväger att exempelvis besöka en restaurang. Att det har funnits ett undersökningssyfte i detta fall förändrar inte det grundläggande förhållandet att det är fråga om ett reellt missgynnande som har samband med etnisk tillhörighet. Förhållandena skiljer sig därmed inte på något avgörande sätt från andra fall av diskriminering.

När skadeståndet bestäms, skall hänsyn tas även till intresset av att diskriminering motverkas på ett effektivt sätt (jfr t.ex. Bengtsson i Vänbok till Axel Adlercreutz, 2007, s. 35 ff.), och en värdering av skadan får anses inbegripa en bedömning av den diskriminerande handling som gett upphov till kränkningen (jfr NJA 1989 s. 374 och NJA 2007 s. 540).

Intresset av att motverka diskriminering förlorar inte i betydelse därför att den missgynnade personen deltar i en undersökning. Den diskriminerande handlingen kan inte heller bedömas som i sig mindre allvarlig med hänvisning till undersökningen.

Den särskilda jämningsregeln i 18 § skall tillämpas restriktivt (prop. 2002/03:65 s. 160). Den skall framför allt tillgodose det behov av flexibilitet som följer av lagens vidsträckta tillämpningsområde. Som exempel på jämkning anförs i lagmotiven det fallet att den diskriminerande spontant vidtagit rättelse

eller försökt komma till rätta med situationen. (A. prop. s. 160, 213.) De bakomliggande förhållandena i detta fall är inte jämförbara med vad som anges i lagmotiven eller annars av det slaget att en jämkning kan anses skälig på grund av omständigheter på restaurangbolagets sida. Undersökningssituationen innebär inte heller att DD, HH, CA och HA-B har ett mindre befogat intresse av att erhålla skadestånd för den diskriminering av dem som har skett.

DD, HH, CA och HA-B bör därför tillerkännas ett ojämkat skadestånd. Detta bör, som domstolarna funnit, bestämmas till 15 000 kr för var och en av dem (jfr NJA 2006 s. 170).

Vi är emellertid överröstade i detta avseende. Vi ansluter oss till majoritetens bedömning i frågan om fördelning av rättegångskostnaderna.
