



LUND UNIVERSITY

EU-rätten, dispositionsprincipen och den svenska rättegångsbalken

Hettne, Jörgen

Published in:
Festskrift till Rolf Dotevall

2020

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hettne, J. (2020). EU-rätten, dispositionsprincipen och den svenska rättegångsbalken. I M. Karlsson Tuula, A. H. Persson, & P. Lindskoug (Red.), *Festskrift till Rolf Dotevall* (s. 257-274). Juristförlaget i Lund.

Total number of authors:
1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

FESTSKRIFT TILL
ROLF DOTEVALL

SÄRTRYCK / OFFPRINT

Juristförlaget i Lund
2020

JÖRGEN HETTNE

EU-RÄTTEN, DISPOSITIONSPRINCIPEN OCH DEN SVENSKA RÄTTEGÅNGSBALKEN

1. Inledning

Att EU-rätten påverkar den svenska rätten i allt större utsträckning är inte okänt. Detta hänger dels samman med att lagstiftningsbefogenheter successivt förs över från medlemsstaterna till EU, dels att EU-domstolen utvecklar rätten i sin praxis och ger den redan antagna EU-rätten ett, åtminstone i mångas ögon, nytt innehåll. Det skulle föra för långt att i detalj diskutera EU-domstolens roll och det legitima i att rätten i det EU-rättsliga systemet utvecklas mer i rättspraxis än t.ex. i det svenska systemet. Fenomenet är hursomhelst omvittnat och utgör en relevant bakgrund till temat för denna uppsats.¹ Det ska samtidigt understrykas att mötet mellan den svenska rätten och EU-rätten i många fall har varit hälsosamt. Svenskt rättstänkande framstår emellanåt som tämligen isolerat från tankegångar som gör sig gällande på andra håll i världen. Det är inte konstruktivt att avfärda utländska lösningar utan öppet sinne och seriös analys. Rolf Dotevall har genom hela sin framgångsrika karriär varit öppen för olika synsätt och utländska influenser. Detta bidrag som hyllar hans gärning vill jag därför ägna åt en diskussion kring samspelet mellan EU-rätten och den svenska rätten. Som titeln antyder fokuseras på civilprocessuella förhållanden. I vilken utsträckning kan EU-rätten påverka innehållet i den svenska rättegångsbalken? Jag bortser i detta sammanhang från den påverkan som kan ske genom att EU utnyttjar sin lagstiftningskompetens på det

¹ EU-rätten har t.ex. beskrivits som "gubben i lådan" (jack-in-the-box). Den överraskar, den stör och dess inverkan är svår att förutsäga. Jfr Wilhelmsson, T., 'Jack-in-the-Box Theory of European Community Law' i Krämer, L., Micklitz, H. och Tonner K. (red.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order* (Baden-Baden: Nomos, 1997) och Weatherill, S., *Law and Values in the European Union* (Oxford University Press 2016), e-bok, loc 9656.

² EU:s befogenhet att anta regler som inverkar på medlemsstaternas processrätt förstärktes i samband med att Lissabonfördraget trädde i kraft i december 2009. Enligt artikel 81.1 FEUF ska unionen utveckla ett rättsligt samarbete i civilrättsliga frågor som har gränsöverskridande följder, vilket bygger på principen om ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden och utomrättsliga avgöranden. Detta samarbete får inbegripa beslut om åtgärder om tillnärmning (harmonisering) av medlemsstaternas lagar och andra författningar.

processuella området.² Den frågeställning som berörs är i vilken utsträckning svenska processuella regler kan tvingas vika när de inverkar på det resultat som EU-domstolen menar följer av den materiella EU-rätten.

2. Processuell autonomi

Ett begrepp som inledningsvis måste introduceras är medlemsstaternas s.k. processuella autonomi.³ När EU-reglerna inte själva innehåller några processregler, ska EU-rättsliga anspråk istället omhändertas inom ramen för den nationella rättsordningen. Varje medlemsstat ska därför ange vilka domstolar som är behöriga och fastställa förfaranderegler för talan som avser att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har på grund av unionsrätten.⁴ Detta har emellertid alltid varit en utgångspunkt och aldrig någon fullständig ”autonomi”, dvs. medlemsstaternas processrätt är inte immun från EU-rätten. EU-domstolen fastställde redan år 1976 i målet *Comet*⁵ att medlemsstaternas processuella regler varken får vara mindre förmånliga än de som avser liknande situationer enligt nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra utövandet av de rättigheter som följer av unionsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt (effektivitetsprincipen).⁶

Likvärdighetsprincipen kan beskrivas som ett krav på icke-diskriminering när det gäller möjligheten att göra gällande nationella och EU-rättsliga rättigheter. Tillämpningen av likvärdighetsprincipen kan delas upp i två steg. För det första krävs att det verkligen finns en jämförbar nationell situation. Saknas en sådan jämförelsepunkt kan inte diskriminering (brist på likvärdighet) konstateras. Om det är möjligt att göra en jämförelse prövas sedan om likvärdighetskravet är uppfyllt.⁷

Effektivitetsprincipen ska i sin tur, oberoende av likvärdighetsprincipen, säkerställa EU-rättens genomslag,⁸ och syftar i grunden till *en enhetlig*

³ Detta ämne har jag berört mer utförligt i Hettne, J., Processuell autonomi eller harmoni? Om EU-rättens påverkan på den svenska civilprocessen, i (red.) Arvidsson, N., Nyström, B. & Westberg, P., Tvistlösning inom affärsrätten: En antologi, Norstedts Juridik 2020, s. 247-272.

⁴ Se t.ex. C-231/96 - Edilizia Industriale Siderurgica mot Ministero delle Finanze, EU:C:1998:401, punkt 19.

⁵ Mål 45/76, Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen, EU:C:1976:191. För senare mål se t.ex. van der Weerd m.fl., C 222/05–C 225/05, EU:C:2007:318, punkt 28 och där angiven rättspraxis, och mål C 161/15, Bensada Benallal, EU:C:2016:175, punkt 24 och där angiven rättspraxis.

⁶ Se Morawetz, F., Avbrutna upphandlingar – Ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt, Lunds universitet 2019, s. 91 ff.

⁷ Jfr Hettne, J. & Orten Eriksson, I. (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 uppl. 2011, Norstedts juridik, s. 197.

*tillämpning av EU-rätten.*⁹ Den nationella processrätten ska alltså bidra till förverkligandet av de EU-rättsliga målsättningar som eftersträvas, vilket innebär att det inte får vara omöjligt eller orimligt svårt att göra EU-rätten gällande.

I vissa fall är det naturligtvis fullt rimligt och godtagbart att den nationella processrätten innehåller begränsningar som hindrar EU-rättens genomslag. Syftet med de nationella processuella begränsningarna måste emellertid i så fall väga tyngre än att EU-reglerna tillämpas fullt ut. Ett exempel på tungt vägande intressen kan vara rättssäkerhetsaspekter av olika slag, t.ex. *res judicata*¹⁰ och *reformatio in pejus*¹¹. EU-domstolen har sålunda framhållit att vid bedömningen av huruvida nationella processuella regler uppfyller de krav som följer av EU-rätten, ska de principer beaktas som ligger till grund för det nationella rättssystemet, *såsom skyddet för rätten till försvar, rättssäkerhetsprincipen och principen om en ändamålsenlig handläggning av målet.*¹²

Ett uppmärksammat svenskt mål är det s.k. *Unibet-målet*.¹³ Detta gällde fri rörlighet för speltjänster och den centrala frågan var om unionsrättens krav på effektivt rättskydd skulle tolkas på så sätt att en fastställsetalan (abstrakt normprövning) måste få föras angående nationella bestämmelsers förenlighet med unionsrätten, för det fall en sådan prövning annars endast skulle kunna ske prejudiciellt, i t.ex. ett skadeståndsmål, ett mål rörande överträdelse av de nationella materiella bestämmelserna eller ett ärende om rättsprövning.

EU-domstolen prövade, efter att ha konstaterat att likvärdighetsprincipen var respekterad, huruvida de rättsliga förfaranden som var tillåtna i den svenska rättsordningen för att få till stånd en prejudiciell prövning stred mot effektivitetsprincipen, dvs. var utformade på ett sådant sätt att det i praktiken var omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följde av unionsrätten. Domstolen konstaterade att svensk rätt inte innehöll något förbud mot att en enskild, som Unibet, begärde prövning av huruvida nationell lagstiftning, som

⁸ Ibid., s. 199.

⁹ Jfr Schebesta, H., *Damages in EU Public Procurement Law*, Studies in European Economic Law and Regulation, Springer Switzerland 2016, e-bok., loc. 1323.

¹⁰ Jfr mål C-234/04, Kapferer, EU:C:2006:178, punkt 22, mål C-2/08, Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punkt 23, mål C-507/08, kommissionen/Slovakien, EU:C:2010:802, punkt 60, och mål C-213/13, Impresa Pizzarotti, EU:C:2014:2067, punkt 59.

¹¹ Se t.ex. mål C-18/13, Maks Pen EOOD, EU:C:2014:69, punkt 37. *Reformatio in pejus* betyder förändring till det sämre och principen syftar på att den som överklagar inte ska få allvarligare rättsföljd än i underinstansen.

¹² Se mål C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel and Van Veen, EU:C:1995:441, punkt 19, mål C-177/10, Rosado Santana, EU:C:2011:557, punkt 92 och målen C-184/15 och C-197/15, Florentina Martínez Andrés, EU:C:2016:680, punkt 61.

¹³ Mål C-432/05, Unibet, EU:C:2007:163.

lotterilagen, stred mot unionsrätten. Tvärtom fanns det flera olika rättsliga förfaranden inom ramen för vilka det är möjligt att få till stånd en prejudiciell prövning av detta, bl.a. inom ramen för en skadeståndstalan mot staten.

Domstolens slutsats blev mot denna bakgrund att en medlemsstats rättsordning inte måste tillhandahålla en möjlighet att väcka en fristående talan, under förutsättning att den enskilde inom ramen för andra former av effektiva rättsliga förfaranden, vilka inte är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt, kan få till stånd en prejudiciell prövning i domstol av huruvida så är fallet.¹⁴

3. Processuella konsekvenser av materiell harmonisering

I det ovannämnda exemplet saknades EU-lagstiftning (sekundärrätt). Den fråga som aktualiserades var om lotterilagen var förenlig med de grundläggande fördragsbestämmelserna, framför allt den fria rörligheten för tjänster (artikel 56 FEUF). När EU detaljreglerar ett rättsområde blir situationen en annan. I vissa fall harmoniseras uttryckligen processuella aspekter,¹⁵ men även om detta inte sker ställs, till följd av EU-lagstiftningen, större krav på att den omgivande nationella processrätten ska fungera i samklang med den materiella EU-rätten.

Ett område där unionsrätten mot denna bakgrund har inneburit ett omfattande ingrepp i den nationella processuella autonomi är konsumenträtten.¹⁶ Här har betydelsen av unionsrättens genomslag, närmare bestämt konsumentskyddsintresset, i flera fall ansetts väga tyngre än bevarandet av medlemsstaternas nationella processuella särdrag. Av särskild betydelse är

¹⁴ Se punkterna 46 och 47 samt 63 och 64 i domen. För en diskussion se Andersson, T., *Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet i Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus 2008*.

¹⁵ Det finns t.ex. särskilda rättsmedelsdirektiv på upphandlingsområdet. Se rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33), rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 23) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EGT L 335, s. 31). Jfr också det på konkurrensområdet antagna direktivet 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser (EUT L 349, s. 1).

¹⁶ Se, för en omfattande översikt, kommissionens tillkännagivande ”Vägledning om tolkningen och tillämpningen av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal” KOM (2019) 5325 slutlig.

artiklarna 6.1 och 7.1 i EU:s direktiv 93/13 om oskäliga avtalsvillkor,¹⁷ vilka har följande lydelse.

”Artikel 6

1. Medlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, bindande för konsumenten och att avtalet skall förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren. ...

Artikel 7

1. Medlemsstaterna skall se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsument. ...”

EU-domstolen har i sin rättspraxis tydligt utgått från premissen att konsumenten är den svagare avtalsparten och att ändamålet med direktivet därför är att skydda denna part. Den har, när det gäller lydelsen av artikel 6.1, konstaterat att medlemsstaterna visserligen ges en viss möjlighet att självständigt definiera vilka nationella regler som ska tillämpas på oskäliga villkor, men att bestämmelsen ändå uttryckligen kräver att medlemsstaterna föreskriver att sådana villkor ”inte är ... bindande för konsumenten”.¹⁸ Det ankommer därför på en nationell domstol som konstaterar att ett avtalsvillkor är oskäligt att vidta alla nödvändiga åtgärder enligt nationell rätt för att säkerställa att villkoret inte är bindande för konsumenten.¹⁹

Domstolen har också markerat att det rör sig om en bestämmelse som har till syfte att ersätta den formella jämvikt mellan avtalsparternas rättigheter och skyldigheter som följer av avtalet med en verklig jämvikt, så att parterna blir jämbördiga. Nationella domstolar ska därför självmant (*ex officio*) pröva om ett avtalsvillkor är oskäligt.²⁰ I sin dom i mål *VB Pénzügyi Lízing*, angav

¹⁷ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal, EGT L 95, s. 29.

¹⁸ Mål C-618/10, Banco Espanol de Crédito, EU:C:2012:349, punkt 62.

¹⁹ Mål C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, EU:C:2009:615, punkt 58, beslut i mål C-76/10, Pohotovose, EU:C:2010:685, punkt 62, och mål C-453/10, Pereni ová och Pereni, EU:C:2012:144, punkt 30.

²⁰ De förenade målen C-240/98–C-244/98, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, EU:C:2000:346, punkt 28, mål C-168/05, Mostaza Claro, EU:C:2006:675, punkterna 38-39; mål C-243/08, Pannon GSM, EU:C:2009:350, punkt 32, mål C-137/08, VB Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659, punkt 49 och mål C-618/10, Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punkterna 42-43.

domstolen dessutom att nationella domstolar självmant måste vidta åtgärder för bevisupptagning för att kontrollera om så är fallet.²¹

Av särskilt intresse för svenska förhållanden är mål *Banco Espanol de Crédito*,²² där EU-domstolen konstaterade (punkt 71) att artikel 6.1 i direktiv 93/13 inte kan förstås så, att en nationell domstol som konstaterar att det finns ett oskäligt villkor i ett avtal som ingåtts mellan en näringsidkare och en konsument, i stället för att helt enkelt underlåta att tillämpa villkoret gentemot konsumenten, kan ändra innehållet i detta. Det saknas alltså möjlighet för en nationell domstol att jämka ett avtalsvillkor i en konsumenttvist inom ramen för direktivets tillämpningsområde, vilket som bekant är möjligt enligt 36 § Avtalslagen.²³ I samma dom prövade domstolen härutöver vissa processuella villkor som hade att göra med ett spanskt förfarande för betalningsföreläggande. Denna fråga prövades dock inte direkt mot direktiv 93/13 då den föll utanför direktivets tillämpningsområde. Domstolen anförde att, i avsaknad av harmonisering av de nationella mekanismerna för indrivning av obestridda fordringar, ingick den processuella regleringen av ett sådant förfarande i medlemsstaternas interna rättsordning enligt principen om medlemsstaternas processuella autonomi. Det kunde därför endast krävas att detta förfarande levde upp till de allmänna unionsrättsliga kraven, nämligen att förfarandet inte var mindre förmånligt än de förfaranden som avser liknande situationer som regleras av nationell rätt (likvärdighetsprincipen). Det fick inte heller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som konsumenterna har enligt unionsrätten (effektivitetsprincipen).²⁴

²¹ Mål C-137/08, VB Pénczigyi Lízing, EU:C:2010:659, punkt 56. Se även mål C-472/11, Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, punkt 36, där EU-domstolen påpekade att en nationell domstol enligt den kontradiktoriska principen som huvudregel är skyldig att underrätta parterna om att den funnit ett avtalsvillkor oskäligt och bereda dem tillfälle att i ett kontradiktoriskt förfarande yttra sig däröver i enlighet med de nationella processuella bestämmelserna.

²² Mål C-618/10, Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349.

²³ Jfr även 11 § i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden som anger att oskäliga villkor kan jämkas. EU-domstolen har uttryckt att ett oskäligt villkor i princip ska betraktas som att det inte har existerat, vilket gör att det inte kan ha någon verkan mot konsumenterna. Enligt domstolen skulle en möjlighet att jämka villkoren upphäva den avskräckande effekt som avses med direktivet. Se de förenade målen C-154/15, C-307/15 och C-308/15, Gutiérrez Naranjo, EU:C:2016:980, punkterna 60-61. Jfr också mål C-488/11, Brusse, EU:C:2013:341, punkt 60. Bernitz har anfört att ett viktigt skäl till att EU-domstolen har tolkat direktivet på detta sätt sannolikt är att de flesta rättsordningar i Europa står främmande för den allsidiga prövning som utmärker den nordiska jämningsmodellen, se Bernitz, U., Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal, SvJT 2019, s. 679, s. 695. Se även Dotevall, R., Europeisk avtalsrätt i EU: domstolens praxis i Gorton, L., Heuman, L., Persson, A.H. och Sjöberg, G. (red), Festskrift till Göran Millqvist, Jure 2019.

²⁴ Mål C-618/10, Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punkterna 45-56.

Domstolen konstaterade dock att den spanska lagstiftning som var i fråga i målet inte kunde anses förenlig med effektivitetsprincipen, eftersom den gjorde det omöjligt eller orimligt svårt att, i ett förfarande som inletts av en näringsidkare mot en konsument, tillerkänna konsumenten det skydd som åsyftas med direktiv 93/13. Problemet med den spanska lagstiftningen var att den domstol hos vilken det ansökts om betalningsföreläggande inte ex officio kunde bedöma – vare sig *in limine litis* (förfarandets inledningsskede) eller i något annat skede i förfarandet och trots att den har tillgång till alla rättsliga och faktiska omständigheter som var nödvändiga i detta hänseende – huruvida ett villkor om dröjsmålsränta som intagits i ett avtal mellan en näringsidkare och en konsument var oskäligt, såvida konsumenten inte hade bestritt betalningsföreläggandet.

Det kan alltså konstateras att i frågor som faller innanför den EU-rättsliga harmoniseringen (i detta fall inom tillämpningsområdet för direktiv 93/13) kan rättsutvecklingen i EU-domstolen leda till tämligen ingående ingrepp i den nationella processuella autonomi. I frågor som faller utanför de harmoniserade reglerna – t.ex. indrivning av obestridda fordringar i exemplet ovan – tillämpas däremot endast minimikraven på likvärdighet och effektivitet.

4. Dispositionsprincipen i EU-rätten

Principen att föremålet för talan bestäms av parterna är en ledande princip i tvistemål i EU-medlemsstaterna, vilket även har betydelse på konsumentområdet. I målet *Lintner* uttalade Generaladvokat Tanchev att enligt denna princip är det parterna som inleder eller avslutar ett förfarande och som bestämmer föremålet för talan och som en följd därav är domstolen bunden av detta föremål (*ne ultra petita*).²⁵ EU-domstolen framhöll i samma mål²⁶ att

²⁵ Se förslag till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i mål C-511/17, *Lintner*, EU:C:2019:1141, punkt 43. Tanchev hänvisade härvid till dom av den 7 augusti 2018, *Hochtief* (C 300/17, EU:C:2018:635, punkt 52 och där angiven rättspraxis), förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet *Vedial/Byrå* för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrå) (C-106/03 P, EU:C:2004:457, punkterna 28–30), förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet *Duarte Hueros* (C-32/12, EU:C:2013:128, punkt 32) och förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet *British Airways/kommissionen* (C-122/16 P, EU:C:2017:406, punkterna 84 och 85) som konstaterar att principen *ne ultra petita* är en naturlig följd av principen att föremålet för talan bestäms av parterna.

²⁶ C-511/17, *Lintner*, EU:C:2020:188, punkterna 30-32.

effektiviteten av det skydd som den berörda nationella domstolen förväntas ge konsumenten enligt direktiv 93/13, genom att ingripa ex officio, inte kan gå så långt att det förbiser eller går utöver tvisteföremålets gränser såsom parterna har definierat detta genom sina yrkanden, mot bakgrund av de grunder de har åberopat. Den nämnda nationella domstolen är således inte skyldig att utvidga tvisten utöver de yrkanden och grunder som framställts genom att göra en individuell analys av samtliga övriga avtalsvillkor i ett avtal för att fastställa om de eventuellt är oskäligen när endast vissa av avtalsvillkoren är föremål för den talan som denna domstol ska pröva.

Domstolen förklarade att denna bedömning motiveras bl.a. av att dispositionsprincipen, enligt vilken parterna förfogar över tvisteföremålet, samt principen *ne ultra petita*, enligt vilken domstolen inte får döma utöver vad parterna har yrkat, skulle riskera att åsidosättas om de nationella domstolarna enligt direktiv 93/13 var skyldiga att bortse från eller gå utöver tvisteföremålets avgränsning såsom detta fastställdes av parternas yrkanden och grunder.²⁷

Detta har dock inte hindrat EU-domstolen från att i två polska mål bortse från dispositionsprincipen, åtminstone så som den tolkas i Polen.²⁸ I det första målet *Profi Credit Polska* prövades om det förhållandet att konsumenten utställt en växel *in blanco* som säkerhet för ett konsumentkreditavtal, som sedan fylldes i av näringsidkaren, hindrade en nationell domstol att vid en prövning av ett betalningsföreläggande kontrollera huruvida det underliggande konsumentkreditavtalet innehöll oskäligen oskäligen konsumentvillkor. EU-domstolen ansåg att en sådan kontroll från den nationella domstolens sida, dvs. att kräva in de handlingar som ligger till grund för talan, inte stred mot dispositionsprincipen. Den omständigheten att en nationell domstol kräver att kâranden företer innehållet i eller handlingar som ligger till grund för talan hänför sig nämligen, enligt domstolen, endast till bevisprövningen i förfarandet, eftersom ett sådant krav endast syftar till att säkerställa grunden för talan.²⁹

Det andra målet *Kancelaria Medius* rörde ett förfarande för tredskodom.³⁰ Den bakomliggande fordran grundade sig även här på ett konsumentkreditavtal. Eftersom konsumenten inte inställt sig förutsattes den polska domstolen avgöra målet på grundval av näringsidkarens påstående enligt polsk rätt (artikel 339.2 i civilprocesslagen). Även i detta fall fann EU-domstolen att dispositionsprincipen och principen om att rätten att inte döma utöver vad

²⁷ Se punkt 31 i domen.

²⁸ Mål C-419/18, *Profi Credit Polska*, EU:C:2019:930 och C-495/19, *Kancelaria Medius*, EU:C:2020:431.

²⁹ Mål C-419/18, *Profi Credit Polska*, EU:C:2019:930, punkt 68.

³⁰ C-495/19, *Kancelaria Medius*, EU:C:2020:431.

som har yrkats av parterna (*ne ultra petita*) inte utgjorde hinder för att en nationell domstol krävde att sökanden företedde innehållet i eller handlingar som låg till grund för talan, eftersom ett sådant krav endast syftade till att säkerställa grunden för talan.

Domstolen underströk att den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt är skyldig att i möjligaste mån tolka den nationella rätten mot bakgrund av ordalydelsen i, och syftet med, direktiv 93/13 för att uppnå det resultat som avses i direktivet.³¹

EU-domstolen tillade emellertid att de nationella domstolarna, även om det inte är möjligt att tolka och tillämpa de nationella bestämmelserna i enlighet med kraven i direktiv 93/13, är skyldiga att *ex officio* pröva huruvida de villkor som parterna kommit överens om är oskäligen, och i detta syfte vidta nödvändiga åtgärder för bevisupptagning, *genom att vid behov underlåta att tillämpa alla nationella bestämmelser eller rättspraxis som hindrar en sådan prövning*.³²

I båda dessa tvister skulle alltså den nationella domstolen bortse från dispositionsprincipen såsom den tolkades i Polen för att säkerställa det konsumentskydd som är en följd av direktiv 93/13. I nästa avsnitt diskuteras om detta också gäller i ett fall när den materiella harmoniseringen inte är lika långtgående, utan det överläts utan närmare precisering åt medlemsstaterna att införa effektiva sanktioner i händelse av en överträdelse av bestämmelserna i det aktuella direktivet. Av särskilt intresse är att det handlar om ett svenskt mål rörande diskrimineringsersättning som sätter förhållandet mellan EU-rätten och den svenska rättegångsbalken i fokus.

5. Dispositionsprincipen och medgivande enligt 42 kap 7 § rättegångsbalken

Enligt en grundläggande princip i svensk processrätt har svaranden, när förlikning om saken är tillåten (dispositiva tvistemål), rätt att medge karendens yrkande (se 42 kap. 7 § rättegångsbalken). Till följd av rättegångsbalkens regler i 17 kap. 3 § är domstolen bunden av svarandens inställning. Domstolen ska då, utan någon egentlig egen bedömning av sakförhållanden eller rättsfrågan, meddela dom på grund av medgivandet (se 42 kap. 18 § rättegångsbalken).

Denna grundläggande princip har nu satts ifråga i ett mål som rör

³¹ Se punkt 47 i domen. Domstolen hänvisade här till mål C-147/16, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, EU:C:2018:320, punkt 41 och där angiven rättspraxis.

³² Se punkt 51 i domen.

diskrimineringsersättning. HD beslutade den 18 december 2018 att begära förhandsavgörande i mål nr Ö 2343-18 mellan Diskrimineringsombudsmannen (DO) och flygbolaget BRA (Braathens Regional Aviation). Vid EU-domstolen har målet fått målnummer C-30/19. Generaladvokaten har nu lämnat sitt förslag till avgörande, vilket jag återkommer till i nästa avsnitt.

Bakgrunden är kortfattat följande. En passagerare har avvisats från ett flygplan för att genomgå en extra säkerhetskontroll, vilket enligt DO har inneburit diskriminering p.g.a. etniskt ursprung. DO yrkade därför diskrimineringsersättning om 10 000 kr vid Stockholms tingsrätt och målet handlades som ett förenklat tvistemål enligt rättegångsbalken (18 kap. 8 a § och 1 kap. 3 d §). Flygbolaget ansåg inte att diskriminering hade förekommit, men medgav yrkandet om ersättning (10 000 kr) som goodwillersättning.

Tingsrätten och sedermera Svea hovrätt fann att det mot bakgrund av svarandens medgivande saknades anledning att pröva målet i sak. DO överklagade emellertid till HD, som har beviljat prövningstillstånd och alltså begärt förhandsavgörande från EU-domstolen.

DO anser att EU-rätten innebär att den som påstås ha utsatts för diskriminering och av denna anledning kräver ekonomisk ersättning ska ha rätt till sakprövning i domstol av frågan huruvida påstådd diskriminering förekommit. Det har därvid ingen betydelse om svaranden medgett att betala den begärda ekonomiska ersättningen eller inte. DO grundar sin inställning på direktiv 2000/43/EG³³ om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung samt EU:s rättighetsstadga och Europakonventionen.

I artikel 7.1 i nämnda direktiv anges att

”[m]edlemsstaterna skall säkerställa att alla som anser sig förfördelade på grund av att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem har tillgång till rättsliga och/eller administrativa förfaranden, inbegripet, när de anser det lämpligt, förlikningsförfaranden, för att säkerställa efterlevnaden av skyldigheterna enligt detta direktiv, även efter det att den situation i vilken diskrimineringen uppges ha förekommit har upphört.”

Enligt artikel 15 i samma direktiv ska medlemsstaterna bestämma vilka sanktioner som ska tillämpas på överträdelse av de nationella bestämmelser som antas i enlighet med direktivet. Dessa, som uttryckligen kan bestå av

³³ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, EGT L 180, s. 22.

skadestånd till den utsatta personen, ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Direktivet har genomförts i svensk rätt genom diskrimineringslagen (2008:567). Den som bryter mot förbudet mot diskriminering i 2 kap. 12 § i den lagen ska betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär.

HD:s begäran om förhandsavgörande har formulerats på följande sätt.

”Måste en medlemsstat i ett mål om överträdelse av ett förbud som föreskrivs i direktiv 2000/43/EG där den utsatte begär diskrimineringsersättning alltid pröva om diskriminering har skett – och i förekommande fall konstatera att så har skett – oavsett om den som anklagas för diskriminering har eller inte har vitsordat att diskriminering har skett, om detta begärs av den utsatte för att kravet i artikel 15 om effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner ska anses vara uppfyllt?”³⁴

Omständigheterna i målet aktualiserar en tillämpning av den ovan behandlade principen om den nationella processuella autonomi. Härtill kommer att EU:s rättighetsstadga och Europakonventionen i sig själva eller i kombination med direktiv 2000/43/EG kan ha betydelse i målet.

Det kan konstateras att förbudet i artikel 21 i rättighetsstadgan mot bl.a. etnisk diskriminering har tvingande verkan.³⁵ Den nationella domstolen har därför en skyldighet att säkerställa det rättsliga skydd mot diskriminering som följer av artikel 21. Vidare krävs att rätten till ett effektivt domstolsskydd, som kommer till uttryck i artikel 47 i rättighetsstadgan, respekteras.³⁶ I detta fall saknas emellertid inte rättsmedel. DO har som framgått väckt talan om diskrimineringsersättning och erhållit begärt belopp. Det är det processuella ramverket i form av rättegångsbalken som anger att HD inte ska genomföra en fullständig utredning av sak- och rättsförhållandena.

En invändning som kan resas mot detta resonemang är dock att Europadomstolen i sin rättspraxis i vissa situationer kommit fram till att den som anser sig ”ha utsatts för en kränkning” i den mening som avses i artikel 34 i Europakonventionen inte bara kan kompenseras genom ersättning. Det krävs

³⁴ EUT C 103, 18.03.2019, s. 16.

³⁵ Se mål C-416/16, Franz Egenberger, EU:C:2018:257, punkt 77 och mål C-193/17, Cresco Investigation, EU:C:2019:43, punkterna 76 och 77.

³⁶ Jfr bl.a. mål C-432/05, Unibet, EU:C:2007:163, punkt 42.

också att de nationella myndigheterna vitsordar den påstådda överträdelsen av Europakonventionen.³⁷

Detta krav på erkännande i någon form måste dock ställas mot syftet med de processuella ramar som ställs upp i den svenska rättegångsbalken. Att parterna förfogar över tvisten och att ett medgivande är bindande för domstolen syftar till att underlätta förlikning och bidra till kostnadseffektivitet i dispositiva tvistemål. Ytterst handlar det därför om Sveriges processuella autonomi och den relevanta frågeställningen bör därför vara huruvida svensk processrätt överensstämmer med de ovan nämnda kraven på likvärdighet och effektivitet.

Jag har i ett annat sammanhang förklarat att min personliga uppfattning är att kraven på likvärdighet och effektivitet är uppfyllda.³⁸ Som framgått kan en nationell domstol p.g.a. kraven på likvärdighet och effektivitet under vissa omständigheter vara skyldig att gå utöver en parts yrkande när nationell processrätt tillåter det och t.ex. pröva en ny grund *ex officio*.³⁹ Enligt svensk processrätt har dock HD i detta fall inget skönsmässigt utrymme, utan ska lägga svarandens medgivande till grund för sitt avgörande. Det kan knappast råda någon tvekan om att kravet på likvärdighet är uppfyllt, eftersom denna regel gäller alldeles oavsett huruvida det rör sig om rent nationella eller EU-rättsliga anspråk. När det gäller effektivitetsprincipen har EU-domstolen som framgått påpekat att den nationella processregel som är i fråga ska bedömas med beaktande av dess funktion i förfarandet vid de olika nationella domstolarna som helhet betraktat samt med beaktande av hur förfarandet är utformat och dess särdrag. I förekommande fall ska grundläggande principer i det nationella rättegångssystemet, såsom skyddet av rätten till försvar, rättssäkerhetsprincipen och iakttagandet av förfarandets riktiga förlopp,

³⁷ Noteras bör dock att artikel 34 i Europakonventionen är en behörighetsregel som reglerar talerätt. Enligt denna bestämmelse får Europadomstolen ta emot klagomål från enskilda personer som påstår sig ha utsatts, av någon av de höga fördragsslutande parterna, för en kränkning av någon av de i konventionen eller i protokollet till denna angivna rättigheterna. Att möjligheten att klaga kan kvarstå trots att den klagande redan erhållit kompensation framgår bl.a. av Europadomstolens beslut av den 25 november 2004, *Nardone mot Italien* (CE:ECHR:2004:1125DEC003436802, § 1, se under domstolens bedömning), och Europadomstolens dom av den 7 juni 2012, *Centro Europa 7.S.R.L och Di Stefano mot Italien* (CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, § 81 och där angiven rättspraxis samt §§ 87 och 88).

³⁸ Jag har tidigare fört fram mina åsikter angående tvisten mellan DO och BRA i ett rättsutlåtande (2017-09-15) som författades på begäran av svaranden och lämnades in under processen vid tingsrätten. Jag har också diskuterat målet i ett tidigare skede i Hettne, J., *Processuell autonomi eller harmoni? Om EU-rättens påverkan på den svenska civilprocessen*, a.a., s. 247-272, s. 265 ff.

³⁹ Se t.ex. mål C 312/93, *Peterbroeck*, EU:C:1995:437, punkt 21.

beaktas.⁴⁰ I detta fall har den nationella processregeln en central funktion i den svenska rättsordningen för att möjliggöra förlikning och undvika tids- och kostnadskrävande processer. Mot denna bakgrund bör inte effektivitetsprincipen innebära att HD är skyldig att åsidosätta den princip om passivitet som följer av den svenska rättegångsbalken och därmed gå utöver tvistens ramar såsom dessa har fastställts av svaranden genom dennes medgivande (*ne ultra petita*).

6. EU-domstolens generaladvokat underkänner den svenska processrätten

Den danska generaladvokaten Henrik Saugmandsgaard Øe lämnade sitt förslag till avgörande i målet den 14 maj 2020.⁴¹ Generaladvokaten delar inte min ovan redovisade uppfattning och jag bedömer det sannolikt att EU-domstolen inte heller kommer att göra det.

Generaladvokaten hänger upp sig på att det måste finnas en nära koppling mellan den sanktion som åläggs och förekomsten av diskriminering.⁴² Han menar inte att skadestånd kan anses utgöra en effektiv sanktion i den mening som avses i artikel 15 i direktiv 2000/43 utan att den som uppges ha gjort sig skyldig till diskriminering har vitsordat att det förekommit diskriminering eller att en administrativ myndighet eller en domstol har konstaterat att sådan diskriminering förekommit. Om det inte finns någon sådan koppling anser generaladvokaten att den avskräckande funktionen hos sanktionen undergrävs. Han har svårt att se hur erläggandet av ett penningbelopp skulle kunna få en tillräckligt stark avskräckande verkan på svaranden då denne inte ges ett tillräckligt incitament att inte upprepa sitt diskriminerande beteende.

Om den berörda domstolen mot kändens vilja i sin dom påpekar att det inte har vitsordats att diskriminering har skett och den domstolen inte heller själv uttalar sig om huruvida den påstådda diskrimineringen verkligen har ägt rum, saknar diskrimineringen existens i rättslig mening. Generaladvokaten hänvisar här till Europadomstolens ovannämnda rättspraxis. Han tillägger att svaranden inte bör kunna ”köpa sig fri” från sitt diskriminerande beteende, då detta varken vitsordas eller konstateras.⁴³

⁴⁰ Ibid., punkt 14. Se dock särskilt de förenade målen C-222/05–C-225/05, van der Weerd m.fl., EU:C:2007:318, punkterna 34–39.

⁴¹ Förslag till avgörande i mål C-30/19, Braathens Regional Aviation, EU:C:2020:374.

⁴² Se punkterna 79-80 och 96 i yttrandet.

⁴³ Se punkterna 84-85 och 100 i yttrandet.

Generaladvokaten föreslår därför att EU-domstolen ska slå fast att det måste finnas en koppling mellan sanktionen och förekomsten av diskriminering – antingen i form av att den som har gjort sig skyldig till diskriminering vitsordar detta eller i form av att en domstol eller administrativ myndighet konstaterar att diskriminering har skett – för att sanktionen fullt ut ska kunna fylla sin kompenserande och sin avskräckande funktion i enlighet med artiklarna 7 och 15 i direktiv 2000/43.⁴⁴

Avslutningsvis förklarar han varför han menar att dispositionsprincipen inte behöver respekteras under förevarande omständigheter. Enligt generaladvokaten ska den dispositionsprincip som gäller enligt 42 kap 7 § rättegångsbalken tillämpas med beaktande av de rättigheter som direktiv 2000/43 medför. När en person som anser sig förfördelad, såsom passageraren, begär att någon ska utge diskrimineringsersättning och vitsorda att diskriminering har skett, kan en uppgörelse i godo inte komma i fråga såvida inte den andra parten åtminstone godtar båda delarna av begäran. Det kan inte – utan att syftet med direktiv 2000/43 undergrävs – anses att föremålet för begäran inskränker sig till betalning av ersättningen. Generaladvokaten menar att rätten att i fall där diskriminering har bestritts få konstaterat i domstol huruvida diskriminering föreligger har en central betydelse i direktiv 2000/43 mot bakgrund av artikel 47 i rättighetsstadgan, och att det handlar om det väsentliga innehållet i den rättighet som ska skyddas. En inskränkning av nämnda rätt – att få konstaterat i domstol huruvida diskriminering föreligger – strider därför enligt generaladvokaten mot ett av kraven enligt artikel 52.1 i stadgan.⁴⁵

7. Slutsatser

Det konstaterades ovan att i frågor som faller innanför den EU-rättsliga harmoniseringen kan rättsutvecklingen i EU-domstolen leda till tämligen ingående ingrepp i den nationella processuella autonomi. I frågor som faller utanför de harmoniserade reglerna tillämpas däremot endast minimikraven på likvärdighet och effektivitet. I generaladvokatens förslag till avgörande i Braathens-målet tycks dock skillnaden mellan dessa situationer i praktiken suddas ut. Utgångspunkten är visserligen ett direktiv även i detta fall (direktiv 2000/43), men den enda processuella anvisningen som anges däri är att

⁴⁴ Se punkt 102 i yttrandet.

⁴⁵ Se punkterna 127-129 i yttrandet. I artikel 52.1 i stadgan anges att varje begränsning ska vara föreskriven i lag och vara förenlig med det väsentliga innehållet i stadgans rättigheter och friheter.

medlemsstaterna ska föreskriva sanktioner som ska tillämpas på överträdelse av de nationella bestämmelser som antas i enlighet med direktivet (artikel 15). Dessa, som uttryckligen kan bestå av skadestånd till den utsatta personen, ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Det är ingen tvekan om att generaladvokatens förslag – om det följs – innebär att EU-rätten kliver in och begränsar den redan urvattnade processuella autonomi ytterligare. Innebörden av förslaget till avgörande är också att en skadeståndstalan, vilket är den processform som valts i Sverige för att införliva sanktionsbestämmelsen i direktiv 2000/43, omvandlas till något annat än den traditionella formen av skadeståndstalan.

I grunden handlar det om vad den materiella rätten – skyddet mot diskriminering – egentligen innefattar. Är diskrimineringsersättning (skadestånd) ett fullgott skydd mot diskriminering eller krävs härutöver någon form av erkännande att diskriminering har förekommit. Min uppfattning är att ersättning ansågs som ett adekvat diskrimineringskydd när EU:s direktiv antogs och då den svenska införlivningen ägde rum.⁴⁶ Lagstiftningshistoriken talar därmed för att Sverige uppnår det resultat som eftersträvas med EU:s direktiv. Ingen rätt är dock helt statisk, i synnerhet inte EU-rätten, och det är uppenbart att EU-domstolens generaladvokat läser in ett utökat processuellt skydd i EU:s direktiv idag mot bakgrund av rättighetsstadgan och Europakonventionen. I synnerhet Europadomstolens resonemang som antyder att en kränkning inte blott kan kompenseras med pengar tycks spela en avgörande roll. Enkelt uttryckt krävs, enligt generaladvokaten, mer än ekonomisk kompensation för att den vars rättighet har kränkts ska ha fått ett fullgott rättighetsskydd. Ett erkännande av kränkningen måste ske, antingen uttryckligen av svaranden eller genom att rättighetskränkningen blir föremål för domstolsprövning och i slutändan fastställs (eller inte) av domstol. I ett teoretiskt rättighetsperspektiv är detta fullt logiskt. I ett bredare samhälls-

⁴⁶ Av direktiv 2000/43 framgår att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att välja de sanktioner som de anser lämpliga. Detta bekräftades av EU-domstolen i målet Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397) där den uttalade att det i det direktivet inte föreskrivs några bestämda sanktionsåtgärder, utan att medlemsstaterna ges frihet att välja mellan de olika lösningar som är lämpliga för att uppnå direktivets mål. I punkt 39 i den domen, som rörde diskriminering i samband med urvalet av arbetsökande, klargjorde domstolen att sanktionerna kan bestå i att en behörig domstol eller administrativ myndighet konstaterar att diskriminering har skett och att detta därvid offentliggörs på lämpligt sätt, i att arbetsgivaren genom ett föreläggande som i förekommande fall kan vara knutet till ett löpande vite anmodas att upphöra med det diskriminerande beteende som har konstaterats eller i att den organisation som har drivit processen tilldöms skadestånd. Skadestånd är alltså en av de sanktioner som medlemsstaterna kan föreskriva, och konstaterande av att diskriminering har skett är endast en av de övriga sanktionsåtgärder som står till buds för dem.

perspektiv är det dock inte lika självklart. Generaladvokaten tycks i detta fall i det närmaste utgå från att det förekommit diskriminering. Det elaka bolaget ska inte få köpa sig fritt från ansvar utan att erkänna att det diskriminerat den enskilde individen. Här bortses dock från att det var DO som i målet valde att kräva en diskrimineringsersättning på 10.000 kr och att frågan om det verkligen förekommit diskriminering, samt huruvida denna är skadeståndsgrundande, är mycket komplex. Den begärda ersättningen för ideell skada är inte ersättningsgill enligt EU:s luftfartsregler (se artikel 3.1 i förordning 2027/97⁴⁷ i dess lydelse enligt förordning 889/2002⁴⁸ som hänvisar till Montrealkonventionens bestämmelser⁴⁹). En analys måste alltså göras inte bara av EU-rätten och Europakonventionsrätten, utan också av Montrealkonventionen och dess genomförande inom EU. Det var därför uppenbart från första början att tvisten knappt skulle hinna inledas innan rättegångskostnaderna med råge skulle överstiga den diskrimineringsersättning som begärts. Flygbolaget hamnade därmed i en rävsax där det i ett affärsmässigt perspektiv var svårt att göra annat än att medge det begärda beloppet. DO har medvetet – genom att välja belopp – gjort sitt komplicerade käromål till ett småmål (förenklat tvistemål enligt rättegångsbalken 18 kap. 8 a § och 1 kap. 3 d §), vilket innebär att parterna ska bära sina egna rättegångskostnader. Att se tvisten enbart ur perspektivet att en enskild person känner sig kränkt för att ett företag köper sig fritt från ansvar är därför i hög grad en förenkling. Det handlar också om en resursstark statlig myndighet som med påståenden om diskriminering kan tvinga fram ett erkännande av ett företag som inte kan eller vill prioritera att lägga kostnader på att försvara sig i en sådan tvist. DO:s rättegångskostnader är däremot något som vi skattebetalare får bära.

En ytterligare fråga är om den diskrepans mellan EU-rätten och svensk rätt som generaladvokaten menar föreligger bör korrigeras av en svensk domstol, eller om det snarare är något som det i så fall får ankomma på den svenska lagstiftaren att hantera.

Direktivet har kanske inte införlivats på ett tillfredsställande sätt givet den ökade fokus som nu finns på individuella rättigheter och kravet på att

⁴⁷ Rådets förordning (EG) nr 2027/97 av den 9 oktober 1997 om lufttrafikföretags skadeståndsansvar vid olyckor, EGT nr L 285, s. 1.

⁴⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 889/2002 av den 13 maj 2002 om ändring av rådets förordning (EG) nr 2027/97 om lufttrafikföretags skadeståndsansvar vid olyckor, EGT nr L 140, s. 2.

⁴⁹ Konventionen om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter, som ingicks i Montreal den 28 maj 1999, undertecknades av Europeiska gemenskapen den 9 december 1999 på grundval av artikel 300.2 EG, och godkändes på nämnda gemenskaps vägnar genom rådets beslut 2001/539/EG av den 5 april 2001 (EGT L 194, s. 38).

säkerställa en materiell rättslig prövning. Frågan är dock om det är rimligt att det ska få till följd att de nuvarande civilprocessuella ramarna i Sverige rubbas. HD kan inte göra om lagstiftningen utan ska hålla sig till den fastlagda ordningen. Att som generaladvokaten föreslår, vilket framhålls av DO, införa en domarskapt regel i svensk processrätt om att då svaranden inte medger diskriminering, men bara i det fallet, ska domstolen pröva målet i sak, framstår inte som genomtänkt. Den incitamentsstruktur, som generaladvokaten är så mån om att framhålla, blir då något märklig. Det företag som anklagas för diskriminering blir i praktiken dömt på förhand, åtminstone om det saknar resurser eller saknar anledning att prioritera de ekonomiska utgifter som krävs för att försvara sig. Risken är stor att den kritiserade goodwill-ersättningen omvandlas till falska medgivanden. Vad hindrar ett företag att ta sig ur en diskrimineringstvist till priset av 10.000 kr genom att i domstol fullt ut medge käromålet, såväl ersättningens belopp som den påstådda diskrimineringen, och sedan förklara att det tyvärr var det enda affärsmässigt rimliga sättet att handla, men att det självfallet inte anser att det var fråga om diskriminering? Ett alternativ är naturligtvis att några medgivanden inte får förekomma i diskrimineringstvister (eller överhuvudtaget i fall där grundläggande fri- och rättigheter kan göras gällande), vilket bl.a. innefattar en stor mängd arbetsrättsliga tvister. En sådan ordning skulle, förutom att vara samhällsekonomisk kostsam, utsläcka alla möjligheter till förlikning, när väl en tvist har hamnat i domstol. En sådan ordning kan förvisso upplevas som att den genererar ett starkt rättighetsskydd för alla som känner sig kränkta av någon anledning, men innebär också att motparten tvingas ge sin version av vad som förekommit. Som bekant finns ofta olika verklighetsuppfattningar i en tvist och det är inte säkert att den som känner sig kränkt mår så mycket bättre av att motparten i försvarssyfte offentliggör sin bild av verkligheten. Rättegångskostnaderna lär också skjuta i höjden och en förlust kan bli kostsam för båda parterna. Om tvisterna i själva verket inte längre handlar om pengar är det också svårt att se dem som småmål. De är då inte längre mätbara i monetära termer. Jag är därför inte övertygad om att diskrimineringskyddet i praktiken bör handla om annat än pengar.⁵⁰ Under alla förhållanden krävs en bred utredning och konsekvensanalys utöver de nu aktuella fallet, vilket är en uppgift för lagstiftaren och inte för rättstillämpningen. Jag anförde inledningsvis att jag i många fall anser att mötet mellan den svenska rätten och EU-rätten har varit hälsosamt. Svenskt rättstänkande framstår emellanåt som tämligen

⁵⁰ För ett annat perspektiv (och en annan åsikt), se Zotéeva, A. och Linder, O., Diskrimineringskyddet i praktiken – mer än bara pengar?, SvJT 2020, s. 212-224.

isolerat från tankegångar som gör sig gällande på andra håll i världen. I detta fall tycker jag dock inte att generaladvokaten föreslår en genomtänkt förändring av den svenska civilprocessrätten. Det återstår i skrivande stund att se vad EU-domstolen kommer fram till.

