

# Bevisning i diskrimineringstvister

JONAS MALMBERG\*

## 1. Inledning

Bevisfrågor i diskrimineringstvister har tilldragit sig stort intresse. Det är ofta förenat med svårigheter för arbetstagersidan att ta fram utredning för att styrka att diskriminering förekommit. Detta beror normalt på att det är arbetsgivarsidan som har tillgång till de relevanta uppgifterna, t.ex. vilka som är medsökande och deras meriter eller de anställdas löner och kriterierna för lönesättning. Med denna artikel vill jag söka belysa några frågor kring bevisningen i diskrimineringstvister samt rikta uppmärksamheten mot ett par oklarheter kring utformningen av reglerna. Detta är angeläget särskilt mot bakgrund av den översyn av diskrimineringslagstiftningen som för närvarande pågår.<sup>1</sup>

Vid en diskussion angående bevisfrågor är det nödvändigt att göra klart för sig vad som utgör rekvisit (rättsfaktum) i den aktuella regeln, dvs. vad som skall bevisas (bevistemat). Jag skall därför inleda denna artikel med en kort översikt över rekvisiten i de nu gällande diskrimineringsförbuden.

## 2. Diskrimineringsförbudens uppbyggnad

I Sverige finns fyra diskrimineringslagar på arbetslivets område.<sup>2</sup> Utformningen av dessa lagar har påverkats av motsvarande EG-regler. Här finns skäl att i första hand hänvisa till det s.k. bevisbördedirektivet<sup>3</sup> samt de två nya diskrimineringsdirektiv som antogs år 2000: dels direktivet mot etnisk diskriminering,<sup>4</sup> dels det allmänna likabehandlingsdirektivet.<sup>5</sup> Det senare direktivet behandlar diskrimi-

\* Docent vid Arbetslivsinstitutet i Stockholm.

<sup>1</sup> Se Dir. 2000:106.

<sup>2</sup> Jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund sexuell läggning.

<sup>3</sup> Rådets direktiv (97/80/EG) om bevisbördan vid mål om könsdiskriminering.

<sup>4</sup> Rådets direktiv (2000/43/EG) om genomförande av principen om likabehandling av enskilda personer oavsett av ras eller etniska ursprung.

<sup>5</sup> Rådets direktiv (2000/778/EG) om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

nering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Begreppsbildningen och utformningen av dessa lagar och direktiv är i hög grad likartad.

Som jag ser det är de grundläggande förutsättningarna för att en överträdelse av diskrimineringsförbuden skall föreligga att en arbetstagare eller arbetssökande missgynnas, samt att missgynnandet har samband (direkt eller indirekt) med någon av diskrimineringsgrunderna (kön, etnisk härkomst etc.). De tre centrala rekvisiten i diskrimineringsförbuden är alltså *missgynnande*, *orsakssamband* och *diskrimineringsgrunden*.<sup>6</sup> Vid beskrivningen av diskrimineringsförbuden används en rad ytterligare begrepp och distinktioner. Relationerna mellan dessa och de tre centrala rekvisiten förblir ofta i någon mån oklara.

En första förutsättning för att en överträdelse av diskrimineringsförbuden skall föreligga är att en person har *missgynnats* i något avseende. Ett missgynnande sägs föreligga om en person försätts i ett sämre läge eller en arbetstagare utsätts för en behandling som medför en faktisk skada eller förlust för denne. Det framhålls ofta att bedömningen av om det förekommit ett missgynnande förutsätter en jämförelse. Detta är i viss mening riktigt. Det måste dock understrykas att nuvarande diskrimineringsregler inte uppställer något krav på jämförelse med annan person. I många fall går det utmärkt att fastställa att en person har blivit missgynnad utan konkreta jämförelser med hur andra personer har behandlats. Så är t.ex. fallet om en arbetstagare sägs upp, omplaceras till sämre arbete eller om förmåner dras in. I dessa fall framgår att behandlingen är till nackdel för arbetstagaren genom en jämförelse med den situation som arbetstagaren själv befann sig i tidigare. I andra fall kan det vara svårt att betrakta en behandling som ett missgynnande utan en jämförelse med andra personer. Det torde t.ex. vara svårt att utan någon form av jämförelse med andra avgöra när en lön är så låg att det föreligger ett missgynnande.

Hur förhåller sig rekvisitet missgynnade till diskussionen om ett krav på faktiska eller hypotetiska jämförelser med personer i en likartad situation? Som framgick ovan utgör den situationen att t.ex. en kvinna har behandlats sämre än en man i en likartad situation bara en av många tänkbara situationer där ett missgynnande föreligger. Man kan uttrycka saken så att den faktiska åtskillnaden i behandling utgör ett konkret rättsfaktum i förhållande till rekvisitet (abstrakt rättsfaktum) i regeln (dvs. att "missgynna"). Uttrycket konkret rättsfaktum används som beteckning för de faktiska omständigheter på verklighetsplanet som jämförs mot hur regeln har formulerats.<sup>7</sup> (Jag återkommer nedan till att den faktiska åtskillnaden även har betydelse som *bevisning*.)

<sup>6</sup> Lerwall, L., Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt (Iustus 2001) och Malmberg, J., Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten i Festskrift till Hans Stark (Jure 2001) s. 167 ff.

<sup>7</sup> Se t.ex. Frändberg, Å., Om analog användning av rättsnormer (Norstedts 1973) s. 70 och Lindell, B., Sakfrågor och rättsfrågor (Iustus 1987) s. 27.

Vidare krävs ett visst *orsakssamband* mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Det avgörande är arbetsgivarens bevekelsegrunder för att vidta den ifrågasatta åtgärden. Domstolen behöver inte pröva vilka avsikter arbetsgivaren haft (vilka syften denne velat nå) med åtgärden. Det är tillräckligt att arbetsgivarens beteende har orsakats av en otillåten faktor, t.ex. arbetstagarens sexuella läggning. Mot bakgrund härav behöver man inte upprätthålla någon distinktion mellan avsiktlig och oavsiktlig diskriminering för att beskriva innebörden av diskrimineringsförbuden. Vidare är det i svensk rätt tillräckligt att diskrimineringsgrunden utgör en av flera samverkande faktorer som utlöst åtgärden. Diskrimineringsgrunden behöver inte vara det enda eller avgörande skälet till missgynnandet.

För att diskrimineringsförbuden skall vara tillämpliga krävs alltså att missgynnandet har samband någon av *diskrimineringsgrunderna*. Diskrimineringsgrunderna anger vilka typer av hänsyn eller handlingsskäl som inte är tillåtna. De diskrimineringsgrunder som idag regleras i svensk lag är kön, etnisk tillhörighet, funktionshinder och sexuell läggning. Att märka är att diskrimineringsförbuden omfattar missgynnanden som har samband såväl direkt som indirekt med diskrimineringsgrunden. Som jag ser det hör alltså distinktionen mellan direkt och indirekt diskriminering samman med diskrimineringsgrunden (och inte orsakssambandet). Med detta synsätt blir indirekt diskriminering att uppfatta som en extension av diskrimineringsgrunden (dvs. vilka hänsynstagnanden som är otillåtna). Annorlunda uttryckt: Medan direkt diskriminering omfattar åtgärder där arbetsgivaren tagit hänsyn direkt till diskrimineringsgrunden (t.ex. kön), så omfattar indirekt diskriminering åtgärder där arbetsgivaren tagit hänsyn till omständigheter vilka visserligen inte direkt hänför sig till diskrimineringsgrunden (kön), men som typiskt sett leder till eller är ägnade att leda till könskeva effekter (t.ex. deltidsanställning). Indirekt diskriminering förutsätter därutöver att den aktuella bestämmelsen, kriteriet etc. inte kan motiveras med objektiva faktorer som saknar samband med t.ex. personernas kön.

### 3. Bevisbörderegler i direktiv och lagar

För att inte bevisvårigheter skall hindra en effektiv tillämpning av likabehandlingsprincipen har EG-domstolen slagit fast att bevisbördan under vissa omständigheter skall läggas på arbetsgivarsidan.<sup>8</sup> Domstolens praxis har i denna del kodifierats genom det s.k. bevisbördedirektivet. Artikel 4.1 i direktivet har följande lydelse:

<sup>8</sup> Se t.ex. 109/88 Danfoss [1989] ECR 3199 punkt 16, C-127/92 Enderby [1993] ECR I-5535 punkt 13–14 och C-400/93 Royal Copenhagen REG 1995 s. I-1275 punkt 24.

Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer, som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig instans lägger fram fakta som ger anledning att anta det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.

Motsvarande bestämmelse återfinns i direktivet mot etnisk diskriminering (artikel 8) och det allmänna likabehandlingsdirektivet (artikel 10.1). Även den svenska diskrimineringslagstiftningen innehåller en reglering av bevisbördan. Denna har inarbetats i den materiella regel som innehåller diskrimineringsförbudet. Som exempel kan 3 § lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning återges.

En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla honom eller henne mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer med annan sexuell läggning i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med den missgynnades sexuella läggning.<sup>9</sup>

Reglerna pekar på att bevisbördan är delad mellan parterna på så vis att den som anser sig diskriminerad skall lägga fram fakta (omständigheter) som ger domstolen anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad. Om detta lyckas har arbetsgivaren att visa/styrka att hans handlande inte har något samband med diskrimineringsgrunden. Så uppfattas också regeln i förarbetena till den senaste ändringen i jämställdhetslagen.<sup>10</sup>

## 4. Bevisning om orsakssamband

### 4.1 En delad bevisbörda för samma rättsfaktum?

Ett problem med bevisbörderegeln, såsom den beskrivits ovan, är att denna tycks föreskriva en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum. En sådan uppdelning anses inte logiskt möjlig eller i vart fall inte förnuftig.<sup>11</sup> Låt mig för-

<sup>9</sup> Se även 15 § jämställdhetslagen, 8 § lagen mot etnisk diskriminering samt 3 § lagen mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

<sup>10</sup> Prop. 1999/2000:143 s. 53 ff.

<sup>11</sup> Se t.ex. Bengt Lindell, *Civilprocessen* (Iustus 1998) s. 507 f. med hänvisningar.

I detta sammanhang kan framhållas att AD för mål om föreningsrättskränkningar utvecklat en motsvarande regel om delad bevisbörda. Enligt denna har arbetstagsidans först ”att visa sannolika skäl för att en kränkning av föreningsrätten föreligger och att, om sådana skäl framlagts, arbetsgivarparten har att styrka, att för avskedandet förelåg skälig orsak oberoende av föreningsrättsfrågan.” Se t.ex. AD 1937 nr 57, 1988 nr 58 och 1996 nr 67. För en ingående analys av det här beskrivna problemet, se Bylund, T., *Bevisbörda och bevisstema* (Norstedts 1970) samt samma författare i *Arbetsrätten i utveckling* 42 ff. (Norstedts 1977) och SvJT 1980 s. 630 ff. Se

klara. Bevisvärdering brukar i Sverige beskrivas som den intellektuella verksamhet vilken förekommer vid plädering och överläggning. Vid denna skall domstolen utifrån existensen av ett eller flera (bevis)fakta dra slutsatser om (sannolikheten för) existensen av ett annat faktum (bevistemat). Det slutliga bevistemat är alltid ett rättsfaktum.<sup>12</sup> Vid denna bevisvärdering tar domstolen hänsyn till bevisfakta som lagts fram såväl av käranden som av svaranden. Problemet kan illustreras med följande exempel.

Antag att en arbetstagare har omplacerats till ett smutsigt och dåligt betalt arbete. Arbetstagsidans gör gällande att det finns ett orsakssamband mellan omplaceringen och arbetstagarens sexuella läggning (rättsfaktum). Arbetsgivarsidan förnekar att ett sådant samband föreligger. Som stöd för att ett orsakssamband föreligger för arbetstagsidans fram bevisning om att omplaceringen tillgreps strax efter att arbetstagaren i en tidningsartikel berättat att han var homosexuell (bevisfaktum a). Arbetsgivarsidan åberopar vittnesbevisning till styrkande av dels att man sakade kännedom om arbetstagarens sexuella läggning (bevisfaktum b), dels att omplaceringen företogs av organisatoriska skäl (bevisfaktum c).

Enligt traditionell uppfattning skall domstolen med beaktande av alla dessa tre bevisfakta bilda sig en uppfattning om sannolikheten för att ett relevant orsakssamband (rättsfaktum) föreligger. Om denna typ av bevisprövning tillämpas skall även av arbetsgivaren framförda bevisfakta (b och c) beaktas vid prövningen om arbetstagsidans gjort det antagligt att diskriminering förelegat. Att för sådana fall tala om en delad bevisbörda är missvisande. Om såväl arbetstagsidans som arbetsgivarens bevisfakta beaktas i ett sammanhang kan inte arbetstagsidans först göra antagligt att ett orsakssamband föreligger, samtidigt som arbetsgivarsidan visar att någon orsakssamband inte föreligger. Arbetstagsidans och arbetsgivarens bevistemata (dvs. att orsakssamband förelegat respektive inte förelegat) är oförenliga i den meningen att båda inte kan vara sanna.

En sådan uppdelning kan tänkas fungera om bevisprövningen sker i två led på så sätt att domstolen värderar vardera parts bevisning för sig. Detta är möjligt om den bevisning som vardera part förebringat hänförs till olika förlopp eller faktiska omständigheter (t.ex. bevisfaktum a och bevisfaktum c i exemplet ovan). Däremot lär en sådan uppdelning av bevisprövningen inte fungera om parternas bevisning hänförs till samma faktiska omständigheter (t.ex. a och b i exemplet). Det är dock inte enkelt att i praktiken hålla isär dessa två fall.

Mot bakgrund härav är det olämpligt att införa en regel med en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum.

även Källström, K., i Schmidt, Facklig arbetsrätt (Juristförlaget 1997) s. 118 f. och Sigeman, T., SvJT 1987 s. 614.

<sup>12</sup> Se t.ex. Ekelöf, P.-O., & Boman, R., Rättegång IV (Norstedts 6 uppl. 1992) s. 12.

## 4.2 Krav på att införa bevispresumtioner

Som framgått ovan är medlemsstaterna enligt diskrimineringsdirektiven skyldiga att införa bevislättnader för den som anser sig utsatt för diskriminering. Däremot kan direktiven knappast anses ålägga medlemsstaterna att införa en regel med delad bevisbörda för samma rättsfaktum. Tvärtom kan man med fog hävda att det är väl förenligt med dessa att införa bevispresumtioner (presumptiones juris). En sådan presumtion utpekar ett visst faktum – en presumerande omständighet – vilken kastar om bevisbördan för existensen för ett *annat* faktum (rekvisitet i regeln). Presumtionen får motbevisas. Det är också möjligt att genom andra omständigheter visa existensen av rättsfaktum.

Direktivet skulle med denna tolkning ålägga medlemsstaterna att i nationell rätt utpeka de omständigheter vilka skall anses utgöra tillräckligt bevis (presumerande omständigheter) för att ett relevant orsakssamband (rättsfaktum) föreligger. En sådan tolkning av direktivet vinner visst stöd av punkt 13 i ingressen till bevisbördedirektivet.

”Bedömningen av fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering är en fråga för de nationella domstolarna eller någon annan behörig instans i enlighet med nationell rätt och/eller praxis” (kursiverat här).

En sådan tolkning är även förenlig med punkt 21 respektive 31 i ingressen till direktivet mot etnisk diskriminering och det allmänna likabehandlingsdirektivet. Där anges att reglerna om bevisbördan måste anpassas på så sätt att bevisbördan övergår till svaranden när det föreligger ett prima facie-fall av diskriminering.<sup>13</sup>

Ett sådant synsätt är förenligt med EG-domstolens praxis. Som exempel kan hänvisas till målet *Brunnhofers*.<sup>14</sup>

Målet rörde lönediskriminering. Enligt domstolen ankommer det på käranden att med alla tillåtna bevismedel visa att hon erhåller en lön som är lägre än den som arbetsgivaren betalar den jämförda manliga kollegan och att hon verkligen utför lika eller likvärdigt arbete som är jämförbart med det arbete som den sistnämnde utför, så att hon vid en första anblick synes vara utsatt för en diskriminering som inte kan förklaras på annat sätt än på grund av hennes kön (stycke 58). För det fall arbetstagsidans kan bevisa att arbetsgivaren betalar olika lön till en kvinnlig och en manlig arbetstagar samt att dessa utför jämförbart arbete, föreligger en situation som tyder på diskriminering och då ankommer det på arbetsgivaren att visa att principen om lika lön inte har åsidosatts (stycke 60).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> På tyska används uttrycket „ein glaubhafter Anschein”. Ordvalet antyder att direktivets utformning kan vara inspirerat av den tyska rättsfiguren „Beweis des ersten Anscheins” (se vidare Sigeman, T., Information om anställningsvillkor i Festschrift till Hans Stark, Jure 2001, s. 309 f.)

<sup>14</sup> Mål C-381/99 *Brunnhofers* REG 2001 s. I-4961.

<sup>15</sup> En brasklapp. Målet avsåg tiden innan bevisbördedirektivet skulle ha varit genomfört och rörde därför inte tillämpningen av detta. Eftersom direktivet anses utgöra en kodifiering av EG-domstolens tidigare praxis, har jag utgått från att hittillsvarande praxis kan ge ledning vid tolkning av direktivets innebörd.

Domen kan läsas som att just den konstaterade skillnaden i behandling mellan en manlig och en kvinnlig arbetstagare presumerar ett orsakssamband.<sup>16</sup>

I AD 2002 nr 45, som meddelades när denna artikel förelåg på korrekturstadiet, anlägger domstolen ett sådant synsätt. Vid tillämpning av likabehandlingsdirektivet framhåller AD att det är förenligt med EG-domstolens praxis att tillämpa en bevisregel liknande den som återfinns i 16 § jämställdhetslagen (i dess äldre lydelse). ”En presumtion för könsdiskriminering skulle i enlighet härmed föreligga om en arbetsgivare vid anställning förbigår en gravid kvinna som har bättre sakliga förutsättningar för arbetet än den som anställts. En annan sak är att könsdiskriminering enligt EG-domstolens praxis bör kunna konstateras föreligga även då den person som anser sig kränkt kan påvisa omständigheter av annat slag som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering.”

Det är möjligt att uppfatta de svenska reglerna som förenliga med detta synsätt. Den presumerande omständighet som den svenska regeln anger (om än inte alldeles tydligt) är det förhållandet att en arbetsgivare behandlar en arbetstagare mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar personer med annan sexuell läggning, annat kön (etc.) i en likartad situation. Denna konkreta särskiljande behandling utgör en presumerande omständighet för att ett orsakssamband föreligger.

Det kräver viss pedagogisk varsamhet att – som jag gör här – påstå att den bevisbörderegeln som kommer till uttryck i 1999 års diskrimineringslagar, liksom jämställdhetslagen i dess lydelse efter den 1 januari 2001, utgör bevispresumtioner (præsuntionis juris).

Fram till den 1 januari 2001 hade flera av diskrimineringsförbuden i jämställdhetslagen en annan utformning. Enligt t.ex. 16 § jämställdhetslagen i dess lydelse före den 1 januari 2001 förelåg otillåten könsdiskriminering om arbetsgivaren t.ex. anställde någon framför annan person av motsatt kön, fastän den som förbigicks hade bättre sakliga förutsättningar för arbetet. Om så var fallet ankom det på arbetsgivaren att visa antingen att beslutet saknade samband med kön eller att beslutet var ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet eller var berättigat av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte borde vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.

Denna regel brukade betecknas just som en presumtionsregel. Man bör ha klart för sig att det är fråga om en annan typ av regel i det att den konkreta särskiljande behandlingen (t.ex. att anställa någon av annat kön med sämre sakliga förutsättningar) utgjorde en nödvändig förutsättning för överträdelse av diskrimineringsförbudet. Regeln kan därigenom betecknas som en præsuntio juris et

<sup>16</sup> Nu skall det tilläggas att EG-domstolen inte uppmärksammar problemet med en delad bevisbörda för samma rättsfaktum. I punkt 61 anger domstolen att ett sätt för arbetsgivaren att visa att brott mot principen om lika lön inte har åsidosatts är att visa att de verksamheter som verkligen utförs av de båda berörda arbetstagarna inte är jämförbara. Sannolikheten för existensen av denna omständighet ingår i ”den presumerande omständigheten” och har redan prövats av domstolen.

de jure.<sup>17</sup> Som framhålls i förarbetena till de senaste ändringarna i jämställdhetslagen medför den nya bevisbörderegeln en mer flexibel och varierad processföring jämfört med den äldre regeln, eftersom t.ex. kravet på bättre sakliga förutsättningar inte längre utgör en nödvändig förutsättning för diskrimineringsförbudets tillämpning.<sup>18</sup>

## 5. Bevisning om att missgynnande har förekommit m.m.

### 5.1 EG-direktivens innebörd

Hittills har bevisbördereglerna diskuterats i förhållande till rekvisitet ”orsaksamband”. Man kan även fråga om bevisbörderegeln är tillämplig i förhållande även till övriga rättsfakta i diskrimineringsförbudet: missgynnande respektive diskrimineringsgrunden. Det kan inledningsvis konstateras att bevisbördedirektivets lydelse inte är begränsad till just orsaksrekvisitet. I artikel 4 anges att för det fall käranden gör det antagligt att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, så skall det åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling. Lydelsen hänför sig således till hela rättsfaktumsidan i regeln, och inte till delar av den.

Betyder detta att medlemsstaterna är skyldiga att införa bevispresumtioner beträffande alla rättsfakta? EG-domstolen har förklarat att utgångspunkten är att det normalt ankommer på den person som åberopar vissa omständigheter till stöd för ett anspråk att bevisa att dessa är riktiga. Bevisbördan för att det föreligger lönediskriminering på grund av kön åvilar därför i princip den arbetstagarare som anser sig vara utsatt för en sådan diskriminering. Däremot skall bevisbördan flyttas, om detta är nödvändigt för att inte frånta arbetstagarare som är utsatta för en tydlig diskriminering varje effektivt medel för att upprätthålla efterlevnaden av principen om lika lön.<sup>19</sup> Ett sådan fall återfinns i *Danfoss*.<sup>20</sup>

Målet rörde lönediskriminering. Företaget tillämpade ett lönesystem med grundlön och individuella lönetillägg som helt saknade öppenhet. I detta fall ansåg domstolen att arbetsgivaren hade bevisbördan för att hans lönepolitik inte var diskriminerande i det fall en kvinnlig arbetstagarare visar att de kvinnliga arbetstagararnas genomsnittslön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagarare är lägre än de manliga arbetstagararnas genomsnittslön.

Av denna rättspraxis får anses följa att skyldigheten att vidta bevislättnader dels inte är begränsad till frågan om ett orsakssamband föreligger, utan även omfat-

<sup>17</sup> Jfr dock Fransson, S. Lönediskriminering (Iustus 2000) s. 310 ff.

<sup>18</sup> Prop. 1999/2000:143 s. 58.

<sup>19</sup> Se t.ex. mål C-127/92 Enderby [1993] ECR I-5535 punkt 13-14.

<sup>20</sup> Mål 109/88 Danfoss [1989] ECR 3199.

tar de andra rekvisiten i diskrimineringsförbudet, dels inte gäller generellt för alla frågor utan riktar sig mot situationer där de normala beviskraven skulle riskera att äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande.

Det kan här tilläggas att sistnämnda synsätt är väl förenligt med svenska rättstraditioner. Jag frestas att citera AD 1937 nr 57, där den delade bevisbördan vid föreningsrättskränkningar lades fast. Som skäl för att införa denna bevislättning anförde domstolen:

”Det är förenat med oöverkomliga svårigheter för arbetstagarparten, som gör gällande att föreningsrätten blivit kränkt, att styrka icke blott de positiva omständigheter, som tala för att avskedandet inneburit en föreningsrättskränkning, utan även de omständigheter, som tala mot att något annat bärande motiv för avskedandet förelegat.”

## 5.2 De svenska diskrimineringsreglerna

Om man mot bakgrund av denna tolkning av direktivens innebörd betraktar de svenska diskrimineringsreglerna, kan man notera att den bevisbörderegeln som återfinns i dessa har ett snävare tillämpningsområde. Den bevispresumtion som kommer till uttryck i de svenska diskrimineringsförbuden tycks ha betydelse för kravet på orsakssamband, men däremot inte för de övriga rekvisiten.<sup>21</sup> Bevislättningen inträder när en arbetstagarare eller arbetssökande har behandlats sämre än en person med annat kön, annan sexuell läggning etc. trots att denne befinner sig i en likartad situation. Någon lagregel om bevislättningar i andra situationer föreligger inte.

Man kan mot bakgrund härav ställa frågan om svensk rätt strider mot diskrimineringsdirektivens krav i dessa avseenden. Enligt min mening är så inte fallet. I den ovan citerade punkt 13 i ingressen till bevisbördedirektivet anges uttryckligen att frågor om bevisning ankommer på de nationella domstolarna att bedöma. Man kan därför mena att den nationella lagstiftaren får överlåta till de nationella domstolarna att bedöma frågor om hur bevisbördan skall placeras för att tillgodose kraven på direktivens effektiva genomförande. Detta särskilt som det åligger nationella domstolar att, så långt möjligt, tolka bestämmelser i nationell rätt i ljuset av de aktuella direktivens ordalydelse och syfte för att uppnå dess resultat (direktivkonform tolkning). Om man ser saken på detta vis innebär den svenska lagregeln att lagstiftaren har utpekat *ett* fall där en bevislättning har bedömts behövlig. Om det därutöver finns skäl att för *andra* situationer införa bevislättningar skall med detta synsätt ankomma på domstolarna att bedöma.

Under 2001 har Arbetsdomstolen vid två tillfällen haft att bedöma frågan om det finns skäl att införa bevislättningar beträffande andra fall än som följer av lagreglerna. I AD 2001 nr 61 var frågan vilket beviskrav som skulle uppställas

<sup>21</sup> Se t.ex. 3 § lagen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (”om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet *saknar samband* ...” kurs. här).

för att ett anställningsavtal skulle ha ingåtts. I AD 2001 nr 76 gjorde JämO gällande att det var tillräckligt att käranden gör antagligt att arbetstagarna utför likvärdigt arbete. Domstolen fann i båda fallen att det krävs full bevisning i fråga om dessa sakförhållanden.

Mot detta kan knappast riktas någon kritik. Som redan framhållits innebär EG-domstolens praxis inte något krav på bevislättnader för alla frågor, utan endast för situationer där de normala beviskraven skulle riskera att äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande. Att det i andra fall är befogat att i rättspraxis införa bevislättnader är dock uppenbart. Ett sådant fall kan vara om en gravid eller föräldraledig arbetstagare missgynnas.

## 6. Sammanfattande synpunkter

Bevisfrågor i diskrimineringstvister är svårtillgängliga. Ett sätt att underlätta förståelsen av dessa är att i lagstiftningen – tydligare än i dag – hålla isär den materiella regeln (rekvisiten: vad som skall bevisas), å ena sidan, och frågor om vilka krav på bevisning som ställs, å andra sidan. Dessa bör lämpligen placeras i skilda stycken.<sup>22</sup> Man kan t.ex. beträffande direkt diskriminering i ett första stycke ange att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare på ett sätt som har samband med dennes etniska tillhörighet. Någon referens till en hypotetisk jämförelseperson behöver inte göras. Detta tillför inte mer än som följer av kravet orsakssamband. I ett andra stycke kan därefter anges att ett sådant samband skall anses föreligga om arbetsgivaren behandlar arbetstagaren eller den arbetssökande mindre förmånligt än personer med annan etnisk tillhörighet i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med etnisk tillhörighet.

Jag har vidare pekat på att det är olämpligt att utforma en regel så att bevisbördan är delad för ett och samma rättsfaktum, samtidigt som jag framhållit att det inte kan sägas följa av EG-direktiven att bevisregeln måste ha denna utformning. Tvärtom kan dessa förstås som att de tillåter medlemsstaterna att införa bevispresumtioner. Vidare är att märka att skyldigheten att vidta bevislättnader inte är begränsad till frågan om ett orsakssamband föreligger, utan även omfattar de andra rekvisiten i diskrimineringsförbudet. Å andra sidan kräver inte EG-direktiven att bevislättnader införs för alla frågor, utan riktar sig mot situationer där de normala beviskraven skulle riskera att äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande. Bevisbörderegeln i de svenska diskrimineringslagarna – som bara rör rekvisitet om orsakssamband – täcker inte alla de fall för vilka EG-direktiven kräver bevislättnader. Detta torde dock inte innebära att svensk rätt står i strid med direktiven. Däremot åligger det svenska domstolar att i

<sup>22</sup> Jfr Lagrådets yttrande i prop. 1999/2000:143 s. 153.

praxis införa bevislättnader, där detta krävs för att likabehandlingsprincipens effektiva genomslag inte skall äventyras.