



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Ingemarsson

Bostadsdiskriminering

- Hur kan diskriminering på bostadsmarknaden bevisas?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: VT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Frågeställning	6
1.3 Syfte	7
1.4 Metod och material	7
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	10
2 BAKGRUND	13
2.1 Bostad som mänsklig rättighet	13
2.1.1 FN-stadgan	13
2.1.2 EKMR	14
2.1.3 EU-rätt	15
2.2 Diskrimineringslagen	16
2.2.1 Diskrimineringsgrunderna	16
2.2.2 Diskrimineringsförbudet	18
2.2.3 Diskriminering	19
2.2.3.1 Direkt diskriminering	20
2.2.3.2 Indirekt diskriminering	25
2.2.3.3 Trakasserier och sexuella trakasserier	26
2.2.3.4 Instruktioner att diskriminera	27
3 ATT BEVISA BOSTADSDISKRIMINERING	29
3.1 Bevisbörderegeln	29
3.1.1 Bevisbördan för orsakssambandet	29
3.1.2 Beviskravet i förhållande till rekvisitet missgynnande	32
3.1.3 Beviskravet i förhållande till rekvisitet jämförbar situation	33
3.2 Bevismedel	39
3.3 Praktikttest	40

4	RÄTTSPRAXIS	45
4.1	Prövning av bostadsdiskriminering vid hovrätt	45
4.1.1	Göta hovrätt mål nr T 1666-09	45
4.1.2	Analys av domen	47
4.1.3	Hovrätten för västra Sverige mål nr T 3501-08	48
4.1.4	Analys av domen	50
4.2	Prövning av bostadsdiskriminering vid tingsrätt	51
4.2.1	Nacka tingsrätt mål nr T 1705-08	51
4.2.2	Analys av domen	53
4.2.3	Lidköpings tingsrätt mål nr T 1596-06	57
4.2.4	Analys av domen	59
4.2.5	Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05	59
4.2.6	Analys av domen	61
5	FÖRLIKNINGAR	63
5.1	Bostadssökande	64
5.1.1	ANM 2009/1634	64
5.1.2	ANM 2009/519	65
5.1.3	OMED Dnr: 669-2008	65
5.1.4	OMED Dnr: 551-2008	67
5.1.5	OMED Dnr: 159-2007	69
5.1.6	OMED Dnr: 534-2006	70
5.1.7	HO Dnr: 2005/0801	72
5.1.8	HO Dnr: 2004/0707	74
5.2	Köp av bostad	75
5.2.1	ANM 2010/765	75
5.2.2	ANM 2009/69	77
5.2.3	OMED Dnr: 1389-2007	78
5.2.4	OMED Dnr: 1096-2007	79
5.3	Boende	80
5.3.1	ANM 2009/1049	80
5.3.2	OMED Dnr: 1123-2004	81
5.3.3	OMED Dnr: 1040-2005	82
6	SLUTSATSER OCH SAMMANFATTADE DISSKUSSION	84
6.1	Hur fördelas bevisbördan mellan parterna och vilka riktlinjer föreligger för beviskraven i diskrimineringsmål?	84
6.2	Hur har mål om diskriminering på bostadsmarknaden behandlats avseende bevisbörda och beviskrav?	86
6.3	Hur har och hur skulle praktiktester kunna användas i den rättsliga processen i mål om diskriminering på bostadsmarknaden?	88
6.4	Övergripande sammanfattning	90

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	94
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	97

Summary

This work is based on the assumption that discrimination in the housing market is present and in a desire to shed light on how the legal anti-discrimination system works in this area. The focus of this study is the five cases of discrimination that have been decided by Swedish courts and the fifteen cases in which DO (The Equality Ombudsman) has reached a settlement in the housing area. The perspective of this study is that of the claimant and the central question is: How can discrimination in the housing market be proved?

To answer this question the rule of the reversal of the burden of proof in Ch. 6 Sec. 3 of The Discrimination Act becomes important. This has been studied mainly from the point of view of direct discrimination since most of the cases studied concern this form of discrimination.

The reversal of the burden of proof rule is to be seen as a rule of presumption. This means that the trial of discrimination cases is done in two steps. In the first step, it is considered whether the claimant, the victim of discrimination, has been able to present sufficient evidence to create a presumption of discrimination by proving that a disadvantage occurred and that there is a comparable situation. If the claimant is able to do this, the burden of proof turns to the respondent and it is for the respondent to come forward with evidence that the disadvantage has no connection with the discrimination ground.

That the burden of proof rule should be applied as a presumption rule and that it is the respondent who has the burden of proving (no) causation is evident in Swedish discrimination cases. The reversal of the burden of proof rule also seems to have had a major impact on the opportunity to achieve settlements in housing matters. Probably because of to the fact that the counterparty often have had difficulties to prove that the disadvantage that the person has suffered was not caused solely by reasons that can not be linked to the discrimination ground.

From legal doctrine and EU legal practice, it appears that the burden of proof placed on the claimant in the first step of the trial many times may be reduced. However, the Swedish legal preparatory works seems not to deal with this question and in the Swedish labour law cases the claimant rarely - if ever- receives a reduction in the burden of proof in the first step creating the presumption. To some extent, although, the claimant in Swedish housing cases seems to have received a reduction in the burden of proof. However, in one of the cases, tried in a district court, it can be questioned whether the high requirement of proof set can be said to be in line with the EU practice on the reversal of the burden of proof rule

Many studies have proved discrimination on an aggregate level. The studies made by DO and some academic studies have been using the so-called practice testing method. An important question in this study is if this method could be used as a strategy in individual cases. The study finds that practice test seems to be very well suited for legal anti-discrimination work in the housing area and that it is a strategy for success.

Sammanfattning

Detta arbete tar utgångspunkt dels i grundantagandet att diskriminering på bostadsmarknaden sker och dels i en ambition att belysa hur det juridiska antidiskrimineringsarbetet inom detta område kan bedrivas.

Materialet för arbetet utgörs av de fem mål som har prövats av svenska domstolar som rör diskriminering på bostadsmarknaden och de 15 ärenden där DO och de tidigare ombudsmännen har drivit ärenden på bostadsområdet till förlikning. Utgångspunkt tas i ett tydligt partsperspektiv och frågan som ställs är: Hur kan diskriminering på bostadsmarknaden bevisas?

För att besvara denna fråga utreds dels vilken innebörd bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen har och dels vilka beviskrav som ställs på den som utsatts för diskriminering. Materialet som behandlas rör i de allra flesta fall direkt diskriminering och det är främst utifrån den formen av diskriminering som studien har utförts.

Bevisbörderegeln är att se som en presumtionsregel. Detta medför att prövningen av diskrimineringsmål ska göras i två steg. I det första steget ska det prövas om käranden i målet, den som utsatts för diskriminering, har kunnat lägga fram tillräckliga bevis för att skapa en presumtion att diskriminering föreligger genom att föra bevisning om att ett missgynnande skett och att det föreligger en jämförbar situation. Om käranden kunnat göra detta går bevisbördan över till svaranden och det åligger denne att lägga fram bevis för att missgynnandet inte har något samband med diskrimineringsgrunden som anförts eller att motbevisa missgynnandet eller den jämförbara situationen.

Att bevisbörderegeln ska tillämpas som en presumtionsregel och att det är svaranden som har bevisbördan för orsakssambandet syns tydligt i de mål som har studerats. Bevisbörderegeln framstår dessutom ha haft stor inverkan på möjligheterna att nå förlikningar i bostadsärenden eftersom motparten ofta har haft mycket svårt att bevisa att det missgynnande som personen har utsatts för inte har orsakats enbart av anledningar som inte kan kopplas till diskrimineringsgrunden.

Av doktrin och EU-rättslig praxis framgår det att beviskraven som ställs på käranden i det första steget av prövningen många gånger kan komma att sänkas. Däremot kan det inte sägas finnas något entydigt stöd för detta i de svenska förarbetena. Utifrån praxis på arbetsområdet, vilken är långt mer omfattande än praxis på bostadsområdet, följer att det är en mycket liten bevislättning som kan komma på fråga om ens någon. De fem domarna från bostadsområdet visar i viss mån på att käranden i bostadsmålen har fått en bevislättning. I ett av målen kan det dock ifrågasättas om inte mer bevislättning skulle ha kunnat krävas med hänsyn till den EU-rättsliga regleringen av bevisbörderegeln inverkan.

Utgångspunkten för arbetet har tagits i studier som har gjorts på en övergripande nivå över bostadsområdet för att underbygga antagandet att diskriminering på bostadsmarknaden förekommer. I dessa studier, som har gjorts av DO och inom den akademiska världen, har man använt sig av så kallade praktiktest som metod. En viktig frågeställning som lyfts i detta arbete är huruvida praktiktest även skulle kunna användas som strategi för att på rättslig väg nå diskriminering på bostadsmarknaden.

Studien har kunnat visa på att praktiktest mycket väl lämpar sig för det juridiska antidiskrimineringsarbetet och att det är en strategi som kan förstärka chanserna att nå framgång vid domstolsprövningen av det enskilda fallet betydligt.

Förord

Jag har haft den stora förmånen att få skriva mitt examensarbete inom ett område som jag parallellt med skrivandet har arbetat rent konkret med. Detta har givetvis varit både stimulerande och givande. Jag vill därför passa på att rikta ett varmt tack till antidiskrimineringsbyrån Malmö mot Diskriminering både för att jag under hösten år 2012 fick möjligheten att göra praktik på byrån och sedan fortsätta med ”mina” bostadsärenden. Jag är även väldigt tacksam och glad för att jag har fått förtroendet att driva det projekt om bostadsdiskriminering som jag efter inlämnandet av detta arbete kommer att kasta mig ut i. Vetskapen om att mitt examensarbete kommer att följa med mig direkt ut i arbetslivet har gjort att skrivandet av detta har känts både meningsfullt och spännande.

Min handledare Per Norberg har också varit av stor betydelse för mitt examensarbete. Per har visat ett stort engagemang och noggrant granskat det jag skrivit och fått mig att tänka så det knakat minst sagt. Vi har inte alltid haft samma åsikter men det har varit mycket givande och roligt att få diskutera de frågor som jag brinner för med någon som har så stor kunskap inom området.

Slutligen vill jag framhålla att det finns en person som har varit av helt avgörande betydelse för att jag överhuvudtaget har kunnat genomföra juristutbildningen. Min mamma. När jag påbörjade utbildningen hösten 2008 var jag ensamstående mamma och min dotter som var 1 år hade precis börjat på dagis. Idag är min fantastiska unge fem och ett halvt och efter sommaren börjar hon i skolan. Utan mammas hjälp med barnvakt, pengar, städning, tvätt, matlagning (m.m) och uppmuntrande ord hade jag aldrig tagit mig igenom de här åren.

Tack mamma!

Johanna Ingemarsson
Malmö 2013-03-15

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
ANM	Anmälan
BrB	Brottsbalken
Dir.	Direktiv
Dnr:	Diarienummer
DiskrL	Diskrimineringslagen
DO	Diskrimineringsombudsmannen
CRPD	FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionshinder
EG	Europeiska gemenskapen
EKMR	Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
FRA	European union agency for fundamental rights
HO	Handikappsombudsmannen
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning
HD	Högsta domstolen
ICERD	FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering
ICESCR	Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
JB	Jordabalken
JT	Juridisk tidsskrift
OMED	Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
Prop.	Proposition
SABO	Sveriges Allmännyttiga bostadsföretag
SOU	Statens offentliga utredningar
SvD	Svenska dagbladet
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Introduktion

Diskriminering på bostadsmarknaden är ett högaktuellt område. Frågeställningar kring om och i vilken omfattning diskriminering förekommer har uppmärksammats såväl i media som på den politiska arenan. Sverige är idag ett land som präglas av både bostadssegregation och bostadsbrist i samtliga större städer.¹ Faktorer som kan sägas öka trycket på den marknad som de allra flesta av oss är en del av. Att bo någonstans överhuvudtaget men även att kunna påverka sin boendesituation och att ha en fungerande hemmiljö är en grundläggande förutsättning som påverkar den enskildes liv i stor utsträckning. Många gånger är just boendet en avgörande faktor för en persons möjlighet att styra sitt liv. Men att få tillgång till ett boende utifrån sina egna önskemål och under jämlika förhållanden är, vilket framgår av såväl studier på området som av enskildas vittnesmål, på inget sätt garanterat i dagens Sverige.²

Att det förekommer diskriminering på bostadsmarknaden framställs ofta som ett faktum. Flera studier på området pekar mot samma slutsats. Dessa har visat på att personer diskrimineras utifrån sin etniska tillhörighet, religion, sexuella läggning, funktionshinder och kön. Nationalekonomerna Ahmed, Andersson och Hammarstedt har i flera större studier kunnat påvisa att personer med namn som kan kopplas till en annan etnisk tillhörighet än svensk har betydligt svårare än personer med mer svenskklingande namn att ens få komma på en visning för en bostad som annonserats ut.³ Liknande resultat har kunnat påvisas när det framgått att personen som sökt en bostad är man och lever i ett homosexuellt förhållande.⁴ Även Diskrimineringsombudsmannen (DO) har låtit genomföra studier av diskriminering på bostadsmarknaden. Den senaste genomfördes år 2010. Genom att använda sig av så kallade praktiktester konstaterar DO att: ”Mäniskor som söker eller avser att köpa bostad riskerar att behandlas sämre i de fall dessa uppfattas som romer, muslimer, personer med funktionshinder eller homosexuella”.⁵ DO framför att studien bekräftar den bild som finns om att diskriminering på bostadsmarknaden sker och lyfter även fram att diskriminering även kan antas förekomma i andra sammanhang än då en person söker en bostad att hyra eller köpa. DO framhåller även att det utifrån studiernas resultat jämfört med det relativt låga antalet anmälningar om bostadsdiskriminering som kommer in till DO varje år så kan det antas att ”mörkertalet är stort”.⁶

Att diskriminering existerar på en övergripande strukturell nivå är i sig alltså inte svårt att påvisa men att i det enskilda fallet bevisa att en persons handlande eller beslut är diskriminerande ställer helt andra krav. Jag har som en del av min juristutbildning gjort praktik hos antidiskrimineringsbyrån Malmö mot Diskriminering och kom då att arbeta med flera ärenden som rörde diskriminering på bostadsmarknaden och jag har även vid sidan av detta examensarbete fortsatt att arbeta med dessa frågor för byrån. Att i mitt examensarbete skriva om just diskriminering inom bostadsområdet har på många sätt kommit att bli till en del av detta arbete. I det faktiska arbetet med diskriminering inom bostadsområdet har jag

¹ Hugosson & Maandi, 2008 s. 30; Salonen, 2012 s. 6.

² Ahmed, 2010 s. 2719; Ahmed, Andersson & Hammarstedt, 2010 s. 84ff; Ahmed & Hammarstedt, 2007 s. 592ff; DO LED 2009:268 s. 8; DO:s rapportserie 2008:3 s. 2ff; Salonen., 2012 s. 6.

³ Ahmed, 2010 s. 2719; Ahmed, Andersson & Hammarstedt 2010 s. 84ff.

⁴ Ahmed & Hammarstedt, 2007 s. 592ff.

⁵ DO LED 2009/268 s. 8.

⁶ DO H9 2011 s. 50.

upplevt att en stor utmaning för det juridiska antidiskrimineringsarbetet ligger i att vid en rättslig prövning kunna bevisa att diskriminering har förekommit.

Denna utmaning, att på juridisk väg komma åt den faktiska diskrimineringen i dagens samhälle, kan sägas vara huvudtema för min studie. Jag har därför valt att särskilt bryta ut just bevisfrågorna, beviskraven, bevismedlen och strategier för bevisning i diskrimineringsmål. Eftersom utgångspunkt tas i mitt eget arbete som jurist så kan mitt perspektiv sägas vara processinriktat och mina frågeställningar utgår ifrån den part som riskerar att diskrimineras. Det är dennes möjligheter att nå framgång vid den rättsliga prövningen av bostadsdiskriminering som är mitt fokus.

För mig framstår även bevisfrågorna i diskrimineringsmål som det moment i den rättsliga prövningen av diskriminering där mötet mellan diskrimineringslagen (DiskrL), med dess jämlikhetssträvan och rättviseambition, och den reella verkligheten blir som allra tydligast. Ett möte som på många sätt kan sägas visa på såväl diskrimineringsförbudets faktiska genomslag som på en begränsning av hur långt juridiken kan användas för att komma åt ett samhällsproblem med så många dimensioner som bostadsdiskriminering. Jag har valt att som en del av arbetet med denna studie kartlägga såväl samtliga ärenden som har prövats av domstol som samtliga ärenden som har drivits till förlikning av DO och de tidigare ombudsmännen eftersom jag velat placera in min studie i denna övergripande samhällskontext. Kartläggningen och diskussionen om bostadsdiskriminering som rättsområde löper genom hela arbetet och i den avslutande delen av studien kommer jag tillbaka till detta större sammanhang och skisserar upp vilka ramar och utvecklingslinjer som jag anser att det idag går att återfinna i den faktiska rättsliga kontexten av diskriminering på bostadsmarknaden.

1.2 Frågeställning

Redan av titeln framgår det att min centrala frågeställning är: Hur kan diskriminering på bostadsmarknaden bevisas? För att kunna besvara den frågan krävs det dels att de grundläggande dragen kring lagstiftningens diskrimineringsbegrepp läggs fram och dels att diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL inverkan på bostadsområdet klargörs.

För att belysa bevisfrågorna i diskrimineringsmål är den särskilda regleringen av bevisbördan i 6 kap. 3 § DiskrL och den EU-rättsliga bakgrunden till denna bevisbörderegeln en självklar utgångspunkt. För att fördjupa studien kring bevisfrågorna har jag ställt upp två underfrågeställningar som behandlar denna regel och mitt grundmaterial på sinsemellan skilda konkretiseringsnivåer:

- Hur fördelas bevisbördan mellan parterna och vilka riktlinjer föreligger för beviskraven i diskrimineringsmål?
- Hur har mål om diskriminering på bostadsmarknaden behandlats avseende bevisbörda och beviskrav?

Redan i inledningen har jag konstaterat att diskriminering på bostadsmarknaden har kunnat påvisas i flertalet studier gjorda av såväl myndigheter som inom den akademiska världen. Dessa studier har använt sig av så kallade praktiktester som metod. Jag har velat se hur liknande tester har eller skulle kunna användas i den rättsliga processen. Detta har lett till att en av mina frågeställningar kring bevisfrågan har formulerats utifrån detta:

- Hur har och hur skulle praktiktester kunna användas i den rättsliga processen i mål om diskriminering på bostadsmarknaden?

1.3 Syfte

Grundantagandet, att diskriminering på bostadsmarknaden sker i dagens Sverige, kan sägas göras på ett övergripande plan utifrån en samhällsstrukturrell syn. Detta förefaller däremot inte återspeglas i den svenska rättsordningen. Det är ett litet antal mål som rör diskriminering på bostadsområdet som har prövats i domstol. I dagsläget fem stycken. Utöver dessa fall har tillsynsmyndigheten över diskrimineringslagen, DO och dennes föregångare, drivit ett antal ärenden till förlikning.

I detta arbete avser jag att gå igenom både denna rättspraxis och dessa förlikningsärenden. Syftet med detta är att utläsa vad som idag kan sägas utgöra den rättsliga kontexten av diskriminering på bostadsmarknaden men jag är även av den uppfattningen att det genom en så omfattande analys tydligare går att belysa mina frågeställningar kring bevisfrågorna eftersom varje enskilt mål/ärende visar upp en faktisk situation som dessa frågeställningar kan ställas emot. Utifrån min ansats att studera området ur ett konkret tillämpningsperspektiv kommer jag att fördjupa mitt arbete särskilt kring den bevisning och bevisproblematik som kan utläsas ur mitt grundmaterial i syftet att därigenom se både hur juridiskt antidiskrimineringsarbete på bostadsmarknaden har bedrivits men även hur det kan bedrivas. Genom att belysa just bevisfrågorna hoppas jag även kunna se den rättsliga regleringen av diskriminering på bostadsmarknaden i ett större perspektiv.

Därmed hoppas jag på att kunna uppnå syftet att återplacera min, till juridiken avgränsade, studie i det grundantagande jag utgår ifrån, att diskriminering på bostadsmarknaden existerar i dagens Sverige och att det i sig är ett komplext samhällsproblem som kan sägas orsakas av flera skilda faktorer i samhällsstrukturen.

Det övergripande syftet med mitt arbete är att belysa vari svårigheterna men även möjligheterna ligger för att genomdriva att diskriminering på bostadsmarknaden motarbetas på juridisk väg. Genom att göra detta hoppas jag även kunna uppnå syftet att grunda en plattform som kan fungera som utgångspunkt för fortsatt antidiskrimineringsarbete inom bostadsområdet med juridiken som verktyg.

1.4 Metod och material

Jag arbetar utifrån traditionell rättsdogmatisk metod.⁷ Rättskälleläran med praxis, förarbeten och doktrin är mitt grundmaterial. Det centrala för mitt arbete är de faktiska avgöranden som finns på bostadsområdet. I dagsläget finns det enbart fem ärenden som har prövats i domstol⁸ varav endast två har prövats i hovrätt.⁹ Något prejudikat från HD finns inte. Utifrån en strikt

⁷ Bjørst 2005 s. 32ff.

⁸ Ett av målen jag tar upp har slutligen avslutats med en förlikning vid den förberedande förhandlingen vid Göta Hovrätt. I arbetet ser jag dock detta som ett domstolsmål och inte ett förlikningsärende eftersom en dom finns och förlikningen inneburit att tingsrättens dom står kvar oförändrad (se Lidköpings tingsrätt mål nr T 1596-06/ Göta hovrätt mål nr T 1713-08).

⁹ Jag har gjort sökningar i databaserna Zeteo och Infotorg. Zeteo innehåller samtliga publicerade hovrättsdomar och Infotorg innehåller alla refererade hovrättsdomar från och med 1981 och dessutom samtliga avgöranden från hovrätt från och med 2008. Lagkommentaren, författad av Fransson & Stüber, innehåller inga fler avgöranden som rör bostadsområdet än de som jag tagit upp i arbetet. Jag har även varit i kontakt med DO och verksamma jurister på de svenska antidiskrimineringsbyråerna angående om det finns fler avgöranden men (forts.nästa sida)

tillämpning av den rättsdogmatiska metoden skulle det gå att säga att det finns mycket lite praxis på området som jag studerar eftersom enbart de två hovrättsavgörandena som jag använder i min analys skulle kunna anses utgöra tillräckligt värdefulla rättskällor. För att ändå kunna ringa in rättsområdet som jag studerar har jag valt att dels även analysera de tre tingsrättsdomarna som finns samt att utöka mitt material med det större antal ärenden på bostadsområdet som DO och de tidigare ombudsmännen har drivit till förlikning.

Jag har funnit att dessa förlikningsärenden väl har kunnat användas som grundmaterial i min studie då de trots att de saknar formellt rättsliga ställningstaganden ändå kan användas för att påvisa såväl de särskilda rättsfrågorna som bevisfrågorna som finns på bostadsområdet. Det ska ändå framhållas att jag går utanför rättsdogmatikens traditionella källområde i och med att jag analyserar rättsliga dokument som inte kan ses som direkta uttryck för gällande rätt.

Utifrån detta vill jag därför redan här framhålla att särskilt utgången i förlikningsärendena måste ses i ljuset av att de tillkommit genom förhandlingar där andra faktorer än faktiska rättsliga krav på bevisningen och uppfyllande av respektive parts bevisbörda kan ha påverkat. Detta är även något som jag tar upp i mina analyser av förlikningsärendena eftersom jag har funnit att vissa ärenden som lett till förlikning inte framstår innehålla tillräckligt mycket bevisning för att de skulle ha kunnat antas ha nått samma framgång vid en faktisk domstolsprövning.¹⁰ Däremot har jag upplevt att just denna brist i sig har lett till att jag djupare har kunnat undersöka bevisfrågorna och möjliga vägar för att bevisa diskriminering och att förlikningsärendena även i det avseendet har kommit att berika min undersökning.

Samma förhållande har jag funnit gälla för tingsrättsavgöranden eftersom de i sig belyser tillämpningsproblematiken kring bevisbörderegeln och beviskraven. I de fall där någon överprövning inte har skett skulle det kunna antas att frågorna hade behandlats annorlunda och jag framför i mina analyser tankar kring detta. Utifrån den övergripande frågeställningen i mitt arbete, att undersöka hur diskriminering på bostadsmarknaden kan bevisas, så har tingsrättsavgörandena ett mycket stort värde eftersom de återspeglar såväl faktiskt använda bevismedel som ställningstaganden till dessa.

Till stor hjälp för att belysa mitt grundmaterial har givetvis även avgöranden som faller under 2 kap. 12 § DiskrL men som rör andra samhällsområden än bostadsmarknaden varit. Särskilt vill jag redan här nämna NJA 2006 s. 170 där HD uttryckligen tagit ställning till bevisbörderegeln tillämpning och NJA 2008 s. 915 där praktiktest som bevismedel prövats. Dessa rättsfall ligger i stor utsträckning till grund för min utredning kring bevisbörderegeln tillämpning, beviskraven och användandet av praktiktest som bevismedel och det är den utredningen som sedan ligger till grund för mina analyser av de faktiska avgörandena och förlikningsärendena på bostadsområdet.

Att diskriminering på bostadsmarknaden är ett på många sätt, i varje fall inom juridiken, utforskat område syns även tydligt i såväl doktrin som förarbetena till diskrimineringslagen. I sig finner jag inte detta lika problematiskt ur methodsynpunkt som bristen på faktiska avgöranden eftersom diskrimineringslagen och den särskilda bevisregleringen i denna kan sägas vara allmängiltiga för samtliga områden som lagen täcker in. Jag använder mig i arbetet många gånger av texter och uttalanden som rör arbetsmarknaden eftersom detta är ett, i jämförelse med bostadsmarknaden, i högre grad utforskat område. Jag har strävat efter att så

inte heller därigenom har jag kunnat få fram några fler avgöranden. Jag vill tydliggöra att det alltså kan finnas fler avgöranden på underrättsnivå men att det förefaller mindre troligt att det skulle finnas fler avgöranden, än de som tas upp i arbetet, som har prövats i hovrätt.

¹⁰ Jag har studerat anmälan, skriftliga svar från motparten, anteckningar från överläggning hos ombudsmännen, ombudsmännens ställningstagande och i de ärenden då det funnits en stämningsansökan så har denna utgjort den huvudsakliga grundkällan för mina analyser. Det är alltså så att det kan finnas handlingar som innehåller ytterligare bevis eller ställningstaganden som jag inte har kunnat ta del av.

långt som möjligt och löpande genom hela studien förklara hur jag anser att de olika områdena kan kopplas samman och även försökt att problematisera dessa kopplingar i sig.

En effekt av att jag har haft att utgå ifrån arbetsrättens område är att jag i slutskedet av mitt arbete har kunnat utläsa vissa skillnader mellan den rättsliga prövningen av diskriminering i allmän domstol och den rättsliga prövningen i arbetsdomstolen. Detta har inte varit mitt syfte med studien utan det kan framhållas att den komparation som uppstått huvudsakligen ska ses som belysande för det område som jag studerar och alltså inte kan sägas tydligt nog gälla även för arbetsområdet i stort.

Eftersom mitt arbete är avgränsat till den svenska bostadsmarknaden och prövningen av diskriminering på denna i svenska domstolar så är även den största delen av materialet jag använder utgivet av författare som kan kopplas till den svenska eller i varje fall den nordiska rätten. I det avsnitt som specifikt behandlar användandet av praktiktester som bevismedel har jag haft stor nytta av såväl DO:s material kring detta och handboken *Att bevisa diskrimineringsfall – betydelsen av diskrimineringstester* vilken har getts ut av Byrån för lika rättigheter i samarbete med Isabelle Rorive som är professor vid juridiska fakulteten i Bryssel.

1.5 Avgränsningar

I och med att diskrimineringsrätten är ett rättsområde som i stora delar kan sägas bygga direkt på EU-rätten så är denna i sig givetvis av stor relevans även för detta arbete. Mitt fokus är däremot det juridiska arbetet med frågor kring diskriminering på den svenska bostadsmarknaden och i förlängningen hur dessa frågor behandlas eller kan tänkas komma att behandlas i de svenska domstolarna. I och med att det inte, vad jag har kunnat se, finns något avgörande av EU-domstolen avseende diskriminering på bostadsmarknaden så är det primärt den faktiska svenska rätten som jag studerar och mitt grundmaterial är avgränsat till enbart svensk rättspraxis och förlikningar som har ingåtts i Sverige.

Bland förlikningsärendena har jag sållat bort ärenden som avsett hyra av lokaler och det är givetvis en omfattande utsällning av ärenden hos DO som jag har gjort eftersom jag enbart tagit upp ärenden som lett till förlikning och inte det stora antalet ärenden som avslutats på annat sätt eller som inte har avslutats ännu (se vidare i inledningen till kap. 5). Någon aktiv avgränsning för rättsfallen har jag däremot inte behövt göra på grund av att jag helt enkelt inte har stött på några ärenden som på samma sätt angränsat till bostadsmarknaden. Däremot har jag valt att inte referera det mål som DO nu under våren 2013 driver vid Värmlands tingsrätt eftersom detta inte kan anses vara ett avslutat ärende.¹¹

EU-rätten är däremot givetvis som rättskälla inkluderad i arbetet när jag beskriver den svenska rätten och särskilt bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DiskrL. Den stora mängd avgöranden från EU-domstolen som finns avseende bevisbörderegeln tillämpning faller, utifrån vad som sagts ovan, till största del utanför detta arbete men det ska också framhållas att det av omfångsskäl inte hade gått att i detta sammanhang redogöra för samtliga av dessa ärenden. Jag tar däremot upp övergripande principer och några särskilda situationer som direkt belyser mina frågeställningar utifrån praxis från EU-domstolen och Europadomstolen. Min ingång till dessa ärenden kan sägas ha varit sekundär eftersom jag inte har sökt rättsfallen i sig utan kommit till dessa när jag har följt upp mina förstahandskällor i doktrin.

Det ska också framhållas att även om jag använder mig av mycket material från arbetsrättens område så är detta utvalt utifrån vad jag har ansett faktiskt kan sättas i förhållande till bostadsmarknaden. Någon uttömlig redogörelse för hur bevisfrågorna

¹¹ För info om målet se <http://www.do.se/sv/Om-DO/Forlikningar-domstolsarenanden/Hyresvard-i-Filipstad-ANM-2011981/ANM-2011/981>.

behandlas inom det området görs alltså inte. Jag vill framhålla att de skillnader jag tycker mig se mellan AD:s hantering av bevisfrågorna och allmänna domstolars hantering av dessa inte primärt har varit arbetets syfte och att det på intet sätt är en uttömlig jämförelse som gjorts. En avgränsning kan därför sägas bestå i att dessa skillnader endast är synbara i det specifika material som jag studerar och inte kan sägas vara gällande för diskrimineringsrätten i vidare bemärkelse.

Det faller sig visserligen naturligt att mål som rör brottet olaga diskriminering i 16 kap. 9 § BrB faller utanför min studie eftersom jag studerar civilrättsligt reglerad diskriminering. Det ska dock lyftas att det finns fem mål som rör bostadsområdet som har prövats av HD och dessa visar i sig på situationer inom själva området som har kommit att rättsligt sanktioneras (se vidare i fotnot).¹² Eftersom bestämmelsen i brottsbalken avser ett straffrättsligt påbud går det inte att utläsa några riktlinjer avseende bevisvärdering och beviskrav från dessa mål som skulle ha relevans för detta arbete i och med att det är åklagaren som har den fullständiga bevisbördan och beviskravet i straffrättsliga mål är högre ställt än i civilmål.¹³

Jag vill även framhålla att det av såväl mitt ämnesval som metodval finns en begränsning för vad som kan uppnås och rent konkret konstateras i mitt arbete. Genom att studera den faktiska juridiska tillämpningen, regelverken som styr denna och möjligheterna och begränsningarna i denna så går det inte att svara på frågorna varför diskriminering sker eller hur utbredd den är och vilka konsekvenser den får. Detta är även en begränsning som kan ses i diskrimineringsjuridiken i sig. Att genom juridiken motverka diskriminering är endast en komponent bland flera för att nå ett samhälleligt mål där diskriminering inte förekommer. Så även om dessa frågor, varför och i vilken omfattning diskriminering sker, är frågor som intresserar mig mycket så är det frågor som i mycket högre grad omgärdar min studie än besvaras av den.

1.6 Disposition

Studien inleds med en bakgrund i kap. 2. Denna ska ses som en grundstomme för den utredning och de analyser som jag gör i de efterföljande delarna.

En given utgångspunkt för arbetet med diskrimineringsfrågor är mänskliga rättigheter. Det lagstiftningsområde som jag studerar, diskriminering på bostadsområdet, har utgångspunkt i såväl europeisk som internationell rätt och jag har inledningsvis i kap. 2.1 sammanfattat de överstatliga rättskällor som pekar ut rätten till bostad och rätten att inte bli diskriminerad. I kap. 2.2 är det den svenska diskrimineringslagstiftningens grundläggande ramar som jag tar upp och särskilt regleringen i 2 kap. 12 § DiskrL av vilken diskrimineringsförbudet på bostadsområdet följer. Den EU-rättsliga lagstiftningen kommer automatiskt in i denna presentation och presenteras närmare än i den inledande delen av kapitlet eftersom EU-rätten utgör en direkt grund för den svenska regleringen.

Eftersom jag många gånger har varit tvungen att föra över resonemang som förts inom andra i svensk rätt mer utforskade samhällsområden än bostadsområdet så har jag även i de

¹² I NJA 1979 s. 657 fälldes tre ledamöter i en bostadsrättsförening för olaga diskriminering efter att de vägrat en turkisk familj inträde i föreningen på grund av familjens nationalitet. I NJA 1985 s. 226 dömdes en företrädare för ett kommunalt bostadsbolag för olaga diskriminering då han har nekat en romsk man att hyra en lägenhet hos kommunen. I NJA 1994 s. 511 dömdes en hyresvärd för brottet efter det att han har hävt ett hyresavtal när han har fått veta att kvinnan som tecknat hyresavtalet levde tillsammans med en färgad man. I NJA 1999 s. 639 har domstolen inte ansett det vara styrkt att den iranska man som inte hade fått hyra en lägenhet hade diskriminerats med bakgrund i att han även haft betalningssvårigheter och därför inte varit i jämförbar situation med andra sökande.

¹³ Ekelöf, 2009 s. 150ff.

delar som avser att fungera som deskriptiva haft att till viss del analysera mina utgångspunkter redan vid presentationen av dessa. Detta kan sägas vara en metodproblematik som jag har stött på under arbetets gång, vilken alltså orsakats av att diskriminering på bostadsmarknaden i den rättsliga kontexten är ett område som det saknas mer djupgående forskning kring. Jag har strävat efter att tydligt markera när jag i brist på källor själv har kopplat samman bostadsområdet med andra områden och öppet redovisat för när jag har funnit att det som jag anser är en möjlig överföring har motsagts av andra. Det ska framhållas att det enbart är dessa överföringar som jag analyserar i kapitel två och alltså inte källorna i sig eftersom dessa utgör grunden för de analyser jag gör i de följande kapitlen.

I kap. 3 går jag vidare till att specifikt utreda bevisregleringen i diskrimineringslagen och möjliga vägar för att föra bevisning i diskrimineringsmål.

Den svenska regleringen, svenska avgöranden som har prejudikatvärde och analyser av bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DiskrL och den efterföljande frågeställningen om beviskraven i förhållande till rekvisiten missgynnande och jämförbar situation presenteras i kap. 3.1. Jag kopplar, med utgångspunkt i det resonemang jag fört i kap. 2, samman detta med bostadsområdet löpande i texten. Därefter för jag fram studier och tankar kring faktiska bevismedel och möjligheterna att faktiskt bevisa diskriminering i kap. 3.2. I kap. 3.3 lyfter jag särskilt upp praktiktest som metod för att strategisk skapa bevisning och vilka krav som kan sägas föreligga för att nå ett gott resultat med ett sådant arbete.

I kap. 4 tar jag upp de fem mål om bostadsdiskriminering som har prövats i svensk domstol.

Jag har valt att utförligt referera varje mål för sig och jag presenterar min egen analys av målen under en egen rubrik direkt efter referatet. När det har varit av vikt för förståelsen av målen (Göta hovrätt mål nr T 1666-09 och Nacka tingsrätt mål nr T1705-08) har jag även i referaten beskrivit den hyresrättsliga lagstiftningen som kan sägas synas i bakgrunden av de situationer som har prövats. Eftersom de två hovrättsavgörandena har ett större värde såsom rättskällor så presenteras dessa först och tingsrättsdomarna kommer därefter. Målen presenteras kronologiskt med det senaste först under varje huvudrubrik.

I kap. 5 redogör jag för de 15 ärenden som DO och de tidigare ombudsmännen har drivit till förlikning inom bostadsområdet.

I inledningen till kapitlet tar jag upp statistik från DO över hur många anmälningar som kommit in till tillsynsmyndigheten som berör bostadsområdet under senare år. Jag redogör, likt i kapitel fyra, för varje ärende för sig då jag anser att det är av vikt för mitt arbete att se i vilka enskilda situationer som förlikning har kunnat nås. Eftersom jag analyserar omständigheterna i varje enskilt ärende utifrån min utredning kring bevisbörda och beviskrav har det även varit av vikt att kunna skilja ut de olika ärendena från varandra. Särskilt viktigt har jag funnit att detta har varit utifrån att jag i vissa ärenden har ansett det vara tveksamt huruvida en domstolsprövning hade inneburit bifall till den talan som så att säga framträder i ärendena. Som en markering av att förlikningsärendena inte kan sägas ha samma rättskällestatus som domstolsavgörandena så redogör jag för dessa mer kortfattat och min analys ligger inte under en utbruten rubrik utan följer direkt på varje referat. Ärendena följer kronologisk ordning likt domstolsavgörandena men är uppdelade under tre huvudrubriker utifrån att de behandlar skilda situationer: Bostadssökande, köp av bostad och boende.

I mitt avslutande kap. 6 återkommer jag till mina frågeställningar och sammanfattar resultatet av min studie.

Jag presenterar en sammanfattning och tillika ett svar på var och en av de tre underfrågeställningar, som jag har ställt upp för mitt arbete, i kap. 6.1 respektive kap. 6.2 och kap. 6.3. Efter det följer en övergripande sammanfattning där jag analyserar mitt grundmaterial i kap. 6.4. I denna sammanfattning återkommer jag till den önskan jag framfört här i min inledning om att få placera in min studie i ett större sammanhang. Utifrån domstolsärendena och förlikningsärendena på bostadsområdet försöker jag att se en bild av

vad som kan sägas utgöra den rättsliga kontexten av bostadsdiskriminering och vilka linjer som kan återfinnas i både denna kontext och i den större samhällskontext jag inledningsvis tagit avstamp ifrån.

2 Bakgrund

2.1 Bostad som mänsklig rättighet

Sverige är bundet av såväl sedvanerättsligt bindande principer om mänskliga rättigheter som av konventioner och direkt gällande EU-rättslig lagstiftning som på ett eller annat sätt drar upp riktlinjerna för diskrimineringsrätten.¹⁴ De rättigheter som kan sägas övergripande rama in området som behandlas i detta arbete kan formuleras som rätten att inte bli diskriminerad bredvid det många gånger till omfattningen vida begreppet rätten till bostad.

2.1.1 FN-stadgan

FN-stadgan som ursprungligen är ett politiskt dokument ställer redan i första och andra artikeln upp diskrimineringsförbud i och med stadgandet att ”alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter”¹⁵ samt

att var och en är berättigad till alla de fri- och rättigheter som omfattas av förklaringen utan åtskillnad av något slag såsom ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt¹⁶.

I den rättighetskatalog som återfinns i 1965 års FN-konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (ICERD) tas ”rätten till bostad” upp i artikel 5. Konventionsstaterna förbinder sig genom konventionen att förbjuda och avskaffa ”rasdiskriminering” i alla dess former och att tillförsäkra att alla ”utan åtskillnad grundad på ras, hudfärg, nationalitet eller etniskt ursprung” ska ha tillgång till rättigheterna i rättighetskatalogen.¹⁷ Artikel 6 i konventionen förpliktar staterna att tillse att alla dels ska ha ett verksamt skydd mot diskriminering och dels ha tillgång till verksamma rättsmedel mot varje ”rasdiskriminerande” handling som står i strid mot konventionen. I detta åtagande ligger även kravet att en person som utsatts för diskriminering ska ha tillgång till prövning vid domstol och där kunna få ”tillfredställande ersättning eller upprättelse för skada som lidits till följd av sådan diskriminering”.¹⁸

I artikel 11.1 i 1966 års Internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR) stadgas rätt ”till lämplig bostad”. Konventionen innehåller ett diskrimineringsförbud. De diskrimineringsgrunder som upptas i FN-stadgan återges men formuleringen anger att uppräkningslistan inte ska ses som uttömmande.¹⁹

En indirekt rättighet till bostad återfinns i artikel 27 i 1989 års konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen). Ansvar för att förse ett barn med bostad vilar i första hand på föräldrarna men konventionsstaterna är skyldiga att ”i enlighet med nationella förhållanden och inom ramen för sina resurser vidta lämpliga åtgärder för att bistå föräldrar och andra som är ansvariga för barnet att genomföra denna rätt”.²⁰ Innebörden av detta är att det på ett land som Sverige kan ställas mycket höga krav att förverkliga rätten till bostad när det gäller barn

¹⁴ Prop. 2007/08:95 s.47.

¹⁵ FN-stadgan artikel 1.

¹⁶ FN-stadgan artikel 2.

¹⁷ Artikel 2 ICERD.

¹⁸ Prop. 2007/08:95 s. 48.

¹⁹ Artikel 2.2 ICESCR.

²⁰ Artikel 27.3 Barnkonventionen.

även om de åtgärder som måste vidtas skulle vara resurskrävande. FN-kommittén har även förtydligat detta krav genom att uttala att även om resursbrist till viss del kan begränsa insatserna från staten så är staten skyldig att göra sitt ”yttersta” för att ett barns rättigheter ska uppfyllas.²¹ Även i 2006 års FN-konvention om rättigheter för personer med funktionshinder (CRPD) återfinns en stadgad rättighet till ”en lämplig bostad” och att detta ska förverkligas utan att någon blir diskriminerad på grund av sitt funktionshinder.²²

2.1.2 EKMR

Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) gäller sedan 1995 som svensk lag.²³ I artikel 14 EKMR anges att de rättigheter och friheter som anges i konventionen ska säkerställas utan att någon åtskillnad görs utifrån ”kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt”. Av formuleringen framgår att diskrimineringsgrunderna inte är uttömmligt formulerade och av praxis från Europadomstolen framgår numera att även sexuell läggning ingår bland dessa.²⁴

Svenska domstolar är skyldiga att följa Europadomstolens tolkningar av konventionen i och med ratificeringen av EKMR. Detta innebär att det när det saknas utförliga definitioner i svensk lag av exempelvis vissa begrepp så blir Europadomstolens tolkning av begreppet gällande även för svensk rätt. Skyddet mot diskriminering i EKMR ska ses som ett minimiskydd vilket nationell lagstiftning eller rättstillämpning inte kan inskränka men givetvis utvidga så länge det inte inkräktar på någon annan skyddsgrund.²⁵ Särskilt diskriminering på grund av ”ras”²⁶ och etniskt ursprung har tolkats med en vittgående innebörd av Europadomstolen.²⁷ I *Sejdic’ och Finci* mot Bosnien och Hercegovina uttalar domstolen detta explicit:

Ingen särbehandling som helt eller till stor del grundas på en persons etniska ursprung kan objektivt motiveras i dagens demokratiska samhälle som bygger på principerna om pluralism och respekt för olika kulturer.²⁸

Artikel 8.1 i EKMR lyder: ”Envar har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.” Enligt Europadomstolens tolkning omfattar artikel 8 EKMR ärenden som rör verksamheter som kan få konsekvenser för privatlivet.²⁹ Rätten till skydd för sitt hem har tolkats vitt av domstolen och begreppet bostad omfattar enligt rättspraxis från domstolen även exempelvis husvagnar och liknande.³⁰ Även sådana mobila bostäder som är olagligt placerade omfattas av skyddet.³¹ Bostäder som tillhandahålls av staten och som är av dålig kvalitet eller orsakar besvär för de boende har även ansetts falla under artikel 3 i EKMR.³² Att

²¹ Hammarberg, 2011 s. 17.

²² Artikel 28.1 CRPD.

²³ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna jämte 2 kap. 23 § RF.

²⁴ Fransson & Stüber, 2010 s. 31.

²⁵ Se exempelvis NJA 2005 s. 805; Fahlbeck, SvD 24 februari 2010.

²⁶ Ordet ras utmönstrats från svensk diskrimineringslagtext i och med 2008 års diskrimineringslag se Prop. 2007/08:95 s. 120 ff. Begreppet etnisk tillhörighet avses samla upp även föreställningar om ”ras”; se även SOU 2001:39 s. 187ff.

²⁷ FRA, 2011 s. 107.

²⁸ *Sejdic’ och Finci* mot Bosnien Hercegovina 2009 (p.4).

²⁹ FRA, 2011 s. 76.

³⁰ FRA, 2011 s. 76.

³¹ *Buckley* mot Förenade kungariket 1996.

³² *Moldovan m.fl. mot Rumänien* 2005.

tvingas bo under sådana förhållanden har då av domstolen ansetts utgöra ”förnedrande behandling”. Europadomstolen har i sin rättspraxis framfört att ”förnedrande behandling” under vissa omständigheter kan vara att se som det samma som diskriminering. Ett sådant resonemang förs i exempelvis *Smith och Grady* mot Förenade Kungariket.³³

2.1.3 EU-rätt

År 2000 antogs den Europeiska stadgan om de grundläggande rättigheterna av medlemsstaterna i EU. I stadgans artikel 21 upptas ett diskrimineringsförbud. I och med Lissabonfördraget år 2009 ändrades stadgans status från att ha varit en förklaring till att bli rättsligt bindande. Artikel 21 lyder:

1. All diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden.

2. Inom tillämpningsområdet för fördragen, och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i dem, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

Artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de mänskliga rättigheterna tar särskilt upp ”rätt till respekt för [...] sin bostad”. EU-direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung³⁴ upprättar ett skydd mot diskriminering när det gäller tillgång till- och tillhandahållande av bostäder. Någon definition av rätten till bostad definieras inte i direktivet. Men det anses att denna ska tolkas i ljuset av internationell rätt och artikel 7 i stadgan. Europeiska unionens byrå för mänskliga rättigheter (FRA) sammanfattar att det i begreppet ”rätten till bostad” enligt EU-rätten ställs upp en rad villkor på en bostad för att denna ska anses tillfredställande. Bostaden ska vara av tillräckligt bra kvalitet, den bör spegla de boendes kulturarv, vara uppkopplad mot offentliga el- och vattennät och sanitetstjänster och genom lämplig infrastruktur vara knuten till offentliga tjänster och arbetsmöjligheter. I rätten till bostad ingår även skydd mot tvångsvräkning/avhysning och att det bör finnas tillgång till bostäder som inte är alltför dyra.³⁵

³³ *Smith och Grady* mot Förenade kungariket 1999.

³⁴ Dir. 2000/43/EG.

³⁵ FRA, 2011, s. 75f; FRA, 2009 s. 21ff.

2.2 Diskrimineringslagen

2.2.1 Diskrimineringsgrunderna

Av diskrimineringslagens portalparagraf framgår att den svenska diskrimineringslagen omfattar diskrimineringsgrunderna; kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning och ålder. I 1 kap. 5 § DiskrL återfinns definitioner för var och en av grunderna förutom för grunden religion eller annan trosuppfattning som av lagstiftaren har lämnats öppen likt de EU-rättsliga direktiven som ligger till grund för införandet av denna diskrimineringsgrund i svensk rätt.³⁶

Diskrimineringsgrunden kön definieras utifrån begreppet biologiskt kön, det vill säga kvinna eller man. I förarbetena motiveras användandet av biologiskt kön som definitionsbegrepp bland annat utifrån behovet av att diskrimineringslagen skall verka för jämställdhet mellan män och kvinnor.³⁷ Av sista stycket i 1 kap. 5 § DiskrL framgår att även den som avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet omfattas av diskrimineringsgrunden kön.

Kön kan sägas gränsa till diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck då denna grund omfattar personer som inte definierar sig själva utifrån sitt biologiska kön. Både personer som alltid skiljer sig från sitt biologiska kön och personer som enbart gör det ibland omfattas och det är den mentala uppfattningen hos personen, eller om personen, som är det centrala för bedömningen om en person tillhör gruppen som skyddas. Även en person som inte definierar sig som tillhörig något kön omfattas.³⁸

Diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet definieras brett i 1 kap. 5 § DiskrL. Med etnisk tillhörighet avses nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande. Denna vida definition följer även av Europadomstolens praxis (se kap. 2.1.2). Diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet ska även ses i ljuset av gemenskapsrätten där fri rörlighet för medborgare inom EU är en viktig grundpelare. I förarbetena till 2008 års diskrimineringslag uttalas det att medborgarskap inte direkt kan sägas omfattas av diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet men att exempelvis ett krav på svenskt medborgarskap kan utgöra indirekt diskriminering.³⁹ I lagkommentaren tas det även upp att krav på att ha svenska som modersmål kan innebära indirekt diskriminering som har samband med etnisk tillhörighet (se vidare i kap. 2.2.3.2).⁴⁰

I ett av de mål som analyseras i detta arbete (se kap. 4.1.1) har tingsrätten avslagit DO:s talan på grund av att den ansett att en person som tillhör gruppen flykting inte skulle omfattas av diskrimineringsgrunden. Vid överprövningen i Göta hovrätt framhåller denna att en bokstavstolkning av begreppet etnisk tillhörighet skulle kunna stämma överens med tingsrättens tolkning eftersom personer som ingår i gruppen flyktingar eller invandrare inte kan sägas ha samma etniska tillhörighet och att varken lagtexten eller vanligt språkbruk kan sägas innebära att flyktingskapet eller att vara invandrare i sig är en etnisk tillhörighet. Mot detta ställer däremot hovrätten att lagbestämmelsen måste sättas in i sitt sammanhang och ses i ljuset av lagens övriga bestämmelser (de överstatliga rättskällorna nämns inte men dessa kan sägas visa än tydligare på att tingsrättens snäva bedömning inte kan rättfärdigas). Hovrätten lyfter fram användandet av orden ”har samband med” vilka återfinns i

³⁶ Prop. 2007/08:95 s.120.

³⁷ Prop. 2007/08:95 s. 112f.

³⁸ Fransson & Stüber, 2010 s. 104ff.

³⁹ Prop. 2007/08:95 s. 497; se även ANM 2009/1634 där krav på svenskt personnummer av DO har ansetts utgöra indirekt diskriminering (se kap. 5.1.1).

⁴⁰ Fransson & Stüber, 2010 s. 112.

diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL och i definitionen av diskriminering i lagtexten. Detta leder hovrätten vidare till att, utifrån omständigheterna i målet, ställa frågan: ”[...] om missgynnandet därmed *har samband med*”⁴¹ hennes etniska tillhörighet”.⁴² Svaret på detta anges ligga i innebörden av begreppet flykting. Hovrätten använder för en inramning av begreppet 4 kap. 1 § utlänningslagen⁴³ där det anges att en flykting är en utlänning som av vissa skäl befinner sig utanför det land som han eller hon är medborgare i. Hovrätten anser även att det av vanligt språkbruk framgår att begreppet flykting har med etnisk tillhörighet att göra. Av detta dras slutsatsen att ett missgynnande som någon utsätts för på grund av att denna är flykting eller invandrare regelmässigt kan sägas innebära ha samband med personens etniska tillhörighet.⁴⁴

Religion eller annan trosuppfattning definieras inte i lagtexten såsom de andra diskrimineringsgrunderna. Det sägs i förarbetena att denna diskrimineringsgrund många gånger kompletteras av diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet. Det skrivs att ”vad som kan uppfattas som ett kulturellt eller traditionellt beteende eller uttryck kan därför i allmänhet antas falla under diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet om det inte omfattas av religion eller annan trosuppfattning”.⁴⁵ I tidigare förarbeten har det framkommit att begreppet inte ska tolkas alltför extensivt och tyngd har lagts vid att det endast är trosuppfattningar som har grund i religiös åskådning som omfattas medan trosuppfattningar som endast kan betecknas som etiska eller filosofiska faller utanför. Även så kallad negativ religionsfrihet anses ingå enligt förarbetsuttalandena där det har anförts att ateism och agnosticism omfattas.⁴⁶ I och med att en definition saknas i den svenska lagstiftningen torde avvägningarna som gjorts av Europadomstolen i samband med art 9 EKMR kunna bli ledande för vilka uttryck med grund i religiös övertygelse (eller icke religiös) som omfattas av diskrimineringsgrundens skydd.⁴⁷

Diskrimineringsgrunden funktionshinder innefattar enligt definitionen varaktiga fysiska, psykiska, eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga. Såväl medfödda som senare under livet uppstådda begränsningar ingår och även funktionshinder som kan förväntas uppstå omfattas. I lagkommentaren lyfts det fram att för att diskrimineringsförbudet ska skydda en person så krävs det även att funktionshindret i sig inte ska påverka de sakliga förutsättningarna för att en person ska anses befinna sig i en jämförbar situation (se kap. 2.2.3).⁴⁸ Av förarbetena framgår att definitionen ska ses som inkluderande och att det inte kan ställas krav på en medicinskt fastställd diagnos för att en person ska komma att skyddas. Lagstiftaren uttalar explicit att definitionen av vilka som ska omfattas av skyddet lämnats över till rättstillämpningen.⁴⁹ En tydlig avgränsning av vilka som omfattas av begreppet funktionshindrade görs däremot i och med att det måste vara fråga om ett varaktigt tillstånd vilket innebär att sjukdom normalt sett inte leder till skydd så länge det rör sig om ett övergående tillstånd. En gräns som satts för att bedöma om ett tillstånd är varaktigt har satts vid 12 månader. Detta är även en definition som återfinns inom EU-rätten.⁵⁰

Definitionen av diskrimineringsgrunden sexuell läggning uppges i förarbetena vara uttömmande. Diskrimineringsgrunden omfattar homosexualitet, bisexualitet och heterosexualitet. Enligt lagstiftaren omfattar dessa tre grupper alla individer. Detta ifrågasätts av Fransson och Stüber då de framhåller att en person som definieras som asexuell inte

⁴¹ Författarens kursivering.

⁴² Göta hovrätt mål nr T 1666-09.

⁴³ SFS 2005:716.

⁴⁴ Göta hovrätt mål nr T 1666-09.

⁴⁵ Prop. 2007/08:95 s. 122.

⁴⁶ Prop. 2002/03:65 s. 82.

⁴⁷ Fahlbeck, SvD 24 februari 2010.

⁴⁸ Fransson och Stüber, 2010 s. 119.

⁴⁹ SOU 1997:176 s. 107.

⁵⁰ Prop. 2007/08:95 s. 123.

omfattas och de gör en jämförelse med diskrimineringsgrunden religion och trosuppfattning där även negativ trosuppfattning har ansetts omfattas.⁵¹

Diskrimineringsgrunden ålder infördes först i och med 2008 års diskrimineringslag. Enligt 1 kap. 5 § 5p DiskrL avses uppnådd levnadslängd. Bakgrunden till införandet av denna grunden finns i det så kallade arbetslivsdirektivet.⁵² Tidigare undantogs ålder från diskrimineringsgrunderna i 2 kap. 12 § DiskrL men från och med den 1 januari 2013 omfattas även ålder av diskrimineringsförbudet för den som tillhandahåller bostäder. Det följer däremot av lagtexten i 2 kap. 12b § att vissa undantag fortfarande kan göras ”om särbehandlingen har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet”.

Av EU-domstolens tolkning av det rättsliga begreppet diskriminering följer att skyddsområdena är utvidgade i den meningen att de även skyddar personer som indirekt missgynnas⁵³ när missgynnandet har samband med någon diskrimineringsgrund.⁵⁴ Ett exempel på denna utvidgning som tas upp i förarbetena är då någon gör en felaktig bedömning av någons sexuella läggning.⁵⁵ Ett annat sådant indirekt samband föreligger då någon diskrimineras på grund av anknytning till någon som innefattas av en diskrimineringsgrund.⁵⁶ Som ett exempel på det sistnämnda som kan kopplas till bostadsmarknaden kan NJA 1994 s. 511 lyftas upp. I målet, som rör åtal om olaga diskriminering enligt brottsbalkens bestämmelser, döms en hyresvärd som brutit ett hyresavtal efter det att han har fått vetskap om att kvinnan som tecknat hyresavtalet var sambo med en ”färgad” man.⁵⁷

2.2.2 Diskrimineringsförbudet

I 2 kap. 12 § diskrimineringslagen återfinns diskrimineringsförbudet som rör bostadsmarknaden. Förbudet omfattar alla som ”tillhandahåller” bostäder när detta sker ”utanför privat- och familjelivet”. Bakgrunden till förbudet avseende bostäder återfinns i direktivet om likabehandling oavsett ras eller etniskt ursprung.⁵⁸ Det svenska diskrimineringsförbudet är däremot inte avgränsat enbart till diskrimineringsgrunden etniskt ursprung utan diskrimineringsförbudet omfattar alla diskrimineringsgrunder. Undantag görs i 2 kap. 12a § DiskrL för grunden kön eftersom det för vissa situationer har ansetts att särbehandling kan vara berättigat. Det exempel som lyfts i förarbetena är då det behövs skyddade boenden för kvinnor.⁵⁹ I 2 kap. 12b § DiskrL görs även vissa undantag för särbehandling på grund av ålder. Det anges i propositionen att det i vissa fall kan finnas grund för att använda åldersgränser för att hjälpa unga eller gamla in på bostadsmarknaden. Det framhålls däremot att exempelvis övre åldersgränser för så kallade seniorboenden inte kan godkännas. Båda undantagen är utformade som avvägningsnormer och det är enbart skäl som kan sägas väga tyngre än likabehandlingsprincipen som kan motivera att särbehandling görs.⁶⁰

Typiskt sett syftar förbudet till att skydda i relationen konsument-näringsidkare eller mer specifikt för hyresmarknaden hyresgäst-hyresvärd. I och med 2008 års diskrimineringslag har tillämpningsområdet för förbudet utvidgats eftersom den tidigare lydelsen om att förbudet

⁵¹ Fransson & Stüber, 2010 s. 125.

⁵² Dir. 2000/78/EG.

⁵³ Se om begreppet missgynnande i kap. 2.2.3.1.

⁵⁴ C-303-06 Coleman.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95 s. 125; SOU 2006:22 del 1 s. 315.

⁵⁶ Fransson & Stüber, 2010 s. 80; C-303-06 Coleman.

⁵⁷ NJA 1994 s. 511.

⁵⁸ Dir. 2000/43/EG.

⁵⁹ Prop. 2007/08:95 s. 520.

⁶⁰ Prop. 2011/12:159 s. 42.

endast gällde ”yrkesmässigt tillhandahållande” har tagits bort.⁶¹ Eftersom det inte ställs något krav på att den diskriminerande ska bedriva någon vinstdrivande verksamhet kan förbudet alltså komma att träffa även utanför de typiska situationerna. Ett exempel som kan lyftas fram utöver de typiska situationerna men som redan innan ändringen i 2008 års lag ansågs falla under förbudet är då någon söker medlemskap i en bostadsrättsförening.⁶²

En avgränsning av tillämpningsområdet görs däremot mot den privata sfären. En avgränsning som även får anses följa av att skyddet för privatlivet i artikel 8 EKMR annars hade trätts för nära i de fall där en privat person exempelvis skulle sälja sin bostad eller hyra ut sin lägenhet i andra hand.⁶³

I lagkommentaren sägs förbudet gälla ”såväl faktiska handlingar som beslutsfattande, omotiverat förhållande av beslut eller åtgärder samt underlåtenheter och trakasserande bemötande”.⁶⁴ Av detta följer att såväl förfrågan om lediga lägenheter, ansökningar om att få hyra/köpa en bostad, situationer som uppstår under boendetiden eller i samband med visning, flytt och byten omfattas.

Det är enbart privatpersoner som skyddas av förbudet. Däremot kan den som bryter mot förbudet vara såväl en juridisk person som en fysisk person och det görs ingen skillnad mellan offentliga eller privata rättssubjekt.⁶⁵ Av 2 kap. 12 § st. 2 DiskrL framgår att någon som ”företräder” den som tillhandahåller bostäder ”likställs” med denna. Det föreligger alltså ett principansvar.⁶⁶ Detta sträcker sig vidare än det skadeståndsrättsliga begreppet då även handlande av ordningsvakter, mäklare, ombud eller liknande som är anställda hos en annan arbetsgivare eller bedriver egen verksamhet omfattas i och med att även de likställs med huvudmannen. Av förarbetena till 2008 års lag framgår att det kan uppstå situationer när en sådan företrädare regressvis kan krävas på kostnaderna för diskrimineringsersättningen. Förtydligandet som gjorts av detta i förarbetena sägs ha syftet dels att diskrimineringsförbudet inte ska kunna kringgås men även att det ska göra att aktörer på marknaden ska bli mer noggranna vid urvalet av medhjälpare.⁶⁷

Även om diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL kan sägas ha en vid definition och innefatta en mängd skilda situationer så bör det för en fullständig bild av dess innebörd framhållas att regeln inte innehåller några självständiga materiella normer för dessa situationer. Diskrimineringsförbudet är endast en bestämmelse som tar sikte på likabehandling och kan inte i sig anses uppge någon norm för hur behandlingen i sig ska vara.⁶⁸

2.2.3 Diskriminering

Den svenska lagstiftningen gör, likt EU-rätten, en uppdelning mellan direkt och indirekt diskriminering och begreppet diskriminering täcker i diskrimineringslagen även in trakasserier, sexuella trakasserier och instruktion att diskriminera.⁶⁹ Det allra största antalet mål om diskriminering i svensk rätt avser det som kallas direkt diskriminering.⁷⁰ Direkt diskriminering är även den vanligaste formen av diskriminering som återfinns i det material som analyseras i detta arbete. De andra formerna av diskriminering återkommer bara i ett fåtal

⁶¹ Fransson & Stüber, 2010 s. 309ff.

⁶² NJA 1979 s. 657.

⁶³ Prop. 2007/08:95 s. 247.

⁶⁴ Fransson & Stüber, 2010 s. 311.

⁶⁵ Fransson & Stüber, 2010 s. 315.

⁶⁶ Fransson & Stüber, 2010 s. 319.

⁶⁷ Prop. 2007/08:95 s. 242f.

⁶⁸ Christensen, 2000 s. 36f.

⁶⁹ 1 kap. 4 § DiskrL.

⁷⁰ Fransson & Stüber, 2010 s. 82.

av förlikningsärendena som jag redovisar i kap. 5 och inte i något av rättsfallen som redovisas i kap. 4. I det följande är det därför direkt diskriminering som ges störst utrymme och det är kring direkt diskriminering som jag har fördjupat utredningen i arbetet. De andra formerna som ingår i den rättsliga definitionen av diskriminering presenteras endast sammanfattande här men tas upp något ytterligare i analyserna av förlikningsärenden i kap. 5.

2.2.3.1 Direkt diskriminering

1 kap. 4 § DiskrL.

1. Direkt diskriminering; att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation om missgynnandet har samband med [kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder].

I definitionen av direkt diskriminering ingår tre objektiva rekvisit; missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband. Något subjektivt rekvisit finns inte. Fransson och Stüber framför att definitionen av direkt diskriminering är ofullständig i det att den enbart omfattar det första ledet vid prövningen om diskriminering föreligger. En fullständig bild av begreppet framträder först när även bevisregleringen i 6 kap. 3 § DiskrL läggs samman med definitionen i 1 kap. 4 § 1p. DiskrL (se kap. 3.1).⁷¹ För att förstå uppbyggnaden av direkt diskriminering är det dock av vikt att närmare studera innebörden av respektive rekvisit för sig.

Rekvisitet missgynnande är centralt i definitionen av diskriminering (både för direkt och indirekt diskriminering). Ett missgynnande kan uppstå och sägas ta många skilda uttryck beroende på inom vilket samhällsområde och vilken diskrimineringsgrund som provas. Typiskt sett handlar missgynnande om en faktisk förlust, ett obehag, att en person har lidit en skada eller att en negativ effekt har uppstått.⁷²

Varför ett missgynnande har skett saknar betydelse för om rekvisitet missgynnade ska anses vara uppfyllt och även någons underlåtenhet att handla kan innebära att ett missgynnande uppstår. Att någon missar en chans eller inte få möjligheten att göra något är även det att se som ett missgynnande.⁷³

EU-domstolen har i målet *Firma Feryn* utvidgat tillämpningsområdet för direkt diskriminering i det att den har dömt ett belgiskt företag för diskriminering grundat på ett uttalande som företagets direktör gjort om att de inte ville anställa personer med annan etnisk bakgrund än belgisk. EU-domstolen ansåg att direkt diskriminering förelåg trots att någon person som hade missgynnats inte hade utpekats av den antidiskrimineringsbyrå som fört talan.⁷⁴ I lagkommentaren framförs att målet får anses innebära att den svenska lagdefinitionen måste ändras för att överensstämja med denna utvidgning av begreppet eftersom den nuvarande formuleringen uttryckligen anger att det krävs ”att *någon* missgynnas”.⁷⁵

Rekvisitet jämförbar situation kan i sig ses som ett direkt uttryck för likabehandlingsprincipen som ligger till grund för såväl den svenska som den EU-rättsliga diskrimineringslagstiftningen. Utgångspunkten och den tydliga hänvisningen till denna princip uttrycks tydligt i förarbetena till 2008 års diskrimineringslag:

⁷¹ Fransson & Stüber, 2010 s. 70.

⁷² Fransson & Stüber, 2010 s. 71.

⁷³ Fransson & Stüber, 2010 s. 71ff.

⁷⁴ C-54707 Firma Feryn.

⁷⁵ Stüber & Fransson, 2010 s. 72; även Malmberg, 2010 s. 411 och Göransson m.fl., 2009 s. 38.

Lika fall ska behandlas lika. Endast om jämförelsen visar en avvikelse från hur någon annan person som befinner sig i en jämförbar situation behandlas kan behandlingen bedömas som diskriminering.⁷⁶

Likabehandlingsprincipen kan sägas ge uttryck både för styrkan och för begränsningen i diskrimineringsrätten. Om två personer kan sägas befinna sig i samma situation ska de behandlas lika men om de inte gör det så är den behandling någon utsatts för inte möjlig att nå genom diskrimineringsförbudet. Rekvizitet jämförbar situation förutsätter att den eller den grupp som jämförelsen görs emot skiljer sig ifråga om diskrimineringsgrunden men att det endast är detta som skiljer. I förarbetena uttrycks detta som att ”jämförelsen blir dock rättvisande endast om personerna befinner sig i en situation där det är rimligt att eller naturligt att jämföra dem med varandra”.⁷⁷

Kriterierna för när rekvizitet är uppfyllt är direkt kopplat till vilken situation och tillämpningsområde som prövas.⁷⁸ Av lagtexten framgår att någon faktisk jämförelseperson inte krävs utan att även en hypotetisk jämförelse kan anföras för att rekvizitet ska anses vara uppfyllt. I Svea Hovrätts mål nr T 9187-08 anför uttrycket ”adekvat jämförelse” för att förtydliga att det även vid en hypotetisk jämförelse så måste situationen i sig vara jämförbar.⁷⁹ I och med möjligheten att göra en jämförelse med en hypotetisk person kan kravet på att visa på en jämförbar situation inte sägas vara absolut. Fransson och Stüber lyfter fram att detta i sig har mycket stor betydelse för bevisfrågorna i diskrimineringsmål. De framför att;

Om detta rättsfaktum/bevisfaktum skulle vara absolut skulle möjligheten att göra diskriminering antaglig minska i situationer som inte direkt bygger på att ett urval görs mellan olika personer. Även om det inte finns någon att jämföra med kan en individ således vara diskriminerad.⁸⁰

Det är alltså inte en bristande länk i bevisningen att någon faktisk jämförelseperson inte kan sägas finnas utan rekvizitet kan endast sägas brista om det är så att den jämförelse som anförts inte visar på en situation där lika fall ska behandlas lika. Ett omdiskuterat område är hur den jämförbara situationen ska ses när det rör diskrimineringsgrunden funktionshinder. En förutsättning för att en person med ett funktionshinder ska kunna anses vara i samma situation som en annan person är att funktionshindret inte ska inverka på de sakliga förutsättningarna som föreligger. Ett exempel är att det kan krävas att en person som söker ett arbete måste kunna utföra ”de väsentligaste arbetsuppgifterna” för att anses vara i en jämförbar situation med andra sökande.⁸¹

Däremot lyfts det fram i förarbetena att kriteriet om en jämförbar situation i flera fall kan komma att bli av underordnad betydelse i situationer när en person alldeles oavsett jämförelsen har en grundläggande rätt att bli bemött och behandlad på ett icke-diskriminerande sätt. Jämförelsen utgår i dessa fall ifrån att ”i princip alla befinner sig i en jämförbar situation”.⁸² Ett exempel på en sådan situation inom arbetsområdet tas upp i och med att 2008 års diskrimineringslag kommit att även täcka in situationen då någon gör en förfrågan om arbete. För denna situation uttalas det att:

⁷⁶ Prop. 2007/08:95 s. 101.

⁷⁷ Prop. 2007/08:95 s. 487.

⁷⁸ Fransson & Stüber, 2010 s. 74.

⁷⁹ Jag har däremot svårt att se att den jämförelse som görs i målet är helt ”adekvat” då utfallet torde ha blivit ett annat om jämförelsen gjorts på individnivå dvs. mellan en heterosexuell kvinna och en homosexuell kvinna och inte utifrån de olika ”paren”.

⁸⁰ Fransson & Stüber, 2010 s. 75.

⁸¹ Fransson & Stüber, 2010 s. 75.

⁸² Prop. 2007/08:95 s. 488.

Alla som gör en förfrågan om arbete bör oavsett meriter anses vara i en jämförbar situation så till vida att de ska kunna räkna med ett korrekt bemötande och att deras förfrågningar behandlas utan att någon av diskrimineringsgrunderna tillmätts betydelse.⁸³

Jag anser att det enkelt går att se att den situationen som tagits upp av lagstiftaren ovan har beröringspunkter med bostadsmarknaden och då kan jämföras med en förfrågan om lediga lägenheter hos en hyresvärd eller om försäljningsobjekt hos en mäklare. Om en hyresvärd eller mäklare i den situationen bemöter exempelvis personer med annat etniskt ursprung än svenskt annorlunda än personer som framstår ha svensk bakgrund så kommer de förstnämnda att missgynnas i och med att de inte ens får en chans att söka en lägenhet eller lägga ett bud på en bostadsrätt/fastighet. I de situationerna kan diskriminering anses föreligga utan att det kan ställas högre krav på att den som gjort förfrågan ska ha samma möjligheter att faktiskt köpa bostaden eller komma ifråga för ett hyreskontrakt.

En situation där rekvisitet jämförbar situation däremot har mycket stor betydelse är i det faktiska ansökningsförfarandet för att få en specifik hyreslägenhet. Även för detta fall tycker jag att en jämförelse med arbetsmarknaden kan göras. Detta är dessutom särskilt lämpligt eftersom anställningsförfarandet på arbetsmarknaden är ett område som i långt större utsträckning, än ansökningsförfarandet på bostadsmarknaden, har behandlas såväl i AD:s praxis som i doktrin och förarbeten.

I förarbetena till 2008 års diskrimineringslag uttalas att en utgångspunkt för att två arbetssökande ska kunna sägas vara i en jämförbar situation är att dessa har likvärdiga meriter och att om enbart en av de sökande har de kvalifikationer som krävs för arbetet så föreligger inte en jämförbar situation.⁸⁴ I lagkommentaren konstateras att det ligger på en arbetssökande att visa på att denna har befunnit sig i en jämförbar situation i förhållande till de meriter som krävts av arbetsgivaren och att det givetvis är den arbetssökandes ansvar att se till att arbetsgivaren har fått denna information då denna inte avseende detta kan sägas ha någon ”efterforskningsplikt”.⁸⁵ Detta kan skrivas om till bostadsmarknaden i det att det för att en sökande överhuvudtaget ska kunna anses vara i en jämförbar situation med en annan sökande så måste denna leva upp till de krav som hyresvärden ställer ifråga om till exempel betalningsförmåga, referenser och övriga i förhållande till diskrimineringsgrunderna neutrala villkor.⁸⁶ Den som söker en lägenhet måste även kunna visa på att hyresvärden har fått denna information.

Diskrimineringslagen sägs vidare inom arbetsområdet utgöra en ”begränsning i arbetsgivarens fria antagningsrätt”.⁸⁷ Begränsningen består i att en arbetsgivare kan komma att bli skyldiga att betala diskrimineringsersättning till någon som kan visa på att denna diskrimineras vid ett anställningsbeslut. Något krav på kontraheringsplikt kan diskrimineringslagen däremot inte innebära, en domstol kan aldrig bestämma vem en privat arbetsgivare ska anställa. För statliga arbetsgivare gäller längre gående skyldigheter eftersom en anställning alltid ska ske utifrån ”sakliga grunder”.⁸⁸

Att direkt föra över detta till bostadsmarknaden genom att säga att även en hyresvärd har en begränsad antagningsrätt stöter på ett visst motstånd. Christensen vänder sig tydligt mot en sådan koppling. Som grund för detta anför hon att det inom arbetsområdet går att urskilja, eller i varje fall hypotetiskt skapa, en rimlig handlingsnorm för arbetsgivares handlingsmönster. En arbetsgivare kan förutsättas ge anställningen till den som har de bästa förutsättningarna för denna eller vidare att till exempel sätta lönen i förhållande till ”arbetets

⁸³ Prop. 2007/08:95 s. 135.

⁸⁴ Prop. 2007/08:95 s. 487.

⁸⁵ Fransson & Stüber, 2010 s 159f,

⁸⁶ Se exempelvis Göteborgs tingsrätts mål nr 13077–05 som analyseras i kap. 4.2.3.

⁸⁷ Fransson & Stüber, 2010 s. 163.

⁸⁸ Fransson & Stüber, 2010 s. 163f.

värde”.⁸⁹ När jämförelsen ska göras så går det att förutsätta att den person eller den grupp som jämförelsen görs med har behandlats utifrån denna handlingsnorms mönster och att den som diskriminerats alltså inte har behandlats på detta vis. Christensen menar att det inte lika enkelt går att konstruera en sådan handlingsnorm för andra områden och hon lyfter då särskilt upp hyresmarknaden.⁹⁰

Christensen framför att fördelningen av lägenheter hos en hyresvärd inte kan anses följa samma rationella utfall som det som går att se på arbetsmarknaden utan att en hyresvärd kan ha vitt skilda grunder för varför denna hyr ut en lägenhet och att grunderna skiljer sig åt från fall till fall. Hon tar upp ett exempel där hyresvärden den ena gången hyr ut till en god vän, nästa gång till en sökande som råkade göra ett gott intryck på värden och tredje gången lämnar lägenheten till en bostadsförmedling för att hyresvärden kan vinna goda kontakter på att göra detta. Christensen menar att det för hyresmarknaden inte går att ”konstruera något rimligt mönster för hur resurserna borde fördelas på ett rationellt och icke-diskriminerande sätt” och att det enbart skulle vara möjligt att komma åt diskriminering på hyresmarknaden som sker på ett öppet sätt.⁹¹ Till viss del håller jag med om att detta är en invändning som kan göras men jag anser att problematiken ligger mer i tillämpningen av rekvisitet jämförbar situation än i det faktum att det skulle saknas en handlingsnorm att förhålla sig till för hyresmarknaden.

En del av tillämpningen av rekvisitet jämförbar situation som otvivelaktigt har försvårat bedömningen av om diskriminering föreligger vid anställningsförfarandet och som även skulle kunna sägas återfinnas i kärnan av Christensen problematisering återfinns i det faktum att en arbetsgivare i det enskilda fallet fattar sitt beslut om vem som ska få en anställning utifrån delvis subjektiva grunder. Beslutet grundas många gånger i slutändan på en uppfattning om huruvida en person når upp till kriterier som ”personlig lämplighet” eller kan sägas ha gett ”ett gott intryck”.⁹²

I AD 2006 s. 96 sammanfattar arbetsdomstolen tidigare praxis och doktrin genom att sätta upp riktlinjerna för vad som krävs av en arbetsgivare när denna hänvisar till personlig lämplighet som grund för sitt anställningsbeslut:

Även om det är svårt att exakt ange vad som legat till grund för arbetsgivarens bedömning av den personliga lämpligheten, måste meritvärderingen genomföras på ett objektiva och godtagbart sätt. Lämplighetsbedömningen måste vara förklarlig och förstälilig för en utomstående bedömare.⁹³

Det finns givetvis skillnader mellan vilka krav som ställs på en arbetssökande och på den som söker en bostad. Men det som är av vikt för förståelsen av hur komplex bedömningen av om en jämförbar situation är för handen ligger i det faktum att AD lägger ihop bedömningen av den personliga lämpligheten med den sökandes övriga meriter. Talan i AD 2006 s. 96 lämnas utan bifall eftersom det inte har kunnat visas att den sökande sammanfattningsvis har haft likvärdiga meriter eller bättre sådana än den som fått anställningen. Den personliga lämpligheten, eller arbetsgivarens subjektiva uppfattning om den sökande, utgör alltså en del av bedömningen om rekvisitet jämförbar situation är uppfyllt.⁹⁴

Jag tycker att AD:s hantering av rekvisitet jämförbar situation i detta avseende i sig belyser Christensens analys kring problematiken att nå diskriminering på hyresmarknaden och

⁸⁹ Christensen, 2000 s. 42.

⁹⁰ Christensen, 2000 s. 42.

⁹¹ Christensen, 2000 s. 43.

⁹² Fransson & Stüber, 2010 s. 165ff.

⁹³ AD 2006 nr 96 (s. 15).

⁹⁴ AD:s inställning avseende detta förtydligas även i AD 2009 nr 87 där en sökandes anställningsintervju lades ihop med den sökandes referenser från en tidigare arbetsgivare och det först efter detta konstaterades att kvinnan som sökt tjänsten inte kunde anses vara i en jämförbar situation med den som fått tjänsten.

möjligheten att kunna föra över det arbetsrättsliga synsättet till bostadsområdet. Utifrån AD:s hantering av arbetsgivarens uppfattning om en sökande som ett i sig jämförbart kriterium och utifrån att det av förarbetena tydligt går att utläsa att den jämförbara situationen är direkt kopplad till den situation som prövas skulle det, anser jag, kunna invändas att den handlingsnorm som Christensen efterlyser faktiskt går att finna om denna söks i varje enskild situation. Precis som inom arbetsområdet faller det sig naturligt att göra en jämförelse med den som faktiskt har valts. Det vill säga den som fått anställningen eller den som fått lägenheten. Den bostadssökande som i Christensens exempel inte är vän med hyresvärden skulle då inte kunna sägas vara i en jämförbar situation med en sökande som är detta när det är detta kriterium som hyresvärden har använt. Ännu tydligare blir den snäva inramning som följer av AD:s riktlinjer för tillämpningen av rekvisitet jämförbar situation eftersom det skulle gå att säga att en sökande som inte gjort ett gott intryck inte kan sägas vara i en jämförbar situation med en sökande som har gjort det. Däremot när hyresvärden lämnar lägenheten till en bostadsförmedling så kan detta knappast innebära diskriminering från hyresvärdens sida eftersom denna inte aktivt valt någon sökande framför någon annan.

Jag anser alltså inte att det går att hänföra problematiken att nå hyresvärdens agerande till enbart svårigheterna att fastställa utifrån vilka grunder fördelningen bör ske utan att problemet är mer komplext än så. Det är, anser jag, inte svårt att se att båda Christensens urvalsexempel (när värden lämnar lägenheten till en bostadsförmedling kan detta inte ses som ett urval) skulle kunna misstänkas för att så att säga gömma diskriminering i vid bemärkelse. Om hyresvärden enbart är vän med en viss grupp av människor eller denna uppfattar vissa personer på ett visst sätt utifrån fördomar som kanske är dolda även för hyresvärden själv så kan personer som inte får lägenheten på grund av detta sägas bli diskriminerade. Men i varje fall privata hyresvärdar och tillika privata arbetsgivare är aktörer på en fri marknad. Det vill säga såväl hyresvärden som arbetsgivaren har rätt att välja en vän eller bekant före någon annan och så länge domstolen anser att uppfattningen om en sökande kunnat förklaras av den som gjort urvalet så är urvalet alltså inte angripbart genom diskrimineringslagen.

Utifrån detta anser jag att det många gånger faktiskt är relativt lätt att få fram den handlingsnorm som Christensen efterlyser eftersom denna kan sökas i en hyresvärdens egna riktlinjer och kriterier. En jämförbar situation föreligger om två sökande kan sägas uppfylla dessa riktlinjer. Problemet att nå diskriminering ligger snarare i avvägningen mellan vilka kriterier och riktlinjer som av domstolarna godkänns som godtagbara sådana. Ett problem som AD:s praxis tydligt visar föreligger även på arbetsrättens område.

Jag anser att det i många fall till och med skulle kunna vara enklare att nå diskriminering på bostadsmarknaden än på arbetsmarknaden eftersom det i varje fall hos större hyresvärdar torde föreligga lite utrymme för den enskilda personens uppfattning om en person eller koppling till denna att få genomslag. För större hyresvärdar med anställd personal skulle det, anser jag, många gånger gå att finna den handlingsnorm som Christensen efterlyser i de riktlinjer som en hyresvärd gett till de anställda som ansvarar för uthyrningen. För de fall där tydliga sådana riktlinjer saknas faller det på domstolarna att göra en avvägning över vad som ska krävas för att en jämförbar situation föreligger.⁹⁵ För mig framstår det som att den problematik som Christensen pekar ut egentligen mer faller under frågan om hur högt beviskravet ska ställas för att rekvisitet jämförbar situation ska anses vara uppfyllt (vilket jag återkommer till i kap. 3) än under frågan om diskriminering på hyresmarknaden kan nås eller inte genom diskrimineringslagen.⁹⁶

⁹⁵ Hansson, SvJT 2012 s. 941.

⁹⁶ Jag anser att om det saknas tydliga kriterier för hur fördelningen av lägenheter ska ske så ska detta vara en omständighet som läggs hyresvärden till last och att det inte ska vara något som föranleder att den som söker en lägenhet fråntas möjligheten att få provat om diskriminering har skett på den grunden att någon jämförbar situation inte är för handen (se vidare kap. 3.1.3).

Hur vi uppfattar andra människor är något som alltid kommer att påverkas av mer eller mindre förutfattade meningar och referenser hos oss själva. Avgörande för om direkt diskriminering föreligger är inte om en persons uppfattningar i sig är fördomsfulla utan om personens fördomsfulla uppfattningar, eller någon annans fördomsfulla uppfattningar, har påverkat en persons agerande.⁹⁷ Att detta är en tydlig avgränsning men samtidigt en långtgående sträckning av diskrimineringsförbudets räckvidd syns allra tydligast i den särskilda utformningen av rekvisitet orsakssamband.

Rekvisitet orsakssamband tar sikte på sambandet mellan en handling, bemötande eller underlåtenhet som inneburit att någon missgynnats och diskrimineringsgrunden.⁹⁸ Om det har funnits en avsikt att diskriminera föreligger det ett starkt orsakssamband men det är tillräckligt att diskrimineringsgrunden är en av flera orsaker för ett handlande. Det krävs alltså inte någon egentlig avsikt att diskriminera utan det är, som det uttrycks i lagkommentaren, ”tillräckligt med ett svagt orsakssamband”.⁹⁹

Att det är ett samband och inte en direkt följd som är av betydelse tas upp i förarbetena där det uttrycks att ”det inte behöver vara fråga om ett missgynnande *på grund av* diskrimineringsgrunden”.¹⁰⁰ Detta syns tydligt då även en handling som företagits i syftet att hjälpa någon eller för att motverka ett rådande tillstånd, till exempel bostadssegregering, kan när det finns ett orsakssamband mellan handlingen och diskrimineringsgrunden ändå anses utgöra diskriminering. Rekvisitet orsakssamband är uppfyllt om det föreligger objektiv kausalitet.¹⁰¹

Däremot krävs det att den som har diskriminerat har haft insikt om själva diskrimineringsgrunden. Om denna inte har haft vetskap om exempelvis en persons sexuella läggning eller etnicitet så går det inte heller att säga att det finns något orsakssamband. I Svea Hovrätt mål nr T 7752-08 konstateras att det inte heller är tillräckligt att någon borde ha varit medveten om ett förhållande, exempelvis såsom i målet, att någons uppträdande berott på dennes funktionshinder. I kontrast till detta kan även tilläggas att det inte finns någon upplysningskyldighet avseende diskrimineringsgrunden. I lagkommentaren framförs exemplet att en gravid kvinna inte behöver upplysa om sin graviditet vid en anställningsintervju.¹⁰²

2.2.3.2 Indirekt diskriminering

1 kap. 4 § diskrimineringslagen:

[...]

2. Indirekt diskriminering; att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst [kön etc. se diskrimineringsgrunderna ovan i p.1].såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för syftet.

Indirekt diskriminering utgörs av tre rekvisit; särskilt missgynnande, jämförelse och intresseavvägning. Till skillnad mot utformningen av direkt diskriminering så innehåller

⁹⁷ Prop. 2007/08:95 s. 488.

⁹⁸ Fransson & Stüber, 2010 s. 78.

⁹⁹ Fransson & Stüber, 2010 s. 79.

¹⁰⁰ Prop. 2007/08:95 s. 489.

¹⁰¹ Fransson & Stüber, 2010 s. 79.

¹⁰² Fransson & Stüber, 2010 s. 78f; C-320/01 Busch; Se även Lidköpings tingsrätt mål nr 1596-06 i kap. 4.2.3.

stadgandet om indirekt diskriminering även motbevisningsledet i och med att en intresseavvägning ska göras.¹⁰³

Det som tydliggör skillnaden mellan indirekt och direkt diskriminering är att det för indirekt diskriminering inte föreligger kausalitet mellan diskrimineringsgrunden och den handling som leder till missgynnande. För indirekt diskriminering är det istället fråga om ”missgynnande effekter” som uppstår när en bestämmelse, kriterier eller annat förfaringsätt tillämpas.

Indirekt diskriminering kan sägas täcka upp det område som direkt diskriminering inte ringar in. Direkt diskriminering bygger på att lika fall ska behandlas lika medan indirekt diskriminering fångar upp situationen där det kan krävas att olika fall ska behandlas olika.¹⁰⁴

De exempel som skulle kunna överföras till bostadsmarknaden som nämns i lagkommentaren är situationer när det ställs upp kriterier vid ansökningsförfaranden som gör att vissa grupper inte kan ansöka eller nå upp till kraven för dessa. Till exempel krav på att ha svenskt medborgarskap eller svenskt personnummer. Men även i andra situationer skulle det kunna komma upp situationer som omfattas av regeln.¹⁰⁵

Formuleringen i lagen om ett särskilt missgynnande syftar inte till att missgynnandet som sådant ska vara allvarligare än det som föreligger vid direkt diskriminering. Utan det är i förhållande till rekvisitet jämförbar situation som ordet ”särskild” ska läsas och då med betydelsen att någon missgynnas särskilt i jämförelse med någon annan. Detta beskrivs i kontrast till rekvisitets betydelse vid direkt diskriminering som att kravet på en jämförbar situation är absolut. En jämförelse ska göras och skillnaden mellan de båda grupperna som jämförs måste vara betydande.¹⁰⁶

Intresseavvägningen, som alltså är det subjektiva rekvisit som inte återfinns i regeln om direkt diskriminering, kan sägas återspegla en proportionalitetsprincip som utvecklats i den EU-rättsliga diskrimineringsrätten.¹⁰⁷ Innebörden av principen är att en avvägning ska göras mellan hur utfallet av till exempelvis en bestämmelse blir för en person skyddad av någon av diskrimineringsgrunderna och de behov som den som kommit att missgynnas har av att upprätthålla bestämmelsen eller kriteriet.¹⁰⁸ Riktmärken för denna bedömning anges i förarbetena vara att bestämmelsen, kriteriet eller förfarandet har ett ”viktigt syfte” och att det är ”objektivt sett godtagbart”.¹⁰⁹

2.2.3.3 Trakasserier och sexuella trakasserier

1 kap. 4 § diskrimineringslagen.

[...]

3. Trakasserier; ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna [...]
4. Sexuella trakasserier; ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet.

Förfarbetena refererar det så kallade recastdirektivet¹¹⁰ artikel 2.1 och beskrivningen där av när trakasserier ska ses som diskriminering:

¹⁰³ Fransson & Stüber, 2010 s. 82.

¹⁰⁴ Prop. 2007/08:95 s. 489.

¹⁰⁵ Fransson & Stüber, 2010 s. 82ff.

¹⁰⁶ Prop. 2007/08:95 s. 490.

¹⁰⁷ Dir. 2006/54/EG.

¹⁰⁸ Fransson & Stüber, 2010 s. 86.

¹⁰⁹ Prop. 2007/08:95 s. 491.

¹¹⁰ Dir. 2006/54/EG.

[...] trakasserier anses vara diskriminering när ett oönskat beteende som har samband med någon av de grunder som anges i direktiven syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks och att en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas.¹¹¹

Av lagtexten framgår inga rekvisit. I lagkommentaren anføres det att diskriminering genom trakasserier är uppbyggt kring uttrycken ”missgynnande, oönskat beteende, insikt och orsakssamband”. För sexuella trakasserier gäller detsamma men det krävs inget orsakssamband med diskrimineringsgrund.¹¹² Utifrån likabehandlingsdirektivet¹¹³ är sexuella trakasserier att se som diskriminering på grund av kön.¹¹⁴

Som begrepp är trakasserier avsett att vara brett och innefattar såväl handlingar, beteenden som bemötanden och det kan röra sig om fysiska, verbala eller andra uttryckssätt. Ett exempel som tas upp i förarbetena är rasistiskt klotter och rasistiska texter.¹¹⁵ Bedömningen görs inte objektivt utan subjektivt och det är alltså den utsattas upplevelse av ett beteende som definierar detta som oönskat. Det förutsätts för att ett beteende eller liknande ska omfattas av lagen att detta inte är alltför bagatellartat. I förhållande till att det anses ligga underförstått att det ska röra sig om ett missgynnande ska en skada i någon form ha uppstått. Den kan vara fysisk men även psykisk i form av upplevt obehag. Någon avsikt att kränka krävs inte utan det är effekten av en persons handlande som är centralt för bedömningen av orsakssambandet.¹¹⁶

Utmärkande för denna form av diskriminering är att det krävs insikt hos den som trakasserar, den som finner att denna blir trakasserad har alltså en skyldighet att klargöra för den som trakasserar att denna gör något oönskat. Vid uppenbara kränkningar faller givetvis detta krav bort.¹¹⁷ Ifråga om orsakssambandet och bevisning anges det i lagkommentaren att trakasserier ska behandlas på samma sätt som direkt diskriminering (se kap. 2.2.3.1 och kap. 3.1).

2.2.3.4 Instruktioner att diskriminera

1 kap. 4 § diskrimineringslagen.

[...]

5. Instruktioner att diskriminera; order eller instruktioner att diskriminera någon på ett sätt som avses i 1-4 och som lämnas åt någon som står i lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern eller instruktionen eller som gentemot denna åtagit sig att fullgöra ett uppdrag.

Stadgandet är en komplettering till de fyra ovan uppräknade formerna av diskriminering. Som ett exempel som skulle kunna återfinnas på bostadsmarknaden kan nämnas att någon ger instruktioner att välja bort vissa grupper av personer till en bostadsförmedling, mäklare eller annan som fått i uppdrag att sköta huvudmannens urval.¹¹⁸

I förarbetena lyfts ett exempel fram för att belysa hur den missgynnande effekten kan uppstå genom att någon har getts instruktioner att diskriminera. Om en anställd har fått instruktionen att inte hänvisa personer av visst etniskt ursprung vidare i ett antagningsförfarande så blir effekten att personer med denna etniska bakgrund inte får möjlighet att söka den tjänst, bostad

¹¹¹ Prop. 2007/08:95 s. 105.

¹¹² Fransson och Stüber, 2010 s. 89.

¹¹³ Dir. 2004/113.

¹¹⁴ Dir. 76/220/EEG artikel 2d; även Dir 2006/54/EG artikel 2.1.

¹¹⁵ Prop. 2007/08:95 s. 106.

¹¹⁶ Fransson och Stüber, 2010 s. 90ff.

¹¹⁷ Prop. 2007/08:95 s. 493.

¹¹⁸ Fransson och Stüber, 2010 s. 95.

eller liknande som avsetts. Om detta istället sker i ett uppdragsförhållande så gör uppdragsgivaren, exempelvis en hyresvärd/bostadsrättsförening eller annan som omfattas av diskrimineringsförbudet, sig genom instruktionen skyldig till diskriminering. Den fristående bostadsförmedlingen/mäklaren gör, om denna följer instruktionen, sig skyldig till direkt diskriminering. Det lyfts även i förarbetena att diskriminering kan föreligga även om instruktionen inte efterföljs och särskilt om det är en specifik person som har utpekats. Personen ifråga kan ha nåtts av instruktionen på andra sätt och instruktionen i sig kan komma att innebära en direkt kränkning av personen (se direkt diskriminering kap. 2.2.3.1 alternativt trakasserier kap. 2.2.3.3).¹¹⁹

¹¹⁹ Prop. 2007/08:95 s. 495.

3 Att bevisa bostadsdiskriminering

3.1 Bevisbörderegeln

Bevisbördan i mål om diskriminering regleras särskilt i 6 kap. 3 § DiskrL:

Om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det svaranden som ska visa att diskriminering eller repressalier inte har förekommit.

Bakgrunden till denna uppdelning av bevisbördan återfinns inom EU-rätten. År 1999 kodifierades den bevislätnadsregel som etablerats i EU-domstolens praxis i och med det så kallade bevisbördedirektivet.¹²⁰ Syftet med regeln i den EU-rättsliga regleringen sammanfattas av Malmberg vara att bevissvårigheter inte ska hindra ”en effektiv tillämpning av likabehandlingsprincipen”.¹²¹ I direktivet stadgas att om den som anser att denna har blivit kränkt, genom att principen om likabehandling inte har tillämpats, lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering så åligger det svaranden att bevisa att så inte är fallet. Liknande bevisbörderegler har även införts i de övriga för den svenska diskrimineringsrätten grundläggande EU-rättsliga direktiven.¹²²

Utifrån traditionell bevisteori kan en utgångspunkt för förståelsen av bevisbörderegeln innebörd tas i den så kallade påståendedoktrinen av vilken det följer att det är den som påstår ett visst förhållande som har bevisbördan för detta.¹²³ Bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DiskrL kan sägas innebära att undantag ska göras från denna princip.

Ekelöf framhåller att det inte är lämpligt att i civilrättsliga mål använda sig av beteckningarna kâranden och svaranden då bevisbörda och beviskrav diskuteras utan att det ger en mer korrekt bild om beskrivningen håller sig till parternas respektive roll i regeln.¹²⁴ I diskrimineringsmål går det däremot att se att kâranden respektive svaranden är fasta roller i och med att det alltid kommer att vara den (eventuellt) diskriminerade som är kâranden. Att svaranden är den som diskriminerat följer även direkt av ordalydelsen i 6 kap. 3 § DiskrL. I framställningen nedan används därför dessa partsbenämningar genomgående.

3.1.1 Bevisbördan för orsakssambandet

NJA 2006 s. 170 är det enda mål från HD där domstolen gjort uttalanden om bevisbörderegeln tillämpning.¹²⁵ I målet prövas om en restaurang i Stockholm gjort sig skyldig till diskriminering av en kvinna när restaurangägaren dels uppmanat kvinnan och

¹²⁰ Dir. 97/80/EG.

¹²¹ Malmberg, JT 2001-02 s. 806.

¹²² Dir 2006/54/EG om likabehandling av män och kvinnor i arbetslivet; Art. 8.1 Dir. 2004/113/EG om likabehandling av kvinnor och män i relation till varor, tjänster och bostäder; Dir 2000/43 om likabehandling av personer oavsett ras och etniskt ursprung; Art. 10.1 Dir. 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

¹²³ Ekelöf, 2009 s. 77f.

¹²⁴ Ekelöf, 2009 s. 87.

¹²⁵ Fransson & Stüber, 2010 s. 555.

hennes flickvän att sluta pussas och dels efter det avvisat kvinnan från restaurangen på grund av att kvinnan och hennes flickvän pussats och kramats i toalettkön inne på restaurangen.

Att kvinnan och hennes flickvän hade pussats och kramats samt att restaurangägaren, när de gjorde detta, kommit fram till paret och bett dem sluta med det och sedan avvisat dem var ostridigt i målet. Restaurangen bestred att diskriminering skett genom att anföra att anledningen till uppmaning varit att parets beteende varit ”så intensivt att det varit störande och att [kvinnan] efter uppmaningen uppträdde på ett sätt som gjorde att [restaurangägaren] av ordningsskäl avvisade henne från restaurangen.”¹²⁶ Tingsrätten biföll inte talan som fördes av Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO) men hovrätten upphävde tingsrättens dom och förpliktade restaurangen att betala ett skadestånd om 50 000 kr till kvinnan.

HD konstaterar i domskälen att det av förarbetena till 2003 års diskrimineringslag, vilken var tillämplig i målet, inte framgår klart vilken sorts bevisbörderegulering som regeln i diskrimineringslagen är. Där uttrycks endast att bevisbördan är ”delad mellan parterna”.¹²⁷ HD konstaterar efter att ha refererat bland annat till Malmberg¹²⁸ och förhandlingar vid det 37:e nordiska juristmötet i Reykjavik år 2005, att bevisbörderegeln ska ses som en ”presumtionsregel”.¹²⁹

Malmberg har framfört att det uppstår uppenbart logiska problem om bevisbörderegeln tillämpas som en regel om delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum.¹³⁰ Malmberg skisserar upp ett exempel utifrån arbetsrätten och pekar på att om domstolen tar ställning till båda parternas bevisfakta i ett enda sammanhang så kan inte arbetstagaren först göra antagligt att ett orsakssamband föreligger samtidigt som arbetsgivaren visar att något orsakssamband inte föreligger. Malmberg beskriver detta i sig som att parternas ”bevistemata är oförenliga i den meningen att båda inte kan vara sanna”. Följden av att i det skedet tillämpa en delad bevisbörda blir att den eftersträvade bevislättningen, som följer av bevisbördedirektivet, bara kan ge bevislättningar i de fall som parternas bevisning rör skilda händelseförlopp. Om bevisningen rör samma händelseförlopp uppstår ingen bevislättning för den diskriminerade. Malmberg framhåller att dessa två situationer i praktiken är mycket svåra att hålla isär och framför att bevisbörderegeln istället ska tillämpas som en presumtionsregel.¹³¹

Ekelöf beskriver innebörden av en presumtionsregel som ”att domstolen skall utgå ifrån ett visst presumerat förhållande och grunda sin dom på detta, när det föreligger ett visst annat presumtionsgrundande förhållande”. Som exempel på en vedertagen presumtionsregel i svensk rätt anför Ekelöf 2 kap. 8 § Konkurslagen.¹³² Den presumerande omständigheten utgörs där av att en gäldenär under utskönningsförfarandet inte har kunnat betala sina fordringar och denna omständighet visar då på, om inte annat visas, det presumerade förhållandet att gäldenären är insolvent.¹³³

Malmberg beskriver vidare effekten av en presumtionsregel i diskrimineringsmål och pekar på hur denna påverkar bevisbördan genom att anföra att; ”en sådan presumtion utpekar ett visst faktum – en presumerande omständighet - vilken kastar om bevisbördan för existensen för ett annat faktum.”¹³⁴ I texten anför han att detta andra faktum, vilket ska motbevisas av svaranden, utgörs av rekvisitet som tar sikte på orsakssambandet. Detta leder till att motparten, den diskriminerande, har att visa på att det inte föreligger ett samband mellan

¹²⁶ NJA 2006 s. 170 (s.178).

¹²⁷ Prop. 2002/03:65 s. 106ff.

¹²⁸ Malmberg, JT 2001-02 s. 804.

¹²⁹ NJA 2006 s. 170 (s. 179).

¹³⁰ Malmberg, JT 2001-02 s. 804 (s. 807).

¹³¹ Malmberg, JT 2001-02 s. 804 (s. 808ff).

¹³² SFS 1987:672.

¹³³ Ekelöf, 2009 s. 89.

¹³⁴ Malmberg, JT 2001-02 s. 804 (s. 809).

missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Svaranden har således bevisbördan för orsakssambandet.¹³⁵

Malmbergs resonemang förs tydligt över av HD i NJA 2006 s.170. HD formulerar att risken med att se innebörden av bevisbörderegeln som enbart en regel om delad bevisbörda är att ”existensen respektive icke-existensen av faktumet”¹³⁶ värderas i ett sammanhang och att det i praktiken inte uppstår någon bevislättnad. Domstolen sammanfattar sin slutsats med meningarna:

Med hänsyn till invändningar av detta slag och till att lagens ordalydelse tillåter det, bör 21§¹³⁷ diskrimineringslagen tolkas som en presumtionsregel. Vilka omständigheter som är presumerande får bestämmas vid rättstillämpningen i det enskilda fallet.¹³⁸

Presumtionsregeln tillämpas sen av HD i målet. Först konstaterar den att det framgått att uppmaningen och avvisandet av kvinnan har skett i omedelbart samband med att kvinnan har pussat en person av samma kön. Att kvinnan har missgynnats är alltså i sig inte tvistigt i målet. Vidare lyfts det att vanligtvis blir inte personer som visar varandra ömhetsbetygelser i form av pussar eller kramar uppmanade att upphöra med detta eller utslängda från restauranger på grund av detta och HD framhåller även att det inte heller har ”påståtts annat än att det även för gäster på restaurangen normalt var tillåtet att ge varandra pussar och kramar”. Rekvisitetet för om det föreligger en jämförbar situation framstår därmed inte heller egentligen vara tvistigt (se vidare under kap. 3.1.3). HD konstaterar utifrån detta att: ”HomO får mot den bakgrunden anses ha visat sådana omständigheter som ger anledning anta att [kvinnan] blivit utsatt för diskriminering [...]”¹³⁹ Därefter anförs att det därmed ankommer på restaurangägaren att; ”visa att diskriminering inte förekommit utan att uppmaningen och avvisningen berott på annat än [kvinnans] sexuella läggning”. Svaranden har alltså att visa på att orsakssambandet inte föreligger.¹⁴⁰

HD gör inte någon annan bevisvärdering än vad hovrätten gjort och anser inte att restaurangen kunnat visa på att det funnits ”några objektivt godtagbara skäl”¹⁴¹ för restaurangen att avvisa kvinnan från restaurangen. Därmed konstateras att; ”[restaurangen] har således inte förmått visa att åtgärderna inte innefattat diskriminering [...]”¹⁴² och restaurangen döms att betala skadestånd till kvinnan.¹⁴³

I lagkommentaren analyserar författarna HD:s uttalande om bevisbörderegeln. Författarna bedömer att beskrivningen av regeln såsom en presumtionsregel innebär ett öppnare förhållningssätt än vad som tidigare gällt i svensk rätt avseende den diskriminerades bevisbörda.¹⁴⁴ I förarbetena till 2008 års diskrimineringslag förankras HD:s ståndpunkt att bevisbörderegeln ska ses som en presumtionsregel och verkningarna av denna beskrivs;

[...]de omständigheter som käranden visar i det första ledet av bevisprövningen – de presumerande omständigheterna – skapar en presumption för att diskriminering föreligger. Svaranden kan därefter bryta presumptionen genom sina motargument och bevisningen härför.¹⁴⁵

¹³⁵ Malmberg, JT 2001-02 s. 804 (s. 809).

¹³⁶ NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹³⁷ 21 § i 2003 års diskrimineringslag är den regel som återspeglas av 3 kap. 6 § i 2008 års diskrimineringslag.

¹³⁸ NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹³⁹ NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹⁴⁰ NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹⁴¹ NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹⁴² NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹⁴³ NJA 2006 s. 170 (s.179).

¹⁴⁴ Stüber & Fransson, 2010 s. 535.

¹⁴⁵ Prop. 2007/08:95 s. 443.

3.1.2 Beviskravet i förhållande till rekvisitet missgynnande

Som framgått ovan är inte missgynnanderekvisitet uppe för prövning i NJA 2006 s. 170. Malmberg lyfter fram att av bevisbördedirektivets lydelse framgår ingen begränsning för att bevisbördedirektivet och regeln som bygger på detta skulle kunna ge verkningar även avseende rekvisitet missgynnandet. EU-domstolen har uttalat att utgångspunkten är, vilket även följer av traditionell bevisteori, att det ankommer på den person som åberopar en viss omständighet att bevisa denna.¹⁴⁶ Men domstolen har även uttalat, bland annat i målet *Enderby*,¹⁴⁷ att bevisbördan ska flyttas över till svaranden:

Om detta är nödvändigt för att inte frånta arbetstagare som är utsatta för en tydlig diskriminering varje effektivt medel för att upprätthålla respekten för likalönsprincipen.¹⁴⁸

Malmberg tolkar EU-domstolens uttalande så att det skulle kunna införas *bevislättnader* även för rekvisitet missgynnande beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är således inte bevisbördan för rekvisitet missgynnande som skulle komma att påverkas utan det är det faktiska beviskravet som ställs för att rekvisitet ska anses vara uppfyllt som diskuteras av Malmberg.¹⁴⁹

I samband med att lagstiftaren bekräftar presumtionsregeln så som den formulerats i NJA 2006 s. 170 framförs det i förarbetena att det utöver denna regel går att se alternativa vägar för prövningen av bevisning i diskrimineringsmål. Det framhålls att det rent praktiskt inte föreligger några hinder mot att ”båda parter bevisning prövas i ett sammanhang när så är ändamålsenligt”.¹⁵⁰ I samband härmed framförs exemplet att:

Skulle svaranden exempelvis göra gällande att något missgynnande överhuvudtaget inte förekommit måste prövningen i den delen rimligen ske innan käranden kan sägas ha gjort diskriminering antaglig, eftersom sådan bl.a. förutsätter att käranden i något avseende blivit missgynnad.¹⁵¹

Jag har svårt att se vad som avses med detta uttalande. Det ligger, enligt vad jag kan se, redan i innebörden av presumtionsregeln att det för rekvisitet missgynnande, som alltså är för att använda Ekelöfs beteckningar en ”presumerande omständighet” i förhållande till det ”presumerade förhållandet”, inte kan föreligga en omvänd bevisbörda. Detta förhållande framgår även av beskrivningen i inledningen till diskussionen om bevisregeln i förarbetena där det uttalas att:

Om käranden således styrker fakta som ger anledning att anta att hon eller han blivit diskriminerad föreligger ett s.k. prima-facie fall av diskriminering. Det betyder att diskriminering synes föreligga och det åligger därmed svaranden att styrka att det inte är fråga om något brott mot likabehandlingsprincipen.

Frågan är, vilket formulerats av Malmberg, snarare vilket beviskrav som ska ställas på käranden för att denna ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda för missgynnandet och vad svaranden kan anföra för att, redan innan presumtion gått över, visa på att något missgynnande inte föreligger.

¹⁴⁶ C-127-92 Enderby premiss 13; Bjørst 2005 s. 273ff; Malmberg, JT 2000-01 s. 804 (s. 811).

¹⁴⁷ C-127-92 Enderby.

¹⁴⁸ C-127-92 Enderby premiss 13.

¹⁴⁹ Malmberg, JT 2000-01 s. 811f.

¹⁵⁰ Prop. 2007/08:95 s. 444.

¹⁵¹ Prop. 2007/08:95 s. 444.

I de efterföljande diskussionerna i förarbetena om hur bevisbörderegeln i 2008 års lag bör utformas framhålls ett exempel som mycket väl belyser regeringens inställning till denna fråga. AD har i sin remiss anfört att en av de föreslagna formuleringarna av bevisbörderegeln skulle kunna tolkas som att det i situationen då en arbetstagare anfört att denna blivit avskedad samtidigt som arbetsgivaren uppger att denna har lämnat anställningen frivilligt så skulle det vara tillräckligt för att presumtionen skulle slå in att arbetstagaren gjort det ”sannolikt” att avskedande skett. Detta skulle enligt AD innebära en bevislättning som inte tidigare förelegat i svensk rätt. Regeringen kommenterar AD:s farhåga och besvarar även i viss mån Malmbergs frågeställning med att explicit uttala att: ”Även om EG-rätten inte lägger hinder i vägen för ytterligare bevislättning är det inte regeringens avsikt att införa någon sådan”.¹⁵²

Något svårtolkat, sett utifrån påståendedoktrinen, är i förhållande till det uttalandet att det i samma avsnitt ändå anförs att det inte är förenligt med bevisbördedirektivet att i lagtexten ange vem av parterna som ska bära bevisbördan för någon ”viss faktisk omständighet”.¹⁵³

Jag tycker att förarbetena kan sägas ge dubbla budskap. Däremot anser jag att det i sig gör att det går att sluta sig till Malmbergs slutsats rörande beviskravet för rekvisitet missgynnande; att det i undantagssituationer då beviskravet riskerar att ”äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande” finns möjligheter att lätta på kärandens bevisbörda.¹⁵⁴ Sett till förarbetena så är det däremot en relativt liten lättning som kan ges.

Skyldigheten för att visa på i vilka situationer bevislättning kan ges lägger Malmberg på de nationella domstolarna. Utifrån det och i ljuset av att lagkommentaren avfattar rekvisitet relativt kortfattat med en hänvisning till att frågan om ett missgynnande föreligger inte har väckt några större tillämpningsproblem i det rättsliga förfarandet så kan det antas att frågan än så länge ligger öppen för tolkning.¹⁵⁵

3.1.3 Beviskravet i förhållande till rekvisitet jämförbar situation

Bjørst har fördjupat frågeställningen kring beviskravet för rekvisitet jämförbar situation i sin analys av såväl EU-domstolens som svenska (och danska) domstolars bedömningar i frågor om lönediskriminering kopplat till kön.¹⁵⁶ Inledningsvis ställer han upp en hypotes med olika utgångsmodeller som grund för sin analys där även rekvisitet missgynnande tas med. Men missgynnanderekvisitet lämnas sedan därhän då Bjørst utgår ifrån att det i sig inte är ett problem att föra bevis om missgynnande i frågor om lika lön. Det går med andra ord inte att dra mer än generella slutsatser om hur Bjørsts analys förhåller sig till rekvisitet missgynnande men däremot belyser han beviskravet för rekvisitet jämförbar situation mycket utförligt. Något omskrivna, utifrån det område som avhandlas i detta arbete, kan de olika utgångsmodellerna sammanfattas som följer:¹⁵⁷

¹⁵² Prop. 2007/08:95 s. 445.

¹⁵³ Prop. 2007/08:95 s. 445.

¹⁵⁴ Malmberg, JT 2000-01 s. 804 (s. 812).

¹⁵⁵ Fransson & Stüber, 2010 s. 71.

¹⁵⁶ Bjørst, 2005 s. 273ff.

¹⁵⁷ Bjørst, 2005 s. 279ff.

- 1) Utifrån att det får anses svårt för en part som upplever att denna har missgynnats (käranden) att veta utifrån vilka grunder som den som missgynnats (svaranden) har gjort detta så läggs det på svaranden att bevisa att missgynnandet inte har haft samband med diskrimineringsgrunden. Käranden har ändå fortsatt full bevisbörda för rekvisiten missgynnande och den jämförbara situationen och förlorar målet om detta krav inte uppfylls. Uppfylls kravet förlorar svaranden målet om denna inte fullt ut kan bevisa att missgynnandet inte kan kopplas till diskrimineringsgrunden.
- 2) Utifrån syftet med bevisbördedirektivet kan det anföras att kärandens bevisbörda även för rekvisiten missgynnande och jämförbar situation påverkas av bevislättnad. Det kan då ses som att bevisbördan på käranden endast innebär att käranden ska skapa en förmodan om att diskriminering föreligger. Detta leder till att svaranden kan vinna målet på två sätt. Antingen genom att föra motbevis mot den förmodan om diskriminering som skapats av käranden och på så vis tillbakavisa denna eller genom att visa att missgynnandet kan förklaras utifrån andra omständigheter än sådana kopplade till diskrimineringsgrunden.¹⁵⁸

Målet *Danfoss*,¹⁵⁹ vilket påvisar tillämpningen av bevisbörderegeln som innebärande en bevislättnad för käranden avseende orsakssambandet redan innan bevisbördedirektivet infördes, kan enligt Bjørst tolkas som innehållande en antydning om att det är modell två ovan som är den gällande. I målet uttalar EU-domstolen att det ligger på arbetsgivaren att redogöra för lönesättningen inom en koncern när systemet för detta inte är transparent och då visa på att lönesättningen inte har samband med kön. Detta tolkas av Bjørst, utifrån förhållandena i domen, som att det enbart vilat på käranden i målet att lägga fram fakta som kunde förmodas visa på att lönesättningen inom koncernen var skevt fördelad mellan könen och att beviskravet alltså inte innebar att käranden ålades att fullt ut styrka det faktum att männen tjänade mer än kvinnorna.¹⁶⁰

I målet *Jämställdhetsombudsmannen*¹⁶¹ uttalar generaladvokaten i sitt förslag till dom att principen från *Danfoss* gör att det när lönestrukturen inte är ”genomtränglig” så är det bara möjligt att göra en helhetsbedömning av denna och att det för det fallet ”innebar enbart det förhållandet att lönestrukturen per definition inte är öppen att arbetsgivaren behåller bevisbördan för att motbevisa den påstådda diskrimineringen”.¹⁶²

En analogi utifrån lönestrukturen hos en arbetsgivare skulle kunna göras till bostadsmarknaden och då sättas i förhållande till icke transparenta ansökningsystem som i många fall tillämpas av hyresvärdar där en hyresgäst oftast inte har någon som helst insyn i urvalsprocessen. Rorive återger ett äldre rättsfall från Nederländerna som hon anför kan ses som en influens till den EU-rättsliga diskrimineringsrättens reglering av bevisbördan och beviskraven. I målet¹⁶³ har den kärande visat på siffror som visar hur stor andel av det allmännyttiga bostadsbolagets lägenheter som har tilldelats sökande med invandrarbakgrund och jämfört dessa siffror med dels andelen invånare i

¹⁵⁸ Bjørst utgår från tre modeller där den första skulle innebära att käranden hade bevisbördan fullt ut för samtliga rekvisit. Jag har valt att inte ta med denna då rättsläget i och med NJA 2006 s. 170 får anses stå så klart att det därmed är de två redovisade modellerna som är relevanta att diskutera idag.

¹⁵⁹ C-109-88 *Danfoss*.

¹⁶⁰ Bjørst, 2005 s. 287.

¹⁶¹ C-236-98 *Jämställdhetsombudsmannen*.

¹⁶² Förslag till avgörande av generaladvokat Francis G. Jacobs (föredraget den 16 december 1999) i C-236/98 premiss 39-40.

¹⁶³ *Binderen mot Kaya* inför Hoge Raad den 10 september 1982, N.J 1983 s. 687.

staden som hade invandrarbakgrund respektive hur stor del av antalet sökande dessa utgjorde. Den nederländska domstolen ansåg att detta i sig var tillräckliga bevis för att bevisbördan skulle gå över och att hyresvärden hade att redogöra för sitt system vid tilldelning av lägenheter.¹⁶⁴

Bjørst tar även upp att det finns en öppning för modell två ovan i målet *Enderby*.¹⁶⁵ I målet läggs stor vikt vid att bevisbördan ska bedömas med hänsyn till diskrimineringslagstiftningens effektivitet och även om det i målet fastslås att käranden bevisat fullt ut att en jämförbar situation är för handen så anförs det i premiss 16 i målet att:

Om emellertid lönen för talpedagoger är påtagligt lägre än den för farmaceuter och om den förstnämnda befattningen nästan uteslutande innehas av kvinnor och den senare huvudsakligen av män, föreligger det av allt att döma en könsdiskriminering, *i vart fall*¹⁶⁶ om de båda befattningarna är likvärdiga och de statistiska uppgifterna om den aktuella situationen är giltiga.¹⁶⁷

Bjørst anser att det av orden ”i vart fall” går att se en öppning mot att käranden enbart genom att visa på tydlig olika behandling av två grupper skulle ha kunnat uppfylla sin bevisbörda utan att fullt ut ha kunnat lägga fram bevis för att de olika grupperna var i en helt jämförbar situation.¹⁶⁸

Sammanfattande anser Bjørst att det av *Danfoss*¹⁶⁹ och *Enderby*¹⁷⁰ går att se öppningar emot att bevisbördan övergår till svaranden även om käranden inte lagt fram full bevisning för att det föreligger en jämförbar situation.¹⁷¹ Av ordalydelsen (Bjørst tar även upp att denna skiljer sig något åt i de olika språkliga versionerna) anser Bjørst inte att det går att säga att bevisbördedirektivet pekat ut endera av de två modellerna. Om den svenska formuleringen att käranden ska ha lagt fram bevis ”som ger anledning anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering” anser han endast att det går att dra slutsatsen att den ursprungliga bevisbördan ligger på käranden men att det inte går att säga vilket faktiskt beviskrav som ställs på denna. I sig påminner detta om den tolkning som Malmberg gjort.¹⁷² Men Bjørst drar mer långtgående slutsatser än Malmberg och konstaterar att det går att sluta sig till att det är modell två ovan som är den gällande tolkningen av bevisbörderegeln. Utgångspunkten enligt Bjørst är alltså att det finns en bevislättning snarare än att denna, vilket följer av Malmbergs tolkning, endast skulle återfinnas i undantagssituationer.¹⁷³

Följdfrågan blir (oavsett utgångspunkt) hur denna bevislättning ska hanteras och vilken inverkan den ska ges på prövningen i det enskilda fallet. Bjørst belyser detta genom att gå över till att studera svarandens möjligheter att redan i första steget av prövningen komma bort från att bevisbördan går över på denna. Han ställer upp frågeställningen om huruvida det, när käranden framfört bevis tillräckliga för att skapa en förmodan hos rätten om att diskriminering föreligger, är tillräckligt att:

- 1) Svaranden enbart lägger fram bevis som gör att denna förmodan kan ifrågasättas.
- 2) Svaranden bevisar att väsentliga delar av de fakta som legat till grund för förmodan inte är korrekta.
- 3) Svaranden fullt ut kan styrka att grunderna för kärandens talan inte är uppfyllda.

¹⁶⁴ Rorive, 2009 s. 23.

¹⁶⁵ C-127-92 Enderby.

¹⁶⁶ Min kursivering.

¹⁶⁷ C-127-92 Enderby premiss 16.

¹⁶⁸ Bjørst, 2005 s. 289.

¹⁶⁹ C-109-88 Danfoss.

¹⁷⁰ C-127-92 Enderby.

¹⁷¹ Bjørst, 2005 s. 292.

¹⁷² Malmberg, JT 2000-01 s. 804 (s. 811).

¹⁷³ Bjørst, 2005 s. 292ff.

För att besvara frågan lyfter Bjørst två exempel som båda tar sikte på vilken sorts fakta som käranden har anfört. Om käranden har anfört att denna innehar en position, i exemplet att denna är ekonom, men arbetsgivaren kan visa på att detta inte stämmer, käranden är enbart sekreterare, så säger det sig självt att kärandens grund för att en jämförbar situation föreligger, att arbetena har samma värde, ska ifrågasättas. Men det går inte, i varje fall hypotetiskt, att utesluta att käranden kan föra en talan och lägga fram bevis för att hennes arbete ändå faktiskt är jämförbart. I den situationen anser Bjørst att arbetsgivaren måste kunna styrka fullt ut att arbetena inte är av samma värde för att kärandens talan ska falla redan i steg ett av prövningen (alt. 3). I det andra exemplet går Bjørst tillbaka till målet *Danfoss*¹⁷⁴ där käranden lade fram ett stort statistiskt material som grund för att skapa en förmodan om att diskriminering förelåg. I det läget kan en svarande givetvis invända att till exempel beräkningen i sig i detta material är felaktig och på så vis bryta kärandens talan med följderna att antagandet om diskriminering inte föreligger (alt.2). Men om svaranden invänder att de olika grupperna som jämförts inte kan ses som jämförelseobjekt eftersom deras prestationer inte är likvärdiga måste svaranden för att bryta antagandet fullt ut visa att så är fallet (alt.3). Att det skulle vara tillräckligt att svaranden kunde visa på att resultatet kunde ifrågasättas (alt.1) anser Bjørst som uteslutet. Bjørst beskriver förhållandet mellan de skilda fakta som anförs av käranden respektive svaranden som att det i varje fall inte går att se den samlade bevisningen som löpande på en endimensionell skala där ett bevis kan knuffa tillbaka hela antagandet om att diskriminering föreligger såsom i svarsalternativet ett ovan. Utan han drar slutsatsen att bevisvärderingen är mer komplex än så och måste ses i relation till vilken sorts fakta som angrips av svaranden och att det då är svarsalternativen två och tre som är de som kan pekas ut som de möjliga vägarna för svaranden av hans exempel.¹⁷⁵

Svaret på frågan, vilket även indirekt kan sägas sammanfatta beviskravet på käranden avseende rekvisitet jämförbar situation eftersom det visar på vad dennes talan måste kunna stå emot, kan sättas upp i de tre alternativ som svaranden ställs inför för att kunna vinna målet: Svaranden kan lägga fram bevis för att väsentliga delar av de fakta som käranden grundat jämförelsen på inte stämmer eller så kan svaranden föra en talan som fullt ut styrker att det inte föreligger en jämförbar situation. Kan svaranden inte göra detta (och käranden även kunnat visa på att ett missgynnande föreligger) har käranden fullföljt sin bevisbörda och svaranden kan enbart vinna målet genom att visa på att ett orsakssamband inte föreligger. Beviskravet på käranden kan utifrån detta sägas vara lägre än vad som vanligtvis anses följa av traditionell bevisteori - Rekvisitet jämförbar situation omfattas av en bevislättning och det faktiska beviskravet relateras i hög grad till vilken bevisning som svaranden lägger fram.¹⁷⁶

Vid genomgången av svensk rätt pekar Bjørst tydligt på att denna i varje fall innan bevisbördedirektivet infördes tillämpade bevisbörderegeln i enlighet med den utgångsmodell som jag ovan kallar för 1. Det har ålegat käranden att fullt ut bevisa att en jämförbar situation föreligger. Detta framgår tydligt av AD:s uttalande i *Nobel Biocare*¹⁷⁷ målet.¹⁷⁸

Arbetsdomstolen kan inte dra någon annan slutsats än att det enligt EG-domstolens praxis i princip krävs full bevisning i fråga om de sakförhållanden som ger anledning till ett antagande om diskriminering. Först om sådana sakförhållanden har påvisats åligger det svaranden att styrka att det inte har förekommit något brott mot principen om likabehandling.¹⁷⁹

¹⁷⁴ C-109-88 Danfoss.

¹⁷⁵ Bjørst, 2005 s. 301ff..

¹⁷⁶ Bjørst, 2005 s. 305.

¹⁷⁷ AD 2001 nr 61.

¹⁷⁸ Bjørst, 2005 s. 319ff.

¹⁷⁹ AD 2001 nr 61 (s. 6).

I det efterföljande *Danderyd*¹⁸⁰ målet uttalar AD dessutom att denna ståndpunkt ska stå fast även i förhållande till bevisbördedirektivet. Däremot finns det en öppning till att modell tre kan sägas lysa igenom i AD:s uttalande i AD 2002 nr 45 där den uttalar att:

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 anställs. 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*¹⁸¹ som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering.¹⁸²

Innebörden av detta uttalande, vilka andra omständigheter som avses, går däremot inte att se i målet utan bedömningen som görs av kärandens talan bedöms visa på en ”klart urskiljbar skillnad mellan de båda sökandenas meriter”.¹⁸³ (Vilket med andra ord visar på att denna fullt ut har kunnat bevisa frågan om det förelagat en jämförbar situation redan utifrån det som AD tar upp i första meningen av citatet.)

Bjørst ifrågasätter om Sverige har införlivat bevisbördedirektivet fullt ut och pekar på att även om det går att tolka svenska förarbeten så att det inte krävs full bevisbörda för käranden avseende de fakta som läggs till grund för presumtionen om att diskriminering förekommer så syns denna del av bevisbördedirektivet, sett i ljuset av EG-domstolens praxis, inte tillräckligt tydlig i den svenska rättstillämpningen.¹⁸⁴

Jag har ovan i kap. 2.2.1 tagit upp att jag anser att det går att se likheter mellan ansökningsförfarandet för att få en hyreslägenhet och anställningsförfarandet på arbetsmarknaden. Omskrivet till Bjørsts exempel kan information om en sökandes kvalifikationer (exempelvis att denna har betalningsförmåga och inga betalningsanmärkningar) och kvalifikationerna i sig sägas utgöra sådana väsentliga fakta som om de kan visas brista gör att rekvisitet jämförbar situation inte är uppfyllt. Vad som ska utgöra grund för den jämförbara situationen anser jag måste avgöras i varje enskilt fall genom att se till de kriterier och riktlinjer som varje hyresvärd tillämpar.

Av arbetsrättslig praxis följer även att en sökandes personliga lämplighet kan komma att vägas in i bedömningen av om en sökande befinner sig i jämförbar situation som andra sökanden. Detta är, ur bevissynpunkt, ett svårt område och även om det har uttalats att ett urval helt grundat på subjektiva faktorer inte kan godkännas så har det i den arbetsrättsliga rättstillämpningen ställts låga beviskrav på arbetsgivaren avseende att visa på grunder för att någon valts bort utifrån personlig (o)lämplighet.¹⁸⁵ Jag har svårt att se att dessa låga beviskrav är förenliga med Bjørsts analys av beviskraven.

Ett mål som mer kan sägas spegla Bjørsts slutsats är AD 2005 nr 69. I målet framkommer att en arbetssökande, en kvinnlig präst, har kunnat uppfylla sin bevisbörda för rekvisitet jämförbar situationen även avseende den personliga lämpligheten. Prästen har kunnat visa på att de referenser och kontaktpersoner som arbetsgivaren har varit i kontakt med samtliga uppgett positiva utlåtanden om henne.¹⁸⁶ Placerat i Bjørsts analys ger en sådan utgång uttryck för att en invändning om den personliga lämpligheten inte ska ses som ett sådant väsentligt faktum som kan mota tillbaka presumtionen om att diskriminering föreligger utan för att kunna helt häva presumtionen, genom en invändning om den personliga lämpligheten, måste svaranden lägga fram fullt bevis för detta.

¹⁸⁰ AD 2001 nr 76.

¹⁸¹ Min kursivering.

¹⁸² AD 2002nr 45 s. 13.

¹⁸³ AD 2002nr 45 s. 15.

¹⁸⁴ Bjørst 2005, s. 328.

¹⁸⁵ Fransson & Stüber, 2010 s. 166; se även ex. AD 2006 nr 96.

¹⁸⁶ AD 2005 nr 69 s. 19f.

Det är lätt att se problemen kring att bevisa och värdera bevis om subjektiva kriterier. Detta i sig talar dock för att Bjørsts analys är riktig då såväl EU-rätten som den svenska lagstiftaren uttryckt att svårigheterna att bevisa något inte ska förta en diskriminerad parts möjligheter att föra en talan om diskriminering.¹⁸⁷

Det är av vikt att komma ihåg att Bjørsts analys tar upp beviskravet som ställs på käranden när denna har att i det första steget av prövningen bevisa att det föreligger omständigheter som presumerar diskriminering. Av AD 2003 nr 55 följer att käranden även om den personliga lämpligheten inte vägs in i rekvisitet jämförbar situation kan komma att tappa målet när svaranden i steg två har kunnat visa på att missgynnandet som uppstått har berott på omständigheter som haft med personen ifråga att göra och inte med dennes etniska tillhörighet. De krav som AD ställt på arbetsgivaren, när denna alltså har haft full bevisbörda för att motbevisa orsakssambandet, visar tydligt på hur svår bevisvärderingen är när svaranden anför en invändning som kan kopplas till en persons personliga lämplighet:

Rent påhittade skäl kan givetvis inte godtas. Därutöver torde det kravet böra uppställas att man inte skall godta påståenden i fråga om arbetsgivarens skäl som är i den meningen osakliga, att de är rent subjektiva eller annars inte med tillräcklig grad av säkerhet låter sig bedömas i en efterföljande rättslig process. Det torde däremot inte kunna ställas upp något krav på att de av arbetsgivaren åberopade skälen är av något särskilt kvalificerat slag [...]. Det avgörande måste istället vara om arbetsgivaren på ett övertygande sätt kan visa att det är de av honom åberopade skälen, om det är skäl som inte hänför sig till arbetstagarens etniska tillhörighet, som faktiskt varit styrande för hans handlande.¹⁸⁸

Detta belyser även den problematik som lyfts av Christensen som jag tar upp i kap. 2.2.3.1. Hon anser att det finns hinder mot att jämföra hyresmarknaden med arbetsmarknaden. Problemet som Christensen ser är att det för hyresmarknaden inte skulle gå att sätta upp en lika stark jämförelsenorm som den hon anser kan återfinnas på arbetsmarknaden. Jag har lyft att detta i sig inte egentligen är det problematiska. Jag anser att det i varje fall teoretiskt går att ställa upp en jämförbar situation i varje specifikt fall antingen genom att se hur de andra faktiska sökande till samma lägenhet har behandlats eller utifrån hur hypotetiska sådana skulle ha behandlats. I de allra flesta fall har lägenheten getts till någon annan och denna kan då anföras som jämförelseperson.

Det problematiska anser jag snarare ligger i vilka urvalskriterier som godkänns och hur stor del av en hyresvärds subjektiva uppfattning som tillåts vägas in i rekvisitet jämförbar situation. Jag anser att om tydliga kriterier för hur fördelningen av lägenheter ska ske saknas så ska detta vara en omständighet som läggs hyresvärden till last och inte vara något som föranleder att den som söker en lägenhet fräntas möjligheten att få prövat om diskriminering har skett på den grunden att någon jämförbar situation inte är för handen. Den subjektiva uppfattningen ska då prövas först i steg två av prövningen såsom i AD 2003 nr 55 där svaranden har full bevisbörda för detta och dessutom måste kunna visa att det inte finns något som helst samband med diskrimineringsgrunden.

Avgörande för om en jämförbar situation är för handen eller inte handlar, som jag ser det, mer om vilket beviskrav som ställs avseende rekvisitet jämförbar situation på respektive part och hur bevisbördan fördelas mellan parterna än om möjligheten att hitta eller skapa en jämförelsenorm. Bristen på jämförelsenorm, som Christensen anför skulle vara ett hinder för att nå diskriminering på bostadsmarknaden, anser jag alltså inte ska förta möjligheterna att föra en talan om diskriminering. Däremot finner jag att det tydligt går att se att en sådan brist inverkar på möjligheterna att bevisa diskriminering om beviskravet för rekvisitet jämförbar situation ställs så högt att bevisbördan aldrig kommer att gå över till svaranden.

¹⁸⁷ Bjørst, 2005 s. 305; Prop. 2007/08:95 s. 444.

¹⁸⁸ AD 2003 nr 55 s. 13f.

Det faller utanför detta arbetes ramar att fullt ut analysera hur högt beviskravet är inom arbetsrättens område. Däremot kan det framhållas att HD i NJA 2006 s.170 visade på ett relativt lågt sådant krav vid bedömningen av om diskriminering förelåg och att det avgörandet direkt avser diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL. HD ifrågasatte inte huruvida kvinnan befunnit sig i en jämförbar situation med andra gäster på restaurangen utan det framstår som om HD gjort ett relativt enkelt antagande om att så var fallet utifrån en antagandesats om att det vanligtvis borde vara tillåtet att pussas på en restaurang. I sig är givetvis inte detta helt överförbart på bostadsmarknaden men det visar ändå på en annan nivå av beviskravet än den som Bjørst pekar ut som problematisk i AD:s praxis. NJA 2006 s. 170 visar även på hur rekvisitet jämförbar situation många gånger kan försätta svaranden i en i det närmaste låst situation eftersom ett mottargument (att gäster på restaurangen normalt sett inte var tillåtna att pussas) mot grunden för rekvisitet framstår som orimligt i sig självt.

En annan vanlig situation på bostadsmarknaden där diskriminering kan antas förekomma går att likna vid det som i prop. 2007/08:95 kallas för ”förfrågan” av arbetssökande. Många gånger ringer eller besöker en person som söker en bostad en hyresvärd/mäklare spontant utan att söka en specifik utannonserad lägenhet. Personen gör en förfrågan om bostad. För de situationerna anses rekvisitet jämförbar situation vara underordnat utifrån att alla som gör en sådan förfrågan ska behandlas lika och att alla därmed kan sägas befinna sig i en jämförbar situation. Grunden för en sådan tolkning, vilken jag även tycker gör det lätt att föra över ställningstagandet även till bostadsmarknaden, återfinns i regeringens motivering avseende situationen i förhållande till arbetssökande:

[...] det motiveras av regeringens bedömning att det inte är ovanligt att personer med utländsk bakgrund möts med negativa besked vid förfrågningar om arbete t.ex. per telefon. Att en person av skäl som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna på så sätt ”sällas bort” i ett tidigt skede av ett ansökningsförfarande eller innan ens en ansökan gjorts, bör anses utgöra diskriminering. Detta bör gälla *oavsett*¹⁸⁹ om den som gör förfrågan i efterhand kan konstateras ha sådana meriter att han eller hon verkligen skulle ha kunnat komma i fråga för en anställning om en ansökan prövats.¹⁹⁰

3.2 Bevismedel

Att käranden i ett mål om diskriminering har bevisbördan för att visa på att det föreligger ett missgynnande och att det går att ställa upp en jämförbar situation som påvisar diskriminering har klart framgått av kap. 3.1 ovan även om det går att se att bevisbördan i sig inte alltid innebär ett beviskrav att fullt ut styrka dessa rekvisit. I EU-rätten och i en del andra europeiska länder betecknas detta som att det för att bevisbörderegeln ska komma att slå in så krävs det att det föreligger ett ”prima-facie” fall. En beteckning som även regeringen använt sig av i förarbetena till 2008 års diskrimineringslag.¹⁹¹

Prima-facie bevis är ett begrepp som används inom common-law traditionen och innebär att ett antagande om fakta antas utifrån hur något framstår vid första ögonkastet och att antagandet sedan används för att antingen läggas till grund för prövningen eller för att anföra en presumtion.¹⁹² Det stora hindret för den som utsatts för, eller misstänker att den har blivit utsatt för, diskriminering är många gånger att konkret påvisa att detta skett i det enskilda

¹⁸⁹ Min kursivering.

¹⁹⁰ Prop. 2007/08:95 s. 135.

¹⁹¹ Punkt 21 i preambeln i rådets direktiv 97/80/EG.

¹⁹² Palmer, 2006 s. 25.

fallet. Alltså att överhuvudtaget kunna påvisa ett prima-facie fall.¹⁹³ En relevant fråga att belysa är alltså hur bevisningen konkret kan föras och med vilka medel. I direktivet mot etnisk diskriminering¹⁹⁴ anges utgångspunkten att ”bedömningen av de omständigheter som kan leda till slutsatsen att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering är en fråga för de nationella domstolarna att bedöma i enlighet med nationell lag eller sedvana” men det anges också att diskriminering ”kan fastställas med alla medel inklusive statistiska bevis”.¹⁹⁵

För svensk rätt föreligger principen om ”fri bevisföring” vilken uttrycks i 35 kap. 1 § RB. Regeln är obligatorisk och oavsett hur ett bevis har anskaffats så är domstolen skyldig att beakta detta i sin prövning. Däremot kan sättet som ett bevis har införskaffats påverka värdet av detta vid rättens bevisvärdering. Ett exempel på detta är om ett bevis införskaffats på ett olagligt sätt.¹⁹⁶

Palmer, som har studerat effekterna av införandet av bevisbörderegeln inom EU, konstaterar att de traditionella bevismedlen många gånger inte har räckt till för att påvisa att det ens föreligger ett prima-facie fall och öppnar upp för att andra strategier kan behöva användas. Exempel på sådana som hon pekar ut är användandet av statistik och så kallade praktiktest. Palmer lyfter även den brittiska diskrimineringsrättens legala möjlighet för den som blivit utsatt för diskriminering att begära att få ett frågeformulär ifyllt av den diskriminerande parten vilket sedan kan läggas till grund för påvisande av diskriminering.¹⁹⁷

3.3 Praktiktest

DO beskriver praktiktest eller ”situation test” som en metod som används för att undersöka diskriminering i samhället både på ett strukturellt och på ett individuellt plan. Utifrån en omvärldsanalys av hur metoden har använts pekar DO på att metoden kan användas såväl i kunskapshöjande, kvalitetsgranskande som i juridiskt syfte. Förenklat kan metoden beskrivas vara uppbyggd genom att personer med exempelvis olika etnisk tillhörighet var för sig men på samma sätt ansöker eller på annat sätt visar intresse för något, till exempel en bostad.¹⁹⁸ Metoden kan sägas utgöra ett slags rollspel där den som studeras, den eventuellt diskriminerande, inte är medveten om att denna observeras.¹⁹⁹

Ahmed och Hammarstedt skiljer mellan ”korrespondenttest” och ”situationstest”. Det första avser då testet utförs enbart skriftligt, exempelvis genom att två i sig lika svar på en annons skickas in men skrivs under av olika namn som indikerar att de sökande till exempel har olika etniskt ursprung eller kön. Situationstest avser det fallet då faktiska personer, i egenskap av sig själva eller under påhittade identiteter ringer upp eller besöker till exempel en hyresvärd.²⁰⁰ (I detta arbete avses båda varianterna med samlingsbegreppet praktiktest.)

Som forskningsmetod har praktiktest använts under lång tid av såväl sociologer som nationalekonomer.²⁰¹ I Sverige har man däremot under lång tid förhållit sig restriktiva till metoden.²⁰² I USA har metoden dessutom använts i stor utsträckning på just bostadsmarknaden för att påvisa diskriminering. Undersökningar om diskriminering genom

¹⁹³ Rorive, 2009 s. 16.

¹⁹⁴ Dir. 2000/43/EG.

¹⁹⁵ Punkt 15 i preamblen i rådets direktiv 2000/43/EG.

¹⁹⁶ Ekelöf mfl., 2009 s. 37.

¹⁹⁷ Palmer, 2006 s. 28.

¹⁹⁸ DO LED 2009/268 s. 3.

¹⁹⁹ Rorive, 2009 s. 42f.

²⁰⁰ Ahmed & Hammarstedt, 2010 s. 66.

²⁰¹ Ahmed & Hammarstedt, 2010 s. 66.

²⁰² DO LED 2009/268 s. 3; Rorive 2009 s. 42f.

användandet av praktiktest där bemötande av ”svarta” respektive ”vita” bostadssökande jämfördes utfördes redan under 60-talet. Under 90-talet påbörjade USA:s justitiedepartement ett särskilt testningsprogram och började även använda resultaten från testen som bevis vid rättsprövningar. I en dom från Supreme court år 1982 har det fastställts att en man som, enbart i syftet att testa en hyresvärds agerande gentemot svarta bostadssökanden, upprepade gånger hade sökt lägenheter hade talerätt i ett mål mot en hyresvärd. Supreme court ansåg även att mannens arbetsgivare, en ideell organisation som arbetade med bostadsdiskriminering, hade talerätt i målet som rörde om hyresvärden gjort sig skyldig till diskriminering.²⁰³

I Europa har användandet av praktiktest i det rättsliga förfarandet länge ansetts vara kontroversiellt. Farhågorna med att använda sig av metoden har kretsat kring om det skulle kunna innebära en sorts brottsprovokation att utföra praktiktest. Det har uttryckts att användandet av resultaten från ett praktiktest som bevismedel skulle stå i strid med rätten till en rättvis rättegång och rätten till respekt för privatlivet. Rättigheter som ytterst stadgas i EKMR.²⁰⁴

Rorive, som förespråkar användandet av praktiktester, tar upp detta men framför att Europadomstolen har gjort flera uttalanden som går att använda både för att legitimera användandet av metoden och för att sätta upp riktlinjer för hur metoden bör genomföras för att vara rättssäker. Som exempel tar hon upp Europadomstolens uttalanden i flera mål som rör brottsprovokation inom straffrätten.²⁰⁵

I *Lüdi mot Schweiz*²⁰⁶ uttalar Europadomstolen att om syftet med att använda en fiktiv person endast är att ”blottlägga en olaglig handling” så är det inte ”per se” något som kränker en persons rätt till respekt för privatlivet.²⁰⁷ Vidare har Europadomstolen fastlagt en gräns för när brottsprovokation föreligger bland annat i *Teixeira de Castro mot Portugal*²⁰⁸ och i *Ramanauskas mot Litauen*²⁰⁹ vilken sammanfattas av Rorive i förhållande till praktiktest för att påvisa diskriminering:

Följaktligen, så länge agenterna som agerar under täckmantel – och i analogi, testutförarna – inte skapar en kriminell avsikt är metoden tillåten. Med andra ord måste man skilja mellan bevisprovokation och brottsprovokation. Om testutförarna begränsar sig till att sätta upp rekvisiten för att brottet ska begås och därefter observerar det som passiva åskådare är det inte en otillåten provokation och metoden är därmed godtagbar.²¹⁰

Så länge praktiktestet avser att sätta upp en situation där rekvisitet jämförbar situation är för handen innebär det alltså att detta på sin höjd kan ses som bevisprovokation. Det är den som diskriminerar som så att säga fyller ut testet med sin eventuellt missgynnande handling. Att missgynnandet dokumenteras kan inte i sig utgöra en brottsprovokation.²¹¹

DO uttalar i sin rapport *Diskriminering på bostadsmarknaden* från år 2009 att förutsatt att testerna utförs i syftet att synliggöra strukturer och inte görs för att hänga ut eller misstänkliggöra enskilda individer så ställer de sig bakom användandet av praktiktest som metod.²¹² I rapporten använder sig DO även själva av metoden då de undersöker bostadsmarknaden och trycker i sin slutsats på att det är viktigt för utvecklandet av

²⁰³ Havens Realty Corporation mot Coleman, 455 U.S 363 1982.

²⁰⁴ Rorive 2009 s. 47.

²⁰⁵ Rorive 2009 s. 47ff.

²⁰⁶ Lüdi mot Schweiz 1992

²⁰⁷ Lüdi mot Schweiz 1992.

²⁰⁸ Teixeira de Castro mot Portugal (1998).

²⁰⁹ Ramanauskas mot Litauen 2008.

²¹⁰ Rorive 2009 s. 49.

²¹¹ Rorive 2009 s. 49f.

²¹² DO LED 2009/268 s. 4.

diskrimineringsjuridiken att metoden utvecklas och får fortsatta resurser för detta.²¹³ Den undersökning som gjorts på uppdrag av DO år 2009 har inte lett vidare till någon rättsprövning och DO har tidigare uttalat sig avvaktande till att DO såsom statlig myndighet skulle bedriva praktiktester för att skapa bevis i diskrimineringsärenden.²¹⁴ De farhågor som DO framhållit har rört sig om att det när DO stämmer i diskrimineringsmål så är detta att se som myndighetsutövning och trots att de inte anser att det finns uttryckliga förbud mot att utföra diskriminerings tester så är man rädd att detta kan ses som tjänstefel vilket skulle kunna föranleda åtal för brott mot 20 kap. 1 § BrB.²¹⁵

Däremot har DO under år 2011 genomfört ett seminarium och en workshop om praktiktest riktat till aktivister som företräder olika etniska grupper. I sammanställningen från detta citeras en av föreläsarna, Margarita Iliéva från non profit organisationen Bulgariska Helsingforskommittén, som har berättat om sin organisations arbete med praktiktest för att stärka romers rätt till mänskliga rättigheter i Bulgarien:

– Praktikprövning är ett effektivt verktyg i samhällen där diskriminering är dold och därmed inte lätt för den enskilde att identifiera då den sker på ett mer subtilt sätt. Praktikprövning är då ett sätt att visa på förekomst av diskriminering trots att arbetsgivare, bostadsföretag eller liknande säger att ”vi diskriminerar inte”.²¹⁶

Som bevismedel i Sverige har praktiktest prövats av HD i NJA 2008 s. 915. Bakgrunden till prövningen var att en grupp juridikstudenter tagit på sig att testa förekomsten av diskriminering på nattklubbar genom att använda sig av praktiktest. I det mål som kom att prövas av HD, två andra mål prövades i underrätt,²¹⁷ hade testet utförts på en nattklubb i Malmö: Först gick två av studenterna, vilka båda hade utländsk bakgrund, till den aktuella nattklubben. När de kom fram till vaken frågade denna om de hade VIP-kort, stod på gästlistan eller var stamgäster. När de inte uppfyllde något av dessa krav blev de inte insläppta. Efter en stund gick två andra studenter dit, båda två hade ”svenskt” utseende. Dessa fick komma in utan att vaken frågade om någonting. En stund senare gick ytterligare tre studenter till nattklubben. Dessa hade ”utländskt” utseende. Denna gång uppgav vaken att de inte fick komma in eftersom de inte stod på gästlistan. Efter detta gick en större grupp av studenter till klubben, i detta större sällskap hade alla återigen ”svenskt utseende” och även denna gång fick de komma in direkt utan att vaken sa något. Vid testet dokumenterades händelserna med både videokamera och mikrofon.

Frågan som HD prövar i målet är ”vilken rättslig betydelse som skall tillmätas det förhållandet att inträdesförsöken skett uteslutande för att genomföra en undersökning av om diskriminering förekom”.²¹⁸

HD delade hovrättens uppfattning att det genom testet var visat att de fyra studenterna som nekats inträde hade utsatts för diskriminering. Även tingsrätten ansåg detta och skriver i sina domskäl att ”de omständigheter som redovisats ovan talar enligt tingsrättens mening med styrka för att behandlingen av [studenterna] har samband med deras etniska tillhörighet [...]det föreligger därför en presumtion för att diskriminering har förekommit.”²¹⁹ HD framhåller att syftet med att försöka komma in på nattklubbarna saknar betydelse för själva frågan om diskriminering förelegat. I det avseendet hänvisar de till att varken 2003 års diskrimineringslag (vilken gällde vid tidpunkten då testet utfördes) eller 2008 års

²¹³ DO LED 2009/268 s.10.

²¹⁴ DO Dnr: 419-2005 aktbilaga 13.

²¹⁵ DO Dnr: 419-2005 aktbilaga 13.

²¹⁶ DO *Praktikprövning – ett verktyg för att uppmärksamma diskriminering.*

²¹⁷ Huddinge tingsrätt mål nr T 2688-05; Göteborgs tingsrätt mål nr T 4658-05.

²¹⁸ NJA 2008 s. 915 (s. 925).

²¹⁹ NJA 2008 s. 915 (s. 919).

diskrimineringslag innehåller några subjektiva krav på att den som utsatts för diskriminering ska ha upplevt att denna blivit kränkt när det rör sig om direkt diskriminering. Av domskälen går det alltså tydligt att se att HD ansett bevisningen som framkommit genom användandet av praktiktest vara fullgod för att skapa ett prima-facie fall. Av underrätternas bedömning av svarandens motargument framkommer att denna har haft mycket svårt att förklara den upprepade särbehandlingen och praktiktestet framstår vara mycket starkt som bevismedel.

Däremot anförs av HD att syftet med testet kan påverka skadeståndsbeloppet. HD pekar på att utgångspunkten för bedömningen av detta ska tas i ”främst kränkningens art och allvarlighet.”²²⁰ HD anser att händelserna i sig inte föranleder någon ändring av det skadeståndsbelopp som underrätterna har dömt ut (15 000 kr till vardera av de fyra studenterna) men anför att bestämmelsen om jämkning i 18§ i 2003 års diskrimineringslag²²¹ kan tillämpas utifrån testets syfte.

HD tydliggör att jämkning inte kan komma på fråga utifrån att testpersonerna egentligen inte varit intresserade av att komma in på nattklubben eller för att de eventuellt i och med medvetenheten om testet varit i ”avsaknad av förnedringskänsla”.²²² Däremot plockas den del av skadeståndsbeloppet ut som avser att verka avskräckande då denna sägs föranleda frågan ”vilken betydelse den särskilda avsikten med restaurangbesöket kan ha avseende restaurangbolagets av preventiva skäl betingade ersättningsansvar”. Som svar på denna fråga anför HD:

Undersökningssyftet påverkar inte behovet av ett avskräckande ersättningsbelopp och gör inte heller en diskriminerande handling mindre förkastlig. Mot detta måste dock ställas risken för att allmänhetens stöd för lagstiftningen kan motverkas om den kommer att uppfattas som ett medel för någon enskild att genom planmässigt och systematiskt förfarande berika sig, en risk som blir särskilt påtaglig om ersättningen utgår med belopp som överstiger 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 oönskade handlingar. De senare aspekterna måste anses väga tyngre än de först nämnda.²²³

Detta resonemang föranleder HD att komma till en sammanfattande slutsats att det inte kan anses skäligt att studenterna ska få full ersättning utan de skriver tydligt ut att om diskrimineringen skett i och med en undersökning av detta slaget så kan ersättningen jämkas. HD sätter därefter ner skadeståndsbeloppet till 5 000 kr för vardera av studenterna.

Tre av justitieråden var skiljaktiga och yttrade att;

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.²²⁴

Dissidenterna underbygger detta ställningstagande med att peka på att det genom lagstiftningen har eftersträvat att diskriminering ska ersättas med schabloniserade belopp som baserats på enbart objektiva grunder och att jämningsregeln uttryckligen ska tillämpas restriktivt och utifrån förarbetena mer tar sikte på förhållanden som föreligger på den diskriminerandes sida, exempelvis att denna självmant har försökt komma till rätta med situationen.²²⁵ Efter domen har jämningsregeln, vilken numera återfinns 5 kap. 1 § DiskrL, utgångspunkter förtydligats i skärpande riktning i förarbetena till 2008 års

²²⁰ NJA 2008 s. 915 (s. 925).

²²¹ Liknande bestämmelse återfinns i 5 kap. 1 § DiskrL.

²²² NJA 2008 s. 915 (s.927).

²²³ NJA 2008 s. 915 (s. 927).

²²⁴ NJA 2008 s. 915 (s. 929).

²²⁵ NJA 2008 s. 915 (s. 929).

diskrimineringslag.²²⁶ I lagkommentaren kommenteras dissidenternas uttalanden och det framhålls att det snarare är deras linje som ligger i samklang med nuvarande rättsläge.²²⁷

Lappalainen framhåller att det sett till hur svenska domstolar har behandlat praktiktest och i ljuset av principen om fri bevisförning så får det anses stå klart att praktiktest godkänns som bevismedel när detta används av frivilligorganisationer eller enskilda personer.²²⁸ Gruppen av studenter vann tillsammans med DO även två andra mål som prövades av underrätt genom att lägga resultaten från testerna som grund för talan.²²⁹

Att strategiskt arbeta med att få fram bevis som håller för en prövning vid domstol och som även kan rättfärdigas med hänsyn till både de som deltar medvetet som de som så att säga deltar omedvetet kräver givetvis grundligt förarbete. Det som lyfts fram bland dem som har erfarenhet av att ha arbetat med metoden är att testen så långt det går måste utföras metodiskt och att dokumentation av utfallet av testet löpande måste kunna säkras. Det ska inte föreligga några andra skillnader mellan de olika testpersonerna än just den som utgörs av diskrimineringsgrunden som testas. Om det är diskriminering på grund av etniskt ursprung som ska testas så måste testpersonerna i övrigt vara lika vad gäller kön och ålder och de uppgifter som de lämnar till den som testas måste vara likvärdiga. Det som kallas korrespondenstest är givetvis mycket enklare att genomföra enhetligt än faktiska situationstest där den mänskliga faktorn kan komma att spela in.²³⁰

I Sverige är det tillåtet att spela in samtal i hemlighet så länge som man själv deltar i inspelningen och har berättigade skäl för att spela in. Det finns alltså inga hinder för att spela in ett telefonsamtal. Att filma någon utan dennes vetskap är inte reglerat. Beroende på hur testen utförs kan dessa alltså dokumenteras genom såväl filmning som inspelning av ljud.²³¹

De som deltar i testen måste vara väl insatta i förutsättningarna för att testet ska kunna användas. De får inte agera på ett sådant sätt att de kan sägas ha provocerat fram diskrimineringen. Det framhålls även att det kan komma att behövas uppföljning för de som deltar då dessa givetvis kan komma att uppleva testen som obehagliga trots att de varit införstådda med att de kan komma att utsättas för diskriminering.²³²

En annan sak som framhålls är att den som genomför praktiktester bör vara införstådd med att användandet av metoden kommer att ifrågasättas. Det är vanligt att när diskriminering synliggörs så upplevs detta som provocerande och det i sig ställer krav på att testen utförs metodiskt och noggrant så att de inte av den anledningen kan ifrågasättas.²³³

²²⁶ Prop. 2007/08 s. 554f.

²²⁷ Fransson & Stüber, 2010 s. 500.

²²⁸ Lappalainen, 2009 s. 80.

²²⁹ Huddinge tingsrätt mål nr 2688-05; Göteborgs tingsrätt mål nr T 4658-05.

²³⁰ Ahmed & Hammarstedt, 2010 s. 68ff.

²³¹ Se till exempel Prop. 2002/03:110 s. 253; 4 kap. 9a § BrB e contrario; Holmqvist m.fl., 2009 s. 4:40ff; I dagsläget är varken fotografering eller filmning som görs i ”smyg” straffbart oavsett om den som fotograferar eller filmar själv deltar se ex. Bergendahl, SvJT 2009 s. 452.

²³² DO *Praktikprövning – ett verktyg för att uppmärksamma diskriminering.*

²³³ DO *Praktikprövning – ett verktyg för att uppmärksamma diskriminering.*

4 Rättspraxis

4.1 Prövning av bostadsdiskriminering vid hovrätt

4.1.1 Göta hovrätt mål nr T 1666-09

I Göta Hovrätts mål nr T 1666-09 har DO drivit en talan mot ett fastighetsbolag i Örebro. Grunden för talan är att fastighetsbolaget har haft ett särskilt sätt att beräkna hyra när de har hyrt ut lägenheter till flyktingfamiljer. Kvinnan som DO företräder har fått betala 9 999 kr per månad för en lägenhet där den tidigare hyresgästen betalade 5 800 kr per månad. I yrkandet framför DO att detta är att se som ett missgynnande och att det har samband med kvinnans etniska tillhörighet.

Örebro tingsrätt, som först prövade målet, avslog DO:s talan utifrån att den inte ansåg att tillhörighet till gruppen flykting kunde anses sammanfalla med diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet. Hovrätten tolkade däremot diskrimineringsgrunden som vidare och ansåg inte att det fanns några hinder för att pröva målet i sak (se kap. 2.2.3.1).

Då målet rör hyressättning blir hyreslagens (12 kap. JB) reglering av detta belysande för omständigheterna i målet. Hyreslagen ger hyresvärden och hyresgästen en rätt att avtala om vilken hyra de vill men i de fall som en hyresvärd tar ut en överhyra har hyresgästen en möjlighet att få hyran prövad av hyresnämnden enligt 12 kap. 55 § JB. Hyresnämnden ska då sätta hyran till ett ”skäligt belopp”. Som måttstock för vad som är att se som skälig hyra används den så kallade bruksvärdesprincipen. Principen innebär att hyran ska sättas i nivå med de inom det så kallade förhandlingssystemet satta hyrorna på orten. Det som kan påverka om en hyra sätts högre eller lägre är lägenhetens skick och kvalitet. Något utrymme för att sätta hyran i förhållande till hyresgästen som person eller dennes familjekonstellation finns inte.²³⁴

Ett hyresavtal som inte innehåller en så kallad förhandlingsklausul, vilken inte fanns i det hyresavtal som kvinnan i målet tecknat, kan enbart ändras genom ett särskilt förfarande enligt 12 kap. 54-55 §§ JB. Den som vill ändra avtalsinnehållet avseende hyran måste först meddela den andre sitt önskemål skriftligt, motparten har sedan två månader på sig att besvara detta önskemål och om denna inte godtar ändringen måste frågan hänskjutas till hyresnämnden för att kunna drivas igenom. Ändringen av hyran kan inte tillämpas retroaktivt utan den hyresvärd som inledningsvis har fått ett hyresavtal innehållande en oskäligt hög hyra undertecknat har rätt att behålla detta överskott. I och med att det tar tid att få hyran ändrad kan hyresvärden komma att tjäna betydligt på ett sådant upplägg även i de fall när hyran senare sätts ner av hyresnämnden. Hyran för familjen i målet har prövats av hyresnämnden som har ansett att den skäliga hyran för lägenheten ska vara 6 300 kr. Av hyresnämndens protokoll framgår det att familjen har betalat en överhyra på 3 000 – 4 000 kr under drygt två års tid innan ändringen har gjorts.²³⁵

I grunderna för sin talan om diskriminering har DO särskilt lyft fram skillnaden mellan den föregående hyresgästens hyra och den hyra som kvinnan de företräder har fått betala. DO har även tryckt på att samma skillnad föreligger vid en jämförelse av hyran som den andra hyresgästen i samma hus betalar. Som ytterligare en omständighet lyfts skillnaden mellan den hyra kvinnan har fått betala och den hyresnivå som ansetts skälig vid prövningen i hyresnämnden. Hovrätten hänvisar direkt till att bevisbörderegeln ska tillämpas som en

²³⁴ Holmqvist & Thomsson, kommentaren till 12 kap. 55 § JB.

²³⁵ Hyresnämnden i Lindköping ärende nr 427-06.

presumptionsregel på samma sätt som gjorts i NJA 2006 s. 170 och skriver att bevisbördan ska gå över på hyresvärden då dessa omständigheter gett anledning att anta att kvinnan diskriminerats av hyresvärden. Avseende jämförelsen med lägenheterna i huset skriver hovrätten att:

[Hyresvärden] har vidgått att såväl [kvinnans] granne som den föregående hyresgästen i kvinnans lägenhet – som båda är av svenskt ursprung och trots hyresvärden invändningar (se nedan) ligger närmast till hands som jämförelseobjekt- betalade ca 3 500 kr mindre i hyra än henne i månaden.²³⁶

Därefter prövar hovrätten om hyresvärden har kunnat visa på att hyressättningen ”har berott på annat än hennes etniska tillhörighet.”²³⁷ Hyresvärden har i hovrätten anfört att hyran satts högre utifrån antalet familjemedlemmar som ingått i hyresgästens familj och att detta har gjorts för att täcka ökade kostnader för vatten, sophantering och uppvärmning. Hyresvärden har även tagit upp att hyrorna har förhandlats fram i samråd med kommunen som varit de som haft ansvaret för att bereda de av kommunen mottagna kvotflyktingarna boende. Samtidigt som hyresvärden har framfört detta vid domstolen har denne dock uppgett att han anser att underhålls- och reparationskostnader blir högre med flyktingar som hyresgäster och att det är ett problem att det är svårt att få omkostnader för onormalt slitage på lägenheterna betalda i efterhand av just flyktingar.

Hovrätten konstaterar att det visserligen finns stöd för att hyressättningen påverkats av antalet boende i lägenheterna men att hyresvärden inte har kunnat bevisa att detta har varit den enda orsaken till de höga hyrorna. Hovrätten anser att det snarare har framstått mycket tydligt att det faktum att hyresgästen varit flykting har varit en direkt faktor som hyresvärden tagit hänsyn till. Hyresvärden har i denna hänsyn haft en förutsatt uppfattning att flyktingar i allmänhet skulle slita mer på lägenheterna än andra hyresgäster.

Att detta har påverkat hyressättningen anser hovrätten bevisat redan genom hyresvärdens argumentation i domstolen men de framhåller att det även finns stöd i skriftlig bevisning dels från det protokoll²³⁸ som förts vid hyresprövningen i hyresnämnden och dels i bostadsbolagets skriftliga svaromål i tingsrätten. I dessa har hyresvärden uttryckligen uppgett att ”invandrare generellt sätt är dyrare hyresgäster” och ”att det är så gott som omöjligt att debitera utflyttade flyktingar kostnaderna för återställning av lägenheter [...]”²³⁹

Hyresvärden har anfört att de lägenheter som DO har tagit fram som jämförelseobjekt inte kan ses som sådana eftersom det förelegat andra förhållanden vid uthyrningen av dessa, bland annat att kvinnans lägenhet blev renoverad och att grannens lägenhet hyrts ut under speciella förhållanden utan hyreskontrakt. Hovrätten anser inte att hyresvärden har kunnat styrka dessa påståenden och den pekar även på att hyresvärden inte har kunnat förklara varför hyresnämndens beslut om skälig hyra skulle vara fel. Sammantaget konstateras att hyresvärden inte har kunnat fullgöra sin bevisbörda och att kvinnans högre hyra ”i vart fall delvis” varit en följd av att hon är flykting.²⁴⁰ I domskälen framhålls även att det faktum. att kommunen har godkänt hyresnivån, inte kan förändra synen på det inträffade. Bostadsbolaget döms att betala diskrimineringsersättning till kvinnan om 30 000 kr.²⁴¹

²³⁶ Göta hovrätt mål nr T 1666-09 s. 5.

²³⁷ Göta hovrätt mål nr T 1666-09 s. 5.

²³⁸ Hyresnämnden i Linköping ärende nr 427-06.

²³⁹ Göta hovrätt mål nr T 1666-09 s. 6.

²⁴⁰ Göta hovrätt mål nr T 1666-09 s. 7.

²⁴¹ DO hade yrkat på 120 000 kr men hovrätten ansåg att hyresvärden haft som ”primärt syfte att bolaget skulle få täckning för sina förväntade kostnader och att det inte funnits någon omedelbar avsikt att kränka [kvinnan]”. Däremot fick DO full ersättning för sina rättegångskostnader trots att de beloppsmässigt enbart vunnit bifall till en fjärdedel av sin talan. Detta motiveras av hovrätten med att tyngdpunkten i hela processen legat på frågan om diskriminering har skett och att skadeståndets storlek knappast tagits upp av parterna.

4.1.2 Analys av domen

Målet innehåller en mycket tydlig tillämpning av bevisbörderegeln såsom en presumtionsregel. Att kvinnan har missgynnats framgår tydligt i och med den stora hyresskillnaden. Avseende rekvisitet jämförbar situation anför hovrätten att det är tillräckligt att DO har visat på att kvinnan betalat mer hyra än dels den som tidigare bodde i lägenheten och dels den andra familj som bodde i fastigheten. Hyresnämndens beslut kan sägas utgöra ett stödbevis för såväl missgynnanderekvisitet som jämföranderekvisitet.

Jag tolkar domskälen som så att hovrätten, när hyresvärden inte kunnat styrka invändningen om att de två andra hyresgästernas hyror inte kan ses som jämförbara, har ansett att jämförelsen varit tillräcklig för att presumptionen ska så säga slå in. Vad som är intressant i det avseendet är att hovrätten inte tagit in hyresvärdens invändning om att denne satt hyran i förhållande till antalet familjemedlemmar i bedömningen av huruvida en jämförbar situation föreligger. Hovrätten skriver att hyresvärden har kunnat visa att hyran har påverkats av detta men att hyresvärden inte har kunnat visa på att hela hyresskillnaden beror på antalet familjemedlemmar.

Detta kan ses som att hovrätten inte behandlar invändningen om att hyran satts i förhållande till antalet familjemedlemmar som en invändning som kunnat motbevisa något faktum i den del av DO:s talan som grundar presumptionen. De presumerande omständigheterna för att diskriminering föreligger är faktumen att en hyresskillnad föreligger och att kvinnan har annan etnisk bakgrund än de andra två hyresgästerna. Detta kan sägas vara helt i enlighet med uttalandena i NJA 2006 s. 170 om att bevisbördan för rekvisitet orsakssamband ska gå över när en presumtion har gjorts antaglig.

Hovrättens hantering av svarandens invändningar kan även sägas följa Bjørsts schema. Sett utifrån traditionell bevis teori så innebär den tydliga tvåstegsprövningen som hovrätten gör att käranden, DO, får en bevislättning avseende rekvisitet jämförbar situation. Invändningen om att hyresvärden tillämpat skilda hyror utifrån antalet familjemedlemmar har inte medfört att hovrätten ifrågasatt om rekvisitet varit uppfyllt. För att hyresvärden skulle ha kunnat mota tillbaka presumptionen redan i första ledet av prövningen hade denna haft att visa på att även en svensk familj med lika många familjemedlemmar som kvinnans familj hade fått betala den höga hyran. Hovrätten tillämpar uppenbart samma beviskrav som satts upp av Bjørsts för svarandens motbevisning i det första ledet. När denna inte kunnat fullfölja detta krav, att fullt ut styrka motfaktumet, har presumptionen stått kvar. Detta skrivs inte ut i hovrättens dom men det framgår tydligt av att det först är i steg två, när hyresvärden har att motbevisa orsakssambandet, som invändningen tas upp. Målet kan alltså sägas innefatta en bevislättning för käranden avseende rekvisitet jämförbar situation.

I den andra delen av prövningen är det hyresvärden själv som har skapat de tyngst vägande bevisen för att kvinnans etnicitet varit en betydande del av orsaken till den höga hyran. Jag skulle tro att det även utan dessa uttalanden från hyresvärden hade gått att se ett tydligt samband i och med att hyresavtalen föregåtts av förhandlingar med kommunen. Förhandlingarna i sig får sägas vara direkt kopplade till att kvinnan och de andra hyresgästerna som fått betala höga hyror var just flyktingar. Så även detta är en omständighet som talar emot hyresvärden.

Avseende bevismedlen som använts i målet kan det konstateras att DO har byggt sin talan på statistik. Jämförelser har gjorts mellan kvinnan som företräds och två andra hyresgäster. Vidare har hyresvärdens överträdelse av hyreslagens bestämmelser kunnat användas som ett stödbevis. Även om diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL inte i sig kan sägas innehålla några materiella handlingsnormer så går det alltså att se att den hyresrättsliga

regleringen kan användas som en jämförelsenorm i denna situation och att den ger tungt stöd för presumtionen att diskriminering har skett.

Hyresvärdens invändning om att denna har förhandlat fram hyrorna i samförstånd med kommunens tjänstemän har inte påverkat bedömningen till hyresvärdens fördel. I sig är detta helt korrekt eftersom det är hyresvärden som har tillhandahållit bostäderna och därmed är den som omfattas av diskrimineringsförbudet. Men detta kan leda till en följdfråga om huruvida hyressättningen varit angripbar om det varit så att kommunen trätt in som part i hyresavtalet och alltså i sin tur hyrt ut lägenheten till kvinnan? I strikt bemärkelse skulle hyresvärden i den situationen inte varit den som tillhandahållit bostäderna åt familjen utan det skulle vara kommunen. Detta hade förmodligen gjort att hyressättningen inte gick att angripa utifrån diskrimineringslagen (om inte kommunen i sin tur tillämpade skilda hyror för olika grupper av hyresgäster). En mer förslagen hyresvärd (och kommun) hade med andra ord förmodligen kunnat komma vidare med detta upplägg utan att diskrimineringslagen hade kommit att nå situationen.

4.1.3 Hovrätten för västra Sverige mål nr T 3501-08

I målet prövas frågan om en person som har sökt en lägenhet har blivit diskriminerad när han, efter det att hyresvärden har fått reda på att personen är rom, har förvägrats att hyra den lägenhet som han först blivit erbjuden.

Den man som företräds av DO i målet hade svarat på en annons avseende en hyreslägenhet och efter att han hade haft telefonkontakt med hyresvärden blev han visad lägenheten och tackade sedan ja till denna via telefon. Vid det telefonsamtalet framkom det att mannen hade skulder men att han hade en vän som kunde träda in som borgensman. Hyresvärden kontaktade denna vän och det bestämdes att de alla skulle träffas hemma hos borgensmannen. Borgensmannen och mannen som skulle hyra lägenheten uppfattade det som att de skulle träffas för att skriva på hyreskontraktet. Hyresvärden kom hem till borgensmannen och hemma hos honom fanns även dennes sambo samt den blivande hyresgästen. Såväl mannen som sökt lägenheten, borgensmannen och dennes sambo har romskt ursprung. Som grund för talan har DO anfört att hyresvärden så fort denna kom in i lägenheten frågade om mannen var ”zigenare” och sedan uppgett att han kände sig lurad när han insåg att så var fallet.²⁴² Att han har sagt detta uppges i förhören vid tingsrätten av alla som närvarade i lägenheten förutom av hyresvärden själv. Hyresvärden ska även ha sagt att han inte kunde hyra ut lägenheten till mannen på grund av sina andra hyresgäster. Mötet blev mycket kort och något kontrakt skrevs inte. Några dagar senare kontaktade borgensmannen hyresvärden på telefon. Hyresvärden uppgav att denne inte ville hyra ut lägenheten till mannen med motiveringen att han var rädd för övriga hyresgästers reaktioner. Enligt borgensmannen sa hyresvärden i samband med detta att ”det var det här med tvättstugan”.²⁴³

Vid prövningen i domstolen har hyresvärden framfört att det inte var mannens etniska tillhörighet som varit grunden till att denne inte ville hyra ut lägenheten till honom utan att det varit mannens skulder hos kronofogdemyndigheten som var anledningen. Hyresvärden har även uppgett att denne känt sig skrämmd av att mannen hade skulder till brottsofferfonden. Efter besöket hos borgensmannen hade hyresvärden även kontaktat mannens dåvarande hyresvärd och där fått uppfattningen att denne ”ville bli av med honom”.²⁴⁴ Varför de skulle vilja det har hyresvärden däremot inte kunnat lämna några exakta grunder för i målet och det har inte kunnat styrkas att så var fallet genom det förhör som hållits med den

²⁴² Borås tingsrätt mål nr T 1450-07 s. 10.

²⁴³ Borås tingsrätt mål nr T 1450-07 s. 11.

²⁴⁴ Borås tingsrätt mål nr T 1450-07 s. 8.

uthyrningsansvarige hos denna tidigare hyresvärd. Hyresvärden har i domstolen uppgett att han inte kom till mötet för att skriva under hyreskontraktet utan för att få in samtligas personuppgifter så att han kunde göra kontroller av dessa. Något som mannen som skulle hyra lägenheten uppgett att han gett hyresvärden redan vid telefonsamtalet innan mötet hos borgensmannen.

Vid prövningen av målet har samtliga som närvarade vid mötet hörts muntligt. Övrig bevisning utgjordes av två detaljspecifikationer över de telefonsamtal hyresvärden haft med kronofogden, utdrag över mannens skulder hos kronofogden samt två annonser för bostaden.

Tingsrätten konstaterade att diskrimineringsförbudet inte hade överträtts utan ansåg att hyresvärdens berättelse hade stöd i detaljspecifikationen över telefonsamtalen som visar när hyresvärden varit i kontakt med kronofogdemyndigheten. Detta ansåg tingsrätten styrker att hyresvärden inte haft för avsikt att underteckna hyreskontraktet på mötet utan enbart gått till detta för att få in respektive parts personuppgifter eftersom hyresvärden ringt upp kronofogdemyndigheten även efter mötet. Tingsrätten lyfter även fram att mannen hade ett flertal skulder och att detta i sig är en rimlig anledning för en hyresvärd att neka någon ett hyreskontrakt. Tingsrättens dom avslutas med att sammanfatta att hyresvärdens uppgifter varit ”i vart fall lika tillförlitliga”²⁴⁵ som de uppgifter som lämnats av den tilltänkta hyresgästen och dennes borgensman och sambon. Den lyfter även fram att det inte går att bortse från att borgensmannen och hans sambo är nära anhöriga till mannen och att detta kan ha påverkat deras utsagor. Tingsrätten lämnade talan utan bifall. Som grund för detta anför den att det inte visats att ”en sådan presummerande omständighet föreligger, som ger anledning att anta att [mannen] har blivit diskriminerad när han inte fick hyra lägenheten”.²⁴⁶

Hovrätten rev upp tingsrättens beslut och hyresvärden förpliktades att betala ett skadestånd till mannen om 40 000 kr. I domskälen lyfter hovrätten upp bevisbördan och konstaterar att det genom de muntliga förhören med mannen, borgensmannen och dennes sambo har visats på ”omständigheter som ger anledning anta att [mannen] har blivit diskriminerad på ett sätt som har samband med hans etniska tillhörighet”.²⁴⁷ Hovrätten konstaterar att det oavsett vad som var syftet med mötet hemma hos borgensmannen så är det i målet klarlagt att hyresvärden har haft en lägenhet att hyra ut och att han har begett sig till mötet med vetskapen om att den tilltänkte hyresgästen hade skulder. Hovrätten bedömer de närvarande i lägenhetens berättelser som tillförlitliga och anser att det därigenom är styrkt att hyresvärden ”uttryckt i vart fall förvåning över mannens etniska tillhörighet som rom”²⁴⁸ och att hyresvärden även uttalat att på grund av detta så var mannen inte en önskad hyresgäst. Hovrätten konstaterade att det är ostridigt att mannen inte blev erbjuden hyreskontraktet efter detta möte. Hovrätten ansåg därmed att DO:s bevisbördan var fullgjord och hovrättens bedömning går efter det över till att avgöra om hyresvärden i sin talan har kunnat visa på att diskriminering inte har förekommit.

Vid denna bedömning konstateras att hyresvärden i och för sig har haft sakliga skäl att inte erbjuda mannen hyreskontraktet eftersom mannen har haft skulder men att de uttalanden som hyresvärden har gjort när han träffade mannen och vid telefonsamtalet efter mötet ändå måste ses som att han har valt att inte hyra ut lägenheten till mannen på grund av mannens etnicitet. Hovrätten konstaterar att det genom detta ska anses utrett att en hypotetisk jämförelseperson med annan etnisk tillhörighet som hade samma skulder men en solid borgensman hade fått hyra lägenheten. Hovrätten konstaterar att hyresvärden inte har

²⁴⁵ Borås tingsrätt mål nr T 1450-07 s.13.

²⁴⁶ Borås tingsrätt mål nr T 1450-07 s.14.

²⁴⁷ Hovrätten för västra Sverige mål nr T 3501-08 s. 5.

²⁴⁸ Hovrätten för västra Sverige mål nr T 3501-08 s. 5.

[...]förmått visa att [mannen] gick miste om hyreskontraktet endast på grund av andra omständigheter än hans etniska tillhörighet, dvs. de har inte bevisat att diskriminering inte förekommit. Vid sådant förhållande ska direkt diskriminering anses föreligga.²⁴⁹

4.1.4 Analys av domen

Både i tingsrättens och i hovrättens dom står det klart att domstolen anser att den händelse som käranden, DO, har beskrivit i sig är att anse som diskriminering. Förvägras en person att hyra en lägenhet av den anledningen att personen är rom så utgör detta ett brott mot diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL. Den centrala frågan för prövningen är såväl i tingsrätt som i hovrätt tillämpningen av bevisbörderegeln och beviskravet på den som har diskriminerats. De båda domarna sedda tillsammans belyser hur svår tillämpningen av bevisbörderegeln kan vara men framförallt blir det tydligt vilken effekt bevisbörderegeln får för utgången i målet när denna tillämpas som en presumtionsregel eftersom utgången skiljer sig åt mellan tingsrättens dom och hovrättens dom.

Jag finner att tingsrättens dom är tvetydig i det att det i domskälen skrivs ut att hyresvärden i och med uppgifterna om mannens skulder och särskilt skulden till brottsofferfonden skulle ha ”en rimlig anledning” att neka mannen hyreskontraktet. Det är inte ett anmärkningsvärt uttalande i sig och det skulle väl kunna fungera som ett sådant objektiva skäl som inte var kopplat till mannens etnicitet och som skulle kunna visa på att diskriminering inte förekommit. Men vid tingsrättens prövning gör anförandet av detta att prövningen förskjuts på ett sätt som inte kan sägas återspegla en korrekt tillämpning av bevisbörderegeln. Jag anser att tingsrätten gör precis det som anförs inte vara förenligt med syftet bakom bevisbörderegeln; den prövar all bevisning i samma sammanhang.

Utifrån grunderna för yrkandet så är det hyresvärdens uttalanden till mannen vid mötet hos borgensmannen och vid telefonsamtalet med borgensmannen som är det faktum som påvisar att diskriminering har skett. Tingsrätten ställer värderingen av mannens, borgensmannens och sambons utsagor direkt gentemot värderingen av hyresvärdens samtliga uppgifter. De omständigheter som är centrala för påvisandet av diskriminering ställs direkt mot en ”samlad bedömning” av allt som hyresvärden har anfört. Följden blir att någon bevislättning för den diskriminerade inte uppstår i och med att tingsrätten lägger denna samlade bedömning till grund för att presumptionen inte slår in. Prövningen framstår göras på en endimensionell skala.

Det som jag tycker är tvetydigt i tingsrättens domskäl är att jag på sätt och vis skulle kunna se att tingsrätten hade kunnat komma till samma domslut utan denna förskjutning, eller snarare brist på förskjutning, av bevisbördan. Vid bevisvärderingen av mannens och hans anhörigas utsagor så antyds det att tingsrätten anser att dessa inte skulle vara helt tillförlitliga. I sig tycker jag att detta skulle ha kunnat leda tingsrätten till slutsatsen att diskriminering inte förelegat. Men för att komma till den slutsatsen hade tingsrätten behövt pröva målet tydligt i två steg. Att ett missgynnande har skett, mannen har inte fått lägenheten, är inte i sig tvistigt. Utsagorna från mannen och de övriga i lägenheten utgör endast stödbevisning för antagandet att diskriminering är för handen. Det som tingsrätten missar att ta ställning till är om rekvisitet jämförbar situation kan anses vara uppfyllt.

Frågan om den jämförbara situationen är däremot den helt avgörande länken för hovrättens bedömning. Hovrätten använder, i enlighet med lagtexten, en hypotetisk jämförelseperson. Användandet av denna visar tydligt på vad hyresvärden hade behövt bevisa för att kunna trycka tillbaka presumptionen om diskriminering; För att kunna vinna målet redan i detta skede, i det första ledet av prövningen, hade hyresvärden behövt visa på att han inte skulle ha

²⁴⁹ Hovrätten för västra Sverige mål nr T 3501-08 s. 6.

hyrt ut till någon med skulder överhuvudtaget oavsett dennes etnicitet. Hovrätten lyfter att detta i sig direkt motsägs av det faktum att hyresvärden har begett sig till ett möte med en borgensman för en hyresgäst. Detta kan ses som att i samma ögonblick som hyresvärden beger sig till mötet med borgensmannen så försvinner hyresvärdens möjligheter att använda detta faktum, att hyresgästen hade skulder, för att bryta presumtionen. Om mannens skulder skulle ha varit ett problem så skulle hyresvärden inte gått med på att möta en borgensman. Omständigheten att hyresvärden begett sig till mötet med borgensmannen, vilken kan sägas vara det faktum som stödjer rekvisitet jämförbar situation, är inte tvistigt i målet. Ser man på tingsrättens dom kan det konstateras att tingsrätten uppenbart har missat att ta med denna omständighet i bedömningen med följderna att domskälen kan sägas vara ofullständiga.

Sett utifrån rekvisiten missgynnande och den jämförbara situationen kan det alltså tydligt sägas att en presumtion för diskriminering föreligger i målet. Det är också först därefter som hovrätten går över till att pröva hyresvärdens invändningar. Genom att göra detta ställer inte hovrätten, såsom tingsrätten, faktumet att mannen hade skulder mot faktumet att hyresvärden uttryckt sig negativt till att hyra ut till mannen på grund av dennes etnicitet. Tillämpningen av bevisbörderegeln såsom en presumptionsregel får det resultatet att existensen av de presumtionsgrundande omständigheterna inte kan motbevisas av ett faktum som inte är direkt riktat mot dessa. Detta i sig visar tydligt på en tillämpning i linje med Bjørsts analys där bevisningen i diskrimineringsmål inte kan utföras på en endimensionell skala. Men i och med att uppfyllandet av rekvisitet jämförbar situation egentligen inte prövas eftersom det kan sägas byggas upp av omständigheter som i sig inte är tvistiga så kan däremot inte målet sägas visa på någon egentlig bevislättning avseende rekvisitet. Möjligheten att använda en hypotetisk jämförelseperson kan i och för sig ses som en sorts bevislättning men denna följer direkt av lagtexten.

Jag tycker hovrättens prövning av målet tydligt visar på att svaranden har full bevisbörda för rekvisitet orsakssamband. Hovrätten anser inte att hyresvärden kunnat motbevisa att det funnits ett samband mellan att mannen nekats hyreskontraktet och mannens etnicitet. I och med att prövningen av parternas berättelser om vad som sagts vid mötet först kommer att prövas i detta andra steg när bevisbördan ligger helt på svaranden så är det denna som förlorar om båda anses vara lika trovärdiga. Här hade jag kunnat se att tingsrätten, eftersom de antyder att de inte ansett kärandens utsagor som lika tillförlitliga vilket är en bevisvärdering som inte delas av hovrätten, hade kunnat komma till samma domslut som de gjort även om den tillämpat bevisbörderegeln korrekt. För att undvika ett sådant domslut hade det, sett utifrån ett strategiskt arbete med bevismedel, varit bra om till exempel borgensmannen när han ringde upp hyresvärden efter mötet hade spelat in detta samtal.

4.2 Prövning av bostadsdiskriminering vid tingsrätt

4.2.1 Nacka tingsrätt mål nr T 1705-08

DO har fört en talan mot ett större fastighetsbolag vid Nacka tingsrätt i mål nr T 1705-08. Grunden för DO:s talan är en anmälan från en kvinna som upplevt att hon har missgynnats under besiktningsförfarandet som skedde då hon bytte lägenhet med en annan hyresgäst inom samma fastighetsbolag. Kvinnan har framfört att hyresvärden inte gjorde en fullgod besiktning av den lägenhet som hon flyttade till samtidigt som detta gjordes i den lägenhet hon lämnade. Inte heller den ombesiktning som gjordes av hyresvärden efter att kvinnan flyttat in har hon upplevt som fullständig. Kvinnan har upplevt att hyresvärdens handlande, där hon behandlats annorlunda än den andra hyresgästen, har haft samband med hennes turkiska ursprung. Den hyresgäst som hon bytte lägenhet med har svenskt ursprung.

Hyreslagens regler om hyresvärdens ansvar för en bostads skick och underhåll och om hyresgästens ansvar för skador som denna orsakar under boendetiden är belysande för omständigheterna i målet.

Hyresvärdens ansvar regleras ingående i 12 kap. 9-18 §§ JB och kan sägas innefatta dels ansvarsbestämmelser för vissa uppkomna skador men även riktlinjer för vilket underhåll som kan krävas från hyresvärdens sida. En utgångspunkt för ansvarsfördelningen kan sägas vara att en hyresgäst endast ansvarar för skador som denna eller någon den ansvarar för har orsakat genom vårdslöshet. Av 12 kap. 23-25 §§ JB framgår att hyresgästen har en vårdplikt avseende bostaden. En hyresgäst kan sägas ha rätt till normalt slitage på lägenheten men kan komma att få betala ersättning för skador eller åtgärder som denna har gjort i lägenheten när dessa inneburit ett onormalt slitage. Av formuleringen i 12 kap. 24a § JB följer att ersättningen ska motsvara den inverkan som skadorna eller åtgärderna har i förhållande till lägenhetens bruksvärde.²⁵⁰

DO framför i målet att det vid besiktningen av den lägenhet som kvinnan bott i togs det ingen hänsyn till att hon hade bott där under en längre tid eller att vissa av de skador som hon blev ersättningsskyldig för var skador som hade orsakats dels genom att hyresvärden inte åtgärdat att fästena på en dörr släppt och dels hade uppstått när hyresvärdens personal bytt ett kylskåp i lägenheten. Hon uppges ha anmält detta till hyresvärden redan då skadorna uppstått men skadorna hade inte åtgärdats. Hyresvärdens besiktning av hennes lägenhet uppges ha tagit betydligt längre tid och gjordes mycket noggrannare än den besiktning som gjordes av lägenheten som kvinnan flyttade till. När den hyresgäst som bodde i lägenheten som kvinnan bytte till påpekade att en spricka i handfatet som hon blivit ersättningsskyldig för hade funnits redan då hon flyttade in ansträngde sig hyresvärden för att undersöka om så var fallet. Hyresvärden gick igenom tidigare besiktningar av lägenheten och hittade att skadan tagits upp där och avskrev efter det denna hyresgästs ersättningsskyldighet. Kvinnan som DO företräder fick däremot ersätta exempelvis innerdörrar och socklar i sin lägenhet som hon hade målat trots att hon erbjudit sig att själv köpa nya dörrar och montera dessa.

När kvinnan flyttat in i den nya lägenheten var hon inte nöjd med den besiktning som gjorts av denna eftersom hon upptäckte flera brister. Hyresvärden utförde två ombesiktningar varvid det vid den andra, som utfördes av en annan besiktningsman än de tidigare, upptäcktes skador i lägenheten som inte tagits upp vid de tidigare besiktningarna. Bland annat hittades spikhål i dörren till hallen. I detta andra besiktningsprotokoll togs det även upp att kvinnan ville ha köket och sovrummet tapetserat. I tingsrättens dom uppges det att det på grund av att det inte framgick av detta besiktningsprotokoll vad som behövde åtgärdas så godtogs inte denna besiktning av hyresvärden.²⁵¹ Efter detta har hyresvärden besökt kvinnans nya lägenhet ytterligare en gång och då tagit upp fler skador men det är först efter det att kvinnan har kontaktat DO och hyresgästföreningen som hyresvärden har återkommit för att åtgärda skadorna.

DO för, förutom omständigheterna kring besiktningen, fram att fastighetsbolagets agerande inte är att se som ett enskilt misstag från hyresvärdens sida utan DO anför att flera av hyresvärdens hyresgäster med utländsk bakgrund har blivit negativt särbehandlade. Som exempel på detta framförs en annan besiktning som utförts av hyresvärden. Denna hyresgäst, som inte hade svenskt ursprung, fick först efter flera ombesiktningar hyresvärden att anteckna skador i lägenheten och att åtgärda dessa. Den svenska hyresgäst som flyttat ut från denna lägenhet behövde, likt den svenska hyresgäst som flyttade ut ur lägenheten som kvinnan flyttade in i, aldrig betala något för dessa skador.

²⁵⁰ Holmqvist & Thomsson, kommentaren till 12 kap. 24a § JB.

²⁵¹ Nacka tingsrätt mål nr T 1705-08 s. 5.

Hyresvärden framför i sin talan att de följer SABO:s²⁵² broschyr *Nyckeltal för lägenhetsreparationer* vid avflyttningsbesiktningar och att det är denna som legat till grund för båda besiktningarna. De hänvisar till att det tagit längre tid att besiktiga den lägenhet som kvinnan flyttat ifrån på grund av att denna varit större. De hänvisar även till hyreslagens bestämmelser om att en hyresgäst inte kan göras betalningsskyldig för skador som upptäckts efter det att hyresgästen flyttat från en lägenhet och att det därför är i deras intresse att besiktningarna görs så noggrant som möjligt. Avseende att den andra hyresgästens ersättningskrav skrivits av framför de att detta skett eftersom det hittades anteckningar om den skadan men att det inte gick att hitta någonting om att skadorna i kvinnans lägenhet hade anmälts. Efter att kvinnan hade påtalat detta skrevs däremot ersättningen för en av dessa skador av. Hyresvärden framför även att den nya lägenheten, efter kontakten med hyresgästföreningen, har blivit omtapetserad och renoverad utifrån de önskemål som kvinnan framfört. Detta har gjorts utan att hyresvärden, vilket anförs är det vanliga, gjort något hyrestillägg. Hyresvärden uppger att kvinnan därigenom fått ”en mer gynnsam behandling än vad bolagets hyresgäster normalt får”.²⁵³

I domskälen framkommer att den lägenhet, som DO hänvisat till som grund för att hyresvärden även handlat på ett sätt som missgynnat en annan hyresgäst i samma situation som kvinnan, ligger inom ett bostadsområde där hyresgästföreningen tillsammans med den tidigare hyresvärden har förhandlat bort det tidigare underhållet. Denna omständighet i DO:s talan tas efter detta konstaterande inte upp vidare i domskälen.

Tingsrätten anser inte att DO har kunnat styrka de faktiska omständigheterna i målet. Den framför att hyresvärden har tillämpat SABO:s riktlinjer för ersättningsnivåer och åldersavdrag i båda lägenheterna. Den ommålning som gjorts av kvinnan själv i lägenheten har inte gjorts som den skulle, den har inte gjorts på ett ”fackmannamässigt sätt”, när detta har skett så gäller inte avskrivningstid enligt de riktlinjer som hyresvärden följt utan detta ska ersättas oavsett om hyresvärden annars hade haft att utföra underhåll. Tingsrätten anser att DO har inte heller har kunnat styrka att kvinnan anmält skadorna som orsakats av hyresvärdens personal till hyresvärden. Utifrån detta lämnar tingsrätten DO:s talan utan bifall redan på den grunden att DO inte kunnat visa att kvinnan har ”blivit missgynnad i förhållande till [den andra hyresgästen] eller till hur någon annan hyresgäst skulle ha blivit behandlad i en jämförbar situation”.²⁵⁴ DO har inte överklagat domen.

4.2.2 Analys av domen

Målet kan sägas kretsa kring fastställandet av om rekvisiten för direkt diskriminering är uppfyllda. Jag ser det därför som lämpligt att studera prövningen samt grunderna utifrån dessa tre rekvisit; missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband.

I grunderna som DO anför framförs att kvinnan i målet skulle ha missgynnats på åtminstone två sätt; hennes nya lägenhet har inte besiktigats fullständigt och ersättningskraven har inte beräknats utifrån dels den tid hon har bott i lägenheten och dels att hon för vissa skador inte skulle vara ansvarig. Jag ser detta som att det görs gällande att talan innefattar två missgynnanden.

För att kunna se att kvinnan överhuvudtaget har missgynnats på grund av att hennes nya lägenhet inte har besiktigats ordentligt måste man se till vilka konsekvenser som en bristande besiktning skulle kunna innebära. Det primära syftet med en besiktning är att fastställa huruvida den avflyttande hyresgästen ska göras ersättningskyldig för skador eller åtgärder

²⁵² Sveriges allmännyttiga bostadsföretag.

²⁵³ Nacka tingsrätt mål nr T 1705-08 s. 8.

²⁵⁴ Nacka tingsrätt mål nr T 1705 .08 s. 12.

som denna gjort i bostaden. Den inflyttande hyresgästen kan, vilket kan utläsas av målet, ha nytta av besiktningsprotokollet när denna i sin tur flyttar ut från lägenheten eftersom det i detta går att se vilka skador som fanns redan när hyresgästen flyttade in och som denna därmed alltså inte kan göras ersättningsskyldig för när denna flyttar ut. I målet kopplas även besiktningsförfarandet samman med kvinnans önskemål om att få skador och underhåll i lägenheten åtgärdade av hyresvärden. Utifrån syftet med besiktningsförfarandet finns det inte något egentligt samband mellan besiktningen och dessa krav. Men DO:s talan kan, tycker jag, tolkas som att då kvinnan upplevt att den nya lägenhetens standard brister så har hyresvärdens fullständiga besiktning av denna blivit till en förutsättning för att hon ska kunna få dessa brister åtgärdade. Det centrala är alltså egentligen inte i denna del själva besiktningen utan hyresvärdens nekande till att åtgärda bristerna. Missgynnandet som tas upp i DO:s talan utifrån besiktningen förstår jag som ett missgynnande innefattande att kvinnan i förlängningen, när skadorna i lägenheten inte åtgärdas, erhåller en lägenhet som kan förmodas ha sämre standard än andra hyresgästers lägenheter. Den bristfälliga besiktningen kan även tänkas leda till att kvinnan vid utflyttningen från denna skulle komma att bli ersättningsskyldig för skador som hon själv inte åstadkommit i lägenheten. Missgynnandet kan sägas bero på hyresvärdens underlåtenhet att göra något.

Effekten av det andra missgynnandet, att ersättningsnivåerna inte skulle ha beräknats korrekt, innebär i sig en tydligare skada i form av en ekonomisk förlust.

Att det rör sig om två skilda händelser innefattande flera olika missgynnande effekter syns däremot inte vid prövningen. En förklaring till detta som jag skulle vilja framhålla är att detta inte heller framgår så tydligt av DO:s talan i målet. Däremot anser jag att det är nödvändigt att skilja de båda händelserna åt för att förstå domen och att det även därigenom går att se hur en alternativ talan hade kunnat byggas upp.

Av vikt för att kunna se att en presumtion, för diskriminering, föreligger i målet är rekvisitet jämförbar situation. Den jämförbara situationen för besiktningen av kvinnans nya lägenhet hittas rimligtvis i hyresvärdens besiktning av hennes gamla lägenhet. Utifrån hur jag uppfattar vad som avsetts med missgynnandet i denna del visar denna besiktning på en jämförbar situation eftersom den alltså gjorts inför att en svensk hyresgäst skulle flytta in. Det har av DO anförts att hyresvärden utförde en grundligare besiktning av denna lägenhet och det är ostridigt så att hyresvärden har tagit upp ett flertal skador i besiktningsprotokollet. För att se att en skillnad föreligger mellan hur hyresvärden utfört besiktningarna måste det kunna sägas att denna inte tagit upp brister i den lägenhet kvinnan flyttade till trots att det funnits sådana. Att det funnits skador som inte tagits upp i besiktningsprotokollet kan sägas stödjas av att hyresvärden har kommit att ta upp dessa vid den senare ombesiktningen.

Det skulle alltså gå att säga, utifrån den jämförelsen, att de båda hyresgästernas skydd för att vid avflyttning bli ersättningsskyldiga framstår som olika. Däremot framgår det ingenstans i domen huruvida hyresvärden faktiskt har reparerat de skador som kvinnan i målet blivit ersättningsskyldig för. Jag kan inte se att det har anförts någon jämförbar situation eller gjorts någon jämförelse som kan sägas ta sikte på den effekten av missgynnandet som inneburit att kvinnan inte fått bristerna i lägenheten åtgärdade. Att hyresvärden har åtgärdat skador i lägenheten och renoverat denna först efter att hyresgästföreningen och DO kopplats in anser jag skulle kunna användas som stödombständigheter för att hyresvärden normalt sett, för svenska hyresgäster, skulle ha gjort detta. En hypotetisk jämförelse hade kunnat göras med utgångspunkt i påståendet att hyresvärden normalt sett åtgärdar brister i sina lägenheter. Men det går inte att utesluta att hyresvärden, precis som de har uppgett, har gått utöver sitt normala förfaringsätt när de till slut gjort detta i kvinnans lägenhet. Denna invändning från hyresvärden skulle ha kunnat fungera som ett motbevis mot en presumtion att diskriminering föreligger men det hade givetvis krävts att hyresvärden kunnat styrka att detta var deras (något underliga) praxis.

Jag tycker att detta är ett spår som egentligen inte framstår ha blivit prövat i tingsrättens dom. Utgången för frågan huruvida kvinnan missgynnats på grund av den bristfälliga besiktningen för att hon som en följd av detta inte fått lägenheten underhållen hade krävt mer information om hyresvärdens normala rutiner kring reparationer och underhåll. Detta tas överhuvudtaget inte upp i domen. Förmodligen ligger orsaken till detta främst i grunderna för DO:s talan och hur den slutliga prövningen av frågan hade blivit går inte att säga något om. Däremot anser jag att det går att se att rekvisiten är uppfyllda avseende ett missgynnade som enbart omfattar effekten att kvinnan skulle kunna bli ersättningsskyldig för skador som hon inte själv orsakat i lägenheten när hon flyttar ut och att en jämförbar situation kan sägas finnas i den andra besiktningen som tagits upp i målet. Det ska dock framhållas att det ju inte är säkert att hon skulle bli ersättningsskyldig för dessa skador.

Jag finner att det i domskälen egentligen endast har tagits ställning till det andra spåret i DO:s talan: Huruvida kvinnan missgynnats vid beräkningen av hennes ersättningsskyldighet.

Det är tydligt i målet att DO inte har kunnat styrka att kvinnan blivit ersättningsskyldig för skador som skulle ha vållats av hyresvärdens personal. Hon har påstått att hon har anmält dessa men något bevis för att hon faktiskt har gjort detta har inte kunnat läggas fram. Att det är kärandesidan som har bevisbördan för detta är helt rimlig både utifrån den hyresrättsliga regleringen av hyresgästens ansvar för skador som uppstår under hyrestiden och utifrån bevisbördan som åligger käranden avseende rekvisitet missgynnande. Det har alltså inte ens kunnat visas på att kvinnan oavsett samband med diskrimineringsgrunden har missgynnats på grund av detta ersättningskrav.

Det andra ersättningskravet som tas upp är det som rör att kvinnan har ålagts att betala de dörrar och socklar som har målats om på ett ” icke fackmannamässigt sätt ” av kvinnan. Det är något förvånande att såväl hyresvärden som domstolen beskriver att detta ska ersättas fullt ut. Enligt 12 kap. 24a § JB är en hyresgäst endast ersättningsskyldig för åtgärder denna gjort själv i lägenheten i proportion till hur mycket åtgärden har påverkat lägenhetens bruksvärde. Det framgår inte någonstans i domen hur ommålningen faktiskt är gjord. Detta hade alltså i sak, är min åsikt, i varje fall kunnat förtydligas. Om det vore så att ersättningskraven varit högre än vad som följer av hyresrättslig reglering hade det i sig kunnat anföras som åtminstone en stödombständighet för DO:s talan.

Domskälen cirkulerar i stor del kring de uppgifter som hyresvärden har lämnat om att de tillämpar SABO:s nyckeltal. Detta kan ses som att hyresvärden har lagt fram ett bevis om att de tillämpat samma regler för kvinnan som de gör för alla hyresgäster. Tingsrätten har ansett att denna hänvisning har kunnat så att säga slå undan presumtionen att diskriminering föreligger. Detta belyser direkt vilka beviskrav som har ställts på DO i målet. DO hade varit tvungna att visa på att ersättningsanspråken som ålagts kvinnan var högre än de som följer av SABO:s nyckeltal eller att hyresvärden inte tillämpade samma bedömningsgrunder för andra, svenska, hyresgäster. Först därefter skulle tingsrätten ha ansett att DO skulle kunna anses ha fullföljt sin bevisbörda och att presumtionen skulle kunna läggas till grund för vidare prövning av målet.

Det finns ingenting i DO:s talan som ens tar sikte på detta. Jag tycker också att det är högst rimligt att bevisbördan i detta läge blir hög. Om det hade varit så att hyresvärden inte alls kunnat redogöra för utifrån vilka grunder som denna bedömt ersättningsskyldigheten hade hyresvärdens system för detta kunnat sägas vara icke transparent och beviskravet på käranden skulle då, utifrån Bjørsts analys av målet *Danfoss*²⁵⁵ och uttalandena i samband med målet *Enderby*,²⁵⁶ ha kunnat sänkas. Men när så inte är fallet måste käranden kunna möta upp svarandens invändning för att det ska kunna sägas att denna har uppfyllt sin bevisbörda.

²⁵⁵ C-109-88 Danfoss.

²⁵⁶ C-127-92 Enderby; se även C-236-98 Jämställdhetsombudsmannen.

Av beviskravet som alltså indirekt framgår i domskälen och hyresvärdens invändningar syns det en mycket tydlig brist i DO:s talan avseende rekvisitet jämförbar situation. För att en jämförbar situation skulle vara för handen är det ett rimligt krav att jämförelsen som anförs som grund för rekvisitet hade kretsat kring samma sorts eller i varje fall liknande skador och åtgärder som kvinnan blivit ersättningskyldig för. Det framstår i målet som att DO har hävdad att jämförelsen skulle göras med det icke existerande ersättningskrav som den hyresgäst som flyttat ut ur kvinnans nya lägenhet fått. För att en jämförelse med den hyresgästen skulle kunna fungera fullt ut så skulle det ha krävts att DO anfört att skadorna på dörrarna och socklarna inte ens funnits eller att samma sorts skador funnits även i den andra lägenheten. Detta har, vad jag kan se, inte påståtts annat än indirekt genom att kvinnan lyft att det fanns brister i den lägenhet hon flyttat till. Det framgår däremot att detta var en helt annan typ av skador.

I brist på tydligt utpekad grund för vad som skulle vara att anse som den jämförbara situationen anser jag att tingsrättens bedömning framstår som helt korrekt. För att DO skulle ha kunnat fullgöra sin inledande bevisbörda och därmed även höja nivån för vad motparten hade behövt presentera för att freda sig mot talan avseende ersättningskraven, hade DO, anser jag, behövt påvisa att dessa nyckeltal och riktlinjer inte tillämpats vid andra besiktningar jämförbara med den som gjordes av kvinnans lägenhet eller i varje fall att de tillämpats mindre strikt.

Att den lägenhet som påtalats, där lägenhetsunderhållet avtalats bort, vid prövningen i detta led inte kan ses som stöd för DO:s talan förefaller fullt rimligt. Men hyresvärden, som dessutom är en större sådan, måste ha gjort fler besiktningar. DO hade, för att bygga upp sin talan, kunnat begära ut protokoll från dessa för att få faktiska jämförelsetal för ersättningsnivåerna. De kunde även ha sett till ersättningsnivåer som prövats i hyresrättsliga mål och på så vis kanske kunnat stödja att kvinnan krävts på onormalt höga ersättningskostnader i jämförelse med en hypotetisk jämförelseperson. Att detta hade kunnat vara en möjlig väg att gå förutsätter givetvis att det verkligen varit så att kvinnan fått betala onormalt mycket, vilket egentligen aldrig fullt ut påstås i målet. Bristen på utredning kring detta har gjort att DO har tappat målet redan på den grunden att missgynnande i sig inte har kunnat påvisas.

Även om jag ser att det hade kunnat finnas möjligheter att nå viss framgång i målet så tror jag att det generellt är mycket svårt att påvisa diskriminering just vid besiktningsförfaranden. Svårigheten ligger i att prövningen alltid kommer att bli avhängig de specifika omständigheterna vid just ett tillfälle. Möjligheterna för en hyresvärd att framföra hur ersättningskyldigheten har pålagts eller inte pålagts olika hyresgäster utifrån faktiska och neutrala kriterier får anses stora i och med de faktiska skadorna som i sig kan mätas och dokumenteras. I varje fall de större hyresvärdarna kan också förmodas ha relativt väl utbyggda rutiner kring detta.

Ett tänkbart sätt att ändå nå diskriminering tror jag skulle kunna vara genom att anföra sådan stödbevisning som DO tagit upp i målet men i större skala. Om det gick att visa på att hyresgäster med annan etnisk bakgrund än svensk alltid ålades att betala höga ersättningskrav samtidigt som svenska hyresgäster oftare slapp helt undan skulle det kunna medföra att kravet på hyresvärden att redogöra för sin tillämpning av det till synes öppna systemet höjdes. Effekten skulle bli att det skulle krävas mer av hyresvärden för att denna skulle kunna mota undan en presumtion om att diskriminering förelåg.

Det ska även framhållas att såsom målet skulle kunna tolkas utifrån ordvalen, att hyresvärden krävt en hyresgäst på ett större belopp än vad som hyresrättsligt skulle vara tillåtet, så är det i sig enbart en indikation på att diskriminering föreligger eftersom diskrimineringslagen inte kan sägas innebära några materiella krav. Överträdelse av hyreslagen är inte en överträdelse av diskrimineringsförbudet per se. Men jag anser att det,

om så var fallet, hade kunnat lyftas upp som en omständighet som väl kunde stödja den diskriminerades talan. Tyngden av att anföra detta som stöd ligger i det faktum att en hyresvärd för att bemöta detta hade haft att påstå att den alltid tillämpade krav i strid med hyreslagen gentemot sina hyresgäster. Förvisso är det inte alls uteslutet att det i många fall kan vara en korrekt bild av verkligheten men det kan förmodas ta emot för en svarande att stå fast vid att detta är den sanna bilden.

Avslutningsvis skulle jag vilja framhålla att jag tror att en talan lik den som jag endast delvis tycker återfinns i målet, om att kvinnan inte fått samma möjlighet att överhuvudtaget få hyresvärden att notera hennes krav på reparationer eller att utföra dessa reparationer samt utföra underhåll av lägenheten visar på ett område som diskrimineringsförbudet enklare skulle kunna nå fram till. Jag kan se att det skulle gå att relativt lätt bevisa att diskriminering skett i den situationen eftersom den diskriminerade endast skulle behöva bevisa att något inte har gjorts för att bevisbördan ska gå över på hyresvärden. Om hyresgästen kunnat påvisa att hyresvärden inte underhållit lägenheten eller reparerat skador i denna genom att visa på att skador finns och att underhållet är eftersatt så blir det smått absurt om hyresvärden, för att häva presumtionen, gentemot detta anför att denne inte efterhåller standarden i någon av sina lägenheter oavsett vem som bor där. Precis som jag tagit upp ovan så är det däremot inte uteslutet att detta mycket väl skulle kunna vara en korrekt bild av verkligheten och om så var fallet föreligger egentligen ingen överträdelse av diskrimineringslagen.

Utifrån europadomstolens praxis hade det däremot, om hyresvärden misskött underhållet betydligt, kunnat sägas att diskriminering föreligger eftersom att det när någon tvingas bo under alltför dåliga förhållande har ansetts utgöra förnedrande behandling som faller under artikel 3 EKMR.²⁵⁷ Europadomstolen har i *Smith och Grady* mot Förenade Kungariket²⁵⁸ ansett att förnedrande behandling i vissa fall kan ses som diskriminering.

Det sista hade givetvis inte varit en möjlig invändning i målet som tagits upp här eftersom omständigheterna inte pekat ut några särskilt långtgående missförhållanden, om ens några. Men om så varit fallit hade en talan, tror jag, kunnat byggas upp utifrån premisserna att rekvisitet om en jämförbar situation blir underordnat i vissa fall när det kan sägas att jämförelsen ska göras med alla och att ingen ska behöva tåla att bli utsatt för missgynnandet som en anmärkningsvärt dålig boendestandard innebär.

4.2.3 Lidköpings tingsrätt mål nr T 1596-06

I målet har Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (OMED)²⁵⁹ stämt en hyresvärd i en mindre kommun för diskriminering. Kvinnan som OMED företräder är en romsk kvinna som har tecknat ett hyresavtal för en lägenhet till sig och sina barn. Lägenheten är en av två lägenheter som hyresvärden hyr ut i den fastighet där även hans näringsverksamhet, ett tvätteri, är belägen.

Kvinnan och hennes familj påbörjade inflyttningen i lägenheten samma dag som kontraktet skrevs och bodde där i en vecka men åkte sedan bort. När de kom tillbaka på kvällen några dagar senare fann de att låset i ytterdörren in till fastigheten var utbytt och att de inte kunde komma in. Kvinnan ringde upp hyresvärden som sa till henne att hon inte längre var välkommen som hyresgäst. Dagen efter detta återvände kvinnan till fastigheten och kunde då

²⁵⁷ Moldovan m.fl. mot Rumänien 2005.

²⁵⁸ Smith och Grady mot Förenade kungariket 1999.

²⁵⁹ Ombudsmannen mot etnisk diskriminering förkortades DO när denna fanns. Jag använder här förkortningen OMED eftersom det är den förkortning som nuvarande DO använder i sitt arkiveringssystem för att skilja ut ärenden som anmälts till den tidigare ombudsmannen.

komma in genom ytterdörren men fann att hon inte kunde låsa upp lägenhetsdörren med den nyckel som hon hade fått av hyresvärden vid inflyttningen. Kvinnan kontaktade därefter socialtjänsten för att få hjälp med situationen.

Personal hos socialtjänsten ringde upp hyresvärden. Vid detta samtal uppgav hyresvärden att han kände sig lurad av kvinnan eftersom hon hade uppgett att hon var thailändska och inte rom. Hyresvärden uppgav även att den andra hyresgästen i huset samt de anställda i hans näringsverksamhet hade klagat över att det bodde ”zigenare” i huset. Dessa ska enligt hyresvärden även ha hotat med uppsägning om han lät kvinnan och hennes familj bo kvar. Hyresvärden påstod även att kvinnan inte hade betalat någon hyra och att han därför hade rätt att vräka henne. Trots påtryckningar från socialtjänsten stod hyresvärden fast vid sitt beslut att inte låta kvinnan få komma tillbaka till lägenheten.

Kvinnan, som var gravid, samt hennes tre barn fick flytta tillbaka till den lägenhet de bott i tidigare. När kvinnan skulle hämta sina saker var hon tvungen att kontakta polisen för att få hyresvärden att släppa in henne i fastigheten.

I målet har kvinnan och hyresvärden hörts samt den socialsekreterare som ringde upp hyresvärden. Socialsekreteraren har vid domstolen återgett det samtal som hon har haft med hyresvärden.

Hyresvärden har uppgett att han hade kontaktat VD:n på det kommunala bostadsbolaget på orten för att fråga om han kunde vräka kvinnan på grund av att hon inte hade betalat hyran i förskott såsom de avtalat. Kvinnan har uppgett att hon betalat hyran kontant samma dag som hyresavtalet skrevs. Kvinnan har inte kunnat visa något kvitto på detta eftersom det försvunnit men hon har visat på att hon tagit ut det belopp som hyran avsåg samma dag som hyreskontraktet skrevs.

Även VD:n för det kommunala bostadsbolaget har hörts i målet, på OMED:s begäran. Han har då uppgett att han inte har sagt till hyresvärden att denna hade en rätt att vräka kvinnan. VD:n har även framfört att han uppfattat hyresvärden så att denna verkat tro sig ha fler möjligheter att ångra det ingångna hyresavtalet än vad som följer av hyresrättslig lagstiftning. Även kvinnans tidigare hyresvärd har hörts.

Tingsrätten inleder domskälen med att tydligt hänvisa till NJA 2006 s. 170 och att bevisbörderegeln ska tolkas som en presumtionsregel. Därefter konstaterar tingsrätten att det är ostridigt i målet att hyresvärden bytt lås, att han har utestängt kvinnan från lägenheten och att hyresvärden vägrat låta kvinnan bo kvar i lägenheten.

Därefter lyfter domstolen att det i hyreskontraktet inte har tagits upp att hyran skulle betalas i förskott för att avtalet skulle bli gällande. Tingsrätten anser inte heller att hyresvärden kunnat styrka att det funnits en muntlig överenskommelse om detta vid sidan av kontraktet. Vidare tas det upp att det framgått tydligt av vittnesmålen att:

[Hyresvärdens] åtgärd att utestänga [kvinnan] från lägenheten dikterats av andra skäl än bristande hyresbetalning. Hans förklaring till att kvinnan inte fick bo kvar framstår i stället som en efterkonstruktion.²⁶⁰

Utifrån dessa konstateranden anser tingsrätten att OMED har visat på ”omständigheter som ger anledning att anta” att kvinnan har blivit diskriminerad. De konstaterar därefter kortfattat att hyresvärden inte kunnat bevisa att diskriminering inte har förekommit. Hyresvärden döms att betala ett skadestånd om 50 000 kr.

Hyresvärden har därefter överklagat målet men vid huvudförhandlingen i Göta hovrätt har OMED och hyresvärden träffat en förlikning. Av protokollet från huvudförhandlingen framgår det att överklagandet därmed har förfallit och att ”tingsrättens dom står till följd

²⁶⁰ Lidköpings tingsrätt mål nr T 1596-06 s. 9.

därav fast”.²⁶¹ I förlikningsavtalet har hyresvärderna tagit på sig att betala samma belopp som tingsrätten dömt ut men det har upprättats en avbetalningsplan avseende rättegångskostnaderna.²⁶²

4.2.4 Analys av domen

Målet kan sägas visa på ett solklart fall av diskriminering. Hyresvärdens handlande utgör dessutom såväl avtalsbrott som överträdelse av hyreslagens bestämmelser eftersom bestämmelserna om uppsägning/vräkning uppenbart har åsidosatts. Jag tycker att hyresvärdens beteende är direkt skrämmande. Denne har stått fast vid att ställa en gravid kvinna med tre barn utan bostad enbart utifrån att denne fått påtryckningar om att göra detta av sina andra hyresgäster och sina anställda. I sig gör detta att konstruktionen av direkt diskriminering tydligt kan ses i målet. Hyresvärdens agerande har påverkats av fördomar. Att de andra som vistas i fastigheten har rasistiska fördomar gentemot romer kan inte nås genom diskrimineringslagstiftningen men när någon som omfattas av diskrimineringsförbud låter sitt handlande styras av dessa fördomar så föreligger det diskriminering i rättslig mening.

Det är svårt att se vad som hade kunnat anföras från hyresvärdens sida som en förklaring till sitt agerande. Men om det varit så att det inte funnits vittnen som kunnat styrka att hyresvärderna agerat utifrån dessa fördomar hade hyresvärderna (kanske) kunnat nå framgång med sitt påstående om att kvinnan vräkts på grund av att hon inte betalat hyran såsom de avtalat. Trots att det inte kan sägas följa av hyresrättslig lagstiftning eller allmän avtalsrätt att hyran ska betalas i förtid så har kvinnan faktiskt själv vidgått att de haft ett avtal om detta när hon hävdade att hon betalade hyran samma dag som kontraktet skrevs. Utifrån traditionell bevisteori kan det sägas att det ligger på den som har betalat att visa att så har skett i och med att denna alltid kan kräva att få ett kvitto. Något kvitto har kvinnan inte kunnat visa att hon har.

Detta blir givetvis inte en relevant invändning från hyresvärdens sida eftersom det finns så tydliga uttalanden från dennes sida om att det är det faktum att kvinnan är rom som har föranlett hans agerande. Det kan alltså sägas att hyresvärdens invändning om hyran, även om den varit sann, inte hade kunnat mota tillbaka presumtionen om att diskriminering skett redan i det första steget av prövningen eftersom hans invändning inte tagit sikte på den omständighet som lagts till grund för presumtionen. Hyresvärderna hade för att kunna bryta presumtionen redan i det första steget av prövningen haft att visa på att denne skulle ha agerat på samma sätt mot vilken annan hyresgäst som helst som inte hade betalat förskottshyra. Hyresvärderna har dessutom låtit kvinnan flytta in vilket talar starkt för att hon har betalat förskottshyran eller att detta överhuvudtaget inte varit ett krav.

Att det är en helt utomstående person som har kunnat vittna om hyresvärdens uttalanden får sägas vara ett mycket tungt vägande bevis. Jag anser att tingsrättens korta domskäl i sig även visar på hur uppenbar situationen har varit. En prövning har ställts upp utifrån bevisbörderegeln men i och med att hyresvärderna inte kunnat göra några invändningar som domstolen funnit trovärdiga överhuvudtaget kan det sägas att prövningen redan i första steget tydligt kunnat visa på att diskriminering förekommit.

4.2.5 Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05

I målet för OMED talan för en man som uppges ha nekats visning av lägenheter hos en större hyresvärd på grund av hans utländska ursprung. Mannen som heter Branko Bjelanovic sökte

²⁶¹ Göta hovrätt mål nr T 1718-08 s. 2.

²⁶² OMED Dnr: 1209-2005 aktbilaga 65.

under hösten år 2004 en större lägenhet till sig och sin familj. Ett förvaltningsbolag hade tre lägenheter ute på sin hemsida vilka Branko Bjelanovic sökte via hemsidan utan att hyresvärdens återkom till honom. En av mannens kollegor, en kvinna med mer svenskklingande namn Louisa Stålnacke, sökte samma lägenheter på samma sätt och blev kallad till visning inom en kort tid efter att hon ansökt. Det blev däremot inte aktuellt att hon skulle hyra någon av lägenheterna och annonserna fortsatte att ligga ute på hyresvärdens hemsida. Branko Bjelanovic ringde då upp hyresvärdens och frågade varför han inte hade blivit kallad. Han fick svaret att det var många som sökte lägenheterna och att han inte hade blivit utvald. Efter det fick Branko Bjelanovic en annan av sina arbetskamrater, Mikael Schill, att söka en av lägenheterna via hemsidan på prov. Efter en kortare tid erbjöds även Mikael Schill visning. Efter detta kontaktade Branko Bjelanovic hyresvärdens igen för att få svar på varför han inte blev erbjuden visning. Han fick inga svar på dessa frågor och beslutade sig för att anmäla hyresvärdens för diskriminering.

OMED begärde in ett yttrande från hyresvärdens och höll även en överläggning med dem. I yttrandet från förvaltningsbolaget uppgavs det att de ville ”motverka etnisk boendesegregation” och de uppgav siffror över antalet boende i området som hade utländsk härkomst.²⁶³ Vid överläggningen hos OMED uppgav hyresvärdens att man strävade efter en ”lämplig mix” och att man bedömde de bostadssökandes härkomst utifrån deras namn och personnummer.²⁶⁴ Hyresvärdens uppgav att anledningen till att Branco Bjelanovic inte hade blivit erbjuden lägenheten var att han hade varit påstridig och ringt flera gånger men att det även berodde på att det i området var en hög andel boende som hade utländsk härkomst.

I domskälen konstateras det inledningsvis att det inte har uppkommit någonting som visat på att Branko Bjelanovic varit i en sämre situation avseende ekonomi, familjekonstellation eller liknande än de två andra som sökte lägenheterna. Det konstateras även att hans namn kan antas visa på att han har en annan etnisk bakgrund än de andra två som sökte lägenheterna.

Tingsrätten ställer därefter frågan om dessa omständigheter kan anses tillräckliga för att presumera att Branko Bjelanovic har blivit diskriminerad. Domstolen konstaterar att då det varit över 20 sökande till lägenheterna så kan inte enbart dessa tre ansökningar grunda presumtion för att Branko Bjelanovic ”bland de icke utvalda blev utsatt för diskriminering” och att det inte heller av OMED:s utredning har visats på att det rör sig om ”en händelse i en mer upprepad serie av liknande händelser”.²⁶⁵ Däremot anser tingsrätten att det av yttrandet som hyresvärdens lämnat in till OMED framgår att hyresvärdens vid ansökningar till deras lägenheter gör en prövning av om hyresgästen kan antas vara av utländsk härkomst. Domstolen konstaterar att oavsett vad som varit hyresvärdens motiv till denna prövning, exempelvis att motverka bostadssegregation, så innebär metoden att åtskillnad görs bland de sökande beroende på antaganden om deras etniska ursprung. Tingsrätten tar även i beaktande att hyresvärdens inte har sparat de övriga ansökningarna som inkommit trots att de blivit anmälda till OMED. Utifrån alla dessa omständigheter sammantagna konstateras det att OMED fullgjort bevisbördan och att det föreligger anledning att anta att Branko Bjelanovic blivit utsatt för diskriminering ”till en följd av att hans namn tyder på ett visst etniskt ursprung”.²⁶⁶

Hyresvärdens invändningar om att de avvisat ansökan från Branko Bjelanovic på grund av att han varit påstridig och att avvisandet inte haft koppling till hans etniska ursprung anser tingsrätten inte är visat i målet. Hyresvärdens har inte kunnat visa på att Branko Bjelanovic har ringt mer än fyra-fem gånger och den ansvarige för uthyrning hos hyresvärdens har inte närmare i sitt vittnesmål kunnat uppge på vilket sätt Branko Bjelanovic skulle ha varit

²⁶³ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05 s. 10.

²⁶⁴ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05 s. 10.

²⁶⁵ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05 s. 14.

²⁶⁶ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05 s. 15.

påstridig. Det enda som framkommit är att han i sitt sista samtal till hyresvärden hotat med att han skulle anmäla hyresvärden till OMED. Detta i sig anser inte domstolen kan förklara varför Branko Bjelanovic inte blev erbjuden visning av lägenheterna redan innan detta telefonsamtal och tingsrätten skriver i domskälen att hyresvärdens invändning om att det skulle vara Branko Bjelanovics personliga uppträdande som orsakat att han inte blivit kallad till visning mest framstår som en ”efterhandskonstruktion”.²⁶⁷

Avslutningsvis trycker tingsrätten på att ingen av de representanter för hyresvärden som hörts i målet har kunnat förklara hur urvalet av hyresgäster gjorts utan detta har uppgivits vara något som den ansvarige för uthyrningen gör med hjälp av ”magkänslan”.²⁶⁸ Tingsrätten konstaterar att hyresvärden inte har kunnat bevisa att det inte berodde på diskriminering av Branko Bjelanovic när de inte erbjöd honom visning av lägenheten och förvaltningsbolaget ålades att betala ett skadestånd om 40 000 kr till honom.

4.2.6 Analys av domen

Att Branko Bjelanovics namn antyder att han har annan etnisk bakgrund än de båda andra personerna som sökt lägenhet ifrågasätts inte. Av målet framgår att diskriminering anses föreligga om en person på grund av antaganden om dennes etniska tillhörighet inte erbjuds visning och att detta då faller inom diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL. Domstolen konstaterar att detta i sig inte påverkas av att syftet med att välja bort vissa personer varit att hyresvärden velat motverka bostadssegregation och få en blandning av personer som bor i det aktuella bostadsområdet. Det är tydligt att tingsrätten utgår ifrån den objektiva kausaliteten. Rättsfrågan i sig är alltså inte det centrala i målet utan det centrala för prövningen är bevisfrågan och utfallet av bevisbörderegeln tillämpning samt beviskraven som följer av denna.

I målet utgörs den största delen av bevisningen av resultatet från jämförelsen mellan hur den som påstås ha diskriminerats har behandlats vid ansökningen om lägenhet jämfört med hur två andra personer har behandlats. Inledningsvis kan det konstateras att detta bevismedel, som kan definieras som ett praktiktest, inte ifrågasätts som sådant av domstolen. Någon vikt läggs inte heller vid att det endast är den kvinna som först sökte samma lägenhet som Branko Bjelanovic som är en verklig sökande. Den manliga arbetskamratens ansökan är så att säga fiktiv eftersom han inte haft för avsikt att faktiskt flytta till bostaden och inte heller gick på visningen som han erbjöds av hyresvärden.

Utfallet av detta test anförs som grund för kärandens talan. Tingsrätten anför att när det har funnits åtminstone 20 ansökningar och när det ”är obekant” om även dessa kan sägas ha befunnit sig i jämförbar situation som Branko Bjelanovic, eller om de har haft namn som indikerat på annat etniskt ursprung, så kan testet inte ensamt grunda presumtion.²⁶⁹ Jag tolkar detta som att tingsrätten anser att tre av tjugo helt enkelt inte är tillräckligt många för att genom ren statistik påvisa att det föreligger en jämförbar situation. Detta förtydligas även av att domstolen skriver att det inte heller har framförts i målet att detta är en händelse i en mer upprepad serie av händelser.

För att ett praktiktest ensamt skulle kunna leda till presumtionen att diskriminering föreligger, det vill säga ensamt utgöra stöd för att rekvisitet jämförbar situation är uppfyllt, kräver tingsrätten alltså att det antingen går att ställa upp data för en större grupp (kanske till och med för samtliga) av de sökande eller att det går att se att samma förfarande sker upprepat vid flera fall. Det senare kan jag eventuellt se som möjligt för en diskriminerad part att påvisa

²⁶⁷ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077–05 s. 16.

²⁶⁸ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077–05 s. 16.

²⁶⁹ Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077–05 s. 14.

men det första torde vara i det närmaste omöjligt i och med att en bostadssökande inte kan överblicka ens hur många som söker den aktuella lägenheten. Det är hyresvärden som har tillgång till dessa data och när ansökningsförfarandet inte är öppet skulle exempelvis Bjørsts resonemang utifrån domen i målet *Danfoss*²⁷⁰ och uttalandena i målet *Jämställdhetsmannen*²⁷¹ kunna anföras som grund för att bevisbördan ska gå över på hyresvärden redan på denna grunden.

Bevisproblematiken avseende detta har i viss mån uppmärksammats av tingsrätten eftersom den skriver att det faktum att hyresvärden inte har sparat de andra intresseanmälningarna, ”trots hot om DO-anmälan”, inte kan ”lämnas utan beaktande”.²⁷²

Jag anser att det hade varit möjligt för tingsrätten att redan med grund i utfallet av testet anse att kärandesidan uppfyllt sin bevisbörda. En sådan tillämpning av beviskraven för såväl missgynnandet som för den jämförbara situationen kan sägas sammanfalla med såväl Bjørsts analys om ett allmänt krav på bevislättnad men även med Malmborgs då omständigheterna vid slutna, eller i varje fall inte för de sökande överblickbara, ansökningsförfaranden pekar ut en situation som jag tycker borde falla inom de undantagssituationer som han pekar ut. Malmborg uttrycker att likabehandlingsprincipen hotas om det av den diskriminerade krävs att denna ska bevisa det omöjliga (se kap. 3.1.2). En sådan tillämpning kan även sägas sammanfalla med HD:s behandling av praktiktest som ett i sig starkt bevismedel i NJA 2008 s. 915.

Men tingsrätten ställer alltså ytterligare krav. Det är då hyresvärdens egna yttranden som är de omständigheter som stödjer grunden för OMED:s talan. Hyresvärden har i sitt yttrande till OMED själv uppgett att de gör en prövning av den sökandes härkomst utifrån namn och att man eftersträvat en blandning av personer i området och att detta gjorts på urval utifrån de sökandes namn. Detta är, skulle jag vilja säga, mycket tungt vägande omständigheter. Häri ligger dels bevis för att det som framkommit vid testet inte är ett slumpartat enstaka utfall utan del av en serie med upprepade fall (vilket tingsrätten efterfrågat). Dels föreligger det enbart i detta, skulle jag vilja säga, egentligen en tillräcklig presumtion för att Branko Bjelanovic diskriminerats.

Tingsrätten konstaterar också, visserligen med alla dessa delar sammantagna, att bevisbördan gått över på hyresvärden. Det är mycket tydligt att bevisbörderegeln därefter i steg två används som en presumtionsregel i och med att den motbevisning som överhuvudtaget berörs i domskälen, efter att bevisbördan gått över, är den som riktar in sig på varför Branko Bjelanovic som person inte skulle ha ansetts lämplig av hyresvärden och när hyresvärden i så fall skulle ha tagit ställning till detta. Bevisbördan på hyresvärden i denna situation är, särskilt med tanke på dennes egna uppgifter om sitt föringsätt, så hög att det kan sägas finnas mycket litet utrymme för denna att freda sig mot talan.

Målet kan sägas visa på att en hyresvärd som inte tillämpar ett ansökningsförfarande som kan sägas vara transparent, i den mening att det i efterhand går att redogöra för hur urvalet har gjorts och att urvalet skett utifrån i förhållande till diskrimineringsgrunderna neutrala kriterier, kommer att ha mycket svårt att freda sig när väl bevisbördan gått över till denna. I målet syns även ett tydligt samband mellan de båda parternas bevisbörda då högt satta krav på den som har att påvisa diskrimineringen inledningsvis, det vill säga på käranden, leder till att höga beviskrav kan ställas på motparten. Målet visar även på att det vid genomförandet av praktiktester i syftet att så att säga skapa bevis så är det bra att eftersträva så mycket material som möjligt. Det vill säga att utföra testet flera gånger med flera sökanden.

²⁷⁰ C-109-88 Danfoss.

²⁷¹ C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen.

²⁷² Göteborgs tingsrätt mål nr T 13077-05 s. 15.

5 Förlikningar

I detta kapitel tas samtliga ärenden inom bostadsområdet upp som har drivits av DO, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering(OMED)²⁷³ eller Handikappombudsmannen (HO)²⁷⁴ och som har avslutats med en förlikning. Dessa ärenden, sammanlagt 15 stycken, är endast en mycket liten del av det antal anmälningar som DO tagit emot som rör bostadsmarknaden. I DO:s årsredovisning från år 2011 uppges det ha inkommit 61 anmälningar inom bostadsområdet bara under det året och under år 2012 har det inkommit 46 anmälningar.²⁷⁵ Det ska alltså framhållas att det finns ett betydligt antal ärenden som DO varje år handlägger där ställningstagandet till anmälningen inte har inneburit att myndigheten har företrätt anmälaren vid en förlikningsförhandling eller vid domstol.

Det ska även framhållas att antalet anmälningar som rör bostadsområdet är relativt litet i jämförelse med antalet anmälningar som inkommer till DO under ett år. År 2011 tog DO emot sammanlagt 1 957 anmälningar varav 731 rörde arbetslivet.²⁷⁶ År 2012 tog DO emot 1 559 anmälningar och även då utgjordes den större delen av anmälningarna frågor som rörde arbetslivet.²⁷⁷ DO framför själv i sitt material om bostadsdiskriminering att den är av uppfattningen att det finns ett stort ”mörkertal” när det gäller bostadsdiskriminering. Detta är en slutsats som den anser går att dra utifrån de undersökningar som gjorts på bostadsmarknaden under senare år av såväl DO själva som av andra aktörer.²⁷⁸

Av DO:s årsredovisning framgår att en övervägande del av de anmälningar som kommer in till DO avslutas genom att dessa förs in under kategorin ”Ej diskriminering”. Avslutningsgrunden omfattar såväl ärenden där DO ansett att det saknats bevismöjligheter som ärenden där DO ansett att det inte funnits tillräckligt stark koppling mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.²⁷⁹ Övervägande del av både de ärenden som jag tar upp här och av DO:s anmälningar sammantaget berör diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet. År 2011 åberopades denna grunden i en tredjedel av samtliga anmälningar och diskrimineringsgrunden funktionshinder var den näst största. År 2012 åberopades etnisk tillhörighet som grund i 514 fall och funktionshinder i 485 fall av sammanlagt 1 835 åberopade diskrimineringsgrunder.²⁸⁰ Funktionshinder är också den enda diskrimineringsgrund som förutom etnisk tillhörighet har tagits upp i ett förlikningsärende inom bostadsområdet.

²⁷³ Ombudsmannen mot etnisk diskriminering förkortades DO när denna fanns. Jag använder här förkortningen OMED eftersom det är denna förkortning som nuvarande DO använder i sitt arkiveringssystem för att skilja ut ärenden som anmälts till den tidigare ombudsmannen.

²⁷⁴ Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Jämställdhetsombudsmannen har inte drivit några ärenden på bostadsområdet till förlikning.

²⁷⁵ DO:s årsredovisning 2012 s.17.

²⁷⁶ DO:s årsredovisning 2011 s. 19.

²⁷⁷ DO:s årsredovisning 2012 s. 17.

²⁷⁸ DO H9 2011 s. 50; DO LED2009/268.

²⁷⁹ DO:s årsredovisning 2011 s. 20.

²⁸⁰ DO:s årsredovisning 2012 s. 15.

5.1 Bostadssökande

5.1.1 ANM 2009/1634

DO har i ärendet ingått en förlikning med dels ett fastighetsbolag och dels en bostadsförmedling som har haft uppdrag från fastighetsbolaget att förmedla deras lägenheter. Bakgrunden till förlikningen är en anmälan till DO gjord av en polsk läkare som i sin anmälan uppgett att han nekats att hyra fastighetsbolagets lägenheter på grund av att han inte är svensk medborgare.

I sitt yttrande till DO uppger bostadsbolaget att det har rört sig om en misstolkning utav den ansvarige uthyraren hos bostadsförmedlingen. Det ansökningssystem som har använts av bostadsförmedlingen säger ifrån när en sökandes personnummer inte är svenskt och ansökan blir då ofullständig. Detta har uthyraren uppfattat som att bostadsbolaget, vilka är de som tillhandahållit systemet, inte hyr ut lägenheter till dem som saknar svenskt personnummer. Bostadsbolaget har uppgett att detta i sig inte betyder att läkaren av dem har nekats att skriva avtal för en lägenhet eftersom bostadsbolaget inte har fått läkarens ansökan. I yttrandet framgår även att bostadsbolaget efter anmälan till DO har gjort ett förtydligande i sin policy och att denna har lämnats över till bostadsförmedlingen.

DO har bedömt att det inträffade är att se som diskriminering av läkaren och att diskrimineringen har samband med dennes etniska tillhörighet. I förlikningen förpliktas bostadsbolaget och bostadsförmedlingen att tillsammans betala 110 000 kr²⁸¹ till läkaren. De båda bolagen har även tagit på sig att utbilda all sin personal kring den, efter anmälan uppdaterade, anti-diskrimineringspolicyn och om diskrimineringslagens innehåll.

Analys:

Jag tolkar detta ärende som att DO har ansett att det har förekommit indirekt diskriminering i och med det system som har tillämpats av bostadsbolaget. I förarbetena till 2008 års diskrimineringslag uttalas det att medborgarskap inte direkt kan sägas omfattas av diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet men att exempelvis ett krav på svenskt medborgarskap kan utgöra indirekt diskriminering. Det är tydligt att när systemet inte ens gjort det möjligt för läkaren att söka en lägenhet så har denne missgynnats särskilt i jämförelse med andra, svenska, sökande. I utredningen av ärendet har det inte tagits upp att bostadsbolaget haft något skäl för sitt kriterium och det kan nog i det närmaste uteslutas att det skulle vara möjligt att hitta något sådant som skulle kunna vara godtagbart. Men det kan framhållas att 1 kap. 4 § 2p DiskrL innefattar den möjligheten.

Att denna problematik med ansökningsförfarandet inte har uppmärksammas av vare sig bostadsförmedlingen eller fastighetsbolaget kan ses som ett uttryck för en okunskap om diskrimineringslagen och diskrimineringsförbudet som nog många gånger finns hos de aktörer som arbetar med hyresmarknaden. Att en anställd, vars uppgifter är att förmedla just hyreslägenheter, inte heller har kunskap om detta eller har fått instruktioner och utbildning i frågorna är uppseendeväckande.

Det är intressant i sig att notera att förlikning har ingåtts med både bostadsförmedlingen och med fastighetsbolaget. Jag tolkar detta som att man kan säga att läkaren har utsatts för diskriminering två gånger. Bostadsförmedlingen har i sin verksamhet tillämpat ett system som utesluter personer som inte har svenskt personnummer vilket medfört att läkaren diskriminerats i jämförelse med svenska personer. Fastighetsbolaget har satt

²⁸¹ Läkaren gick miste om den anställning han fått på grund av att han inte kunde erhålla bostad i staden. Enligt DO:s utredare av ärendet är det detta som föranlett det relativt höga skadeståndet i ärendet.

bostadsförmedlingen i sitt ställe och kan därmed inte komma ifrån diskrimineringsförbudet. Det har dessutom framkommit i utredningen hos DO att det varit fastighetsbolagets system som använts. Därmed kan inte fastighetsbolaget komma att regressvis kräva bostadsförmedlingen på diskrimineringsersättningen.

5.1.2 ANM 2009/519

I ärendet har DO inträtt som part vid en förlikning med en privat hyresvärd. Hyresvärden äger en fastighet med fem lägenheter i en mindre stad. Anmälaren har uppgett att hyresvärden har nekat henne att överta en lägenhet i huset på grund av att hon och hennes familj är romer. Hyresvärden har i sitt yttrande uppgett att anmälaren nekades att hyra lägenheten på grund av att hon hade betalningsanmärkningar och att även den som bodde i lägenheten, vilken uppgavs skulle kunna gå i borgen för henne, hade detta. Hyresvärden har även uppgett att denna varit tveksam till att hyra ut lägenheten som är på 61 kvm till en familj med fyra personer.

Anmälaren har uppgett att hyresvärden sagt till henne när de mötts i den aktuella lägenheten för att diskutera övertaget att "[...] det här förändrar ju saken nu när jag ser att ni är zigenare" och att han måste prata med de andra hyresgästerna i huset om de vill bo grannar med romer.

Anmälaren har spelat in samtalet med hyresvärden och DO har ansett att utredningen i ärendet gett stöd för att kvinnan och hennes två barn har blivit utsatta för etnisk diskriminering. I förlikningen påtar sig hyresvärden att betala 120 000 kr till kvinnan.

Analys:

Detta ärende påminner på många sätt om Hovrätten för västra Sveriges dom nr T 3501-08 vilken har redogjorts för i kap. 4.1.2. Bevisläget kan anses vara bättre i detta ärende i och med att hyresvärdens uttalanden spelats in och det får anses i det närmaste omöjligt för en hyresvärd att anföra ett bevis som helt skulle kunna släcka ut antagandet om att den tilltänkta kvinnans romska ursprung i vart fall varit, om än inte den enda, orsaken till att hyresvärden nekade övertaget av lägenheten. Ärendet visar på den tyngd ett inspelat bevis kan få eftersom hyresvärden har anfört flertalet anledningar till varför han inte velat godkänna kvinnan som hyresgäst. Skäl som objektivt sett alla skulle kunna vara både rimliga och godtagbara. Jag anser att även utan inspelningen hade det kunnat ses som ett relativt starkt mål eftersom hyresvärden, precis som i hovrättsfallet, begett sig till ett möte med den eventuella hyresgästen och dennes borgensman. En omständighet som i varje fall kan sägas utesluta invändningarna om att kvinnans egna betalningsanmärkningar skulle ha påverkat hennes möjligheter att få hyra lägenheten.

5.1.3 OMED Dnr: 669-2008

I ärendet har ett studerande par anmält en privat mindre hyresvärd för diskriminering. Via telefon hade hyresvärden erbjudit paret en lägenhet i en av sina fastigheter och uppgett att paret först själva skulle gå och se lägenheten för att sedan, om de vill ha den, komma upp till hyresvärdens bostad i fastigheten bredvid för att skriva kontrakt. Efter att paret tittat på lägenheten och kommit överens med den hyresgäst som bodde i lägenheten om inflyttningsdatum gick de till mötet med hyresvärden. När hyresvärden öppnade dörren och fick se paret så började denna direkt att prata om att det fanns ett kösystem och att det var en

annan person som stod före paret i kön. Denna person skulle komma och kolla på lägenheten dagen efter. Något kontrakt blev det alltså inte aktuellt för paret att skriva på.

Paret har uppfattat att hyresvärden sagt detta om kösystemet för att hon inte ville hyra ut lägenheten till dem på grund av deras etnicitet. Mannen i paret har iranskt ursprung och kvinnan är tornedalsfinska. Att paret inte har svensk bakgrund hade inte framkommit vid telefonsamtalet och paret har i sin anmälan beskrivit hyresvärden som att denna varit helt lyrisk över att de velat hyra lägenheten närt de talade med henne på telefon.

Den hyresgäst som bodde i lägenheten blev upprörd över hyresvärdens beteende när paret berättade om det inträffade. Denna hyresgäst hade själv aldrig hört talas om någon bostadskö eller stått i någon sådan innan hon flyttat in i fastigheten. Hon ringde upp hyresvärden direkt när hon fått höra vad som hade hänt. Hyresvärden försökte då blidka henne genom att erbjuda henne att flytta ut tidigare och slippa betala hyra för den tid som var kvar på kontraktet. Hyresvärden uppgav till denna hyresgäst att hon kunde låta paret flytta in om det var så att mannen som skulle komma och titta på lägenheten dagen efter inte ville ha den.

När paret ringde upp hyresvärden dagen efter för att höra hur det gått uppgav hyresvärden att mannen ville ta lägenheten. Detta stämde däremot inte utan mannen uppgav, när han blev kontaktad av paret, att han inte hade lämnat något besked alls till hyresvärden. Dagen efter tackade mannen nej till lägenheten och meddelade paret detta. Hyresvärden sa trots detta fortsatt nej när paret återigen frågade om de efter detta skulle få hyra lägenheten.

I sitt svar till OMED uppger hyresvärden att de har ett internt kösystem och att de ser till blivande hyresgästers betalningsförmåga och om de kan tänkas bo kvar länge eller inte. De har senare hyrt ut lägenheten till en person med fast anställning. Anledningen till att de inte ville hyra ut till paret var att dessa var studenter och därmed inte hade tillräckligt god betalningsförmåga och inte heller skulle komma att bo kvar någon längre tid.

I sin anmälan tar paret upp att hyresvärden visste mycket väl att de var studenter när denne erbjöd dem att komma och titta på lägenheten och att varken deras betalningsförmåga eller eventuella korta boendetid kunde vara anledningen till att de nekats att få hyra lägenheten. Hyresvärden har inte heller sagt detta till dem varken innan de kom och tittade på lägenheten eller vid kontakterna efteråt. DO som tog över ärendet den första januari år 2010 konstaterar i sin bedömning att den anser att paret har diskriminerats och att diskrimineringen har haft samband med parets etniska tillhörighet. Hyresvärden har i förlikningen påtagit sig att betala 30 000 kr till var och en av anmälarna.

Analys:

Detta ärende kan även det sägas ha stora likheter med Hovrätten för västra Sveriges mål nr T 3501-08 som refererats ovan (se kap. 4.1.2). Det som gör att diskrimineringen blir extra tydlig i ärendets gång är att hyresvärden även efter att den person som kommit efter paret för att kolla på lägenheten har tackat nej till denna fortsätter att neka dem att hyra lägenheten. En omständighet som faktiskt talar för att hyresvärden har haft någon form av kösystem eller i varje fall haft för avsikt att kanske ge lägenheten till en annan sökande redan innan paret träffade hyresvärden återfinns i det faktum att hyresvärden faktiskt hade bokat in en visning av lägenheten med den andra mannen.

Jag anser att ärendet hade varit betydligt svårare att så tydligt peka ut som innefattande en diskriminering om det hade varit så att mannen som kom dagen efter velat ha lägenheten och hyresvärden då skulle ha kunnat sägas välja mellan dessa två sökanden. Detta val hade varit svårt att angripa utifrån diskrimineringsförbudet så länge hyresvärden inte gjort några tydligare uttalanden eller uttryck för att parets etnicitet påverkade valet. Men när hyresvärden, trots att denne uppgett att paret skulle stå näst i kö, ändå kvarstår vid att inte låta paret hyra lägenheten så blir det uppenbart att hyresvärden efter mötet med paret har ändrat sin

inställning till dem. Det enda nya som framkommit om paret vid mötet med hyresvärderna är deras etniska bakgrund och hyresvärderna kan sägas ha försuttit chansen att neka dem lägenheten på grund av att de var studenter redan i det skedet då hyresvärderna, trots vetskapen om detta, erbjöd dem visning av lägenheten.

5.1.4 OMED Dnr: 551-2008

I ärendet har en kvinna anmält en privat mindre hyresvärd som efter det att han har fått reda på att kvinnans man var rom har förvägrat henne tillträde till den lägenhet som hon tecknat ett hyresavtal för. I anmälan uppger kvinnan att hennes mans familj tidigare har blivit vräkta efter att ha bott hos hyresvärderna i en vecka. Enligt anmälaren har anledningen till vräkningen varit att grannarna i bostadsområdet sagt till hyresvärderna att de inte vill ha zigenare boende i området. Kvinnan har uppgett att hyresvärderna skrivit ett intyg om att vräkningen berott på att grannarna inte ville ha familjen som grannar och att det inte varit så att familjen stört.

I anmälan tar kvinnan även upp att hyresvärderna gjorde väldiga ansträngningar för att kontrollera hennes bakgrund innan han tecknade hyreskontraktet med henne. Bland annat har hyresvärderna kollat upp vilka kvinnans föräldrar var och kvinnan uppger att hyresvärderna gjort detta för att försäkra sig om att kvinnan själv inte var rom.

Hyresvärderna har lämnat en annan bild av händelserna i sitt skriftliga svar till OMED. Han uppger att anledningen till att mannens familj fått flytta visst har varit att de stört. Enligt honom blev familjen vräkt på grund av att de bott tio personer i en mycket liten lägenhet samt ställt upp en husvagn på parkeringen i anslutning till fastigheten. Hyresvärderna har uppgett att grannarna blev både rädda och störda och att polis kom till familjens bostad flera gånger.

Hyresvärderna uppger vidare att han har frågat kvinnan om hon visste vilka familjen var, vilket hon förnekade. Han anför även att det varit ett villkor för att få hyra lägenheten att kvinnan inte hade med den familjen att göra. Efter att kvinnan har varit och besökt lägenheten har hyresvärderna blivit kontaktad av andra hyresgäster i området som visste att den man som kvinnan presenterat som sin bror för hyresvärderna var son i den familj som tidigare bott i området och att han var gift med kvinnan.

Av hyresvärdens svar framkommer att han vetat redan då kvinnan var och tittade på lägenheten att hon var rom (eller hade romsk anknytning) eftersom hon bar traditionell romsk klädsel. Han uppger att han inte anser att han har diskriminerat kvinnan i och med att han vetat om att hon var rom redan när hyresavtalet undertecknades utan att anledningen till att kvinnan inte fått tillträde till lägenheten var att hennes man var från just den familjen som hyresvärderna tidigare hade haft problem med.

DO som övertog ärendet den 1 januari 2009 skriver i sin bedömning av ärendet att det med grund i att kvinnan enbart har fått skriva på ett hyreskontrakt för en månad i sänder och sedan inte alls fått tillträde till lägenheten och tillsammans med det som framkommit under överläggningarna med hyresvärderna så anser de att det finns stöd för att hyresvärderna har diskriminerat kvinnan. Diskrimineringen uppges ”ha samband med etnicitet”.²⁸² Hyresvärderna har ingått en förlikning där han har påtagit sig att betala 40 000 kr till kvinnan.

Analys:

Hyresvärderna begår uppenbart ett grovt kontraktsbrott och agerar i strid med hyreslagens bestämmelser när han inte ger kvinnan tillträde till lägenheten trots att avtal har tecknats. I sig kan detta agerande sägas visa på ett mycket tydligt missgynnande. Kvinnan har uppenbart

²⁸² OMED Dnr:2008/551 aktbilaga 30.

varit medveten om problemen som hyresvärden hänvisat till i sitt svar eftersom hon har uppgett falska uppgifter till hyresvärden om sina band till den romska familjen som tidigare bott hos hyresvärden.

En omständighet som bör lyftas upp redan inledningsvis är att hyresvärden uppgett att han förstått av hur kvinnan var klädd att hon var rom eller i varje fall hade koppling till romer redan då han tecknade hyresavtalet. Detta är en omständighet som talar emot att hyresvärden har diskriminerat kvinnan och hennes make och jag anser att detta även får betydelse för vad som kan läggas till grund för en bedömning av den jämförbara situationen.

Det framgår tydligt att det har varit problem kring mannens familj när de tidigare har bott hos hyresvärden. Jag har svårt att se att det kan ha rört sig om att familjen blivit vräkta efter en prövning i hyresnämnden. De har bott alldeles för kort tid hos hyresvärden för att en sådan prövning ska ha kunnat äga rum. Mannens familj får antas ha flyttat självmant efter påtryckningar från hyresvärden. Hyresvärden såväl som anmälaren hänvisar till att det har varit grannarna i bostadsområdet som haft klagomål om familjen men huruvida dessa haft en verklig förankring i att familjen faktiskt har stört skiljer sig åt mellan anmälares och hyresvärdens uppgifter. Jag skulle vilja framhålla att detta i sig har stor betydelse för hur man kan se på rekvisitet jämförbar situation.

Utgångspunkt måste tas i att mannen som kvinnan är gift med har bott hos hyresvärden innan eller i varje fall kan kopplas så starkt till familjen så att ett samband däremellan kan anses föreligga. Om mannen då kan sägas ha, på sakliga grunder, blivit vräkt så anser jag att hyresvärden om denna kunnat visa på att så var fallet skulle kunna häva presumtionen om att diskriminering föreligger redan i det första steget av prövningen. Jag anser att den jämförbara situationen då ska ses i förhållande till andra hyresgäster som tidigare, på sakliga grunder, har blivit vräkta av hyresvärden och som åter söker lägenhet hos hyresvärden. Oavsett om det finns några faktiska sådana eller om en hypotetisk jämförelseperson ställs upp skulle det kunna förmodas att hyresvärden skulle ha nekat dessa att ens få teckna ett hyresavtal. Men om omständigheterna är mer så som anmälaren har beskrivit dem, att hyresvärden förmått familjen att flytta på grund av att grannarna inte velat ha romer i området överhuvudtaget, så är detta i sig att se som diskriminering och hyresvärdens agerande gentemot kvinnan blir till en förlängning av detta agerande.

Om det har sagnats sakliga skäl för vräkningen så blir den jämförbara situationen genast vidare. Kvinnan och hennes make ska då jämföras med alla andra hyresgäster som tecknat ett avtal eftersom det inte finns någon grund i hyresvärdens påståenden om att de skulle behandlas annorlunda. I den situationen fungerar dessutom den tidigare så kallade vräkningen av mannens familj som en tungt vägande stöd omständighet som visar på att hyresvärden även tidigare har särbehandlat just romer.

Jag anser sammanfattningsvis att det alltså finns vissa omständigheter som pekar på att hyresvärden skulle ha kunnat så att säga mota tillbaka presumtionen om att diskriminering förelegat. Han har vetat om att kvinnan var rom eller hade koppling till romer när avtalet tecknades. Om det varit så att vräkningen av mannens familj varit uppe för prövning i hyresnämnden och det där konstaterats att familjen stört eller utnyttjat lägenheten och hyresvärdens parkering på ett otillbörligt sätt så hade ett sådant beslut kunnat styrka hyresvärdens invändning. Han hade då kunnat visa på att det fanns andra skäl som föranlett hans beslut att neka kvinnan och hennes make tillträde till lägenheten.

Nu har någon sådan prövning uppenbart inte gjorts och det lyser igenom i hyresvärdens eget svar till OMED att grannarnas uppfattningar om familjen har föranlett att de har fått flytta och att det återigen är grannarna som har haft invändningar mot att kvinnan och hennes make ska få flytta in i lägenheten. Hyresvärden kan givetvis inte freda sig genom att hänvisa till dessa grannars uppfattningar eller krav utan när han låter de påtryckningarna påverka sitt handlande kommer han att göra sig skyldig till diskriminering. Det ska även framhållas att det faktum att

vräkningen inte framstår har skett enligt den hyresrättsliga regleringen i sig skulle kunna tas upp som en omständighet som stödjer att hyresvärderna genomgående verkar behandla romer annorlunda än andra hyresgäster.

5.1.5 OMED Dnr: 159-2007

Bakgrunden till anmälan är en undersökning som gjorts av Hyresgästföreningen på en mindre ort utanför Eskilstuna. En person med utländskt klingande namn och en person med svenskt namn har ringt upp den hyresvärd som är motpart i ärendet. De båda personerna har vid telefonsamtalen uppgett samstämmiga grunder för varför de söker lägenhet på orten och om vart de vill bo. Samtalen har spelats in. OMED har gjort bedömningen att de båda personerna fått olika bemötande av den kvinna som tagit emot samtalen. Den person som har utländskt klingande namn har fått mer djupgående frågor om de uppgifter denna har gett och inte fått samma service. OMED har i sin bedömning skrivit att de anser att den svenska personen erbjudits en lägenhet men att detta erbjudande inte har getts till personen med utländskt klingande namn. Hyresvärderna har anfört att ingen av de båda som ringt erbjöds någon lägenhet och att skillnaderna på frågorna och det som diskuterades vid telefonsamtalen berott på att den svenska personen framställt som mer rak och trovärdig i sina uppgifter och att samtalen därför kommit att bli olika. Hyresvärderna har vid överläggningen hos OMED kallat detta för att "samtalen gick i olika riktningar".²⁸³ Av hyresvärdens uppgifter framgår att det faktiskt funnits lediga lägenheter hos denna.

Hyresvärderna har ingått en förlikning där de påtagit sig att betala ett skadestånd med 20 000 kr. De har även påtagit sig att arbeta med att långsiktigt skapa tydlighet i sina rutiner för lägenhetsansökningar. Detta ska de göra genom att sätta upp tydliga kriterier som ska gälla för alla lägenhetssökande. Dessa kriterier ska sättas upp på företagets hemsida. På denna ska de även redovisa för vilka lägenheter som finns lediga inom deras bestånd. I de fall det finns flera sökande till en lägenhet ska urvalet mellan de sökande ske enligt de redovisade kriterierna. I förlikningsavtalet påtar sig hyresvärderna även att utarbeta en skriftlig policy om likabehandling av lägenhetssökande och hyresgäster samt att utbilda sin personal om diskrimineringslagen.

Analys:

Ärendet visar tydligt på hur användandet av praktiktest kan påvisa diskriminering. Detta är även det enda bostadsärendet där ett situationstest används, det vill säga där testet bygger på faktisk kontakt mellan de sökande och hyresvärderna. Ett testförfarande som av givna anledningar är svårare att få lika enhetligt som ett test som görs genom skrivna ansökningshandlingar.

Det är bara två personer som har ringt till hyresvärderna. I jämförelse med de högt uppställda beviskraven i Göteborgs tingsrätts mål nr T 13077–05 skulle det alltså kunna sägas att testet till sin omfattning är mindre och att det i sig kanske hade ifrågasatts vid en domstolsprövning. Något som jag tycker väger upp det är att det här enbart rör sig om en förfrågan om lediga lägenheter och inte specifika ansökningar. I förarbetena tas det explicit upp att rekvisitet jämförbar situation ska ses som underordnat i situationer då någon enbart gör en förfrågan. Detta gör att kravet för att uppfylla rekvisitet jämförbar situation måste bli mycket lågt ställt eftersom en jämförelse kan göras med i princip alla som gör en förfrågan. Alla ska behandlas lika. Därav följer att redan det faktum att OMED har kunnat konstatera att den svenska

²⁸³ OMED Dnr: 159-2007 aktbilaga 11.

sökanden får om än inte ett direkt erbjudande men en hänvisning till att det finns lediga lägenheter samtidigt som den sökande som presenterat sig med ett utländskt klingande namn och som bryter något inte får denna hänvisning, så ska det anses att en presumtion för diskriminering föreligger.

I och med att telefonsamtalen är inspelade så är bevisläget egentligen solklart och det är svårt att se att det skulle finns några invändningar som hyresvärderna kan nå framgång med gentemot detta.

Hyresvärdens invändningar om att de sökande svarat olika på frågorna har enbart relevans i det fallet att frågan handlat om en konkret ansökan om lägenhet. I den situationen hade hyresvärderna kunnat invända att de valt att teckna avtal med den som de uppfattat gett mer raka svar på deras frågor istället för att teckna avtal med den som inte gjort detta. Av relevans i den utomstående bedömningen som en domstol skulle komma att göra hade förmodligen den uthyrningsansvariges ledning av samtalen blivit och om denna kunnat anses ha anledning att ställa olika frågor till de båda sökande utifrån hur hon uppfattat dem. Det hade varit väldigt intressant att se en prövning av den situationen i domstol eftersom det då skulle handla om huruvida subtilt uppfattade signaler skulle kunna anses som tillräckliga för att motivera en särbehandling när två sökanden uppgett identiska referenser.

I den situationen står det klart att det hade varit till stor nytta om det gick att stödja bevisningen med ytterligare samtal där hyresvärdens representant så att säga lett även dessa samtal i olika riktning men för förfrågansituationen, som alltså är för handen i ärendet, kan jag inte se att sådan stödbevisning skulle vara nödvändig.

Det som, enligt mig, egentligen borde spela den allra största rollen för avgörandet måste vara vilka kriterier hyresvärderna faktiskt utgår ifrån vid ansökningsförfarandet. Om det inte finns några tydliga sådana kriterier som kan visa på att de båda sökandena inte kan sägas vara i en jämförbar situation så talar åtminstone Björsts analys av beviskraven för att en presumtion ska anses föreligga redan genom resultatet av praktiktestet och att det är hyresvärderna som måste kunna visa på en objektivt sett godtagbar anledning till varför endast den ena av de sökande erbjuds en lägenhet. Hyresvärderna har då i och med att bevisbördan gått över till denna full bevisbörda och måste kunna visa på att de sökandes skilda etnicitet inte spelat in överhuvudtaget varken vid samtalen eller vid beslutet att ge den ena av de sökande lägenheten.

Det kan däremot framhållas att praktiktestet i NJA 2008 s. 915, som måste ses som ett tydligt riktmärke för strategiskt arbete med praktiktest för att skapa bevismedel, innefattar upprepade tester. Det är inte säkert att domstolarna hade behandlat praktiktestet som utförts av Hyresgästföreningen som ett lika starkt bevismedel om det inte varit så att det även kunnat visa på systematiskt upprepad diskriminering genom fler samtal.

5.1.6 OMED Dnr: 534-2006

Efter en anmälan om diskriminering har OMED i ärendet utfärdat en stämningsansökan mot en hyresvärd på en mindre ort. I anmälan har en man med ursprung i Somalia uppgett att han diskriminerats när han har sökt en lägenhet som utannonserats på fastighetsbolagets hemsida. Först skickade mannen in en skriftlig ansökan vilken han inte fick något svar på. Efter några dagar ringde han upp fastighetsbolaget och fick då komma till deras kontor. På kontoret fick han uppgift om vart lägenheten låg och fick ensam gå dit för att få lägenheten visad av den som bodde där. Eftersom ingen öppnade när han kom till lägenheten gick han tillbaka till hyresvärdens kontor. Mannen uppgav till hyresvärdens receptionist att han, trots att han inte hade fått se lägenheten, ville hyra den. Receptionisten sa att han skulle komma tillbaka på fredagen samma vecka. Mannen uppfattade detta som att han då skulle komma och skriva på

kontraktet för lägenheten samt att den skulle visas i samband med detta. På fredagen hann mannen inte ens in på hyresvärdens kontor förrän receptionisten uppgav att lägenheten redan var uthyrd. Detta förvånade mannen men han trodde att han hade missförstått hyresvärdens vid det första mötet och lämnade kontoret. Efter några dagar började mannen undra om det verkligen var så att han hade missförstått hyresvärdens eftersom lägenheten fortfarande låg kvar ute på fastighetsbolagets hemsida. En kollega till mannen, en svensk kvinna, ringde då upp hyresvärdens för att fråga om lägenheten. Hon fick då veta att lägenheten fortfarande var ledig. Kollegan frågade därefter varför inte mannen fått hyra lägenheten. Hon fick svaret att det kunde han få men att det nu var ett annat par som skulle komma och tittat på lägenheten. Hyresvärdens uppgav att det varit omständigheter med den hyresgäst som bodde i lägenheten som gjort att de sagt att lägenheten inte var ledig. Denna hade inte betalat sina hyror och var därför uppsagd men hade när mannen varit hos hyresvärdens uppgett att hon skulle betala hyror. Hyresgästen hade sen ändå inte gjort detta och därför till slut blivit uppsagd. Mannens kollega ifrågasatte varför inte mannen stod först i kö till lägenheten i och med att han skickat in den skriftliga ansökan. Detta fick hon inget svar på.

OMED har i en stämningsansökan gentemot hyresvärdens uppgett att såväl den tidigare hyresgästen som de som till slut fick lägenheten har uppgett samstämmiga berättelser som talar emot hyresvärdens svar om varför mannen inte fått lägenheten. Deras uppgifter stödjer att lägenheten varit ledig under hela den tid då mannen sökt denna och att de andra hyresgästerna fick lägenheten först efter det att mannens kollega varit i kontakt med hyresvärdens. De har även kunnat uppge uppgifter som visar på att när andra personer, med svensk bakgrund, ansökt om lägenheter så har hyresvärdens själv visat dem lägenheten. Den tidigare hyresgästen var inte ens informerad om att mannen skulle komma och titta på lägenheten den dag när han blev ivägskickad för att göra detta. Vid den muntliga förberedelsen av målet vid Stockholms tingsrätt har hyresvärdens ingått en förlikning med OMED där de påtagit sig att betala 30 000 kr till mannen.²⁸⁴

Analys:

Ärendet visar tydligt på att en hyresvärd som inte tillämpar ett transparent och tydligt ansökningsförfarande vid bostadsförmedling har svårt att värja sig gentemot en diskrimineringsstalan när den som sökt lägenheten inte kan sägas ha brustit i något objektivt sett rimligt kriterium såsom betalningsförmåga eller referenser från tidigare boende. Att mannen behandlats annorlunda än andra som sökt lägenhet hos hyresvärdens löper genom hela förfarandet: Han får inget svar på sin skriftliga ansökan, hyresvärdens visar inte lägenheten i vanlig ordning, de bokar in ett möte för kontraktsskrivning men backar ur utan att de har kunnat stödja varför de gjort detta och de erbjuder en annan sökande lägenheten långt efter att mannen har sökt den utan att de har kunnat förklara varför mannen inte skulle ha levt upp till deras krav på en blivande hyresgäst.

De bevis som OMED hänvisar till i sin stämningsansökan visar på en tydlig strategi för att kunna påvisa diskriminering. Genom att de kontrollerat de uppgifter som hyresvärdens lämnat om såväl den tidigare hyresgästen som om dem som sedan fått den aktuella lägenheten har de helt enkelt kunnat påvisa att hyresvärdens uppgifter inte stämmer. Dessa personer får nog även ses som i sig mycket trovärdiga vittnen eftersom de inte själva har något intresse i frågan som prövas. Det kan även sägas att ärendet innehåller ett exempel på praktiktest i och med att mannens svenska kollega ringer upp hyresvärdens och frågar om lägenheten är ledig. Tillsammans med de andra bevisuppgifterna gör det att ärendet kan sägas visa på en mycket tydlig presumtion att diskriminering föreligger.

²⁸⁴ Stockholms tingsrätt mål nr T 094-08.

5.1.7 HO Dnr: 2005/0801

I ärendet har HO företrätt en man som nekats att hyra en lägenhet med hänvisning till att han varit intagen för rättspsykiatrisk vård. I den stämningsansökan som upprättas av HO framgår det att av 31 kap. 3 § BrB följer att det krävs att en person har en ”allvarlig psykisk störning” för att kunna bli överlämnad till rättspsykiatrisk vård och att det därmed går att sluta sig till att alla personer inom rättspsykiatrin har ett funktionshinder. Såsom HO formulerat det har mannen när han nekats att hyra en lägenhet på grund av att han bor på den rättspsykiatriska kliniken nekats detta på grund av sitt funktionshinder.

Vid överläggningen med HO har hyresvärden uppgett att de inte har behandlat mannen annorlunda än vad de har behandlat andra bostadssökande som varit intagna för vård liknande rättspsykiatrisk. De uppger att även personer intagna för vård enligt lag om vård av unga²⁸⁵ och personer som vårdas under lag om vård av missbrukare i vissa fall²⁸⁶ samt boende på så kallade HVB-hem inte har tecknat hyresavtal direkt med hyresvärden. Dessa har istället fått teckna ett så kallat ”socialt kontrakt” där hemkommunen stått för kontraktet under i varje fall en övergångsperiod och i varje fall för tiden när personen varit intagen för vård. När vården har avslutats har de boende fått ta över kontraktet. Hyresvärden har detta som en fast praxis och de hänvisar till att det är ett beslutat som har fattas på ett styrelsemöte. De har även erbjudit mannen att teckna ett sådant kontrakt.

Under överläggningen mellan HO och hyresvärden har det framkommit att det för andra som har sökt boende under tiden de har deltagit i vård så är det de sökande själva som har önskat lösningen med socialt kontrakt. Mannen som nu sökt bostad är den första som har uppgett att han är intagen för rättspsykiatrisk vård och som inte önskat teckna det särskilda avtalet. Hyresvärden har även anfört under överläggningen att de förmodligen har flera hyresgäster som är eller har varit intagna för rättspsykiatrisk vård men som inte har uppgett detta då de sökt lägenhet (det ligger en större rättspsykiatrisk klinik på orten). Hyresvärden framför att anledningen till att de önskar dessa sociala kontrakt är att de ofta har haft kostnader för personer som varit intagna för vård eftersom de inte har skött sitt boende.

Den man som företräds av HO i ärendet har stått fast vid att han inte har någon önskan om att hans hemkommun ska teckna ett kontrakt för honom och han har framhållit att han inte heller har haft någon bristande betalningsförmåga som skulle föranleda en sådan lösning.

Efter överläggningen har hyresvärden ingått en förlikning med HO och betalat ett skadestånd om 35 000 kr till mannen.

Analys:

Jag tycker att detta ärende är svårt att ta ställning till eftersom mannens funktionshinder just ifråga om bostad kan tänkas ha relevans för bedömningen. Jag kan se att ett svar sådant som det som hyresvärden presenterat i sig kan dras till att diskriminering föreligger men det finns, anser jag, ett stort utrymme för att säga att mannen på grund av att han är intagen just för rättspsykiatrisk vård inte befinner sig i en jämförbar situation vare sig med andra som är intagna för annan sorts vård eller med andra bostadssökande som inte är intagna för vård.

Den rättspsykiatriska vården indikerar att mannen har begått någon form av brott, annars hade han inte kommit ifråga för denna vård. Att någon har en kriminell bakgrund är i sig en rimlig anledning för en hyresvärd att neka en sökande ett hyreskontrakt. Detta hade kunnat lyftas såsom att den jämförbara situationen skulle sökas i en jämförelse med andra sökande

²⁸⁵ SFS 1990:52.

²⁸⁶ SFS 1988:870.

som hyresvärden på ett eller annat sätt fått vetskap om att de begått brott och som denna (kanske) hade nekat att teckna hyreskontrakt på grund av detta. Om detta hade varit ett kriterium som hyresvärden använt sig av hade det i sig inte kunnat angripas av diskrimineringsförbudet. Det är ett neutralt kriterium.

Möjligen hade det kunnat gå att argumentera för att mannen i ärendet på grund av sitt funktionshinder begått brott, det är ju därför som han har dömts till rättspsykiatrisk vård, och att han därför om man bortsåg från hans funktionshinder skulle likställas med andra sökande som inte begått något brott. Av betydelse för den bedömningen hade brottets art varit anser jag och det hade kunnat föras en diskussion om huruvida detta i sig pekat på om mannen brustit i de sakliga förutsättningarna för att fungera som hyresgäst.

Jag upplever det sista som en långtgående tånjning av diskrimineringsförbudet men det hade varit intressant att se vad en domstolsprövning av frågeställningen hade kommit fram till. Eftersom detta inte är en anledning som har lyfts i ärendet så framgår det inte som om hyresvärden haft vetskap om vad för sorts brott som mannen begått eller om de har haft något kriterium som tagit ställning till kriminalitet överhuvudtaget.

För att direkt diskriminering ska kunna anses föreligga anser jag att argumentationen måste ta sikte på en jämförbar situation som görs med alla som söker lägenhet hos hyresvärden. Att göra detta tycker jag blir problematiskt eftersom hyresvärden i och med sitt beslut avseende att alla som är intagna för vård, av någon av de uppräknade sorterna, ställt upp ett kriterium för sökandet av deras lägenheter. För att få teckna ett kontrakt direkt med hyresvärden har de krävt att hyresgästen inte ska vara intagen för vård. När mannen varit det så skulle det gå att säga att han inte är i en jämförbar situation med andra sökande.

Att mannen har missgynnats i jämförelse med andra som varit intagna för den sortens vård som angetts är svårt att säga. Det innebär att indirekt diskriminering inte blir tillämpligt på situationen – kriteriet slår lika för alla som omfattas av det och personer med funktionshinder drabbas på samma sätt som personer som inte har funktionshinder men som är intagna för sådan vård som pekats ut av hyresvärden (om enbart personer intagna för rättspsykiatrisk vård hade omfattats hade en talan om direkt diskriminering kunnat föras på den grunden.)

Mot en invändning om att mannen på grund av vården inte var i en jämförbar situation med andra sökande skulle det enklare gå att anföra att det kriteriet i sig inte är tillräckligt neutralt (jämfört med kriteriet om att en hyresgäst inte skulle vara kriminellt belastad) utan har ett direkt samband med mannens funktionshinder. Det är otvivelaktigt så att det är på grund av mannens funktionshinder som han har hamnat inom rättspsykiatrisk vård och det kan sägas finns ett direkt samband mellan funktionshindret och missgynnandet. Att kriteriet inte är neutralt i förhållande till diskrimineringsgrunden funktionshinder kan förtydligas utifrån att detta hade varit än tydligare om även personer som vårdas inom lagen för psykiatrisk tvångsvård omfattades av kriteriet eller att personer som behandlas inom den somatiska vården kategoriskt nekats att teckna direkta hyreskontrakt. När hyresvärden har uppgett att det har varit vården i sig och inte mannens brottsliga handlingar som föranlett att han har nekats att hyra en lägenhet tycker jag att det går att se att diskriminering föreligger.

Det bör även framhållas att ett sådant socialt kontrakt som hyresvärden velat teckna inte enbart har betydelse för betalningen av hyran vilket är det som lyfts i ärendet av HO. Ett sådant kontrakt medför även att den hyresrättsliga regleringen sätts ur spel och att hyresvärden tillsammans med hemkommunen genom ett enklare förfarande hade kunnat säga upp mannen som hyresgäst. Detta är en omständighet som talar för att hyresvärden haft grund för att ställa upp sitt kriterium eftersom de kan sägas ha fått en indikation om att mannen kanske inte skulle sköta sitt boende i förhållande till andra hyresgäster. Det skulle alltså kunna sägas att kriteriet är neutralt trots allt eftersom det ställts upp utifrån tre vårdformer som i sig indikerar att en hyresgäst inte skulle komma att kunna sköta själva boendet.

Sammanfattningsvis anser jag alltså att det utifrån det som hyresvärden har anfört finns omständigheter som talar för att diskriminering föreligger men jag är ändå relativt tveksam till att HO:s talan skulle ha hållit för en domstolsprövning där ärendet förmodligen skulle ha kommit att utredas ytterligare.

5.1.8 HO Dnr: 2004/0707

HO har i ärendet företrätt en man som har aspergers syndrom. Mannen hade efter det att han flyttat från det familjehem som han bott i under uppväxtåren haft svårt att få ett boende som fungerade utifrån hans funktionshinder. Kommunen hade, vid tiden för ansökan, tillfälligt placerat mannen på ett boende för gravt utvecklingsstörda. När mannen sökte en lägenhet som var ledig hos hyresvärden kontaktade hyresvärden mannens gode man och uppgav att personer som bor på boenden för gravt utvecklingsstörda inte flyttar till en egen bostad utan att kommunen är delaktig i flytten. Den gode mannen gjorde då klart för hyresvärden att mannen inte var gravt utvecklingsstörd utan endast bodde på hemmet tillfälligt. Efter detta kontaktades den gode mannen återigen av hyresvärden som nu uppgav att de inte hade kunnat få några uppgifter om mannen på gruppboendet på grund av att personalen där hänvisat till sekretess. Den gode mannen reagerade på detta och uppgav att han aldrig hade varit med om att en hyresvärd behövde sekretessbelagd information om en bostadssökande för att denna skulle komma ifråga för ett hyreskontrakt. Den gode mannen och hans fru, vilka varit föreståndare för familjehemmet där mannen växt upp, redogjorde även för mannens betalningsförmåga, att han inte var störande i sitt sätt och att de kunde intyga att han klarade av ett eget boende eftersom han som flera av de som bott hos dem hade övningsbott i två år i en egen stuga.

Efter detta besökte mannen i sällskap med sin gode man hyresvärden för att skriva kontrakt på lägenheten. När de kom till hyresvärden uppgav dennes företrädare att något kontrakt inte kunde skrivas utan att ett möte var tvunget att genomföras för att utreda mannens lämplighet som hyresgäst.

På grund av att mannens funktionshinder innebär att han lätt missuppfattar sådant som sägs om honom på ett negativt sätt så var den gode mannen inte positiv till att ha ett möte med hyresvärden där mannen var närvarande men hyresvärden krävde detta för att kunna godkänna mannen som hyresgäst. Att mannen närvarade själv var tvunget för att han då skulle kunna häva sekretessen och hyresvärden på så vis skulle få tillgång till uppgifterna om hans funktionshinder. Något möte kom aldrig till stånd och mannen fick inte något kontrakt hos hyresvärden.

HO lämnade in en stämningsansökan mot hyresvärden. I sitt svaromål vidgår hyresvärden delvis att de har förfarit på det sätt som uppgetts av HO men de har även förklarat att de har haft anledning att undersöka mannens ansökan utifrån att de varit vana vid att en ansökan från någon som bodde i ett så kallat omsorgsboende tillstyrktes av kommunen eller personalen på detta boende. De har haft ett väl utarbetat samarbete med omsorgsboendet ifråga och detta var inrymt i lokaler som ägdes av hyresvärden. Hyresvärden har även anfört att de inte har haft någon vetskap om att mannen hade ett funktionshinder inledningsvis eftersom boende i omsorgsboende kunde föranledas av andra orsaker, exempelvis missbruk.

Efter en mycket lång handläggning vid tingsrätten där hyresvärden framstår ha dragit ut på tiden med ett stort antal skriftliga inlagor har målet slutligen avskrivits när HO återkallat talan efter det att hyresvärden gått med på att "ex gratia" betala 30 000 kr till mannen. Att deras förfaringsätt utgjort diskriminering har hyresvärden alltså inte vidgått.

Analys:

Jag tycker även att detta ärende är svårt att ta ställning till. För att anse att det föreligger diskriminering måste man kunna sluta sig till att hyresvärden ställt annorlunda krav på mannen som sökte lägenheten än vad de har ställt på andra sökanden. Det kan de på sätt och vis sägas ha gjort men det har gjorts utifrån att det funnits tydliga indikationer på att mannens lämplighet som hyresgäst skulle kunna ifrågasättas.

Det faktum att mannen inte själv tagit någon kontakt med hyresvärden och även enligt den gode mannen inte heller skulle klara av att ha sådana kontakter är, anser jag, en omständighet som i sig kan sägas rättfärdiga hyresvärdens krav om att få veta mer om mannen. För mannens förhållande till sin omgivning och kontakter med denna är något som spelar in för hans möjligheter att kunna fungera som hyresgäst i ett flerfamiljshus där kontakter och möten med grannar är oundvikligt. Det är även något som en hyresvärd kan sägas vara skyldig att ta ställning till utifrån sitt ansvar för sina redan befintliga hyresgäster.

Detta gör att när mannen själv och inte heller med hjälp av sin omgivning kunnat uppfylla hyresvärdens krav om att denna i varje fall skulle få information om detta så kan mannen inte sägas befinna sig i en jämförbar situation med andra hyresgäster som sökt boende. Eftersom bostadsområdet inte heller regleras såsom arbetsmarknaden, med särskilda skyldigheter för en arbetsgivare att särskilt beakta problem som en person med funktionshinder kan ha, så går det inte heller att säga att hyresvärden har haft någon särskild skyldighet att djupare utreda mannens möjligheter att kunna bo hos dem. Utan någon sådan utökande skyddslagstiftning så anser jag alltså inte att diskrimineringsförbudet hade nått fram till denna situation om ärendet slutligt prövats i domstol.

5.2 Köp av bostad

Vilka situationer som omfattas av diskrimineringsförbudet vid köp av bostad avgörs av vem som är motpart och om denna faller inom diskrimineringsförbudets ansvarsområde.

En bostadsrättsförening faller inom detta ansvarsområde. Bostadsrättsföreningen kan sägas ha en maktposition gentemot köparen av en bostadsrätt eftersom det av 2 kap. 1 § bostadsrättslagen framgår att det är föreningens styrelse som ska godkänna medlemskap i föreningen såväl vid bildandet av bostadsrättsföreningen som när en bostadsrätt säljs.²⁸⁷

Andra situationer som kan tänkas omfattas av diskrimineringsförbudet vid köp av bostad är en mäklares agerande, juridiska personer som säljer en fastighet/bostadsrätt/ägarlägenhet eller när kommunen eller staten är säljare.²⁸⁸

5.2.1 ANM 2010/765

I ärendet överenskommer DO med en bostadsrättsförening som tillhandahåller så kallade seniorbostäder om en förlikning samt att bostadsrättsföreningen ska ändra i sina stadgar. Bakgrunden är att en kvinna har anmält bostadsrättsföreningen för diskriminering som har samband med hennes funktionshinder. Enligt föreningens stadgar krävs det dels att en person som flyttar in i boendet faller innanför de riktlinjer som satts upp avseende ålder, personen ska vara mellan 55 år och 75 år, samt att personen ska ha ”så god psykisk och fysisk hälsa

²⁸⁷ Nilsson-Hjort & Uggla, kommentaren till 2 kap.1 § bostadsrättslagen.

²⁸⁸ Fransson & Stüber, 2010 s. 311ff.

enligt läkares intyg, att vederbörande kan klara sig helt själv”.²⁸⁹ I sitt yttrande till DO har bostadsrättsföreningen uppgett att anledningen till detta stadgande har varit att man velat få in boende som i varje fall till en början av sin boendetid kan hjälpa till med det arbete som de boende själva gör i bostadsrättsföreningen. Detta arbete är allt från administrering och reparationsarbete till praktisk hjälp åt de allra äldsta i den gemensamma matsalen.

Kvinnan som nekats inträde i föreningen använde tillfälligt rullator i väntan på en höftledsoperation. Bostadsrättsföreningen uppger i sitt svar till DO att kvinnan inte levt upp till stadgarnas villkor om god hälsa. Kvinnan tar i anmälan upp att detta är svårt att förstå utifrån att flera boende i föreningen använder rullatorer och i den insändare som hon har bifogat med sin anmälan framför hon en oro för att det egentliga skälet har varit hennes lindriga CP-skada. Det framgår tydligt i ärendet att kvinnan när hon sökte inträde i föreningen bodde själv och inte hade några behov av hjälp utifrån för att klara sig i vardagen.

I sitt yttrande till DO tar bostadsrättsföreningen endast upp att kvinnan använder rullator. De ifrågasätter om ett tillfälligt användande av rullator är att anse som ett funktionshinder i diskrimineringslagens mening eftersom funktionshindret inte kan anses ”varaktigt”. I DO:s ställningstagande till ärendet anger den att den bedömer det inträffade så att bostadsrättsföreningen har utsatt kvinnan för diskriminering och att diskrimineringen har haft samband med kvinnans funktionshinder. I förlikningen påtar sig bostadsrättsföreningen att betala 90 000 kronor till kvinnan samt att ändra sina stadgar ”på sådant sätt att personer inte riskerar att utsättas för diskriminering som har samband med funktionshinder”.²⁹⁰

Analys:

Bostadsrättsföreningens invändning om att kvinnans funktionshinder inte är att se som varaktigt kan ifrågasättas. I doktrin har en gräns satts upp kring 12 månader för att ett tillstånd hos en person ska anses som varaktigt. Utifrån detta är det i sig riktigt att bostadsrättsföreningen tar upp detta eftersom den som bara under en begränsad tid, i väntan på en operation, inte kan anses ha ett funktionshinder som omfattas av diskrimineringsgrunden. Gentemot det kan det däremot hävdas att detta i sig inte kan vägas in i bedömningen av bostadsrättsföreningens agerande i ärendet eftersom deras avslag av kvinnans ansökan bara kan förstås på så vis att de har behandlat kvinnans ansökan utifrån att hon haft ett varaktigt funktionshinder. Annars hade det inte funnits något hinder för kvinnan att flytta in i huset. Även förmodade uppfattningar om någons funktionshinder ryms inom diskrimineringsgrunden eftersom detta faller inom det utvidgade tillämpningsområdet. Utifrån detta framstår det som att bostadsrättsföreningen mest av allt motsäger sig själva genom denna frågeställning.

Det skulle kunna vara möjligt att göra en jämförelse med stadgans syfte och de bedömningar som görs i arbetsrättsliga tvister om vad som kan anses utgöra en jämförbar situation när någon med ett funktionshinder söker en tjänst. Enligt rättspraxis ska den som söker kunna ”utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna”.²⁹¹ Att kvinnan hade kunnat utföra det mesta av det arbete som man förväntade sig av nyinflyttade medlemmar torde stå klart.

Jag anser att ärendet tydligt visar på diskriminering och det kan även lyftas att i varje fall den övre åldersgränsen som satts upp av bostadsrättsföreningen från och med 1 januari år 2013 inte är förenlig med diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL eftersom den inte ryms inom det undantag som görs i 2 kap. 12b § DiskrL.

²⁸⁹ ANM 2010/765 aktbilaga ej numrerad.

²⁹⁰ ANM 2010/765 aktbilaga ej numrerad.

²⁹¹ Stüber & Fransson, 2010 s. 77.

5.2.2 ANM 2009/69

I ärendet har en anmälare uppgett att hon har förvägrats att köpa en lägenhet eftersom hon är rom. Bostadsrättsföreningen har själva i sitt svar till DO uppgett att de har meddelat säljaren att bostadsrättsföreningen inte skulle tycka om att denne sålde lägenheten till romer och frågat säljaren om han själv skulle vilja bo granne med romer. Säljaren har uppgett att han inte skulle vilja det. DO har gått vidare med en stämningsansökan till Haparanda tingsrätt.²⁹²

I stämningsansökan trycker DO på att även kvinnans barn har diskriminerats genom bostadsrättsföreningens agerande eftersom de inte fått möjlighet att flytta in i lägenheten. Kvinnan och barnen hade för avsikt att flytta från Finland till den aktuella lägenheten för att kunna bo närmare barnens pappa och övriga syskon. I den överenskommelse som DO har ingått med föreningen efter det att stämningsansökan lämnats in uppges det att föreningen har bestritt DO:s käromål men att den har ”för biläggande av tvisten träffat följande överenskommelse”.²⁹³ Bostadsrättsföreningen påtar sig att betala kvinnan och hennes tre barn vardera 25 000 kr. När denna betalning har skett har DO återkallat sin talan.²⁹⁴

Analys:

Ärendet kan sägas vara ett helt uppenbart fall av diskriminering. Att en säljare reagerar på påstötningar från en bostadsrättsförening får förmodas vara vanligt eftersom denne kan antas vilja sälja till högstbjudande. Säljaren har vid ärendets handläggning uppgett att han inte själv hade velat bo granne med romer och detta i sig kan öppna upp för frågan om vad som hade skett om säljaren själv skulle bo kvar i fastigheten men i en annan lägenhet? Hur vanligt är det att det är säljaren som av en eller annan anledning inte vill sälja till en person av till exempel annan etnisk härkomst?

En enskild privatpersons agerande på bostadsmarknaden kan inte nå genom diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL. Försäljning av den egna bostaden anses falla inom den privata sfärens som ytterst skyddas av artikel 8 EKMR. För det fall en privatperson vid försäljning av den egna bostaden inte låter exempelvis personer av annan etnicitet köpa denna så kan det betecknas som att diskrimineringen som sker är laglig eller i varje fall inte reglerad.

Bostadsrättsföreningen befinner sig däremot inte inom denna sfär. I detta ärende framstår bostadsrättsföreningens agerande mest av allt att tyda på en stor okunskap vilket även understryks av att de varit beredda att bestrida stämningsansökan i sin helhet. Men det går inte att utesluta att en mer förslagen styrelse hade kunnat nå framgång med sina åsikter och genom påtryckningar på säljaren lyckats med att utnyttja dennas så att säga lagliga utrymme att diskriminera.

Det ska även lyftas att detta är det enda ärende där även barnens situation uppmärksammats i samband med diskrimineringsförbudet. De flesta ärenden och rättsfall som jag har tagit upp i arbetet berör familjer och det hade alltså kunnat vara möjligt att även i dessa ta upp hur barnen påverkats och gjort även dem till käranden i målet. Av barnkonventionen följer uttryckligen ett starkt skydd för barns rätt till bostad och skydd mot diskriminering

²⁹² Haparanda tingsrätt mål nr T 162-10.

²⁹³ ANM 2009/69 aktbilaga 23.

²⁹⁴ Haparanda tingsrätt mål nr T 162-10.

5.2.3 OMED Dnr: 1389-2007

I ärendet har en man anmält en kommun för diskriminering. Mannen hade lagt det högsta budet på en fastighet som kommunen hade till försäljning men trots detta beslutade kommunen att sälja huset till en politiker i kommunen som lagt ett lägre bud. Mannen upplevde att han nekades att köpa huset på grund av att han var invandrare. OMED begärde in ett yttrande från kommunen. I begäran om yttrande trycker OMED på att diskrimineringsförbudet i diskrimineringslagen även omfattar ”instruktioner att diskriminera”.

Kommunen inkom med ett yttrande till OMED där de uppger att de redan när uppdraget att sälja fastigheten lämnades över till en mäklare betonade att det var viktigt att fastigheten såldes till en ”lämplig köpare och att försäljningen därför inte enbart var en högstaprisfråga”.²⁹⁵ Anledningen till detta var att fastigheten ligger nära en förskola och skola. I försäljningsprospektet, som bifogats till yttrandet, uppgavs det att ”säljaren förbehåller sig rätten att fritt välja köpare”.²⁹⁶ Kommunen uppger att det inte hölls någon process för budgivning utan att det lämnades in ett antal intresseanmälningar som i vissa fall följdes av spontana bud på fastigheten. Efter detta upprättades ett förslag till köpekontrakt för kommunpolitikern eftersom hon ansågs motsvara den kravbild som kommunen hade på köparen.

När mannen som gett det högre budet kontaktade mäklaren för att få reda på hur det gått med försäljningen uppgav denne för mannen att han kunde få besked om detta först när beslutet att sälja huset till politikern vunnit laga kraft. Efter att överklagandetiden gått ut överklagades beslutet att sälja fastigheten till politikern som en laglighetsprövning men detta avvisades av länsrätten eftersom överklagandet inkommit försent. I skrivelsen till OMED medger kommunen att det har ”begåtts misstag” i hanteringen av fastighetsförsäljningen men att det inte varit etnisk tillhörighet eller ursprung som har styrt beslutet att inte låta mannen köpa fastigheten.²⁹⁷

DO som tagit över ärendet den 1 januari 2009 har bedömt att mannen har diskriminerats och att diskrimineringen har samband med hans etniska ursprung. Vid förlikningen har kommunen påtagit sig att betala 60 000 kr till mannen.

Analys:

Ärendet visar tydligt på hur bevisbördan genom mannens uppgifter gått över på motparten och hur motparten inte kunnat anföra ett enda objektiva skäl för varför de har valt att sälja till den andra köparen som har lagt ett lägre bud. Här blir det tydligt att då den diskriminerande parten inte har några motbevis så kan diskriminering förmodas föreligga grundat på relativt enkla grunder. I sig belyser detta vikten av bevisbörderegeln eftersom det utan denna skulle kunna ha anförts att mannen skulle ha haft en mycket tyngre bevisbörda eftersom han hade haft att även visa på att det fanns ett samband mellan hans etniska tillhörighet och att han inte fått köpa fastigheten.

Det här ärendet berör en specifik situation som jag egentligen finner är mest belysande för det område som inte regleras av diskrimineringslagen. Oftast är det privatpersoner som säljer fastigheter och bostadsrättslägenheter. Dessa faller utanför diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL. Många gånger styrs försäljningen säkert av kommersiella krafter och den som säljer bryr sig mer om att få så mycket som möjligt betalt än om vem som kommer att flytta in i fastigheten. Men till skillnad från de andra områdena som regleras i paragrafen, varor och tjänster, så är bostäder mycket mer centrala och varaktiga delar av människors liv. Jag skulle

²⁹⁵ OMED Dnr: 1398-2007 aktbilaga 8.

²⁹⁶ OMED Dnr: 1398-2007 aktbilaga 8.

²⁹⁷ OMED Dnr: 1398-2007 aktbilaga 8.

tro att trots de i och för sig mycket starka kommersiella krafterna så fattar även privatpersoner beslut som påverkas av andra krafter just när det rör bostäder. Till exempel är det är inte otänkbart att man trots försäljningen kommer att ha kvar starka band till såväl grannar och platser, exempelvis skolor och arbetsplatser, runtomkring den tidigare bostaden. I och med att de olika köparna kan rangordnas utifrån sina faktiska bud så skulle diskriminering (av lagen ej reglerad) i dessa situationer vara relativt enkelt att studera. I ett vidare perspektiv skulle en sådan studie kunna visa på hur bostadssegregation upprätthålls om det är så att det går att se att många väljer att sälja till köpare som så att säga liknar dem själva.

Ärendet i sig visar även på att den kommersiella bostadsmarknaden som kan sägas vara i utgångspunkten fri, vilket tydligt gestaltas av kommunens användande av den mycket vanliga standardformuleringen i försäljningsprospektet, inte alltid är fri.

5.2.4 OMED Dnr: 1096-2007

I ärendet har ett par uppgett att de inte har fått köpa en lägenhet efter det att bostadsrättsföreningens ordförande har ingripit och fått mäklaren som ansvarade för försäljningen att istället sälja lägenheten till den som lagt det näst högsta budet. Till mäklaren har ordföranden för bostadsföreningen uppgett att han inte vill ha invandrare i fastigheten. Till ägaren av lägenheten har ordföranden sagt att ”Du får väl pressa det svenska paret så att de kan ge dig samma bud”.²⁹⁸ När paret kontaktat HSB (till vilken bostadsrättsföreningen hör) har de uppgett att man måste vara 55 år för att få bo i fastigheten men att man har glömt att föra in detta i föreningens stadgar. Såväl mäklaren som säljaren av lägenheten har erbjudit sig att vittna om ordförandens uttalande.

I sitt svar till OMED som bostadsrättsföreningen inkommit med efter att ombudsmannen har begärt in ett yttrande framhåller de mestadels att det varit problem med försäljningen på grund av att det vid omregistrering av bostadsrättsföreningen fallit bort från stadgarna att denna är en 55+ förening. Bostadsrättsföreningen uppger att det på grund av att stadgarna var felaktiga vid försäljningstillfället så skulle de inte ha kunnat neka paret att köpa lägenheten. Bostadsrättsföreningen uppger att de inte har fått in någon ansökan från paret och ordföranden har uppgett att han inte har sagt de saker som mäklaren och säljaren gör gällande.

I OMED:s bedömning avviserar de att de ser på ordförandens uttalanden som förhandsbesked och att de anser att utredningen i ärendet visat att paret blivit utsatta för diskriminering som har samband med deras etniska tillhörighet. Bostadsrättsföreningen har ingått en förlikning och påtagit sig att betala 30 000 till vardera av makarna.

Analys.

Bevisläget i detta ärende får sägas vara mycket bra i och med att köparna av bostadsrätten har såväl säljaren som mäklaren på sin sida. Det bör framhållas att mäklaren själv omfattas av diskrimineringsförbudet och hade alltså inte haft lagligt utrymme att agera efter bostadsrättsföreningens ordförandes instruktioner utan att själv riskera att bryta mot diskrimineringsförbudet.

Att situationen omfattas av diskrimineringsförbudet även om något faktiskt bud inte har lagts på bostaden följer av att ett missgynnande kan sägas uppstå redan då köparna fått reda på ordförandens inställning. Ordförandens agerande kan alltså i sig angripas både som en instruktion att diskriminera men det är även, när uttalandet har nått köparna, att se som en direkt kränkning av dessa vilket faller inom 1 kap. 4 § 4p. DiskrL.

²⁹⁸ OMED Dnr: 1096-2007 aktbilaga 9.

5.3 Boende

5.3.1 ANM 2009/1049

I ärendet har DO efter att en stämningsansökan lämnats in till Linköpings tingsrätt ingått en förlikning med en privat hyresvärd som förvaltar ett flertal bostadsfastigheter.

I stämningsansökan har DO uppgett att den kvinna som ombudsmannen företräder har blivit utsatt för dels direkt diskriminering genom att hon har missgynnats på så sätt att hyresvärderna behandlat henne annorlunda än andra hyresgäster och dels att hyresvärderna utsatt henne för trakasserier som har kränkt hennes värdighet.

Bakgrunden till DO:s talan är uttalanden som hyresvärderna ska ha gjort när han har kontaktat hyresgästen. Kvinnan som är finsk rom och som till vardags klär sig i traditionell romsk klädsel med bland annat lång kjol blev kontaktad av hyresvärderna efter att hon bott i sin lägenhet i två månader. Hyresvärderna förklarade då för henne att grannar i huset hade klagat över att ”det rörde sig zigenare i fastigheten” och att hon skulle få lämna lägenheten ”om hon eller någon av hennes besökare bar zigenarkläder fortsättningsvis”.²⁹⁹ Kvinnan tog mycket illa vid sig av detta och kontaktade sin mamma. Mamman kontaktade hyresvärderna på telefon för att diskutera det inträffade. Hyresvärderna gav då samma besked till henne och förklarade att det kostade honom mycket att ha sådana hyresgäster som kvinnan och att han hellre såg att hon flyttade än att andra hyresgäster skulle göra det.

Under en period försökte kvinnan anpassa sig till hyresvärdens krav att inte bära de traditionella kläderna och hon höll sig även undan för grannar och hyresvärderna. Ett drygt halvår efter det inträffade upplevde kvinnan att boendesituationen blev för påfrestande och bestämde sig för att säga upp lägenheten. När hon kontaktade hyresvärderna för att få hyra ut lägenheten i andra hand under uppsägningstiden frågade hyresvärderna om det var hon som var rom. När hon bekräftade detta uppgav hyresvärderna att han inte ”ville ha några romer springandes i lägenheten” och att han skulle ordna en ny hyresgäst själv istället.³⁰⁰

I stämningsansökan har DO uppgett att händelseförloppet ”torde vara ostridigt” och att den därför har bett att få återkomma med bevisuppgift.³⁰¹ I sitt yttrande till DO har hyresvärderna uppgett att han kontaktat kvinnan angående störningar som grannarna rapporterat till honom men att detta inte haft att göra med hennes romska bakgrund. Han har även uppgett att det är känt i staden att han under flera år har haft romer som hyresgäster och att påståendena om vad han skulle ha sagt om zigenare/romer är helt grundlösa. Detta till trots har hyresvärderna ingått en förlikning med DO och därmed inte valt att få händelserna prövade i domstol. I förlikningen har hyresvärderna påtagit sig att betala 37 500 kr till kvinnan (i stämningsansökan yrkar DO på diskrimineringsersättning om 100 000 kronor).

Analys:

DO har skrivit att omständigheterna i målet skulle vara ostridiga. Detta i sig skulle kunna tyda på att hyresvärdens invändningar om att han har flera andra romska hyresgäster boende hos sig inte är sann och att han alltså inte hade kunnat stödja detta påstående vid en domstolsprövning. Jag tycker att stämningsansökan framstår som tunn sett utifrån att det är DO som har bevisbördan för att visa på att det föreligger ett missgynnande respektive att

²⁹⁹ ANM 2009/1049 aktbilaga 22.

³⁰⁰ ANM 2009/1049 aktbilaga 22.

³⁰¹ ANM 2009/1049 aktbilaga 22.

hyresvärden uttalat sig på ett sådant sätt att detta kan ses som trakasserier. Det enda som stödjer detta är kvinnans egen utsaga samt den andrahandsinformation som mamman har fått om detta. Det kan visserligen finnas stöd för presumtionen i det att kvinnan kunnat visa på att hyresvärden uppträtt på ett diskriminerande sätt flera gånger men för att presumtionen skulle kunna hålla för en domstolsprövning hade det nog krävts ytterligare bevisning eller att hyresvärden helt enkelt inte lämnat några trovärdiga invändningar mot uppgifterna.

5.3.2 OMED Dnr: 1123-2004

I ärendet har en stämningsansökan lämnats in samt muntlig förberedelse hållits vid Malmö tingsrätt. Bakgrunden till stämningen är en rad incidenter som har inträffat då en hyresvärd uttryckt sig kränkande och bemött och behandlat en muslimsk familj nedlåtande: Hyresvärden har i samband med att denne skulle laga ett kylskåp i familjens lägenhet uttalat sig negativt om att kvinnan i familjen pratade dålig svenska och att hon hade många barn. När familjen ville byta lägenhet eftersom deras lägenhet var för liten uppgav hyresvärden att de inte skulle få hyra någon ny lägenhet av honom eftersom det ”skulle bli ändringar i området”.³⁰² När familjen efter detta frågade om en specifik lägenhet att byta till så gick hyresvärden tillsammans med mannen i familjen upp till den kvinna som i så fall skulle komma att bli granne med familjen och frågade denna om hon ville ha familjen som grannar. Det ville hon inte och hyresvärden nekade därför byte till lägenheten baserat på grannens åsikt om familjen. Hyresvärden monterade vid ett tillfälle ner alla namnskyltar vid porttelefonen i huset som familjen bodde i och uppgav, när han blev tillfrågad om varför han gjorde detta, att det inte spelade någon roll om dessa satt uppe ”eftersom namnen på skyltarna ändå var så konstiga”.³⁰³ När familjen skulle flytta ville de överlåta lägenheten till en annan familj. Hyresvärden frågade då om denna familj också var muslimer. När han fick veta att de var så förklarade han att dessa inte var välkomna att bo i hans fastighet.

Hyresvärden har bestridit OMED:s talan såväl skriftligt som vid överläggningen vid domstolen. Hyresvärden har främst riktat in sin talan på att OMED:s stämningsansökan varit bristfällig eftersom den endast innehållit ”svepande beskyllningar” vilka inte närmare ha preciserats i tid och inte heller följt rättegångsbalkens bestämmelser om att det i stämningsansökan ska ange vad som skall styrkas med varje bevis. Vidare har hyresvärden anfört att de flesta händelserna borde vara preskriberade.³⁰⁴

OMED har efter detta förtydligat sin talan i det att den har anfört ungefärliga tider för de olika händelserna och förtydligat att de uttalanden som gjorts till kvinnan i familjen, på grund av att de har preskriberats, bara åberopas som stödomständigheter och att även uttalandena i samband med att namnskyltarna togs ner anföras som sådana. OMED anför även som stödbevisning ett uttalande som hyresvärden gjort i en tidningsartikel. I artikeln har hyresvärden uttalat sig direkt kränkande om muslimer och araber.

Det hölls aldrig någon huvudförhandling i målet utan hyresvärden ingick kort efter den muntliga förberedelsen en förlikning med OMED där han påtog sig att betala ett skadestånd om 20 000 kr till familjen. (OMED hade yrkat på 120 000 kr i stämningsansökan.)

Analys:

Av det förhållande att OMED valt att ingå en förlikning skulle det gå att dra slutsatsen att OMED insett att det förelegat problem med att styrka det inträffade både på grund av tiden

³⁰² OMED Dnr: 1123-2004 aktbilaga 28.

³⁰³ OMED Dnr: 1123-2004 aktbilaga 28.

³⁰⁴ OMED Dnr: 1123-2004 aktbilaga 35.

som gått men även på grund av att det skulle komma att till stor del bli till en ord mot ord situation vid en prövning i domstol. OMED framför inte någonstans specifika omständigheter som i sig kan sägas styrka att de enskilda händelserna har ägt rum. Jag delar på den punkten hyresvärdens inställning om att OMED:s grunder är alltför vida för att föra ett svaromål mot. Däremot upplever jag att OMED:s talan har en styrka i och med att det är så många skilda situationer som tas upp som visar på hur hyresvärden har agerat mot familjen. Det ska även lyftas att hyresvärdens uttalanden i tidningsartikeln stödjer att hyresvärden har trakasserat familjen och det kan nog sägas att det med hjälp av denna stödbevisning hade gått att skapa en tillräckligt stark presumtion för att diskriminering skett.

Hyresvärdens svaromål är i sig belysande för problematiken kring att driva diskrimineringsmål om bemötandefrågor. Givetvis måste en talan om diskriminering följa rättegångsbalkens bestämmelser men samtidigt så är säkert denna sortens diskriminering något som en hyresgäst reagerar på först när den upplevt att samma beteende återkommer. Det säger sig självt att det kan vara svårt att föra bevisning kring det inträffade om vittnen eller liknande inte varit närvarande eller när de som varit närvarande har haft samma uppfattningar som den diskriminerande. Det är svårt att se att till exempel den granne som tillfrågades om hon ville ha den muslimska familjen som grannar skulle stå upp för sitt uttalande vid en rättslig prövning, även om det inte är helt uteslutet.

5.3.3 OMED Dnr: 1040-2005

I ärendet har en förlikning träffats med hyresvärden först efter det att OMED lämnat in en stämningsansökan mot denna. Bakgrunden till stämningen är att en kvinna med romskt ursprung dels fått särskilda restriktioner av hyresvärden om att varken hennes pojkvän eller syster fick besöka henne i lägenheten då dessa är romer och dels att kvinnan inte fått hyreskontraktet förlängt efter den första månaden som hon bott hos hyresvärden.

Hyresvärden har i sitt svaromål bestridit att denna har uttalat sig om kvinnans romska besökare eller om att han, vilket kvinnan i sin anmälan har uppgett, har sagt att han ”ska hålla ögonen på henne”. Hyresvärden anför att det har varit på grund av att kommunen, vilka har stått som avtalspart i hyresavtalet på grund av kvinnans betalningsanmärkningar, framfört önskemål om detta som kvinnan inledningsvis endast fått hyra lägenheten i en månad. Hyresvärden har sagt upp avtalet. I svaromålet till tingsrätten anför hyresvärden att denne har kontaktat såväl kvinnan som kommunens ansvarige tjänsteman om att denna fått in anmälningar om störningar vid upprepade tillfällen och att det är på grund av dessa som hyresavtalet inte har förlängts.

OMED har kunnat visa på att uppgifterna om att hyresvärden informerat kvinnan och kommunen om störningarna har motsagts av hyresvärden själv vid de kontakter som OMED har haft med hyresvärden. OMED anger även att grannarna till kvinnan har varit beredda att vittna om att de inte har anmält störningar och att kvinnan inte stört dem under den korta tid då hon bott i fastigheten. Även kommunens tjänsteman har uppgett att hyresvärdens kontakter med dem och grunderna för dennas uppsägning av kvinnan har skilt sig åt jämfört med hur andra hyresgäster har blivit behandlade av hyresvärden vid uppsägning och störningar.

OMED har dragit tillbaka sin stämningsansökan efter det att hyresvärden ingått en förlikning där denna betalar ett skadestånd om 60 000 kr till kvinnan.

Analys:

Frågan om vad hyresvärden har sagt till kvinnan om hennes romska besökare har inte kunnat styrkas av OMED. Det kan alltså inledningsvis konstateras att då det är käranden som har

bevisbördan för att påvisa att diskriminering förekommit så skulle en prövning av en ord mot ord situation där ingendera av parterna kunnat stödja sin version i andra omständigheter i de allra flesta fall ha resulterat i att käranden tappade målet. Sett i ljuset av att hyresvärden uppgifter i övrigt har kunnat motbevisas relativt enkelt så tycker jag att det vid en domstolsprövning hade kunnat ifrågasättas om hyresvärdens uppgifter även avseende att han inte uttalat detta skulle kunna ifrågasättas.

Att hyresvärden inte har haft sakliga skäl för att avbryta hyreskontraktet har däremot kunnat bevisas av OMED. Av särskild vikt för den frågan är kommunens uppgifter då dessa även kunnat jämföra hur kvinnan behandlats i jämförelse med hur andra hyresgäster med liknande kontraktslösningar behandlats av hyresvärden.

En invändning som skulle kunna göras är att det egentligen inte finns något avtalsförhållande mellan hyresvärden och den romska kvinnan. Jag uppfattar det som rimligt att i denna situation tolka in kvinnan som den faktiska hyresgästen även om kommunen så att säga står i mellan henne och hyresvärden. Detta tydliggörs även av att det är för henne som effekterna av hyresvärdens agerande uppstår. En jämförelse kan göras med förhållandena i Nacka tingsrätts mål nr T 1705-08. Där går det att se att utrymmet för hyresvärden att ta ut en högre hyra för de lägenheter som hyrdes ut till flyktingfamiljer hade kunnat finnas om det varit så att kommunen inträtt som avtalspart i hyresförhållandet. Det går att se att OMED:s talan i detta ärende går emot ett sådant påstående. Det framstår inte som att denna fråga har varit uppe för diskussion i ärendet och jag anser inte heller att det är svårt att se att diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL skulle täcka in denna situationen men det kan sägas uppstå en gråzon någonstans mellan dessa båda situationer som i sig skulle kunna belysas ytterligare.

6 Slutsatser och sammanfattade diskussion

Min studie har kretsat kring den övergripande frågeställningen: Hur kan diskriminering på bostadsmarknaden bevisas?

De tre frågeställningarna som jag här besvarar var för sig kan sägas utgöra delar av svaret på denna fråga. Jag presenterar först en sammanfattning av de övergripande kraven på bevisningen i kap. 6.1. Efter det sammanfattar jag hur dessa krav har kommit att ställas på de mål och ärenden som utgjort mitt grundmaterial i kap. 6.2. I den tredje delen har jag flyttat fokus till den juridiska praktiken och lyft ut arbetet med praktiktest som bevismedel i kap. 6.3.

I min inledning har jag skrivit att jag önskar att få placera in min studie i ett större sammanhang avslutningsvis och i kap. 6.4 för jag en diskussion om vilka slutsatser och linjer som går att se i mitt grundmaterial och gör en sammanfattning av den rättsliga kontexten av bostadsdiskriminering som föreligger idag.

6.1 Hur fördelas bevisbördan mellan parterna och vilka riktlinjer föreligger för beviskraven i diskrimineringsmål?

Av beskrivningen av den så kallade bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DiskrL och de efterföljande delarna i kapitel tre avseende bevisbördan för orsakssambandet och beviskravet i förhållande till rekvisitet missgynnande respektive rekvisitet den jämförbara situationen kan följande utgångspunkter sägas följa.

Bedömningen av diskrimineringsmål sker i två steg. Detta följer av att bevisbörderegeln är att se som en presumtionsregel. I det första steget ligger det på käranden att lägga fram fakta som kan grunda en presumtion. Vid direkt diskriminering är det rekvisiten missgynnande och den jämförbara situationen som den kärende i varje fall inledningsvis har bevisbördan för. Av doktrin men även utifrån HD:s uttalanden i NJA 2006 s. 170 följer att beviskraven för dessa rekvisit inte kan sägas vara så högt ställda att käranden alltid har att styrka dessa fullt ut. Däremot höjs givetvis kraven om det är så att motparten anför en invändning som kan sägas ta direkt sikte på något av de fakta eller den omständighet som utgör grunden för presumtionen.

Av Bjørsts analys av hur EU-rätten har behandlat beviskravet för den jämförbara situationen följer att svaranden för att så att säga kunna mota presumtionen redan innan denna flyttar över bevisbördan och prövningen av orsakssambandet till svaranden, så krävs det att svaranden fullt ut kan motbevisa någon av de presumerande omständigheter som käranden har lagt fram eller att svaranden kan visa på att ett grundläggande faktum som presumtionen bygger på är felaktigt. Bjørst uttrycker detta som att prövningen i diskrimineringstvister aldrig ska utföras på en endimensionell skala.

Av AD:s rättspraxis och av de svenska förarbetena framgår det däremot att beviskraven på käranden är relativt högt ställda med följden att svaranden enklare tycks kunna trycka tillbaka presumtionen redan i steg ett av prövningen. Jag skulle vilja framföra att detta kan ses som att det i svensk rätt finns tecken på att prövningen i vissa fall har gjorts på en sådan endimensionell skala som Bjørst anför inte är förenlig med den EU-rättsliga regleringen av bevisfrågan.

Beviskravet avseende rekvisitet missgynnande framstår inte ha varit uppe för särskild prövning vare sig inom EU-rätten eller i svensk överrätt. I de flesta fall är frågan om missgynnande skett inte heller tvistig. Malmberg framhåller dock att det av EU-rätten följer att kändanden ska ges bevislättnader i de situationer då denna annars inte kan anses ha några möjligheter att påvisa att diskriminering har skett och att detta även innefattar rekvisitet missgynnande. Min bedömning är att det avseende rekvisitet missgynnade inte finns lika starkt stöd för att kändanden ska ges en bevislättnad men att det inte heller går att utesluta att det i vissa situationer skulle vara möjligt att ge sådana.

Kortfattat kan det första steget i prövningen summeras som att kändanden har bevisbördan för att ett missgynnande föreligger och för att det kan sägas finnas en verklig eller hypotetiskt jämförbar situation. EU-rätten pekar tydligt ut att det ska finnas utrymme för att ge kändanden bevislättnader men exakt hur stora dessa är eller i vilka situationer de ska ges framstår som relativt öppet och endast möjligt att ta ställning till utifrån de specifika förutsättningarna i det enskilda fallet.

Ett sådant specifikt område tas däremot upp av Bjørst. Han pekar på att det tydligt framgår av EU-rätten att en bevislättnad ska ges kändanden i situationen då svaranden i sin verksamhet tillämpat ett slutet fördelningssystem som kändanden inte kan överblicka eller ha insyn i. Dessa system beskrivs inom EU-rätten som icke transparenta system. Jag har i min studie gjort en överföring av detta till bostadsområdets ansökningsförfaranden. Ett ansökningsförfarande som är helt slutet, utan öppet redovisade kriterier som den sökande ska uppnå och som inte uppger utifrån vilka kriterier fördelningen av bostäder har skett, anser jag kan likställas med ett sådant icke transparent fördelningssystem. Utifrån Bjørsts analys har jag dragit slutsatsen att slutna ansökningsssystem på bostadsmarknaden utan öppet redovisade kriterier alltså skulle vara en omständighet på svarandens sida som i sig lättar beviskraven som ställs på kändanden. Det är av vikt att komma ihåg att det inte är tal om att ta bort kändandens bevisbördan helt utan att det endast rör sig om att lätta på dennas bevisbördan i det första steget av prövningen.

I steg två av prövningen i diskrimineringsmål ligger bevisbördan på svaranden och det är då rekvisitet orsakssamband som ska prövas. Svaranden har, när bevisbördan gått över till denna, inte bara att visa på att det finns andra objektiva godtagbara anledningar till att kändanden missgynnats utan måste även visa på att det enbart är på grund av sådana anledningar som kändanden har kommit att missgynnas. Rekvisitet orsakssamband är att se som ett objektiva kausalsamband och det är tillräckligt att det endast finns ett svagt sådant för att diskriminering ska anses föreligga.

Vid indirekt diskriminering sker prövningen inte på samma sätt utan det är effekten av ett i sig neutralt handlande, en neutral bestämmelse eller ett kriterium som står i centrum. För indirekt diskriminering följer inte heller samma tvåstegsprövning eftersom regeln inte faller under bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DiskrL. Regleringen av indirekt diskriminering i 1 kap. 4 § 2p DiskrL innefattar i sig självt det andra steget av prövningen och det är möjligt att göra en intresseavvägning. Sammanfattade kan det alltså sägas att vid indirekt diskriminering så kan särbehandling i vissa fall godkännas, något som alltså inte är möjligt vid direkt diskriminering. Hittills är det dock mycket få fall som har prövats som indirekt diskriminering i Sverige.

6.2 Hur har mål om diskriminering på bostadsmarknaden behandlats avseende bevisbörda och beviskrav?

Hovrätten för västra Sverige mål nr T 3501-08, där en romsk man nekats att hyra en lägenhet, anser jag faller väl in i den beskrivning av bevisbördan som gjorts ovan. Hovrätten prövar till skillnad mot tingsrätten bevisningen mycket tydligt i två steg och synliggör på så vis den effekt som uppkommer när bevisbörderegeln tillämpas såsom en presumtionsregel. Effekten blir att hyresvärdens invändningar om att den sökande haft skulder inte kan få genomslag eftersom detta inte är en invändning som tar sikte på någon av de omständigheter som grundar presumptionen. Målet kan däremot inte sägas innehålla något egentligt ställningstagande kring beviskravet som ligger på käranden. Rekviritet missgynnande är inte tvistigt och att en hypotetisk jämförelseperson används är inte i sig att se som en bevislättnad eftersom det redan av lagtexten framgår att det inte finns något krav på en faktisk jämförelseperson. Målet visar däremot på hur väl den hypotetiska jämförelsen kan fungera för att synliggöra diskriminering som annars hade kunnat förbli dold.

Göta hovrätts mål nr T 1666-09, där hyresvärden tagit ut en överhyra för en lägenhet som denne hyrt ut till en flyktingfamilj, tycker jag däremot visar på en situation där käranden har fått en bevislättnad. Presumtionen om att diskriminering föreligger har byggts upp kring relativt lite bevismaterial och motpartens invändningar har lämnats utan inverkan i det första steget av prövningen eftersom att denna inte fullt ut har kunnat motbevisa något av de fakta som presumptionen byggts upp på. Målet kan sägas styrka tesen, som presenteras av Bjørst, om att beviskravet på käranden kan relateras till motpartens motbevisning eller framförallt brister i denna. Att en tvåstegsprövning görs och att bevisbörderegeln används såsom en presumtionsregel är mycket tydligt i målet.

Lidköpings tingsrätt mål nr T 1596-06, där en kvinna och hennes barn har vräkts efter det att hyresvärden förstått att de var romer, visar upp hur det när diskrimineringen är helt uppenbar inte egentligen finns några invändningar som motparten kan invända för att freda sig mot att bevisbördan går över till denna. Målet kan sägas visa på en effekt av bevisbörderegeln. När de bevis som har lagts fram i det första steget av prövningen är mycket starka så påverkar detta i sin tur prövningen i steg två. Tingsrätten har avfattat steg två av prövningen i en enda mening och jag har haft svårt att se vad hyresvärden, efter den drastiska vräkningen, hade kunnat invända för att på objektiva grunder förklara sitt handlande. Tingsrätten har hänvisat till bevisbörderegeln men egentligen så hade den kunnat nå fram till samma domslut även utan tillämpningen av denna. Jag tycker ändå att hänvisningen och uppföljningen av regeln bidrar till att domen framstår som än mer korrekt avdömd.

Bedömningarna i de andra målen från tingsrätt har jag funnit mer problematiska att ta ställning till. Men även Nacka tingsrätts mål T 1705-08, som rörde besiktningsförfarandet vid byte av lägenhet, kan sägas visa på relationen mellan svarandens motbevisning och beviskravet på käranden i det första steget av prövningen. Till skillnad från hovrättsmålet om hyressättningen och målet från Lidköpings tingsrätt ovan så anför svaranden relativt stark motbevisning i och med att hyresvärden kan hänvisa ersättningsskyldigheten som ålagts kvinnan till fasta ersättningstabeller. Jag anser att denna invändning skulle kunna tolkas in i Bjørsts analys av EU-rättens krav på bevislättand vid icke transparenta system men att hyresvärden alltså i detta mål kunnat visa på att denne faktiskt har ett transparent system. Jag anser alltså att det inte finns något som skulle tala för att beviskravet för käranden skulle sänkas utan det skulle snarare kunna sägas att beviskravet höjs på grund av svarandens invändning. Trots att jag finner att målet på många sätt lämnar luckor som inte besvaras i prövningen så kan det nog ändå sägas att det visar på en gräns för hur stor bevislättnad

käranden kan ges. En relativt given slutsats avseende beviskraven är givetvis att käranden måste kunna påvisa, åtminstone inledningsvis, att ett missgynnande föreligger. Eftersom det av domen framstår som om missgynnandet i sig egentligen inte tillräckligt tydligt pekats ut av DO:s talan så är det inte heller svårt att se varför DO:s talan inte har kommit att vinna bifall.

Det för min studie kanske mest intressanta målet är Göteborgs tingsrätts mål T 1307-05. Detta eftersom det är det enda mål där praktiktest som bevismedel prövats av domstol i ett mål om diskriminering på bostadsmarknaden. Det är dessutom det enda mål där svaranden kan sägas ha ett icke transparent ansökningssystem vilket jag särskilt har lyft fram skulle kunna vara en sådan specifik omständighet på svarandens sida som skulle kunna leda till att en bevislättning ska ges till käranden.

I min analys av målet framför jag att jag anser att beviskraven på käranden framstår som väl höga i målet och att det utifrån den EU-rättsliga regleringen kan ifrågasättas om beviskravet vid en urvalssituation där ansökningssystemet är slutet för den sökandes insyn kan ställas så högt. Jag anser att beviskravet på käranden borde ha kunnat uppfyllas enbart genom praktiktestet och att bevisbördan skulle ha gått över till svaranden redan på denna grunden. Jag finner däremot att det är viktigt att framhålla att detta endast gäller i förhållande till att hyresvärdens ansökningssystem inte är transparent. Att detta är en situation där bevislättning kan förespråkas följer inte enbart utav de uppenbara eller till och med oöverstigligena problem som föreligger för en kärande att kunna få ta del av ansökningssystemets data utan det följer även av vad som åläggs svaranden att bevisa. En hyresvärd som, utan att öppet visa detta, hade tillämpat ett system där de sökande rangordats efter ett neutralt kriterium, till exempel kötid, hade med enkelhet kunnat undanröja presumtionen om att diskriminering förelåg. En invändning av det slaget hade varit att se som ett motbevis mot ett för presumtionen bärande faktum: Den sökande var inte i en jämförbar situation med den som fick lägenheten på grund av att den som fick lägenheten stod före i kön.

Jag anser alltså att praktiktestet i sig borde ha varit att se som tillräcklig grund för att rekvisitet avseende den jämförbara situationen skulle vara uppfyllt. Det måste ändå framhållas att den faktiska bedömningen i målet talar mycket för att tingsrätten följt AD:s strikta praxis och de svenska förarbetena avseende beviskravet. Något som i sig kan vara förklarligt utifrån att detta är det äldsta av målen som jag har analyserat och att bedömningen gjordes innan såväl NJA 2006 s. 170 som NJA 2008 s. 915.

Dessa sistnämnda prejudikat tycker jag kan sägas vara tunga motvikter till AD:s praxis. Särskilt eftersom de framstår följa den EU-rättsliga utvecklingen i större utsträckning än vad jag har kunnat se att de arbetsrättsliga mål som jag har lyft i arbetet har gjort.

Vidare skulle jag vilja säga att bevisbörderegeln även framstår ha haft stor inverkan i DO:s förlikningsärenden. Många ärenden visar på i sig relativt svaga grunder som uppgetts av anmälaren sett ur ett bevisperspektiv men just den diskriminerandes oförmåga att uppge en objektivt godtagbar förklaring till de anmälda situationerna verkar ha gjort att de till slut valt att ingå en förlikning.

Jag anser inte att det går att använda förlikningsärendena som underlag för uttalanden om beviskraven i sig eftersom alltför många faktorer är ovissa och eftersom det saknas faktiska ställningstaganden från en fristående bedömare. Det är även så att det kan finnas grunder som inte öppet redovisats i det material som jag har tagit del av vilket kan ha påverkat endera sidan att ingå förlikning istället för att låta ärendet prövas av domstol. Det framgår i mina analyser av förlikningsärendena att det avseende flera av dem är så att jag ställer mig tveksam till om de hade hållit för en domstolsprövning. Särskilt utmärkande tycker jag detta blir om man studerar rekvisitet jämförbar situation i HO Dnr: 2005/0801 och HO Dnr: 2004/0707 som båda rör diskrimineringsgrunden funktionshinder och ansökan om hyreslägenhet.

Jag anser inte att det går att säga att diskriminering föreligger enbart utifrån att en hyresvärd undersöker närmare om en person med ett funktionshinder skulle klara av att bo i en

hyresfastighet. Det finns ingen skyddslagstiftning som ålägger hyresvärderna att anpassa sina krav på en hyresgäst utifrån att den har ett funktionshinder (tyvärr!) utan samma krav ska ställas på denne som på andra hyresgäster. Om det framkommer att funktionshindret kan påverka exempelvis personens relationer till de andra i huset så kan denna person inte anses vara i en jämförbar situation med en person som hyresvärderna inte vet har detta problem. Den sökande kan anses brista i de sakliga förutsättningarna för situationen. En annan sak är givetvis att en hyresvärd inte kan tillåtas förutsätta att problem finns enbart för att en sökande har ett funktionshinder utan det måste givetvis finnas en indikation om en problematik för att hyresvärdens undersökning ska anses vara rättfärdigad. Sett utifrån ett förebyggande syfte kan jag därför givetvis tycka att det är bra att HO har uppmärksammat de båda situationerna i HO Dnr: 2005/0801 och HO Dnr: 2004/0707.

Även OMED Dnr: 551-2008 kan sägas spegla en situation där grunderna för uppfyllandet av rekvisitet jämförbar situation förmodligen skulle ha kommit att bli ifrågasatt av en domstol. Även för det ärendet, som rör nekande av tillträde till en lägenhet för en romsk kvinna, finns det som jag ser det en mycket viktig poäng i att lyfta situationen i sig.

6.3 Hur har och hur skulle praktiktester kunna användas i den rättsliga processen i mål om diskriminering på bostadsmarknaden?

NJA 2008 s. 915 är det enda mål som har prövats av en prejudikatinstans i Sverige där praktiktest har använts som bevismedel. Av HD:s uttalanden och behandling av bevisningen framgår det tydligt att praktiktest såväl godkänts fullt ut som bevismedel och att det, i varje fall utifrån omständigheterna i målet, dessutom är att se som ett starkt bevismedel för att påvisa diskriminering.

HD har däremot låtit skadeståndsbeloppet påverkas av att målet så att säga har byggts upp medvetet genom testet. I sig kan detta kanske anföras som en anledning som talar mot att använda sig av praktiktest i praktiskt juridiskt anti-diskrimineringsarbete. Det ska däremot framhållas att lagkommentaren uttryckligen uttalar att 2008 års diskrimineringslag striktare reglerar jämningsmöjligheterna av diskrimineringsersättning och att författarna anser att det vid en prövning idag inte skulle kunna komma på fråga att sätta ner diskrimineringsersättningen på grund av att det är en testsituation som har prövats.³⁰⁵

I Göteborgs tingsrätts mål nr T 13077-05 och i förlikningsärendet OMED Dnr: 159-2007 har praktiktest aktivt använts för att skapa bevis av käranden vid bostadsdiskriminering. Båda rör situationen då någon söker en bostad. Som jag har tagit upp ovan i kap. 6.3 så anser jag att kraven som ställts på bevisningen av Göteborgs tingsrätt är väl höga. Praktiktestet är uppbyggt kring att det har kunnat visas att två andra personer har blivit erbjudna visning av lägenheter som även den man som OMED företräder har sökt och att det enda som skiljde mellan denna man och de två andra personerna var att dessa hade svenskklingande namn.

Det ska framhållas att det av domen klart framgår att tingsrätten ansett att bevismedlet hade kunnat bli starkare om det hade omfattat fler personer. Tingsrätten har efterfrågat att bevisningen skulle kunna visa på att det som kommit fram genom testet varit en del av ett upprepat systematiskt handlande från hyresvärdens sida. Detta kan beskrivas som att domstolen vill ha mer bevis för att kunna utesluta att det inte bara har varit en slump att dessa tre personer kommit att behandlas så som de gjort. Genomförandet av praktiktest kan alltså många gånger ha att vinna på att omfatta flera tester. Utifrån omständigheterna i Göteborgs

³⁰⁵ Fransson & Stüber, 2010 s. 500.

tingsrätts mål T 13077–05 hade det säkert kunna öka på praktiktestets värde som bevis om det hade kunnat visa på att även en annan person med utländskt klingande namn blivit bortvald av hyresvärden. I förhållande till det finner jag det även lite konstigt att det aldrig i målet lyfts vem som kom att få lägenheten som mannen sökt. I vid mening kan ju även denna person anses ingå i praktiktestets resultat.

Det ska också framhållas att NJA 2008 s. 915 innefattade upprepade försök att få komma in på nattklubben utav personer med icke svenskt utseende. När det kunnat visas på att samma sak hände om och om igen är detta i sig givetvis något som styrker en presumtion om att diskriminering förekommit.

I förlikningsärendet OMED Dnr: 159-2007 har en person med svenskt namn och en person med ett utländskt namn ringt upp ett bostadsbolag och gjort en förfrågan om lägenheter. Personen med det utländska namnet har även haft en viss brytning när han talat. Det framgår av OMED:s utredning att samtalen spelats in och det i sig anser jag är en förutsättning för att kunna driva bevisning kring tester som utförs som så kallade situationstest. Om ingen inspelning görs skulle en talan falla på att bedömningen i de allra flesta fall skulle komma att bli en trovärdighetsbedömning mellan kärandens och svarandens utsaga och om ingen annan stödbevisning finns så skulle bevisvärderingen förmodligen komma att gå ut över käranden eftersom denna har den inledande bevisbördan vid prövningen.

Särskilt när det gäller att endast göra en förfrågan om huruvida det överhuvudtaget finns några lediga lägenheter hos en hyresvärd, vilket är vad som görs i förlikningsärendet, anser jag att praktiktest är ett riktigt bra sätt för att undersöka förekomsten av diskriminering på bostadsmarknaden men även en framkomlig väg för att så att säga bygga upp en diskrimineringstalan. I förfrågandesituationerna kan det inte ställas lika höga krav på bevisningen utifrån att alla som gör en förfrågan ska anses ha en rätt att bli behandlade lika. Får bara en av personerna information om att det finns lediga lägenheter eller hänvisning till hur denna ska gå till väga för att söka kommande lediga lägenheter så är diskrimineringen uppenbar. Med inspelade samtal skulle jag vilja påstå att svaranden har mycket små möjligheter att värja sig mot en talan som rör förfrågan.

I det material som jag har gått igenom finns det inget ärende där inspelade praktiktest har fungerat som bevis för att påvisa att en person ska anses befinna sig i en jämförbar situation med någon annan vid det faktiska valet mellan två eller flera sökanden. I en sådan situation skulle praktiktestet kunna ha använts för att visa på att personen kan sägas ha gjort ett lika gott intryck eller visat sig vara lika lämplig som hyresgäst som en annan sökande. Av AD:s praxis framgår att detta i sig är en svår bevissituation där kärandens talan ofta lämnats utan bifall på den grunden att det inte ansetts föreligga en jämförbar situation. Beviskravet på motparten har avseende den subjektiva uppfattningen om en sökande inte ställts särskilt högt. AD:s praxis kan sägas visa på att det finns en motvilja till att allt för ingående inskränka på arbetsgivarens fria antagningsrätt. Hur bedömningen skulle se ut vid ett bostadsdiskrimineringsmål är givetvis svårt att dra några slutsatser om.

Bedömningen som domstolen i den situationen har att göra är huruvida motparten kunnat visa på att dennes val sett utifrån kan sägas vara objektivt godtagbart. Om det då finns två eller flera inspelade samtal skulle domstolen alltså ha att ta ställning till dessa och hur personerna som sökt en lägenhet framstår och bemöts. I sig tycker jag att detta en mycket spännande prövning som på många sätt skulle ställa frågeställningen om diskrimineringsförbudets räckvidd på sin spets och dessutom visa på i hur stor utsträckning praktiktest kan läggas till grund för prövningen av diskriminering.

Min slutsats, efter att ha studerat såväl de mål och ärenden där praktiktest har använts som genom de iakttagelser jag har kunnat göra i mitt grundmaterial av situationer där praktiktest hade kunnat stärka ärenden där bevisningen framstått som svag, är att praktiktest lämpar sig mycket väl för att användas i arbetet med att på juridisk väg nå diskriminering på

bostadsmarknaden. Utifrån den bevisbörda och de beviskrav som ligger på kändanden i diskrimineringsmål anser jag även att det kan sägas finnas ett behov av att arbeta strategiskt för att så att säga skapa bevis. Praktiktest är då ett (av flera möjliga) sätt att göra detta på.

6.4 Övergripande sammanfattning

Det faktum att det enbart är fem fall som rör diskriminering på bostadsmarknaden som har prövats vid domstol kan givetvis tolkas på olika sätt. En tolkning skulle kunna vara att detta är ett uttryck för att diskriminering på bostadsmarknaden inte är särskilt utbredd. Något som motsägs både av de akademiska studier som gjorts avseende detta och även utifrån de signaler som ges om detta i samhällsdebatten. En annan tolkning skulle kunna vara att diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL inte är effektivt i den meningen att det inte lyckas nå fram och rättsligt sanktionera diskriminering som faktiskt sker. Detta skulle gå att säga om man enbart studerar antalet domar. Däremot så har fyra av de prövade domstolsärendena vunnit bifall i rätten och diskrimineringsförbudet har i dessa fall nått hela vägen fram.

En mer nyanserad bild av diskrimineringsförbudets inverkan på bostadsmarknaden träder fram när även de förlikningsärenden som DO och de tidigare ombudsmännen har drivit tas in i bedömningen. Dessa ärenden är framförallt fler till antalet än de faktiska domarna och kan därmed tydligare visa på i vilka situationer som diskrimineringsförbudet har kommit att nå diskriminering. Det faller givetvis utanför detta arbetets område att ta ställning till huruvida diskriminering på bostadsmarknaden är ett samhällsproblem som genom DO:s verksamhet effektivt kommit att bekämpas. För detta krävs en djupare analys av det totala antalet ärenden som anmäls, hur stort mörkertalet är, hur många av de anmälda ärendena som utreds och vilka krav som ställs på såväl bevisunderlag som relevans för DO:s arbete i stort för att myndigheten ska komma att driva ärendet. Detta är en analys som inte låter sig göras genom det underlag som detta arbete bygger på eftersom det enbart är de ärenden som DO och de tidigare ombudsmännen faktiskt har drivit till förlikning som har redovisats.

Utifrån DO:s statistik från de senaste åren, vilken redovisats i inledningen till femte kapitlet, framstår diskriminering på bostadsområdet vara ett relativt litet problem. Hur dessa siffror förhåller sig till den faktiska förekomsten av diskriminering på bostadsmarknaden är förmodligen en omöjlig frågeställning att nå ett klart svar på. I jämförelse med de på många sätt övertydliga siffrorna som såväl DO som Ahmed och Hammarstedt fått fram genom att använda praktiktester för att undersöka förekomsten av diskriminering så framstår det samlade material som tagits upp i detta arbete, fem domstolsavgöranden och 15 förlikningsärenden, som ett försvinnande litet antal.

Att besvara dessa stora övergripande frågeställningar kring hur omfattande och varför diskriminering förekommer på bostadsmarknaden har inte varit detta arbetes syfte. Däremot anser jag att det i det underlag som arbetet kretsar kring ändå går att se vissa tydliga linjer. Eftersom mitt grundmaterial i sig är kartläggande, jag har lyft alla domstolsärenden och förlikningsärenden på myndighetsnivå inom bostadsområdet, kan materialet i sig sägas utgöra den rättsliga kontexten av bostadsdiskriminering idag. De linjer som kan sägas finnas i denna kontext kan i sin tur sägas peka på och underbygga det grundantaganden som min studie har utgått ifrån: Att diskriminering på bostadsmarknaden sker och att det är ett samhällsproblem som kan sägas ha flera olika orsaker som kan ses både i en övergripande strukturell problematik för samhället i stort som i den för bostadsmarknaden utmärkande situationen av faktisk bostadsbrist.

En tydlig sådan linje, vilken jag anser bekräftar detta grundantagande, går att se genom att lyfta vad diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL faktiskt har kommit att reglera. Det

område som har kommit att leda till domstolsprövning eller en förlikningslösning flest gånger är utan tvekan situationen där någon med annan etnisk bakgrund än svensk har nekats att få hyra en hyreslägenhet. Två av domarna rör den situationen och åtta av förlikningarna rör detta. (Även domen från Lidköpings tingsrätt kan sägas tänga till den situationen i och med att kvinnan blivit vräkt kort efter att hyresavtalet ingåtts utifrån att hyresvärden först då förstått vilken etnisk bakgrund kvinnan har.) Diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet eller ursprung är dessutom den absolut dominerande grunden i materialet som helhet. Alla domar på området rör denna diskrimineringsgrund och endast tre av förlikningarna rör någon annan grund. I dessa tre ärenden är det diskriminering på grund av funktionshinder som har tagits upp. Att hyresmarknaden och ansökan om en lägenhet är så framträdande ger en tydlig indikation om att det finns såväl bostadssegregationsproblem, bostadsbristsproblem och diskrimineringsproblem på bostadsmarknaden.

Jag anser inte att det finns någon poäng med att ställa de skilda diskrimineringsgrunderna mot varandra i en jämförelse. Ett förtryck av en grupp i samhället kan inte vägas upp av att andra grupper inte förtrycks eller är underordnade samhällsnormen. Däremot går det, anser jag, att diskutera vilka rent konkreta orsaker som kan sägas förklara varför det dominerande området som visat sig i arbetet, diskriminering vid ansökan om en hyreslägenhet som har samband med den sökandes etniska tillhörighet eller ursprung, är så stort.

Etnicitet är en markör som ofta syns tydligt vid ett ansöknings- eller förfråganförfarande. Såväl en persons namn som dennes utseende är många gånger direkt synligt för motparten. Att uppge namn och personnummer är förmodligen också ett krav som ställs vid de allra flesta ansökningar. Att en person inte har svensk bakgrund kan även framgå av att en person när denne talar bryter eller uttrycker sig på ett visst sätt vid ett telefonsamtal eller i till exempel ett mail. En persons etniska tillhörighet är helt enkelt en markör som är svår att dölja vid ett ansökningsförfarande.³⁰⁶ I sig är detta alltså något som kan förmodas leda till att personer diskrimineras på grund av sin etniska bakgrund oftare och det kan även sägas vara så att just synligheten av den etniska tillhörigheten eller ursprunget gör att det är lättare att dra slutsatsen att det föreligger diskriminering. Detta antagande förtydligas även av att de tre förlikningsärenden som tagits upp som rör diskrimineringsgrunden funktionshinder kan sägas visa på situationer i ansökningsförfarandet när det har förelegat tydliga markörer i ansökan som visat på att personerna har haft ett funktionshinder. Dessa markörer har varit synliga genom att personerna haft adress på vårdinrättningar, haft en god man som företrädare eller vid besöket använt sig av hjälpmedel för att ta sig fram.

I kontrast till det bör det dock tilläggas att även kön är en uppenbar markör som oftast syns vid ett ansökningsförfarande. Några mål eller ärenden som rör denna grunden syns däremot inte i min kartläggning. Utifrån att Ahmed och Hammarstedt har kunnat påvisa att män många gånger har svårare att få ett hyreskontrakt än kvinnor skulle det kunna gå att spåra en diskriminering där både etnicitet och kön påverkat urvalsprocessen (eller både kön och funktionshinder). Exempelvis skulle ett sådant perspektiv kunna anläggas på Hovrätten för västra Sveriges mål nr T 3501-08 där den bostadsökande var både rom och man. Detta tas inte upp i målet i och med att talan bygger på att hyresvärden tydligt markerat att mannens etnicitet varit det som föranlett hyresvärdens handlande. Men kanske hade hyresvärden haft en annan inställning om det varit en romsk kvinna som sökte lägenheten? En liknande fråga kan ställas i två av förlikningsärendena HO Dnr: 2005/0801 och HO 2004/0707 som rör diskriminering på grund av funktionshinder. I de ärendena framstår frågan ha kretsat kring huruvida de bostadsökande skulle klara av sitt boende och kontakterna med sin omgivning i hyresfastigheten. Jag tycker att det skulle kunna vara befogat att fråga huruvida hyresvärden hade haft samma farhågor om att det skulle kunna bli problem om de sökande varit kvinnor?

³⁰⁶ Att jag konstaterar att etnisk tillhörighet är svårt att dölja medför givetvis inte att jag anser att det är något som en sökande ska behöva dölja.

I de två domstolsmålen som rör ansökningsförfarandet är den som utsatts för diskriminering man. Det är även så att det är en viss övervikt av män bland anmälarna i det avsnitt som jag har kallat bostadssökande i kap. 5.1 men denna övervikt är liten (åtta män i förhållande till sex kvinnor). Jag skulle vilja säga att denna övervikt av män ändå får anses vara försumbar eftersom det många gånger rör sig om att det är en hel familj som egentligen har sökt en bostad vilket gör att kön, eftersom det rör sig om heterosexuella familjer, därmed måste anses ha haft en underordnad inverkan. Utifrån Ahmed och Hammarstedts praktiktester på bostadsmarknaden finns det även indikationer på att homosexuella män utsätts för diskriminering. Inget av de ärenden som DO har drivit har koppling till diskrimineringsgrunden sexuell läggning och i kontrast till vad jag tagit upp ovan är sexuell läggning en markör som i de allra flesta fall kan döljas vid ansökningsförfarandet. Med det menar jag absolut inte att det är något som bostadssökande ska behöva dölja och utifrån att en av mina frågeställningar knyter an till hur praktiktester kan utföras för att aktivt bygga upp en diskrimineringsstalan så skulle det alltså, utifrån att dessa situationer kan sägas saknas i den rättsliga kontexten, kunna vara ett område som genom sådant arbete skulle kunna undersökas.

I en sammanfattning av samtliga förlikningsärenden och även genom Hovrätten för västra Sveriges mål nr T 3501-08 och Lidköpings tingsrätts mål nr T 1596-06 går det inte heller att undgå att se att just romer framstår vara särskilt utsatta på bostadsmarknaden. Av sammanlagt 12 förlikningsärenden som rör diskrimineringsgrunden etnicitet så rör fem av dessa diskriminering av romer. I sig är detta ingen förvånande upptäckt utan det är snarare en bekräftelse av det mycket tydliga mönster som genomströmmar hela det svenska samhällsklimatet (och det europeiska) där romers utsatthet såväl historiskt som i vår samtid kan sägas synas ytterst tydligt. Behovet av att såväl i det juridiska arbetet med diskriminering som i en större samhällskontext stärka romers möjligheter i samhället är alltså något som av detta arbete mycket tydligt bekräftas.

Några andra etniska grupper går inte att utläsa av materialet. I ett av förlikningsärendena har en familj utsatts för trakasserier och behandlats kränkande av en hyresvärd som tydligt uttalat att denna har en negativ inställning till muslimer. Jag skulle tro att även muslimer är en grupp som möts av mycket fördomar på flera samhällsområden och kanske särskilt på bostadsmarknaden. Ett stöd för detta är även att de praktiktest som utförts av Ahmed och Hammarström samt det praktiktest som utfördes i OMED Dnr: 159-2007 är uppbyggda kring ett namn som tydligt kan sägas vara ett muslimskt namn.³⁰⁷

En annan slutsats som på sätt och vis låter sig göras, men med ett visst mått av spekulation, är att diskriminering är vanligare förekommande i relationen hyresgäst-hyresvärd än i relationer där det rör sig om köp/ägande av bostad. Alla domstolsärenden och åtta av förlikningarna rör den förstnämnda relationen. Jag skulle vilja anföra att det kan förmodas att det är ekonomiska krafter som påverkar detta utfallet. I de allra flesta fall så är det helt enkelt den som bjuder högst för en bostad som får denna och en person som själv äger sin bostad står inte i samma beroendeförhållande till någon på det sättet som en hyresgäst gör till sin hyresvärd. Jag har själv förvånats över att det ändå är så många bostadsrättsföreningar som faktiskt finns representerade bland DO:s förlikningsärenden. Ansökan om medlemskap i bostadsrättsföreningarna är vanligtvis den enda delen av försäljningen av en bostadsrätt som träffas av diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DiskrL. Det förlikningsärende där säljaren var en kommun är inte representativt för det stora flertalet bostadsköp som görs. Försäljaren av en bostad är till övervägande del en privatperson som inte omfattas av diskrimineringsförbud. Att den största delen av den kommersiella fastighetsmarknaden faller utanför tillämpningsområdet för diskrimineringslagen innebär att eventuell diskriminering som sker

³⁰⁷ Namnet Mohammed används i båda.

på denna är oreglerad. Den kommersiella bostadsmarknaden kan därför inte sägas ingå i den rättsliga kontexten av bostadsdiskriminering förutom i undantagsfall.³⁰⁸

Utöver målen om ansökan av bostad så är det tre mål som har prövats vid domstol som inte har rört ansökningsförfarandet; målet om hyran för flyktingfamiljen, vräkningen av den romska kvinnan och målet avseende om en kvinna diskriminerats vid besiktningsförfarandet när hon bytt lägenhet. Det som övergripande kan sägas vara gemensamt för dessa tre mål, utöver att de visar på att diskrimineringsförbudet kan komma att nå diskriminering även efter det att någon fått en bostad, är att de rör frågor som kan kopplas till det, som jag i inledningen till arbetet, har kallat för bostadsbristsproblemet.

Det går att se att på en marknad där det fanns ett överskott av bostäder för alla att tillgå skulle hyresvärdarnas möjligheter att ta ut överhyra eller inte underhålla en lägenhet vara mycket små och en hyresvärd skulle kanske tänka sig för en gång till innan denne vräkte en hyresgäst (utan anledning) eftersom denne skulle riskera att bli helt utan inkomsten från hyran. Hyresgästernas position skulle vara starkare i dessa situationer eftersom de helt enkelt skulle kunna flytta till en annan hyresvärd som tog ut mindre hyra eller hade högre standard på sina lägenheter. Det går även att se att de förlikningsärenden som inte rör ansökningsförfarandet visar på denna problematik. På en marknad där hyresvärderna hade behövt anstränga sig för att fylla sina lägenheter med hyresgäster hade denna inte haft råd att, som i dessa ärenden, utsätta vissa personer för trakasserier eller annat kränkande bemötande.

Även diskrimineringsproblematiken kring ansökningsförfarandet är givetvis ett bostadsbristproblem eftersom det många gånger inte skulle finnas utrymme att tacka nej till en sökande om marknaden sett annorlunda ut. Något som däremot är viktigt att framhålla i ljuset av detta är att det i Hovrätten för västra Götaland mål nr 3501-08 och i förlikningsärendena OMED Dnr: 669-2008, OMED Dnr: 551-2008 och OMED Dnr: 159-2007 framstår som om hyresvärdarna har nekat de sökande att hyra lägenheterna trots att de inte har haft några andra sökanden. Hyresvärdarnas agerande kan sägas ge uttryck för att dessa anser sig ha råd att diskriminera.

En annan omständighet som inte heller kan sättas in i bilden av bostadsbristproblem utan istället direkt påvisar ett större strukturellt problem är hyresvärdarnas hänvisningar till att grannarna har åsikter om de personer som söker en bostad. Detta är en invändning som tas upp både i Hovrätten för västra Götalands mål nr 3501-08 och i Lidköpings tingsrätts mål nr T 1596-06 och i flertalet av förlikningsärendena. Att grannarna i ett hus eller i ett bostadsområde har förutfattade meningar kan inte nås med diskrimineringslagen. Diskriminering i rättslig mening uppstår först då någon som omfattas av diskrimineringsförbudet agerar utifrån dessa fördomar eller uppfattningar. I sig tycker jag att detta kan sägas väcka farhågan för att även den andra sidan av myntet återfinnas i materialet: Hyresvärdarna böjer sig för grannarnas påtryckningar och gör sig skyldiga till diskriminering för att de anser att de inte har råd att *inte* diskriminera. De har inte råd att stöta sig med de andra hyresgästerna.

Sammantaget visar dessa förhållanden, tycker jag, tydligt på komplexiteten kring diskriminering som samhällsproblem och på hur det juridiska anti-diskrimineringsarbetet endast kan sägas utgöra en del av ett större samhällsförändrande projekt. Samtidigt vill jag avslutningsvis framhålla att jag anser att det juridiska arbetet med bostadsdiskriminering är en både central och viktig del i detta projekt och jag tror att diskriminering på bostadsmarknaden är ett rättsområde som kommer att utvecklas och att den rättsliga kontexten av bostadsdiskriminering kommer att få skarpare konturer.

³⁰⁸ I och med den nya Lag (2012:978) om uthyrning av egen bostad som trädde i kraft den 1 februari år 2013 kan jag däremot se att diskrimineringsförbudet kan komma att tillämpas oftare även avseende bostadsrätter eftersom bostadsrättsföreningens styrelse påverkar vilka som får lov att hyra en lägenhet i andra hand.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Ahmed Ali & Hammarstedt Mats, *Ekonomiska perspektiv på etnisk diskriminering*, 2010 Studentlitteratur.

Bjørst Byrial R, *Ligeløn for job af samme værdi*, 2005 Jurist- og Økonomforbundets forlag.

Ekelöf Per-Olof, Edelstam Henrik & Heuman Lars, *Rättegång fjärde häftet*, 2009 Nordstedts juridik.

Fransson Susanne & Stüber Eberhard, *Diskrimineringslagen – En kommentar*, 2010 Norstedts juridik.

Göransson Håkan, Flemström Stefan & Slorach Martina, *Diskrimineringslagen*, 2009 Norstedts Juridik.

Hammarberg Thomas, *Mänskliga rättigheter – Konventionen om barnets rättigheter*, 2011 Utrikesdepartementet.

Holmqvist Leif & Thomsson Rune, *Hyreslagen – En kommentar*, 2011 (Version den 31 mars) Zeteo.

Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine, Träskman Per-Ole & Suzanne Wennberg, *Brottsbalken - En kommentar*, studentutgåva 6, 2009 Nordstedts juridik.

Jonas Hugosson och Camilla Maandi, *Boendesegregation i Sverige - en förstudie om levnadsvillkor och boende del tre*, 2008 Hyresgästföreningen.

Nilsson-Hjort Bob & Ugglå Ingrid, *Bostadsrättslagen - En kommentar*, 2012 (Version den 1 mars) Zeteo.

Rorive Isabelle, *Att bevisa diskrimineringsfall – betydelsen av diskrimineringstester*, 2009 Byrån för lika rättigheter.

Salonen Tapio, *Befolkningsrörelser försörjningsvillkor och Bostadssegregation - En sociodynamisk analys av Malmö*, 2012 Kommissionen för ett socialt hållbart Malmö.

Artiklar

Ahmed Ali M, Andersson Lina & Hammarstedt Mats, *Can Discrimination in the Housing Market Be Reduced by Increasing the Information about the Applicants*, 2010 i *Land economics* February 2010 s. 79-90.

Ahmed Ali M, *What is in a surname? The role of ethnicity in economic decision making*, 2010 i *Applied Economics* 42:21 s. 2715 — 2723.

Ahmed Ali & Hammarstedt Mats, *Detecting Discrimination against Homosexuals: Evidence from a Field Experiment on the Internet*, 2007 i *Economica* 2009 76 s. 588–597.

Bergendahl Märit, *Integritetsskyddet vid smygfotoografering*, 2009 i SvJT 2009 s. 452.

Christensen Anna, *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftningen och normativa förändringsprocesser*, i *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, antologi: Numhauser-Henning Ann, 2000 Juristförlaget i Lund.

Fahlbeck Reinhold, *Vägrat handslag faller inte under religionsfrihet*, 2010 SvD 24 februari.

Hansson Mikael, *En kommentar till privaträttsliga diskrimineringsförbud med utgångspunkt i DCFR bok II kapitel 2*, i SvJT 2012 s.941.

Lappalainen Paul, *Avslutande kommentarer om diskrimineringstvister*, i *Att bevisa diskrimineringsfall*, red: Rorive Isabelle, 2009 Byrån för lika rättigheter.

Malmberg Jonas, *Bevisning i diskrimineringstvister*, JT 2001-02 s. 804-814.

Malmberg Jonas, *Diskriminering och principalansvar*, i *Vänbok till Ronnie Eklund*, red: Kerstin Ahlberg, 2010 Iustus förlag.

Palmer Fiona, *Re-dressing the balance of power in discrimination cases; The shift in the burden of proof*, i *European Anti-discrimination Law Review* 2006 nr 4 s. 23-29.

Myndighetspublikationer

DO, *Diskriminering på bostadsmarknaden - Redovisning av regeringsuppdrag IJ2009/1834/DISK*, Ärende LED 2009/268.

DO, *Vägar till rättigheter*, Ärende H9 2011.

DO, *Diskrimineringsombudsmannens årsredovisning 2011*, Ärende LED 2012/32.

DO, *Diskrimineringsombudsmannens årsredovisning 2012*, Ärende LED 2013/41.

DO, *Praktikprovning – ett verktyg för att uppmärksamma diskriminering*, (2013-02-14)
<http://www.do.se/sv/Press/Pressmeddelanden-och-aktuellt/2011/Praktikprovning-ett-verktyg-for-att-uppmarksamma-diskriminering/>.

FRA, *Housing conditions of Roma and Travellers in the European Union - Comparative report*, Oktober 2009 European Communities.

FRA, *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt*, 2011 Europeiska unionens publikationsbyrå.

OMED, *Diskriminering på den svenska bostadsmarknaden – En rapport från DO:s särskilda arbete under åren 2006–2008 kring diskriminering på bostadsmarknaden*, DO:s rapportserie 2008:3.

Offentligt tryck

SOU

- 1997:176 *Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.*
- 2001:39 *Ett effektivt diskrimineringsförbud – Om olaga diskriminering och begreppen ras och sexuell läggning.*
- 2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning, del 1 och del 2.*

Propositioner

- 2000/01:68 *Ersättning för ideell skada.*
- 2002/03:65 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering.*
- 2002/03:110 *Lag om elektronisk information m.m.*
- 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering.*
- 2011/12:159 *Ett utvidgat skydd mot åldersdiskriminering.*

Rättsfallsförteckning

Myndighetsbeslut

Handikappsombudsmannen (HO)

Dnr: 2004/0707 överenskommelse 2007-10-25

Dnr: 2005/0801 förlikning 2007-09-27

Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (OMED)

Dnr: 1123-2004 förlikning 2007-02-14

Dnr: 1040-2005 förlikning 2008-08-04

Dnr: 1209-2005 förlikning 2009-12-15

Dnr: 534-2006 förlikning 2008-12-09

Dnr: 159-2007 förlikning 2008-09-23

Dnr: 1096-2007 förlikning 2009-10-21

Dnr: 1389-2007 förlikning 2009-11-26

Dnr: 551-2008 förlikning 2010-02-09

Dnr: 669-2008 förlikning 2010-07-06

Diskrimineringsombudsmannen (DO)

ANM 2009/69 förlikning 2010-06-02

ANM 2009/519 förlikning 2011-04-28

ANM 2009/1049 förlikning 2012-02-10

ANM 2009/1634 förlikning 2011-06-21

ANM 2010/765 förlikning 2011-06-14

Hyresnämnd

Hyresnämnden i Linköping beslut 2007-01-09 ärende nr 1119-06

Hyresnämnden i Linköping protokoll 2006-06-20 ärende nr 427-06

Arbetsdomstolen

AD 2001 nr 61

AD 2001 nr 76

AD 2002 nr 45

AD 2003 nr 55

AD 2005 nr 69

AD 2006 nr 96

AD 2009 nr 87

.

Tingsrätt

Huddinge tingsrätt dom 2007-03-02 mål nr T 2688-05

Göteborgs tingsrätt dom 2006-12-14 mål nr T 4658-05

Göteborgs tingsrätt dom 2007-11-06 mål nr T 13077-05

Lidköpings tingsrätt dom 2008-05-20 mål nr T 1596-06
Borås tingsrätt dom 2008-06-19 mål nr T 1450-07
Stockholms tingsrätt protokoll 2008-12-09 mål nr T 094-08
Nacka tingsrätt dom 2009-09-07 mål nr T 1705-08
Örebro tingsrätt dom 2009-05-19 mål nr T 1867-08
Stockholms tingsrätt dom 2010-02-08 mål nr T 7324-08
Haparanda tingsrätt protokoll 2010-07-09 mål nr T 162-10

Hovrätt

Göta hovrätt mål protokoll 2008-12-15 mål nr T 1713-08
Hovrätten för västra Sverige dom 2009-01-15 mål nr T 3501-08
Svea Hovrätt dom 2009-06-02 mål nr T 7752-08
Svea hovrätt dom 2009-11-05 mål nr T 9187-08
Göta Hovrätt dom 2010-02-25 mål nr T 1666-09

Högsta domstolen

NJA 1979 s. 657
NJA 1985 s. 226
NJA 1994 s. 511
NJA 1999 s. 639
NJA 2005 s. 805
NJA 2006 s. 170
NJA 2008 s. 915.

Utländska avgöranden

Havens Realty Corporation mot Coleman, Supreme court USA, 455 U.S 363 1982.
Binderen mot Kaya inför Hoge Raad den 10 september 1982, N.J 1983 s. 687

EU-domstolen

C-109-88 *Danfoss*
C-127-92 *Enderby*
C-236-98 *Jämställdhetsombudsmannen*
C-320-01 *Busch*
C-303-06 *Coleman*
C-54-07 *Firma Feryn*

Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna

Lüdi mot Schweiz, dom den 15 juni 1992 nr 12433/86
Buckley mot Förenade kungariket, dom den 25 september 1996 nr 20348/92
Teixeira de Castro mot Portugal, dom den 9 juni 1998 nr 25829/92
Smith och Grady mot Förenade Kungariket, dom den 27 september 1999 nr 33985/96 och 33986/96
Moldovan m.fl. mot Rumänien (nr 2), dom den 12 juli 2005 nr 41138/98 och nr 64320/01
Ramanauskas mot Litauen, dom den 5 februari 2008 nr 74420/01

Sejdic' och Finci mot Bosnien och Hercegovina, dom den 22 december 2009 nr 27996/06 och nr 34836/06