



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Mattias Gustafsson

# Bevisbörda i diskrimineringstvister

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: Period 1 HT 2020

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsning	9
1.4 Metod	9
1.5 Material	11
1.6 Perspektiv	12
1.7 Disposition	14
<b>2 ALLMÄN CIVILRÄTT</b>	<b>16</b>
2.1 Bevisregler vid civilrättsskipning	16
2.2 Bevisbörda	17
2.3 Konsekvensteori	19
<b>3 JÄMSTÄLLDHETS RÄTTENS UTVECKLING</b>	<b>21</b>
3.1 Sveriges första jämställdhetslag	21
3.2 EU-rätt och EU:s jämställdhetsrätt	23
3.3 Ändringar i Jämställdhetslagen	30
3.4 1999-års lagar mot diskriminering	32
3.5 2009 års diskrimineringslag och bevisbörderegeln	34
<b>4 RÄTTSFALLSSTUDIE</b>	<b>40</b>
4.1 Rättsfall från äldre lagar	40
4.1.1 AD 2001 nr 51 (Socialkonsulenterna)	40
4.1.2 AD 2005 nr 32 (MS)	41

4.1.3	AD 2005 nr 69 (Kyrkoherden)	41
<b>4.2</b>	<b>Köndiskriminering ej trakasserier</b>	<b>42</b>
4.2.1	AD 2018 nr 74 (Managementkonsulten)	42
4.2.2	AD 2015 nr 72 (Chauffören)	44
4.2.3	AD 2013 nr 74 (Säljaren och telefonsamtalet)	46
4.2.4	AD 2013 nr 64 (Behandlingssekreteraren)	49
4.2.5	AD 2013 nr 18 (VD:s bristande befogenhet)	55
4.2.6	AD 2011 nr 23 (Arbetsökande servitris)	60
4.2.7	AD 2011 nr 22 (Provanställd butikssäljare)	64
4.2.8	AD 2011 nr 2 (Praktik hos lantbrukaren)	66
4.2.9	AD 2010 nr 91 (Ålders- och köndiskrimineringsfallet)	68
<b>4.3</b>	<b>Insiktskravet för trakasserier</b>	<b>69</b>
4.3.1	AD 2009 nr 4 (Kommunanställd-fallet)	69
4.3.2	AD 2010 nr 21 (etniska trakasserier)	70
<b>4.4</b>	<b>Sexuella trakasserier</b>	<b>70</b>
4.4.1	AD 2017 nr 45 (VD-fallet)	70
4.4.2	AD 2016 nr 56 (Bageri-fallet)	71
4.4.3	AD 2016 nr 38 (Kontor-fallet)	72
4.4.4	AD 2013 nr 71 (Polisanmälan-fallet)	73
<b>4.5</b>	<b>Trakasserier på grund av kön</b>	<b>73</b>
4.5.1	AD 2015 nr 68 (Matvagnen)	73
4.5.2	AD 2013 nr 29 (Butiksanställd-fallet)	73
<b>5</b>	<b>ARTIKLAR OCH DOKTRIN OM BEVISBÖRDEREGELN</b>	<b>75</b>
5.1	Westberg om exemplet icke-diskriminering	75
5.2	Utredningen Bättre skydd mot diskriminering	78
5.3	Marknadsskäl som motbevisning i AD 2013 nr 64	82
<b>6</b>	<b>ANALYS OCH EGNA SLUTSATSER</b>	<b>85</b>
6.1	Hur ser bevisbördan ut de lege lata?	85
6.1.1	Arbetsstagarens bevisbörda	86
6.1.2	Arbetsgivarens bevisbörda	87
6.1.3	Analys rättsfallsstudie	87
6.1.4	Insiktsrequisitet vid trakasserier och sexuella trakasserier	91
6.1.5	Avrundning av egna slutsatser	93
6.2	Borde vi ändra den svenska lagtexten de lege ferenda?	94
6.3	Borde den svenska materiella rätten ändras de lege ferenda?	95
6.4	Möjliga argument mot min slutsats de lege ferenda	96
6.4.1	En vid konsekvensteori	97
6.4.2	En snäv konsekvensteori	98
6.5	Uttrycken "visa" och "styrkt" samt slutsats de lege ferenda	99
6.6	Avslutande svar på frågeställningarna	101

<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>105</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>111</b>

# Summary

In the first equality act of Sweden from 1979, the scope of the discrimination protections afforded under the act were limited by the gender of a given party. Already at that time, the legislator saw a need for a relaxation of the burden of proof as previously, discrimination matters turned on the requirement that the claimant be cognizant of why the defendant had acted in a certain manner. The rules surrounding burden of proof requirements in the equality act were therefore created as a rule of presumption. A rule of presumption means that the employee shall prove certain circumstances. When those specific circumstances are considered proven, one assumes that the reason for those circumstances are discriminatory and the burden of proof shifts on to the employer. The onus then rests with the employer to then break the presumption and show another reason that fully explains the action or measure.

The EU also received numerous directives which shaped the rules pertaining to gender discrimination during the late half of the 1970s. The equal pay directive and the case of *Defrenne*, where the old article 119 in the treaty of Rome received direct effect, are the starting points for the EU legislation on gender discrimination.

The European Court of Justice also created case law regarding the burden of proof in cases of discrimination. The case law later was codified in the burden of the proof directive and subsequent discrimination directives. The rules regarding the burden of proof in the EU were, by both conception and operation, far-reaching than the rules of Sweden. Accordingly, the Swedish rules relating to discrimination matters were changed so that the rule of burden of proof, which is now codified in the discrimination laws of today, received the same wording as presented in directives 2000/78 and 2006/54.

In this essay, the rulings of the Labour Court on burden of proof matters and how these interplay with the judgments under the relevant EU law are examined. In the first step, as a main rule both under EU law as well as Swedish law, the employee shall prove, with the full burden of proof, the circumstances under which one may assume that a discriminatory action has taken place. In the case law of the European Court of Justice, however, it is required that the courts of member states be prepared to lower the threshold of the burden of proof if adherence to establishing the full burden of proof would result in depriving the plaintiff of any effective means of enforcing the principles of equal treatment. In case 381/99 *Brunnhofner*, it is shown that EU law applies this exemption in a very cautionary and restrictive manner.

In the first step of the rule of burden of proof in the Swedish discrimination act, the word “visa” is used for determining the threshold of the burden of

proof for the plaintiff. This is an open concept that gives space for the Labour Court to lower the threshold of the burden of proof for the employee if EU law commands so. Therefore, the Swedish law fulfills the requirements under EU law and therefore changes to the Swedish legislation are not necessary.

In the second step, the employer shall counterprove and break the causal connection through proving, under the full burden of proof, a different cause that fully explains the action taken by the employer. In SOU 2016:87 the word “styrkt” is used to express the demand on the employers’ counterproof. This is a good word since it is a locked concept. There is no suggestion in EU law that the employers’ burden of proof can be lowered. De lege ferenda, this two-word definition codifies the differences between the two steps. In the first step, relief of the burden of proof is possible and for the second step where according to EU law there shall be no relief of the burden of proof, the locked concept is used. EU law never signaled a relief of the burden of proof for the employer. Therefore, it is better to use a definition that shows the difference.

If evidence regarding a certain fact is assigned to the first step of evaluation, as counterproof to the circumstance which creates the presumption, it is enough that the employers' evidence decreases the strength relative to the employees' evidence so that the circumstances no longer are required to be proven with the full burden of proof. Accordingly, the presumption will not arise.

If the presumption thereby has arisen and the employers’ proof is assigned to the second step of evaluation, the employer has to prove, with the full burden of proof, circumstances that prove that the action lacks all causality on the grounds of discrimination. The remaining uncertainties are relative to the employer, not the employee. If the Labour Court assigns proven circumstances invoked by the employer to the first step, when those same circumstances shall be classified in the second step, a problem arises relative to a lack of relaxation on the burden of proof for the employee which EU law commands. The Labour Court has been criticized for ambiguity on matters of evidence which either belong to the first or second step.

I have not found a single case where unallowed confusion of evidence has taken place. The European Court of Justice accepted, in the judgment *Brunnhöfer*, that central parts of the employers’ evidence were placed in the first step as counterproof to the presumption. The Labour Court also places central parts of the employers’ evidence as counterproof to the presumption – extends as far as I see – no further than the European Court of Justice does in *Brunnhöfer*.

In my analysis, I look at three cases where the Labour Court has made an incorrect evaluation of evidence. None of the three cases I present in my analysis is, however, an unallowed confusion of evidence.

# Sammanfattning

I den första svenska jämställdhetslagen från 1979 skyddades bara diskrimineringsgrunden kön. Redan då insåg lagstiftaren att det behövdes en bevislättning eftersom diskriminering bygger på att man vet orsaken till att arbetsgivaren har handlat på ett visst sätt. Jämställdhetslagens bevisbörderegler skapades som en presumptionsregel. En presumptionsregel innebär att arbetstagaren ska bevisa vissa omständigheter. När de är bevisade antar man att orsaken till detta är diskriminering och bevisbördan går över på arbetsgivaren som ska bryta presumptionen och visa en annan orsak som helt förklarar handlandet.

Även EU fick regler om könsdiskriminering under senare halvan av 1970-talet. Likalönedirektivet och Defrennemålet där gamla artikel 119 i Romfördraget fick horisontell direkt effekt utgör startpunkten.

EU-domstolen skapade också en rättspraxis kring bevisbörda i diskrimineringsmål. Den praxisen kodifierades sedan i bevisbördedirektivet och i senare diskrimineringsdirektiv.

EU:s bevisbörderegler uppfattades som mera långtgående än de svenska reglerna. Därför ändrades de svenska diskrimineringslagarna så att bevisbörderegeln, som numera finns i dagens diskrimineringslag, fick samma ordalydelse som direktiven 2000/78 och 2006/54 har.

I denna uppsats undersöks Arbetsdomstolens praxis om bevisbörda och hur den förhåller sig till EU-rättens krav. I första ledet skall arbetstagaren styrka de omständigheter som gör att man kan anta att diskriminering har förekommit. Det gäller som huvudregel såväl enligt den svenska rätten som EU-rätten. I EU-domstolens praxis krävs att medlemsstaternas domstolar skall vara beredd att sänka kravet om styrkta omständigheter skulle vara så svåra för arbetstagaren att bevisa och att diskriminering inte effektivt kan bekämpas. Målet C-381/99 *Brunnhofers* visar att EU-rätten tillämpar detta undantag restriktivt.

I svensk rätt används ordet visa i diskrimineringslagens bevisbörderegels första led. Det är ett öppet begrepp som ger utrymme för Arbetsdomstolen att sänka arbetstagarens bevisbörda om EU-rätten kräver det. Därför uppfyller svensk rätt EU-rättens krav i detta led och vi behöver således inte ändra lagen.

I andra ledet ska arbetsgivaren – om presumptionen uppstått – motbevisa och bryta orsakssambandet genom att styrka en annan orsak som helt förklarar handlandet. I 2016 års SOU används ordet styrkt för att ge uttryck för arbetsgivarens krav på motbevisning. Detta är ett bra ord eftersom det är ett låst begrepp. Det finns inget stöd i EU-rätten för att arbetsgivarens bevisbörda kan sänkas. De lege ferenda är det bra med olika svenska ord

som visar skillnaden mellan det första ledet där bevisbördelättnad kan ges och det andra ledet där det enligt EU-domstolen inte ska ges. EU-rätten har aldrig signalerat bevisbördelättnad för arbetsgivaren. Då är det bättre att man använder ordet styrkt än visar.

Om bevisning av ett visst sakförhållande hänförs till det första ledet – som motbevisning mot omständigheterna som gör presumtionen antaglig räcker det med att arbetsgivarens bevisning minskar styrkan i förhållande till arbetstagarens bevisning så att omständigheterna inte längre är styrkta. Då uppstår inte presumtionen.

Om presumtionen däremot har uppstått och arbetsgivarens bevisning hänförs till det andra ledet måste arbetsgivaren styrka att omständigheterna visar att handlandet helt saknar samband med diskrimineringsgrunden. Kvarstående oklarheter går du ut över arbetsgivaren, inte arbetstagaren. Om Arbetsdomstolen för in sakomständigheter som ska klassificeras i det andra ledet till det första ledet är detta ett problem eftersom arbetstagaren då inte får den bevislättnad EU-rätten kräver. Arbetsdomstolen har kritiserats för sådan sammanblandning av bevisning som hör till antingen det första eller det andra ledet.

Jag har inte funnit ett enda rättsfall där det förekommit otillåten sammanblandning. EU-domstolen accepterade i Brunnhofer att centrala delar av arbetsgivarens bevisning placerades i första ledet som motbevisning mot presumtionen. Arbetsdomstolen placerar också gärna centrala delar av arbetsgivarens bevisning som motbevisning mot presumtionen – men går såvitt jag ser det – inte längre än vad EU-domstolen gör i Brunnhofer.

Jag tar i min analys upp tre rättsfall där Arbetsdomstolen enligt mig gjort en felaktig bevisvärdering men inget av dem är ett sammanblandningsfall.



# Förord

Tack till Per Norberg för handledning.

# Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DL	Diskrimineringslag (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NSPH	Nationell samverkan för psykisk hälsa
SACO	Sveriges akademikers centralorganisation
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TCO	Tjänstemännens centralorganisation

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

1979 antog riksdagen en jämställdhetslag som förbjöd könsdiskriminering inom arbetslivet. Det var ett framsteg för jämställdhetsrätten och ett erkännande av icke-diskriminering som en rättighet. Samtidigt förekommer än idag diskriminering i stor utsträckning och det är ett problem. 1979 års regel om bevisbörda var ganska lik dagens. I det första steget skulle alltså käranden visa de omständigheter som gjorde diskriminering sannolik. I den första jämställdhetslagen skapades en *presumptionsregel* utan påverkan av EU-rätt.

Utvecklingen av EU-rättens civilrättsliga diskrimineringsperspektiv började i och med EU-domstolens dom i målet *Defrenne* där den materiella grundregeln att likalöneprincipen har horisontell direkt effekt fastslogs. Andra domar som ställt krav även på medlemsstaternas processuella handläggning av jämställdhetsmål är *Danfoss*, *Enderby* och *Brunnhofer*. EU-rättens krav på nationella processordningar har kodifierats i direktiv. På mitt område, jämställdhetsrätten i arbetslivet, är de två viktigaste direktiven 2006/54 och 2000/78. Dessa direktiv bygger på begreppet delad bevisbörda – inte på begreppet presumptionsregel. Samtidigt i Sverige gjordes ändringar i jämställdhetslagen och bevisbörderegeln fördes in där. De första svenska lagarna om etnisk diskriminering och 1999-års lagar, samt 2009 års diskrimineringslag var en del av utvecklingen där bevisregeln byggde på en EU-rättslig bevisregel där en *delad bevisbörda* presenterades.

EU:s formulering av bevislättningen skapades på ett annat sätt, man skulle visa omständigheter som gör diskriminering antaglig. Då var det oklart om man hade sänkt beviskrav eller inte. EU-rätten landar så småningom i en huvudregel om att det bör läggas fram omständigheter som gör diskriminering antaglig. Om situationen blir för svår måste nationella domstolen avvika och ge bevislättning. Bevislättningen kan definieras enligt följande. Bevislättningen innehåller två delar. Den första delen är en presumtion där orsakssambandet antas föreligga. Den andra delen är huruvida vi ska ge bevislättning för de omständigheter som gör att vi kan anta orsakssambandet och då blir det en sänkning av beviskravet även på andra rekvisit.

I huvudsak följer arbetsdomstolen EU-rätten. Jag har hittat tre rättsfall som jag sätter frågetecken till men inget av dem är sammanblandning av omständigheter som hör till det första och andra ledet. Två av rättsfallen handlade om att man värderar bevisningen fel men man har fört varje sakomständighet till den rätta delen. I det tredje fallet är det ett avsiktsrekvisit som man fört in i fall av trakasserier som jag inte tror är tillåtet EU-rättsligt. Två rättsfall kommer även att illustrera att det inte verkar ges någon bevislättning.

Bevisbörda inom civilrätten placeras efter oskrivna principer och beviskravet är enligt huvudregel högt ställt för båda parter. Detta är i linje med den processuella likabehandling som artikel 6 EKMR föreskriver.<sup>1</sup> I straffrätten finns talesätt om att det är bättre att tio skyldiga frias än att en oskyldig döms. Åklagaren har alltid full bevisbörda och måste med beviskravet utom rimligt tvivel bevisa brottsrekvisiten. I civilrätten är som utgångspunkt beviskravet ställt något lägre men fortfarande högt. Vid mål om diskriminering finns en särskild bevisbörderegeln som ska göra det lättare för käranden att bevisa diskriminering. Det är som sagt en s.k. bevislättning, vilken till sin natur är sådan att den syftar till att hantera generella bevissvårigheter. Fler personer som diskriminerats kommer alltså att få utge diskrimineringsersättning. Men fler personer som är oskyldiga kommer också att tvingas utge diskrimineringsersättning.

Högsta domstolen har i en dom delat upp diskrimineringsersättningen i två delar. Dels kränkingsersättning, dels ett preventionspåslag. Om bara kränkingsersättningen funnits hade det varit svårare att se straffrättsligt på diskrimineringsersättningen. Min uppfattning är att preventionspåslaget skulle kunna liknas vid ett straff mer än ett skadestånd och att ett straffrättsligt perspektiv på problemen därför är befogat.<sup>2</sup> Men att fullt ut implementera principer förknippade med straffrätten så som i brottmål i diskrimineringsstvister vore att gå för långt. Jag menar att det fortfarande behövs en kodifierad specialdiskrimineringslag.

Samtidigt skulle man kunna argumentera utifrån preventionspåslaget med en konsekvensteori. Jag tar upp Heumans konsekvensteori och Lindells tankegångar om en vid konsekvensteori.

Det finns en utredning (SOU 2016:87) som bl.a. syftade till att förtydliga den nuvarande bevisbörderegeln.

En bevislättning återfinns även i MBL vid föreningsrättskränkning. Det framgår att den part som påstår ett föreningskränkande syfte har att göra sitt påstående sannolikt varefter motparten ska styrka i motbevisningen.<sup>3</sup> Och i MBL återfinns även ett preventionspåslag.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att studera och analysera rättsfall från Arbetsdomstolen som avser den nya diskrimineringslagen,

---

<sup>1</sup> Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, förkortat EKMR. Konventionen är inkorporerad i svensk lag genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>2</sup> Westberg är av uppfattningen att diskrimineringsersättningen mer liknar ett straff än ett skadestånd.

<sup>3</sup> Daneklin & Weihe, Lagkommentar till 8 § Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, Karnov hämtad: 2021-03-03.

Diskrimineringslag (2008:437), här efter DL. Jag har studerat nästintill alla domar. Rättsfallen avser enbart könsdiskriminering. Vidare är syftet att undersöka hur diskrimineringslagens bevislättning har fått genomslag i Arbetsdomstolens praxis under 2010-talet och se om EU-rättens minimikrav upprätthålls i praktiken. Denna uppsats avser att anlägga ett rättssäkerhetsperspektiv på problemen.<sup>4</sup>

Frågeställningarna är följande:

- På vilket sätt har diskrimineringslagens bevislättning fått genomslag i praktiken i AD under 2010-talet?
- Uppfylls EU-rättens minimikrav enligt Arbetsdomstolens rättspraxis under 2010-talet?
- Är utformningen av bevisbörderegeln i diskrimineringslagen lämplig eller skulle den ha kunnat utformas på ett bättre sätt?
- Finns det några rättssäkerhetsaspekter på den nuvarande bevisbörderegeln?
- Finns det några rättssäkerhetsaspekter på den föreslagna bevisbörderegeln i utredningen SOU 2016:87?

## 1.3 Avgränsning

Rättsfall från Europadomstolen har jag inte läst. Min uppfattning är att EU-rätten kräver en omfattande nationell diskrimineringslagstiftning. Så om Sverige stämmer överens med EU-rätten kommer vi också uppfylla det krav Europadomstolen kräver. EU-rätten innehåller alltså en högre miniminivå av internationell rätt som Sverige måste leva upp till. Det här är en arbetsrättslig uppsats och därför har målen hämtats från Arbetsdomstolen. Eftersom uppsatsen handlar om bevisbörda så har jag valt bort mål där omständigheterna medgetts. Jag har endast valt ut två fall från Högsta domstolen och inga fall från de allmänna domstolarna. Dessa två fall anger viktiga principer som är lika för de arbetsrättsliga diskrimineringstvisterna och för de andra samhällsområdena. Det gäller att vi i Sverige uppfattar diskrimineringsregeln inte som en regel om delad bevisbörda utan som en presumptionsregel. Detta har kommenterats av arbetsrättsliga författare<sup>5</sup> och uppdelningen av kränkingsersättning och ett preventionspåslag har kommenterats av Westberg.<sup>6</sup>

## 1.4 Metod

Metoden jag har valt att använda kan beskrivas som en klassisk rättsvetenskaplig (ibland kallad rättsdogmatisk) metod. Jag kommer att fokusera på att tolka rättskällor för att lösa ett specifikt juridiskt problem. Till en början kommer jag att med hjälp av rättskällor såsom lagstiftning,

---

<sup>4</sup> Ett problem är att svensk rättstradition bygger på tankegångar kring presumptionsregel medan lagen bygger på delad bevisbörda vilket leder till en svårtillämpad lag.

<sup>5</sup> Malmberg (2001).

<sup>6</sup> Westberg (2017).

rättsfall, förarbeten och doktrin fastställa gällande rätt. Därefter tolkar jag gällande rätt och tillämpar på det enskilda fallet.<sup>7</sup>

En viktig del i den klassiska rättsvetenskapliga metoden är att den svenska arbetsrätten måste leva upp till de minimikrav som EU-rätten ställer upp och EU-rätten har ställt upp viktiga principer både för materiell diskrimineringsrätt och hur bevisbördan ska hanteras i diskrimineringstvister.

Vidare har jag använt mig av en EU-rättslig metod. Metoden kan beskrivas utifrån en svensk rättstillämpares perspektiv som tillvägagångssättet för hur EU-rättsliga källor, källor antagna på EU-nivå, bör tolkas och tillämpas i Sverige. Att tillägga är EU-domstolens metod som kan bli relevant även den.<sup>8</sup> EU-rättens källor består av de grundläggande fördragen jämte anslutningsfördrag, av EU ingångna internationella konventioner, lagstiftning av EU-organ, EU-domstolens och tribunalens rättspraxis och allmänna rättsprinciper.<sup>9</sup> Det står inte helt klart hur EU-rätten ska kunna klassificeras; som en del av folkrätten, en del av nationell rätt eller som en ny form av rättsordning som är en blandning.<sup>10</sup>

EU-domstolen är den yttersta tolkaren av rättsakterna som antagits på EU-nivå.<sup>11</sup> Klart står enligt avgörandet *Van Gend en Loos*, att EU-rättens fördrag har direkt effekt. Följande framgår:

”It follows from the foregoing considerations that, according to the spirit, the general scheme and the wording of the treaty, article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect.”<sup>12</sup>

Direkt effekt är välutvecklad rättspraxis i EU-domstolen där flera rättsakter numera har fått direkt effekt.<sup>13</sup> Det görs inom EU-rätt en distinktion mellan dels direkt tillämplighet, dels direkt effekt. Med direkt tillämplighet menas att internationella folkrättsligt bindande överenskommelser blir en del av den nationella rättsordningen. Med direkt effekt menas att direkt tillämpliga rättsakter också kan åberopas av enskilda inför nationell domstol, till stöd för dennes rättigheter.<sup>14</sup> EU-lagstiftning på arbetsrättens område består i huvudsak av direktiv som inte är direkt tillämpliga utan måste införlivas genom nationell lagstiftning.<sup>15</sup> När det gäller direkt effekt görs ytterligare en distinktion mellan dels horisontell, dels vertikal direkt effekt. Horisontell direkt effekt innebär att enskilda kan åberopa en viss regel mot staten (men

---

<sup>7</sup> Kleineman (2018) s. 21.

<sup>8</sup> Reichel (2018) s. 109.

<sup>9</sup> Nyström (2016) s. 34.

<sup>10</sup> Reichel (2018) s. 110.

<sup>11</sup> Reichel (2018) s. 111.

<sup>12</sup> Mål 26/62 Van Gend en Loos.

<sup>13</sup> T.ex. EU-fördragen och EU-förordningar och generella principer såsom proportionalitetsprincipen.

<sup>14</sup> Nyström (2016) s. 41.

<sup>15</sup> Nyström (2016) s. 41 f.

också mot enskilda fysiska eller juridiska personer) i domstol.<sup>16</sup> Två allmänna rättsprinciper är betydelsefulla för detta arbete. Dels subsidiaritetsprincipen, dels proportionalitetsprincipen. Subsidiaritetsprincipen återfinns i artikel 5.3 FEU och innebär att unionen endast ska agera om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte kan uppnås, i tillräcklig utsträckning, av medlemsstaterna. Detta på grund av att åtgärden är bättre lämpad på unionsrättens nivå.<sup>17</sup> Proportionalitetsprincipen återfinns i artikel 5.4 FEU och innehåller ett slags tre-steps test. Enligt proportionalitetsprincipen får inte åtgärder till innehåll och form gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen. Först görs ett lämplighetstest, sedan ett nödvändighetstest och avslutningsvis en balans av intressen.<sup>18</sup>

Vidare framgår av avgörandet *Costa mot E.N.E.L.*, att EU-rätten äger företräde framför nationell rätt och i händelse av konflikt ska nationella rättsordningar sättas åt sidan och göras otillämpliga.<sup>19</sup>

Om det finns ett EU-rättsligt civilrättsligt diskrimineringsperspektiv betyder det att nationell rätt ska sättas åt sidan och ge EU-rätten företräde. Det gäller även när medlemsstaternas nationella rätt har tillkommit och blivit gällande rätt vid ett senare tillfälle än det EU-rättsliga regelverket.<sup>20</sup>

## 1.5 Material

Materialet i min uppsats består av litteratur, doktrin, artiklar, propositioner, utredningar, remisser av SOU 2016:87, lagtext och rättsfall från EU-domstolen, Högsta domstolen och Arbetsdomstolen. Jag har använt mig av Libris, tidigare kurser, läroböcker, SOU 2016:87, forskningsportalen vid Lunds universitet, sökmotorer, regeringens hemsida, infotorg, fotnoter och Eur-lex. Doktrinen och litteraturen har jag sökt fram på internet via bibliotekskatalogen libris samt följt upp på forskningsportalen och även läst fotnoter i kurslitteratur såsom Källström/Malmberg och Westberg. Jag har även letat i festskrifter och använt mig av litteratur som jag känt till sedan grundterminerna och fördjupningskursen konstitutionell rätt i EU. Artiklarna har jag sökt mig fram via nätet med ord som bevisbörda, beviskrav och diskrimineringsrätt osv. För att hitta förarbetena läste jag alla förarbetena till jämställdhetsrätten för att sälla ut det väsentliga om bevisning. Utredningar hittade jag genom att studera SOU 2016:87. Rättsfallen hittade jag genom att söka fram alla rättsfall under 2010-talet från Arbetsdomstolen, genom att söka på alla fall av diskriminering för att sedan sälla fram alla fall av könsdiskriminering, genom att läsa igenom tills jag förstod att det var ett fall jag skulle ha användning av. Sedan valde jag ut alla domar utom de som medgivits talan på och inte heller de som inte var relevanta för bevisning. Remissvaren hittade jag via regeringens hemsida

---

<sup>16</sup> Nyström (2016) s. 42.

<sup>17</sup> Nyström (2016) s. 48.

<sup>18</sup> Nyström (2016) s. 49.

<sup>19</sup> Reichel (2018) s. 111., C-106/77 p. 17.

<sup>20</sup> Nyström (2016) s. 34.

och valde ut alla remissvar som fanns till SOU 2016:87. EU-domstolens avgöranden fann jag genom Eur-lex, HD:s avgöranden i fotnot till artiklar och Arbetsdomstolens rättsfall fann jag som sagt via infotorg. Två böcker hittade jag via Lunds universitets forskningsportal och det är Norberg och Westberg. En bok av Barnard mindes jag från kursen konstitutionell rätt i EU.

## 1.6 Perspektiv

Det perspektiv jag har använt i denna uppsats är rättssäkerhet. Rättssäkerhet kan definieras på olika sätt. Rättsvetare som har skrivit om begreppet är bland andra Westberg, Zila och Frändberg.

Westberg beskriver rättssäkerhet som dels ett krav på att lika fall behandlas lika, dels att regler som tillämpas ska vara förutsägbara. Dessa krav ska göra det möjligt för parterna att förutse och förhålla sig till reglerna innan dess att en tvist uppstår samt att kunna argumentera utifrån i en tvist.<sup>21</sup>

När Westberg diskuterar diskrimineringslagens avvägning mellan att skyldiga skall förpliktas utge diskrimineringsersättning och att oskyldiga inte ska dömas så bygger hans resonemang på att preventionspåslaget är så likt straffrätten att avvägningen om vem som ska drabbas negativt av att domen grundas på en felaktig faktaversion bör vara likartad. Den premissen är betydelsefull i mitt arbete.

Jag har redan sagt att jag *de lege ferenda* håller med Westberg till viss del även om jag kommer till en annan slutsats. Men vad gäller *de lege lata*? EU-domstolen är den som ytterst avgör hur EU-rättens beviskrav skall tolkas och minst den skyddsnivån måste AD ge kåranden. Om EU-domstolen har ett civilrättsligt perspektiv på diskrimineringsrätten måste nationen följa domstolens avgöranden.

Zila menar att (1) likabehandling, (2) förutsägbarhet och att (3) offentlig makt utövas under lagarna (legalitet) är alla tre drag nödvändiga förutsättningar, men inte tillräckliga för att uppfylla begreppet rättssäkerhet.<sup>22</sup> Ytterligare drag innefattar faktiska möjligheter att i ett enskilt fall nå ett rättvist resultat. Denna skillnad illustreras genom att göra en distinktion mellan dels *formell rättssäkerhet*, dels *materiell rättssäkerhet*.<sup>23</sup> För att vara materiellt rättssäkert ska de rättigheter och skyldigheter som lagen föreskriver också motsvaras av den praktiska tillämpningen.<sup>24</sup> Jag uppfattar en skillnad mellan Zilas och Westbergs materiella rättssäkerhetsdimension i att Zilas materiella rättssäkerhet tar mer hänsyn även till vikten av att skyldiga döms.

---

<sup>21</sup> Westberg (2013) s. 32.

<sup>22</sup> Zila (1990) s. 284.

<sup>23</sup> Zila (1990) s. 286.

<sup>24</sup> Zila (1990) s. 288.



Vidare menar Zila att handlingars rättsliga konsekvenser ska vara förutsägbara, myndigheter ska ha förmåga att genomföra lagar och andra föreskrifter och inom lagarnas område ska det vara möjligt att nå en rättvis lösning.<sup>25</sup> Först och främst ska återupprepas att det är nödvändigt med formell rättssäkerhet. Myndighet eller domstol måste ha lag till stöd för sina ålägganden och det föreligger vissa krav på lagens utformning och tillämpning.<sup>26</sup> Vidare ska rättssäkerhet uppfattas som ett socialt värde där samhällsmedlemmarna är medvetna om sin relativa säkerhet gentemot domstol, myndigheter osv. Det är därför inte tillräckligt att se rättssäkerheten som ett rent juridiskt begrepp (formell rättssäkerhet), vilket är för snävt.<sup>27</sup> Istället ska begreppet vara mer vidsträckt innefattande bland annat jämlikhet och social rättvisa.<sup>28</sup> Regler ska vara klara, tydliga och så entydigt som möjligt ska beskriva rättigheter för att godtycke ska begränsas. Samtidigt kan det vara önskvärt med allmänna formuleringar för att lämna utrymme för skönmässiga bedömningar, i syfte att söka rättvisa lösningar vid rättstillämpning. Formell rättssäkerhet är inte tillräckligt eftersom det saknas etiska aspekter. Det är synnerligen anmärkningsvärt att tala om jämlikhet bland slavar eller i ett samhälle som nazityskland. Även om legalitet föreligger har dess värde gått förlorat.<sup>29</sup>

*Frändberg* menar att begreppet rättssäkerhet hör till en begreppskategori som är ideologisk-juridisk. Till skillnad från tekniska juridiska begrepp såsom rekvisit och rättsföljd görs därför en distinktion. Ideologisk-juridiska begrepp, menar Frändberg, utgör komponenter till en speciell ideologi särskild för moderna rättsstater. Denna ideologi har blivit sammanflätad med juridikens tekniska begreppsbyggnad.<sup>30</sup> Frändberg menar att rättssäkerhet som begrepp är en måttstock för vad som utgör god rätt i förhållande till vissa allmänna värderingar.<sup>31</sup> Begreppet rättssäkerhet går att definiera på olika sätt. Ett sätt att se på begreppet är att precisera begreppet som: rättsligt grundad förutsebarhet. Detta för att skapa klarhet kring begreppet, precisera vad man menar, rättssäkerhet är passande för att uttrycka rättsligt grundad förutsebarhet och att termen vanligen är använd av jurister i denna betydelse.<sup>32</sup> Rättssäkerhet som rättsligt grundad förutsebarhet innebär att det relativt säkert går att finna svar på rättsliga frågor. T.ex. frågor som vilken rättslig position jag befinner mig i, vad som är tillåtet, vilka alternativ är mest fördelaktiga för mig, vad ska jag göra för att undvika rättsliga konsekvenser osv.<sup>33</sup> Frändberg sammanfattar kraven på rättsligt grundad förutsebarhet i samhället till fyra nödvändiga villkor. För det första ska rättssystemet tillhandahålla svar på frågor av rättslig karaktär. Det finns rättsliga situationer som skapar en lägre grad av rättssäkerhet. Att rättssystemet saknar regler för att lösa ett specifikt problem kan vara ett sådant. Samtidigt är det inte rimligt

---

<sup>25</sup> Zila (1990) s. 288 f.

<sup>26</sup> Zila (1990) s. 297 f.

<sup>27</sup> Zila (1990) s. 299 f.

<sup>28</sup> Zila (1990) s. 303.

<sup>29</sup> Zila (1990) s. 304 f.

<sup>30</sup> Frändberg (2019) s. 22 f.

<sup>31</sup> Frändberg (2019) s. 24.

<sup>32</sup> Frändberg (2019) s. 28.

<sup>33</sup> Frändberg (2019) s. 29.

för lagstiftaren att på förhand lösa alla tänkbara problem och adressera alla de situationer som kan komma att uppstå.<sup>34</sup> För det andra ska svaren vara klara och tydliga. Motsatsen skulle vara att reglerna är vaga, mångtydiga och/eller komplicerade.<sup>35</sup> Samtidigt finns det flera generalklausuler i svensk rätt, vilket kan sägas vara en ytterlighet vad gäller vaghet. De vaga bestämmelserna kan ge rättstillämpningen större svängrum i det rättsliga beslutsfattande och där föreligger en lägre grad av klarhet innan dess att prejudikat har skapats. Motsatsen, där lagstiftaren söker allt för klara bestämmelser kan istället få den effekt att det uppfattas för komplext och gör regeln mindre begriplig.<sup>36</sup> För det tredje ska svaren vara lättillgängliga och för det fjärde ska man kunna lita på svaren.<sup>37</sup> Det skulle t.ex. vara svårt om myndigheter följer regler sporadiskt.<sup>38</sup> Legalitet är inte detsamma som rättssäkerhet. Legalitet innebär att regeln alltid ska tillämpas när rekvisiten är uppfyllda (positiv legalitet) och att regeln aldrig ska tillämpas när rekvisiten inte föreligger (negativ legalitet). Legalitet är en nödvändig förutsättning för rättssäkerhet men inte tillräcklig.<sup>39</sup>

Alla tre rättsvetare tar utgångspunkt i formell rättssäkerhet som ett nödvändigt inslag. Alla tre diskuterar även en materiellrättslig rättssäkerhetsdimension. Zila och Frändberg ger mera utrymme för intresset av att döma skyldiga. Zila och Frändberg har inte vad jag vet tagit ställning till just exemplet diskrimineringsrätt. Om Westberg inte menat att diskrimineringsrättens preventionspåslag gör att straffrättsliga principer bör få genomslag kanske alla tre diskuterat mera likartat.<sup>40</sup>

Det rättssäkerhetsperspektiv jag anlägger i denna uppsats bygger på att rättsregler ska vara klara och tydliga men inte för komplexa och obegripliga. Lika fall ska behandlas lika och rättsregler ska i viss utsträckning tillhandahålla något svar på de flesta frågor av rättslig karaktär.

## 1.7 Disposition

I kapitel två går jag igenom allmänna regler om bevisbörda som används traditionellt vid civilrättsskipning. En kort beskrivning om bevisbörda och beviskrav för att sedan ta upp Heumans konsekvensteori och Lindells tolkning av densamma.

I kapitel tre gör jag en beskrivning av jämställdhetsrättens utveckling. Först går jag igenom den första svenska jämställdhetslagen, sedan beskriver jag EU:s rättsutveckling av rättsakter och rättspraxis som har skett parallellt med den svenska jämställdhetsrätten. Efter det tar jag upp vissa ändringar

---

<sup>34</sup> Frändberg (2019) s. 33.

<sup>35</sup> Frändberg (2019) s. 34.

<sup>36</sup> Frändberg (2019) s. 35.

<sup>37</sup> Frändberg (2019) s. 30.

<sup>38</sup> Frändberg (2019) s. 46.

<sup>39</sup> Frändberg (2019) s. 30 f.

<sup>40</sup> Westberg menar att t.ex. oskyldighetspresumtionen är förknippad med brottmål. Därför kommer oskyldighetspresumtionen enligt min uppfattning vara en princip som bör kunna få genomslag.

gjorda i jämställdhetslagen med hänsyn tagen till EU-rätt varefter jag beskriver 1999-års diskrimineringslagar och sist den senaste diskrimineringslagen från år 2009.

I kapitel fyra gör jag en rättsfallsstudie där jag tar upp nästintill alla domar om könsdiskriminering under 2010-talet och en del äldre rättsfall. Jag har som sagt inte sökt aktivt efter äldre rättsfall utan om jag hittat ett äldre rättsfall i 2010-talets urval, har jag följt upp dem.

I kapitel fem tar jag upp artiklar och doktrin om bevisbörderegeln. Detta innefattar Westbergs artikel som kommenterar exemplet icke-diskriminering, utredningen *Bättre skydd mot diskriminering* och doktrin angående AD 2013 nr 64, som kommenterar marknadsskäl som motbevisning vid tvist angående lönediskriminering.

I kapitel sex drar jag egna slutsatser, analyserar och diskuterar mitt material. Arbetstagarens och arbetsgivarens bevisbörda kommenteras. Därefter gör jag en analys av min rättsfallsstudie. Efter det kommenterar jag exemplet trakasserier och sexuella trakasserier och avslutningsvis gör jag en analys *de lege ferenda*. I den sista delen av min *de lege ferenda* analys besvarar jag kortfattat alla frågeställningar.

## 2 Allmän civilrätt

### 2.1 Bevisregler vid civilrättsskipning

Bevisregler vid civilrättsskipning finns till som verktyg för domaren att kunna klara av att döma, även i de fall då bevisningen är otillräcklig. Regler om bevisbörda anger vem som ska bära risken för de fall där domaren inte kan utreda vad som har hänt och det råder osäkerhet i målet.<sup>41</sup> De rättsregler som avser bevisbördan mellan parter vid tvistemål anger dels vem som bär bevisbördan (vem bevisbördan placeras på), dels vilket beviskrav som ska uppfyllas för att den parten ska nå upp till en särskild nivå av sannolikhet. Huvudregeln (normalkravet) för det sistnämnda är ett högt ställt beviskrav som anges enligt ordalydelsen ”styrkt” eller ”visat”.

Beviskravet preciserar bevisskyldigheten.<sup>42</sup> Beviskravet anger hur stark bevisning en part måste lägga fram för att ha fullgjort sin börda enligt en bevisbörderegeln.<sup>43</sup> I brottmål är beviskravet utom rimligt tvivel vilket är ett högt ställt beviskrav, enligt Ekelöf 98 %. I tvistemål är det maximala beviskravet kring 90 % och betecknas vanligtvis med styrkt eller visat.<sup>44</sup>

Det finns flera s.k. bevislätnader med rättsregler där normalkravet har frångåtts och där beviskravet är sänkt.<sup>45</sup> Westberg beskriver att en viktig del i att parterna ska få en rättvis rättegång handlar om att det ska råda likabehandling av parter i en rättegång. Han menar att vissa bevisregler innebär att parterna inte likabehandlas eftersom tanken snarare är att parterna ska behandlas olika, där den ena parten t.ex. ska bära ett större utredningsansvar.<sup>46</sup>

En allmän utgångspunkt bör vara att bevisbördan inte får läggas på en part som saknar faktiska möjligheter att klara av att uppfylla bevisbördan.<sup>47</sup> Samtidigt kan det vara problematiskt utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv om bevisbörderegeln som tillämpas inte är förutsägbara. Förutsägbarheten ska komma till uttryck i att den part som får bevisbördan också objektivt ska förstå eller kunna ta reda på att denna kommer få bevisbördan. Bevisbördan bör heller inte vara orimlig på det sätt att den är för svår att tillämpa.<sup>48</sup> Det finns en risk att domen grundas på en felaktig faktaversion. Konsekvenserna till fördel för svaranden respektive käranden ska utredas och jämföras mot varandra. Skulle konsekvenserna vara värre för svaranden bör bevisbördan

---

<sup>41</sup> Westberg (2013) s. 371.

<sup>42</sup> Heuman (2005) s. 17.

<sup>43</sup> Ekelöf m.fl. (2009) s. 81.

<sup>44</sup> Ekelöf m.fl. (2009) s. 85 f. Jag har inte hittat någon annan rättsvetenskapsperson än Ekelöf som kvantifierar beviskrav i procentsatser.

<sup>45</sup> Westberg (2013) s. 372.

<sup>46</sup> Westberg (2013) s. 374.

<sup>47</sup> Westberg (2013) s. 375.

<sup>48</sup> Westberg (2013) s. 375.

läggas på kändan och där konsekvenserna är högre ska även beviskravet ställas högt.<sup>49</sup> I slutändan är det ett rättspolitiskt val av vad som är bäst för människan och samhället hur man bör placera bevisbördan. Den vanliga synen på en bevisbörderegeln är att den syftar till att utreda existensen av ett påstått rättsfaktum.<sup>50</sup>

## 2.2 Bevisbörda

Bevisbörda i tvistemål bestäms i huvudsak genom oskrivna principer. Detta gäller båda beviskravets höjd och bevisbördans placering och principerna har utvecklats i doktrin och rättspraxis. Principerna anvisar icke-bindande riktlinjer om hur domstolen bör resonera för att lösa problematik kring var bevisbördan ska placeras i ett tvistemål. Bland dessa principer återfinns *principen om att bevisbördans placering bör vara ändamålsstyrd*, *principen om bevissäkringssansvar* och *principen om standardavvikelse*. Att bevisbördans placering är ändamålsstyrd har att göra med att den aktuella civilrättsliga regelns syfte får bästa möjliga genomslag i praktiken, principen om bevissäkringsansvar innebär att den part som enklast och billigast kan säkerställa bevisning bör också tilldelas bevisbördan och principen om standardavvikelse går ut på att den som påstår något som avviker från sedvänjan (påstår något ovanligt) bör bära bevisbördan.<sup>51</sup>

Påståendedoktrinen, den som påstår en skadestandsgrundande handling ska bevisa den, löser inte problem kring bevisbördan eftersom båda parter i praktiken vanligtvis påstår något. Även om bevisbördan placeras på en part som påstår något till sin förmån resulterar det i att båda parter påstår något.<sup>52</sup>

Utgångspunkten kan vara att bevisbördan inte får läggas på en part i ett tvistemål där det förefaller vara praktiskt omöjligt att få tag på sådan bevisning.<sup>53</sup> Exempel på situationer där bevissäkringsansvarsprincipen har varit inflytelserik är där kändan påstår avtal och svaranden icke-avtal. Detta är s.k. kontradiktoriska påståenden där påståendena är motsatser till varandra. Där är det generellt sett enklare och billigare att bevisa avtal genom att ordna skriftlig dokumentation och det är motsatsvis svårt att bevisa att något avtal inte har kommit till stånd.<sup>54</sup> En annan andra situation är där kändan påstår att svaranden är skyldig pengar men inte har betalt medan svaranden påstår att skulden är betald. Där är det svårt för en borgenär att bevisa att betalning inte har skett.<sup>55</sup>

När det gäller konträra påståenden där båda parter i ett tvistemål påstår att något positivt har hänt kan tänkas att båda parter också kan säkra någon form av bevisning. I detta fall kan inte principen om bevissäkringssansvar

---

<sup>49</sup> Westberg (2013) s. 375 f.

<sup>50</sup> Westberg (2013) s. 376.

<sup>51</sup> Westberg (2013) s. 378 f.

<sup>52</sup> Westberg (2013) s. 380 f.

<sup>53</sup> Westberg (2013) s. 379.

<sup>54</sup> Westberg (2013) s. 381.

<sup>55</sup> Westberg (2013) s. 381 f.

lösa problemet om bevisbördans placering. En utgångspunkt är för bevisbördans placering att bevisbördan får läggas på en part som då påstår ett rättsfaktum.<sup>56</sup> I de fall där ingen av parterna kan skaffa fram det som uppfattas vara tillförlitlig bevisning angående ett rättsfaktum, menar Westberg att det kan vara mycket svårt att använda principen om bevissäkringsansvar ensamt.<sup>57</sup> Ett exempel kan vara det fall där det inte går att bevisa över huvud taget. Westberg nämner ett exempel där Högsta domstolen i ett skadeståndsmål frångått principen att den skadelidande ska bevisa och istället gått på en ändamålsstyrd princip. Ett annat fall Westberg nämner är det fall där bevissäkringsmöjligheterna gått förlorade utan att parten ifråga kan klandras för det, där Högsta domstolen sänkt beviskravet.<sup>58</sup>

Beviskravet i tvistemål är som huvudregel högt ställt. Uttryck som används är ”styrkt” och ”visat”. Det finns dock rättsfall som har ställt beviskravet lägre. På en skala finns allt ifrån antagligt (ett lägre ställt krav), mera antagligt, sannolikt, övervägande sannolikt, klart mera sannolikt och styrkt (ett högt ställt beviskrav). Westberg skriver att om domaren inte tvekar inför slutsatsen om ett påstående är bevisat då har käranden styrkt detta påstående. Någorlunda konkretiserat tvivel inför samma påstående innebär att påståendet kan betraktas som sannolikt. Påtagligt tvivel innebär att påståendet gjorts antagligt. Westberg menar dock att denna beskrivning av domarens tänkande generellt saknar övertygande belägg kring.<sup>59</sup> Viss bevisning kan objektivt i sig självt betraktas som tillförlitlig. Det skulle t.ex. kunna vara s.k. typbevis som är ett bevis som allmänt uppfattas som tillförlitligt och att åtminstone en av parterna har möjlighet och förmåga att skaffa sig.<sup>60</sup> Ett avsiktsbevis är exempel på sådana bevis som når upp till beviskravet ”styrkt” då de anses ha tillkommit genom båda parter medverkan. Detta gäller t.ex. ett skuldebrev till skillnad från en faktura som en ensidigt utformad. Det sistnämnda skulle inte räcka för att styrka att ett avtal föreligger.<sup>61</sup>

Westberg menar att det finns fall då det föreligger generella bevissvårigheter. I de fallen kan göras en bevislättning för att bevisbördan ska vara rimlig och möjlig att klara av. Exempel på detta kan vara att sänka beviskravet till en lägre sannolikhet som sannolikt eller antagligt. Ett annat exempel kan vara att domstolen skapar en presumtionsregel. Det finns även alternativ till bevisregler som kan användas för att hantera en osäkerhet som uppkommer i beslutsfattandet i ett tvistemål.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Westberg (2013) s. 384.

<sup>57</sup> Westberg (2013) s. 385.

<sup>58</sup> Westberg (2013) s. 386.

<sup>59</sup> Westberg (2013) s. 386 f.

<sup>60</sup> Westberg (2013) s. 387.

<sup>61</sup> Westberg (2013) s. 388.

<sup>62</sup> Westberg (2013) s. 388 ff.

## 2.3 Konsekvensteori

Konsekvensteorin skulle kunna innebära, om än något förenklat, att bevisbördan läggs på käranden enbart för att dennes yrkande innefattar en betungande påföljd för svaranden.<sup>63</sup> Konsekvensteori är betydelsefull för bevisbörda och beviskrav med fokus på rättsföljden. Heuman menar att man bör skilja mellan ansvarsförutsättningar och rättsföljden. Skulle det yrkade skadeståndsbeloppet vara mycket högt menar han att det har betydelse dels för bevisskyldigheten, dels för bevisbördan för omfattningen av skadeverkningarna. Teorin är främst tänkbar då rättsföljdsresonemang visar att en av parternas intresse bör väga tyngre än den andres.<sup>64</sup>

Heuman menar att det dels saknar betydelse om ett stort eller litet belopp står på spel i ett tvistemål, dels saknar betydelse om huruvida ett avtal slutits om en begränsad eller omfattande förpliktelse.<sup>65</sup> Konsekvensteorin kan heller inte användas för att ge fördel åt en ekonomiskt underlägsen part, då denne kan komma att drabbas hårdare av en felaktig dom.<sup>66</sup> I vissa fall kan en oriktig dom slå betydligt hårdare mot den ena parten än mot den andra. Bevisbördan skulle då kunna placeras på den part som drabbas minst negativt. I brottmål har ansetts att en fällande dom som bygger på en felaktig faktaversion är värre än en frikännande dom som bygger på en felaktig faktaversion. Därför har bevisbördan placerats på åklagaren. Detta kan även göras i tvistemål med stöd i samma grundläggande tanke.<sup>67</sup>

Heuman menar att bevisbördefrågan med hjälp av konsekvensteorin placeras med fokus på den yrkade rättsföljden. Är yrkandet en betungande rättsföljd för svaranden är käranden bevisskyldig. Konsekvensteorin kan kritiseras för att den bygger på en felaktig förutsättning att det går att avgöra hur betydelsefull en rättsföljd är för en part utan att också undersöka betydelsen rättsföljden har för den andra parten. Heuman skriver att:

*”En vetenskapligt utvecklad konsekvensteori bör innehålla en komparation: en jämförelse bör göras mellan den påföljd käranden yrkar och den påföljd som svaranden vill undvika.”*<sup>68</sup> (Heumans kurs.)

Det första sätt en komparation kan ske är vid en tvist som rör en ekonomisk tillgång. Där har den omtvistade rättsföljden samma värde för båda parter. Därför kan inte konsekvensteorin ge vägledning för att placera bevisbördan.<sup>69</sup> Ett andra annat resonemang utgår från att felaktigt bifallande och ogillande domar inte har samma negativa konsekvens för en förlorande kärande och en förlorande svarande. Att åklagarens bevisskyldighet i brottmål ser ut som den gör, bygger på denna tanke. Vid tvistemål stannar

---

<sup>63</sup> Heuman (2005) s. 460.

<sup>64</sup> Heuman (2005) s. 58.

<sup>65</sup> Heuman (2005) s. 58 f.

<sup>66</sup> Heuman (2005) s. 59.

<sup>67</sup> Heuman (2005) s. 59 f.

<sup>68</sup> Heuman (2005) s. 460.

<sup>69</sup> Heuman (2005) s. 462.

inte komparationen vid den potentiella prestation som kändanden kan gå miste om, eller den prestation som svaranden kan åläggas att utföra. Man jämför två alternativ där man utgår från en felaktig dom till kändandens nackdel och en oriktig dom till nackdel för svaranden. Man undersöker vem som lättast kan tåla en oriktig dom mellan de båda parterna.<sup>70</sup>

Likt en brottmålsrättegång finns det fall då konsekvenserna av en oriktig tvistemålsdom slår mycket hårt mot en part. Vid tvistemål bör felaktiga beslut om disciplinära påföljder, tvångsåtgärder och näringsförbud undvikas. Där bör bevisbördan placeras på den som framställer yrkanden om sådant.<sup>71</sup>

Syftena med lagstiftningen bör också vägas in vid bedömningen av rättsföljdens betydelse för felaktiga beslut. Det kan vara tveksamt hur avvägningen av skyddsvärda intressen ska göras. Socialt ogillande är inte en faktor som vinner stöd i de svenska rättskällorna avseende bevisning. Den tanken bygger på att bevisbördefrågor tar hänsyn till strävanden att begränsa skadeverkningar som följer av olika typer av brottslighet. Effektiviteten att uppnå samma strävanden väger tyngre än svarandens intresse av att inte vilja bli felaktigt utpekad som en brottsling.<sup>72</sup>

Bengt Lindell<sup>73</sup> är av uppfattningen att det möjligen finns dels en vid, dels en snäv definition av konsekvensteorin. Han menar att:

”Frågan om det finns utrymme för en konsekvensteori vid sidan av en ändamålsteori beror helt och hållet på hur man definierar konsekvensteorin (och ändamålsteorin). En vid definition innebär att man ser på samhällseliga konsekvenser av en viss tillämpning, en snäv tillämpning att man bara ser på konsekvenser för parterna. Det synes mig som om Heuman i huvudsak, dock inte uteslutande, använder en smal definition av konsekvensteorin, men han är inte tydlig på denna punkt.”<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Heuman (2005) s. 460 f.

<sup>71</sup> Heuman (2005) s. 461 f.

<sup>72</sup> Heuman (2005) s. 474.

<sup>73</sup> Professor i processrätt vid Uppsala universitet.

<sup>74</sup> Lindell (2007) s. 363.



# 3 Jämställdhetsrättens utveckling

## 3.1 Sveriges första jämställdhetslag

Sveriges första jämställdhetslag antogs 1979. Två hinder för jämställdhet ansågs vara traditioner och omedvetna fördomar.<sup>75</sup> Lagstiftningen var begränsad till att gälla könsdiskriminering i arbetslivet (arbete, arbetsvillkor och utvecklingsmöjligheter i arbetet) och hade till ändamål främja lika rätt mellan kvinnor och män.<sup>76</sup>

Jämställdhetslagen infördes utan påverkan av EU-rätt. Kritik framfördes från ett formellt rättssäkerhetsperspektiv att många av de begrepp som presenterades i den föreslagna lagen inte var definierade. Att begreppen inte var definierade riskerade att få en oklar och otydlig lag. Risker som jämställdhetskommitén såg var att lagen skulle bli ineffektiv på det sätt att den skulle bli svår att följa.<sup>77</sup> I proposition 1978/79:175 till den första jämställdhetslagen beskrevs problemet med bevisvårigheter för kändanden.

För att uppnå en skyddsnivå för den som upplever sig diskriminerad var det viktigt att kravet på arbetsgivarens motbevisning var högre än enbart godtyckliga eller obegripliga skäl för varför missgynnandet hade ägt rum. Beviskravet för orsakssamband mellan missgynnande och diskrimineringsgrund skulle vara ”sannolikt”. Sannolikt är ett lägre beviskrav än normalkravet vid tvistemål.<sup>78</sup> Arbetsgivarens motbevisning föreslogs vara högre och beskrevs med uttrycket ”visa”.<sup>79</sup>

I propositionen framgår vidare att individuella förutsättningar för arbete bör vara avgörande och de normer som bör tillämpas vid värdering av sökandes kvalifikationer består av branschpraxis, författning eller kollektivavtal. Normerna får inte i sig vara könsdiskriminerande.<sup>80</sup> För att skyddet mot könsdiskriminering skulle bli tillräckligt effektivt betonades att det måste ställas stränga krav på arbetsgivarens motbevisning.<sup>81</sup>

Samtidigt tar propositionen höjd för problemet med t.ex. svårigheten att värdera meriter mellan arbetssökande. Det framgår där att det finns ett utrymme att anta att arbetsgivaren har gjort en oavsiktlig felbedömning. Det skulle bli en fråga för rättstillämpningen att avgöra i vilka fall det bör kunna

---

<sup>75</sup> Prop. 1978/79:175 s. 11.

<sup>76</sup> Prop. 1978/79:175 s. 1.

<sup>77</sup> Prop. 1978/79:175 s. 41.

<sup>78</sup> Prop. 1978/79:175 s. 47.

<sup>79</sup> Prop. 1978/79:175 s. 49.

<sup>80</sup> Prop. 1978/79:175 s. 51.

<sup>81</sup> Prop. 1978/79:175 s. 57.

antas att arbetsgivaren har gjort en oavsiktlig felbedömning, som inte har ett könsdiskriminerande syfte.<sup>82</sup>

Det fanns vissa situationer där man ansåg att propositionen behövde vara särskilt tydlig. En av de situationerna var vid jämförelsen av arbeten. Dels arbetsuppgifternas art, innehåll och de förhållande där de utförs, dels huruvida arbetena var att betrakta som likvärdiga.<sup>83</sup> Det påpekas dock att arbetsgivarens motstående rättighet att fritt anställa och välja mellan likvärdiga arbetssökande står fast.<sup>84</sup>

I den första jämställdhetslagen beskrevs bevisregeln på följande vis:

”Missgynnande på grund av kön föreligger när en arbetsgivare vid anställning eller befordran eller vid utbildning för befordran utser någon framför en annan av motsatt kön, fastän den som förbigås har bättre sakliga förutsättningar för arbetet eller utbildningen.

Detta gäller dock inte om arbetsgivaren kan visa att beslutet inte beror på någons kön eller att beslutet är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet eller att det är berättigat av hänsyn till ett ideellt eller annat särskilt intresse, som inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.”<sup>85</sup>

Om t.ex. en man får ett arbete framför en kvinna med bättre förutsättningar än mannen, kan man fortfarande inte dra en säker slutsats att arbetsgivaren enbart valde bort kvinnan på grund av dennes kön. För att säkerställa att skyddet mot könsdiskriminering blev effektivt ansågs det nödvändigt att utgå från att så var fallet. Detta kallades en bevispresumtion. Lagstiftningen mot könsdiskriminering ansågs vara tvungen att ske på en viss bekostnad av den fria anställningsrätten.<sup>86</sup>

Centrala förutsättningar för könsdiskriminering var då missgynnande och orsakssamband (på grund av kön).<sup>87</sup> Detta framgår av lagens andra paragraf där står följande:

”En arbetsgivare får inte missgynna en arbetstagare eller en arbetssökande på grund av hans eller hennes kön.”<sup>88</sup>

Rättspåföljden var skadestånd vilket senare utvecklats till en ny typ av rättspåföljd<sup>89</sup> och framgår av 8 § andra stycket.<sup>90</sup>

”Sker missgynnande genom att arbetsgivaren förbigår någon på det sätt som anges i 3 §, skall arbetsgivaren betala skadestånd till den missgynnade för den kränkning som missgynnandet innebär. Begärs skadestånd av flera som har bättre sakliga förutsättningar

---

<sup>82</sup> Prop. 1978/79:175 s. 57.

<sup>83</sup> Prop. 1978/79:175 s. 75 f.

<sup>84</sup> Prop. 1978/79:175 s. 52.

<sup>85</sup> Prop. 1978/79:175 s. 4., Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet 3 §.

<sup>86</sup> Prop. 1978/79:175 s. 48.

<sup>87</sup> Prop. 1978/79:175 s. 43.

<sup>88</sup> Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet 2 §.

<sup>89</sup> Senare utvecklades rättspåföljden för den som gjort sig skyldig till diskriminering till att innefatta ett preventionspåslag. Detta var genom EU-rätten och den skillnaden i rättspåföljd är betydelsefull för min uppsats.

<sup>90</sup> Prop. 1978/79:175 s. 65 f.

för arbetet eller utbildningen än den som arbetsgivaren har utsett, delas det skadestånd som skulle utgått till den missgynnade lika mellan dem.”

## 3.2 EU-rätt och EU:s jämställdhetsrätt

Europeiska unionens primärrätt och grunden för all dess verksamhet innefattar EU:s fördrag och EU-stadgan.<sup>91</sup> EU:s jämställdhetsrätt börjar med art. 157 FEUF som innefattar en princip om lika lön för kvinnor och män i arbetslivet.<sup>92</sup> I artikel 18 FEUF återfinns en allmän bestämmelse som förbjuder diskriminering på grund av nationalitet, som genom EU-domstolens praxis har utvecklats till en likabehandlingsprincip eller icke-diskrimineringsprincip.<sup>93</sup> Det finns en alltså en allmän icke-diskrimineringsprincip inom EU-rätten.<sup>94</sup> I rättighetsstadgan från 2000 återfinns även där i artikel 23 förbud mot all diskriminering på grund av kön. Artikel 21 rättighetsstadgan anger att all diskriminering på grund av bl.a. kön ska vara förbjuden. Dessutom finns en hänvisning till EKMR i artikel 6.3 FEU där EKMR ingår i unionsrättens grundläggande rättigheter. Genom Amsterdamfördraget fick rådet behörighet att lagstifta på jämställdhetsrättens område och det fick till följd att bl.a. direktiv 2000/78/EG antogs.<sup>95</sup> I funktionsfördraget återfinns artikel 8 FEUF där unionen i all sin verksamhet ska undanröja brister i jämställdhet mellan kvinnor och män och främja jämställdheten mellan dem. Artikel 153 tilldelar Europaparlamentet och rådet kompetens att anta direktiv på området jämställdhet mellan kvinnor och män. Soft law är mycket viktig på likabehandlingsområdet.<sup>96</sup>

Inom EU:s sekundärrätt återfinns bl.a. direktiv 2006/54/EG (likabehandlingsdirektivet)<sup>97</sup> och direktiv 2000/78/EG (arbetslivsdirektivet).<sup>98</sup> I skälen till likabehandlingsdirektivet anges att trakasserier och sexuella trakasserier utgör könsdiskriminering.<sup>99</sup> Vidare finns återgivet så som grundläggande rättigheter, likabehandling och lika möjligheter för kvinnor och män i den sociala stadgan 1989.<sup>100</sup> I 2006 års direktiv, som är en omarbetning av tidigare direktiv på jämställdhetsrättens område, har tidigare praxis från EU-domstolen tagits hänsyn till.<sup>101</sup>

I direktiv 75/117/EEG återfanns en likalöneprincip baserat på dåvarande artikel 119, numera artikel 157 FEUF. Denna innebar att för lika arbete eller

---

<sup>91</sup> Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF), Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

<sup>92</sup> Artikel 157 FEUF är f.d. artikel 119 EG-fördraget.

<sup>93</sup> SOU 2016:87 s. 80. Andra diskrimineringsförbud återfinns bl.a. i artikel 45.2 FEUF och i EU-stadgans artikel 21.1.

<sup>94</sup> Nyström (2016) s. 194.

<sup>95</sup> Nyström (2016) s. 195.

<sup>96</sup> Nyström (2016) s. 197.

<sup>97</sup> Direktiv 2006/54/EG ersatte flera direktiv på jämställdhetsrättens område när det antogs.

<sup>98</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 82 f.

<sup>99</sup> Direktiv 2006/54/EG Skäl 6.

<sup>100</sup> Nyström (2016) s. 194 f.

<sup>101</sup> Nyström (2016) s. 199.

för arbete som tillerkänns lika värde var all diskriminering på grund av kön förbjuden. I synnerhet när arbetsvärderingsinstrument används måste de vara utformade så att könsdiskriminering utesluts.<sup>102</sup>

I C-43/75 *Defrenne*, upplevde sig en kvinnlig flygvärdinna lönediskriminerad då manliga anställda med samma arbete fick högre lön.<sup>103</sup> Frågorna till EU-domstolen var bl.a. huruvida artikel 119 i fördraget har direkt effekt.<sup>104</sup> Ett syfte med principen i artikel 119 var att säkerställa social utveckling och att förbättra arbetsvillkoren för medlemsstaternas folk.<sup>105</sup> EU-domstolen tolkade en princip som fanns angiven i direktiv 75/117/EEG. EU-domstolen fastslog att denna likalöneprincip har horisontell direkt effekt.<sup>106</sup> Denna likalöneprincip kom som sagt senare att utvecklas till en likabehandlingsprincip.

I C-109/88 *Danfoss*, gällde saken ett förhandsavgörande avseende mål om påstådd diskriminering, genom att kvinnliga arbetstagare fick lägre lön än manliga. Det framgår i domen att för att säkerställa effektivitet av likalönsprincipen förutsätter det att nationella bevisbörderegler i särskilda situationer kan behöva anpassas från den vanliga bevisbördan och det vanliga beviskravet.<sup>107</sup> Generaladvokaten skrev i sitt förslag till avgörande att bristen på transparens för att kunna avgöra löneskillnader inte ska gå ut över kvinnorna som behöver bevisa detta. Det skulle i så fall göra det svårt att uppfylla sin bevisbörda.<sup>108</sup> Domstolen menar att problemet är att det inte går att avgöra varför det är en löneskillnad utifrån vissa kriterier som arbetsgivaren baserade sin lönesättning på och hur kriterierna tillämpats. Därför kan en viss lönegrupp omöjligen se och jämföra lön med deras kollegor i samma lönegrupp.<sup>109</sup>

I C-127/92 *Enderby*, gjorde en talpedagog gällande att denne blivit lönediskriminerad på grund av kön och en viktig omständighet var att talpedagogen påstod sig ha samma ansvar som en annan manligt dominerad yrkesgrupp. Om befattningarna var likvärdiga utgjorde det förmodligen könsdiskriminering.<sup>110</sup> Den manliga yrkesgruppen med samma yrkesansvar hade högre lön. Först konstaterar EU-domstolen att det i princip är den som anser sig diskriminerad som har bevisbördan.<sup>111</sup> Undantag till denna huvudregel kan finnas där bevisbördan förflyttas över på svaranden.<sup>112</sup> Arbetsgivarens motbevisning och motförklaring till löneskillnaden var marknadsskäl. Kollektivavtal måste iaktta likalönsprincipen oavsett om kollektivavtalsförhandlingarna har förts separat för var och en av de båda

---

<sup>102</sup> Direktiv 75/177/EEG artikel 1.

<sup>103</sup> C-43/75 p. 2.

<sup>104</sup> C-43/75 p. 4.

<sup>105</sup> C-43/75 p. 10.

<sup>106</sup> C-43/75 p. 39.

<sup>107</sup> C-109/88 p. 14.

<sup>108</sup> Generaladvokat C-109/88 p. 35.

<sup>109</sup> C-109/88 p. 10.

<sup>110</sup> C-127/92 p. 16.

<sup>111</sup> C-127/92 p. 13.

<sup>112</sup> C-127/92 p. 14.

berörda yrkesgrupperna, om det får effekten av att två grupper med samma arbetsgivare och som hör till samma fackförening behandlas olika.<sup>113</sup>

EU-domstolen uttalar att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om att ge högre lön till vissa sökanden, kan vara motiverat som objektiv grund för en löneskillnad mellan kvinnor och män för en viss befattning. Betydelsen av den höjda lönen ska bedömas med hjälp av omständigheterna i det enskilda fallet. Av domen framgår följande:

”Till sådana skäl kan räknas olika kriterier såsom arbetstagarnas flexibilitet och förmåga att anpassa sig till varierande arbetstider och arbetsplatser, deras yrkesutbildning och antalet anställningsår, om dessa kriterier är relevanta för företagets behov och målsättningar (dom i målet H. K. mot Danfoss, tidigare citerade, punkt 22-24).”<sup>114</sup>

Det ankommer alltså på nationella domstolar att bedöma om löneskillnad på grund av marknadsskäl berättigar en del av eller hela löneskillnaden.<sup>115</sup> De nationella domstolarna har att avgöra detta genom tillämpning av proportionalitetsprincipen, om de anser att det är nödvändigt.<sup>116</sup>

Barnard skriver också att EU-domstolen i princip har sagt att bevisbördan för om det föreligger könsdiskriminering ska ligga på käranden. Det kan dock finnas en skyldighet för nationella domstolar att göra undantag från huvudregeln för att säkra effektivt genomförande av likabehandlingsprincipen.<sup>117</sup>

I C-400/93 *Royal Copenhagen*, tvistade en dansk fackförening och Royal Copenhagen. Fackföreningen gjorde gällande att den genomsnittliga ackordslönen per timme för en grupp nästan enbart bestående av män, var högre än en annan grupp bestående av kvinnor.<sup>118</sup> EU-domstolen ansåg att likalönsprincipen var tillämplig på ackordslöner.<sup>119</sup> Det har ingen betydelse vilka system som skapar lönediskriminering, det är förbjudet enligt artikel 119 ändå.<sup>120</sup> Likalönsprincipen kräver att systemen för gruppen av kvinnliga arbetstagare och den för manliga arbetstagare ska ha samma beräkningsgrund för lön. Skulle de olika arbetstagarna sedan tjäna olika mycket baserat på samma beräkningsgrund, är något förenklat inte det förbjudet.<sup>121</sup> I *Royal Copenhagen*, hänvisas till *Enderby* och *Danfoss* där bevisregler framgår enligt följande:

”Det framgår likväl av domstolens rättspraxis (dom av den 27 oktober 1993, *Enderby*, C-127/92, Rec. S. I-5535, punkterna 13 och 14) att bevisbördan, som vanligtvis åligger den arbetstagare som för talan inför domstol mot sin arbetsgivare för att få bort en diskriminering som han anser sig vara utsatt för, kan överföras till arbetsgivaren när detta

---

<sup>113</sup> C-127/92 21-22.

<sup>114</sup> C-127/92 p. 24-28.

<sup>115</sup> C-127/92 p. 28.

<sup>116</sup> C-127/92 p. 29.

<sup>117</sup> Barnard (2012) s. 327.

<sup>118</sup> C-400/93 p. 8.

<sup>119</sup> C-400/93 p. 12.

<sup>120</sup> C-400/93 p. 13.

<sup>121</sup> C-400/93 p. 20-21.

visar sig vara nödvändigt för att en arbetstagare som drabbas av en klar diskriminering inte helt skall sakna faktisk möjlighet att se till att likalönsprincipen respekteras. I synnerhet om ett företag tillämpar ett lönesystem som helt saknar öppenhet, har arbetsgivaren bevisbördan för att hans lönesystem inte är diskriminerande, när en kvinnlig arbetstagare visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittslön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagare är lägre än de manliga arbetstagarnas (dom av den 17 oktober 1989, kallad ”Danfoss”, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, 109/88, Rec. s. 3199, punkt 16). Även när tydliga statistiska uppgifter visar på en betydande löneskillnad mellan två typer av tjänster med lika värde, varav en nästan uteslutande innehas av kvinnor och den andra huvudsakligen av män, en situation som ger sken av att könsdiskriminering föreligger, tvingar artikel 119 i fördraget arbetsgivaren att försvara denna skillnad genom objektiva omständigheter som inte har något med könsdiskriminering att göra (den ovan nämnda domen Enderby punkterna 16 och 19).”<sup>122</sup>

Det krävs att en jämförelse görs mellan de löner som arbetstagarna med olika kön får utbetalat. Det ska vara för lika arbete eller för arbeten som anses ha lika värde. Jämförelsen ska, för att vara relevant, göras på samtliga arbetstagare i en viss grupp och hänsyn ska tas till ett antal faktorer, såsom arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor, för att arbetstagarna ska anses vara i en jämförbar situation.<sup>123</sup>

Sveriges jämställdhetsrätt utvecklades parallellt med EU:s rättsutveckling och kom att påverkas i och med Sveriges anslutning till EU. I direktiv 97/80 kodifierades EU-rättens bevisregel.

C-381/99 *Brunnhofers*, handlade om en kvinna som ansåg sig lönediskriminerad då hon erhållit lägre lön än en manlig kollega.<sup>124</sup> EU-domstolen framhöll att det inte i sig är tillräckligt att två arbetstagare placeras i samma tjänst enligt kollektivavtalsbestämmelser för att konstatera att de utför ”lika eller likvärdigt arbete”. Att de är placerades inom samma tjänstekategori enligt kollektivavtal utgör endast en indikation bland andra faktorer som uppfyller kriteriet lika eller likvärdigt arbete. Olika lön kan motiveras ändå, om olika lön motiveras av sakliga skäl som beror på något helt annat än könsdiskriminering och är förenliga med proportionalitetsprincipen.<sup>125</sup>

Följande är ostridigt i målet. *Brunnhofers* och hennes manliga kollega, när de tillträdde tjänsterna, placerades i samma lönegrad och tjänstekategori.<sup>126</sup> Samtidigt erhöll *Brunnhofers* manliga kollega ett individuellt månatligt tillägg på ca 2000 ATS högre än *Brunnhofers*.<sup>127</sup> Vidare är det ostridigt att båda arbetstagarnas befattningar inledningsvis ansågs likvärdiga och det var då lönen fastställdes.<sup>128</sup> Arbetsgivaren håller även med om att *Brunnhofers* fick en lovande start.<sup>129</sup>

---

<sup>122</sup> C-400/93 p. 24.

<sup>123</sup> C-400/93 p. 32-33.

<sup>124</sup> C-381/99 p. 8.

<sup>125</sup> Nyström (2016) s. 210.

<sup>126</sup> C-381/99 p. 10.

<sup>127</sup> C-381/99 p. 9.

<sup>128</sup> C-381/99 p. 19.

<sup>129</sup> C-381/99 p. 20.

Brunnhofer påstod att hon utförde lika eller likvärdigt arbete som den manliga kollegan.<sup>130</sup>

Arbetsgivaren gjorde gällande följande:

- De båda arbetstagarnas totala lön i själva verket inte skiljde sig åt, för Brunnhofer inte ansågs skyldig att arbeta övertid.
- Att det fanns sakliga skäl för skillnaden som avser det individuella lönetillägget.
- Den manliga kollegan utförde viktigare arbetsuppgifter genom att ansvara för stora kunder och innehade en handelsfullmakt att fatta bindande utfästelser för bolaget. Detta saknade Brunnhofer.<sup>131</sup>
- Att Brunnhofers arbete som hon utförde var av sämre kvalitet än den manliga kollegan.<sup>132</sup>

Brunnhofer invände följande:

- Arbetets kvalitet saknade betydelse i samband med att lönen fastställdes vid anställningstillfället. Resultatet av det utförda arbetet kan bara bedömas vid ett senare tillfälle.<sup>133</sup>

EU-domstolen menade att två huvudfrågor var dels om klassificeringen enligt kollektivavtal inneburit lika eller likvärdigt arbete, dels om de båda arbetstagarnas individuella prestationsförmåga kan motivera olika lön.<sup>134</sup>

För frågan om huruvida kollektivavtalsbestämmelserna inneburit lika eller likvärdigt arbete hänvisar domstolen till tidigare praxis:

”Domstolen har även vid flera tillfällen ansett att, för att avgöra om arbetstagare utför lika arbete eller arbete som kan tillerkännas lika värde, det måste undersökas huruvida dessa arbetstagare, med hänsyn till ett antal faktorer såsom arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor, kan anses befinna sig i jämförbara situationer (se dom den 31 maj 1995 i mål C-400/93, Royal Copenhagen, REG 1995, s. 1-1275, punkterna 32 och 33, och i ovannämnda målet Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, punkt 17).”<sup>135</sup>

De menar vidare att:

”De allmänna uppgifterna i kollektivavtalet utgör indikatorer som under alla omständigheter måste underbyggas av precisa och konkreta omständigheter som hänförs till den verksamhet som de berörda arbetstagarna verkligen utför.”<sup>136</sup>

---

<sup>130</sup> C-381/99 p. 11.

<sup>131</sup> C-381/99 p. 17-19.

<sup>132</sup> Övertiden, de viktigare arbetsuppgifterna och kvaliteten på arbetet borde rimligen blivit fastställt vid ett senare tillfälle än vid anställningsförhållandets inledning. Därför borde inte det ha funnits sakliga skäl för löneskillnaden och bevisbördan borde ha fått förflyttats på svaranden inför den nationella domstolen. Jag återkommer till detta resonemang i min analys.

<sup>133</sup> C-381/99 p. 21.

<sup>134</sup> C-381/99 p. 23.

<sup>135</sup> C-381/99 p. 43.

<sup>136</sup> C-381/99 p. 47.

EU-domstolen kom i bedömningen fram till att det inte i sig var tillräckligt att vara placerad enligt samma tjänstekategori av kollektivavtalsbestämmelser, för att det ska utgöra lika eller likvärdigt arbete. Det kan finnas andra omständigheter som också kan vara med i bedömningen.<sup>137</sup> Uppgifterna i kollektivavtalet var allmänna och flera faktorer behövdes enligt domstolen tas i beaktan såsom arten av den verksamhet som var och en av dem utför, den utbildning som verksamheten fordrar och de arbetsvillkor de faktiskt har i verksamheten. Detta för att undersöka om de berörda arbetstagarna faktiskt utför lika eller likvärdigt arbete.<sup>138</sup>

Brunnhofer fick bära bevisbördan i målet. Normalt är det den person som åberopar vissa omständigheter till stöd för ett anspråk som ska bevisa dem.<sup>139</sup> Bevisbördan kan dock flyttas över på svaranden om detta är nödvändigt för att inte frånta utsatta arbetstagare varje effektivt medel för att upprätthålla efterlevnaden av likalöneprincipen.<sup>140</sup> Ett exempel från tidigare rättspraxis är något förenklat när det saknas transparens i det ifrågasatta lönesystemet för att det då är svårt att jämföra löner mellan kvinnliga och manliga arbetstagare.<sup>141</sup> Denna rättspraxis ansågs inte tillämplig i målet eftersom skillnaden var att det var två arbetstagare istället för en grupp av arbetstagare och att löneskillnaden avsåg en specifik del av lönen.<sup>142</sup> Därför ankom det på käranden att inför nationell domstol bevisa att lönediskriminering förekommit.<sup>143</sup>

För frågan om det fanns sakliga skäl för löneskillnaden lämnar domstolen ett svar. Det är inte förbjudet att ge olika lön till olika grupper av arbetstagare som utför lika arbete, om löneskillnaden beror på olika individuella arbetsresultat.<sup>144</sup>

Brunnhofer förde en mycket rimlig argumentation. Hur ska man kunna bevisa att det inte förelegat en jämförbar situation vid anställningsförhållandets inledning.<sup>145</sup> Trots att undantaget inte tillämpades i

---

<sup>137</sup> C-381/99 p. 44-45.

<sup>138</sup> C-381/99 p. 47-48.

<sup>139</sup> C-381/99 p. 52.

<sup>140</sup> C-381/99 p. 53.

<sup>141</sup> C-381/99 p. 54-55.

<sup>142</sup> C-381/99 p. 56.

<sup>143</sup> C-381/99 p. 57.

<sup>144</sup> C-381/99 p. 73.

<sup>145</sup> Här borde ett undantag kunnat tillämpas enligt min uppfattning. Det var ostridigt att arbetena var likvärdiga vid anställningsförhållandets inledning. Det var där och då som arbetsgivaren bestämde lönerna (C-381/99 p. 19.). Därför kan inte olika individuella arbetsresultat motivera olika löner redan vid anställningsförhållandets inledning, eftersom det visar sig först senare (C-381/99 p. 76-77.). Desto rimligare argument desto starkare är huvudregeln. Brunnhofer visar därför att huvudregeln enligt EU-rätten är stark och undantaget i Enderby är snäv. Men undantaget finns fortfarande kvar och EU-domstolen hänvisade till det i målet (C-381/99 p. 53.).



Brunnhofer finns undantaget kvar och EU-domstolens hänvisade till det i målet.<sup>146</sup>

Barnard skriver att lika arbete i förhållande till lika lön för lika eller likvärdigt arbete behöver faktorer tas hänsyn till och de är:

- Arbetsuppgifternas natur till de individuella arbetstagarna
- Vad som krävs i utbildning för att utföra arbetsuppgifterna
- Arbetsförhållandena som aktiviteterna verkligen är utförda.<sup>147</sup>

Vidare skriver Barnard det är vanligt att personliga faktorer som arbetstagarna åberopar har betydelse för att rättfärdiga att betala en arbetstagare mer än en annan arbetstagare även om de har likvärdigt eller lika arbete. I *Brunnhofer* menar Barnard dock att EU-domstolen sa att om en manlig och kvinnlig arbetstagare konstateras ha lika eller likvärdigt arbete och den kvinnliga arbetstagaren är betald mindre, kan inte arbetsgivaren vid ett senare stadiet rättfärdiga löneskillnaden på grund av att den manligas arbete som denne utför är bättre vid ett senare tillfälle än när lönen fastställts.<sup>148</sup>

Nyström menar att det av Enderby och Brunnhofer framgår att statistiskt underlag är tillräckligt för att bevisbördan ska gå över på arbetsgivaren vid indirekt diskriminering.<sup>149</sup>

I och med Amsterdamfördraget år 1999 utvidgades och förstärktes artikeln som avgörandet Defrenne baserats på. Principen om lika arbete gäller även likvärdigt arbete.<sup>150</sup> I och med förstärkningen av artikeln, införandet av EU-domstolens praxis i fördraget och möjlighet för rådet att med kvalificerad majoritet beslut om åtgärder för att säkerställa likabehandlingsprincipen i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete. Detta hade tidigare behövts enhällighet för.<sup>151</sup>

Lagstiftningsarbetet i EU fortsatte och i direktiv 2000/78/EG artikel 10.1 stadgas:

”Medlemsstaterna skall, i enlighet med sina nationella rättssystem, vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig myndighet lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.”<sup>152</sup>

---

<sup>146</sup> C-381/99 p. 53.

<sup>147</sup> Barnard (2012) s. 305.

<sup>148</sup> Barnard (2012) s. 318.

<sup>149</sup> Nyström (2016) s. 210.

<sup>150</sup> Nyström (2016) s. 203.

<sup>151</sup> Nyström (2016) s. 203 f.

<sup>152</sup> Bevislättningen framgår även i likabehandlingsdirektivet – direktiv 2006/54/EG Art. 19.1.

Enligt artikel 10.2 samma direktiv fastslås att medlemsstaterna får införa bevisregler som är fördelaktigare för käranden. Det är ett s.k. minimiharmoniseringsdirektiv och ger utrymme för generösare regler på området till fördel för käranden men minimikravet måste upprätthållas.

I C-144/04 *Mangold*, aktualiserades likabehandlingsprincipen i direktiv 2000/78. En då 56 årig man ingick ett på förhand tidsbestämt avtal att arbeta.<sup>153</sup> I lagen fanns en bestämmelse som gjorde det enklare att ingå på förhand tidsbestämda anställningsavtal med arbetstagare över 52 år.<sup>154</sup> Detta gjorde Mangold gällande stod i strid med direktiv 2000/78 genom åldersdiskriminering.<sup>155</sup> När det gäller direktivet konstaterar EU-domstolen inledningsvis att artikel 1 innehåller ett allmänt ramverk för att motverka diskriminering, ålder inkluderat.<sup>156</sup> Den ifrågavarande lagstiftningen ansågs behandla arbetstagare olika på grund av ålder.<sup>157</sup> Artikel 1 i direktivet ansågs innehålla en icke-diskrimineringsprincip. Denna konstaterades vara en allmän EU-rättslig princip.<sup>158</sup> Denna allmänna icke-diskrimineringsprincip ansågs även ha horisontell direkt effekt.<sup>159</sup>

### 3.3 Ändringar i Jämställdhetslagen

Det gjordes en del ändringar i jämställdhetslagen år 1991, bland annat anpassningar till EU-rätten. Även om Sverige ännu inte var medlem i EU, genomfördes rättsutvecklingen.<sup>160</sup> Att genomföra EU-rätt i svensk rätt var svårt då lönebildningen varit till för arbetsmarknadens parter. I och med EU-rättens framfart förflyttades rollen till lagstiftaren och domstolen.<sup>161</sup>

Ett lagförslag utformades för att ersätta den tidigare jämställdhetslagen. I utredningen (SOU 1990:41) Tio år med jämställdhetslagen – utvärdering och förslag angavs att bevisregeln är utformad som en presumtionsregel för vissa angivna situationer. Ordet presumtionsregel är alltså det vi i Sverige använde från början. Om situationer som är beskrivet föreligger, om en av annan kön förbigås och har bättre sakliga förutsättningar för gynnandet, antas diskriminering föreligga (presumtion). Det kan sedan motbevisas att beslutet då inte beror på kön utan på andra sakliga skäl (presumtionsgenombrott).<sup>162</sup>

Utredaren betonade att det finns behov av att vidta åtgärder genom lagstiftning, samtidigt som den viktiga principen att svenska modellen i så stor utsträckning som möjligt ska vara bestämmande i de förhållanden som

---

<sup>153</sup> C-144/04 p. 20.

<sup>154</sup> C-144/04 p. 21.

<sup>155</sup> C-144/04 p. 22.

<sup>156</sup> C-144/04 p. 56.

<sup>157</sup> C-144/04 p. 57.

<sup>158</sup> C-144/04 p. 74-75.

<sup>159</sup> C-144/04 p. 77.

<sup>160</sup> Prop. 1990/91:113 s. 4.

<sup>161</sup> Nyström (2016) s. 236.

<sup>162</sup> Prop. 1990/91:113 s. 52.

råder på arbetsplatser.<sup>163</sup> I propositionen menar utredaren att det har varit särskilt problematiskt att angripa problem kring lönediskriminering och trakasserier i anknytning till arbetsplatser.<sup>164</sup> En fråga som särskilt togs upp var förekomsten av sexuella trakasserier.<sup>165</sup>

Sexuella trakasserier fick en definition som löd:

”Med sexuella trakasserier avses här sådant ofredande av sexuellt slag som är straffbelagt enligt 4 kap. 7 § eller 6 kap. 7 § brottsbalken. Vidare avses sådana beteenden i form av sexuella anspelningar och liknande som är ovälkomna och som utsätter en viss eller vissa personer för obehag av ett eller annat slag. Det kan också gälla ovälkomna insinuanta handlingar och omdömen av sexuell innebörd. Ett annat exempel kan vara att det på en starkt mansdominerad arbetsplats finns pornografiska eller andra kvinnoförnedrande bilder uppsatta i utrymmen som också utnyttjas av kvinnliga arbetstagare. Om bilderna utsätter de kvinnliga arbetstagarna för obehag eller är sexuellt utmanande kan det vara fråga om sexuella trakasserier i lagens mening.”<sup>166</sup>

I den dåvarande jämställdhetslagen (1991:443), härefter jämställdhetslagen, 6 § framgick att:

”Arbetsgivaren skall verka för att inte någon arbetstagare utsätts för sexuella trakasserier eller för trakasserier på grund av en anmälan om könsdiskriminering.”

I jämställdhetslagens 22 § första stycket framgick att:

”En arbetsgivare får inte utsätta en arbetstagare för trakasserier på grund av att arbetstagaren har avvisat arbetsgivarens sexuella närmanden eller anmält arbetsgivaren för könsdiskriminering.”

Gällande det uppmärksammade problemet kring lönediskriminering valde regeringen att inte lägga fram förslag knutet till lagstiftningen utan lämnade detta till arbetsmarknadens parter.<sup>167</sup> Beviskravet för käranden ansågs vara tillfredställande benämnt med uttrycket ”sannolikt”.<sup>168</sup> Samtidigt räckte det inte alltid med kollektivavtal, praxis på området eller överenskommen arbetsvärdering för att pröva lika eller likvärdigt arbete.<sup>169</sup>

Det framgick i jämställdhetslagens proposition att:

”Allmänt avfattade kollektivavtalsbestämmelser utesluter inte att arbetstagare inom olika lönegrupper kan ha lika arbetsuppgifter.”<sup>170</sup>

Det saknades i princip arbetsvärderingsinstrument på den svenska arbetsmarknaden enligt den svenska modellen. Eftersom det var en brist menade regeringen att det inte skulle utgöra hinder mot att pröva likvärdigt

---

<sup>163</sup> Prop. 1990/91:113 s. 61.

<sup>164</sup> Prop. 1990/91:113 s. 62.

<sup>165</sup> Prop. 1990/91:113 s. 71 f.

<sup>166</sup> Prop. 1990/91:113 s. 71.

<sup>167</sup> Prop. 1990/91:113 s. 72.

<sup>168</sup> Prop. 1990/91:113 s. 80.

<sup>169</sup> Prop. 1990/91:113 s. 83.

<sup>170</sup> Prop. 1990/91:113 s. 84 f.

arbete vid diskrimineringstvister.<sup>171</sup> Regeringen föreslog därför att det skulle vara fullt möjligt att, trots arbetsvärderingsinstrument fastslagna av arbetsmarknadens parter, pröva likvärdigt arbete på grundval av arbetsuppgifterna i sig.<sup>172</sup> För att pröva likvärdigt arbete krävde tidigare jämställdhetslag att det fanns en arbetsvärdering som är överenskommen mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisation.<sup>173</sup>

### 3.4 1999-års lagar mot diskriminering

EU:s bevisbördedirektiv lade grunden för de första svenska lagarna om etnisk diskriminering och 1999-års lagar samt 2009 års diskrimineringslag, som är slutfasen till den nuvarande lagstiftningen på jämställdhetsområdet. Efter att Sverige anslutit sig till EU kom flera lagförslag. De första svenska lagarna om etnisk diskriminering som fanns tidigare var svagare än jämställdhetslagen. 1999-års lagar innebar att diskrimineringsgrunderna sexuell läggning, etnicitet och funktionsnedsättning i huvudsak skulle skyddas efter samma starka principer som kön. Bevisregeln från EU-rätten infördes för att samordna svensk rätt och EU-rätt på diskrimineringsområdet i och med bevisbördedirektivet.<sup>174</sup> Eftersom bevisregeln byggde på EU-domstolens rättstillämpning är också den främsta rättskällan när det kommer till att tolka densamma avgöranden därifrån. Artikel 4.1 i bevisbördedirektivet reglerar bevisbörda och den stadgar:

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

Bevisregeln i direktivet innebar en delad bevisbörda. Käranden ska lägga fram vissa omständigheter som ger anledning att anta diskriminering och då föreligger ett s.k. prima facie-fall av diskriminering. Därefter övergår bevisbördan på svaranden.<sup>175</sup> Regel förväntades möjliggöra en mer flexibel och varierande processföring då fokus för rättstillämpningen förflyttades från arbetspresterandes meriter till att avse en prövning av den diskriminerande handlingen.<sup>176</sup> I propositionen framhölls att EU-rätten inte presumerar att förhandlade löner är fria från könsdiskriminering eller inte bör överprövas för att de är resultat av förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter.<sup>177</sup> I senare lagförslag föreslogs samma bevisregel gälla för alla de civilrättsliga diskrimineringslagarna.<sup>178</sup> Enligt utredningen var det inte helt tydligt vilka rekvisit i bevisregeln som skulle ges

---

<sup>171</sup> Prop. 1990/91:113 s. 87 f.

<sup>172</sup> Prop. 1990/91:113 s. 88.

<sup>173</sup> Prop. 1990/91:113 s. 86 f.

<sup>174</sup> Direktiv 97/80/EG.

<sup>175</sup> Prop. 1999/2000:143 s. 52 f.

<sup>176</sup> Prop. 1999/2000:143 s. 54.

<sup>177</sup> Prop. 1999/2000:143 s. 58.

<sup>178</sup> Prop. 2002/03:65 s. 107 f., Prop. 2004/05:147 s. 120 f.

bevislättnad utöver orsakssambandet. Det finns situationer där bevislättningen även bör gälla för frågorna om missgynnande och jämförbar situation.<sup>179</sup> Det vidtogs ytterligare ändringar för att anpassa till direktiv både vad gäller systematik och språk. En ny diskrimineringsgrund presenterades.<sup>180</sup> Bevisregeln beskrevs enligt följande:

”Av regeln framgår att bevisbördan är delad. Käranden skall visa omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier. Om det finns anledning att anta att diskriminering eller repressalier förekommit, föreligger en s.k. prima faciesituation. I en sådan situation när diskriminering respektive repressalier synes föreligga övergår bevisbördan på arbetsgivaren. Arbetsgivaren måste – för att freda sig från påståendet om diskriminering eller repressalier – styrka att diskriminering eller repressalier inte förekommit. Ett sätt att styrka att diskriminering inte förekommit är att svaranden bevisar att agerandet inte har något samband med åberopade diskrimineringsgrunden. Om kärandesidan däremot misslyckas med att göra diskriminering respektive repressalier antagliga behöver motpartens motargument inte prövas. Det kan då genast konstateras att diskriminering eller repressalier inte kan visas i målet.”<sup>181</sup>

I lagförslaget liknade bevisregeln EU-rättens version och regeringen föreslog att:

”Det bör åligga den som anser sig diskriminerad att lägga fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit diskriminering.”

I lagtexten framgick i 8 § första stycket att:

”En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla honom eller henne mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer med annan etnisk tillhörighet i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med etnisk tillhörighet.”

EU-domstolen hade då redan utvecklat flera rättsregler genom EU-domstolens avgöranden med tillhörande undantag. Huvudregeln var att den som påstår i en rättslig process sig ha blivit utsatt för diskriminering normalt har bevisbördan.<sup>182</sup>

Det dåvarande svenska materiella rättsläget för bevisbördans placering var det ordinarie civilrättsliga systemet utan särskilda bestämmelser. Det var oftast de materiella bestämmelserna i en lag som indirekt angav vem som hade bevisbördan. Utan ledning i de bestämmelser som fanns gällde påståendedoktrinen som innebär att den som påstår något i en rättslig tvist ska styrka påståendet.<sup>183</sup> En dåvarande bevislättning var förknippad med svårigheten att bevisa syfte med ett handlande.<sup>184</sup> En viktig skillnad i den lag som regeringen föreslog var att man frångick betydelsen av syftet bakom åtgärden då förbudet träffar såväl avsiktlig som oavsiktlig diskriminering.

---

<sup>179</sup> SOU 2002:43 s. 396.

<sup>180</sup> Prop. 2002/03:65 s. 1.

<sup>181</sup> Prop. 2002/03:65 s. 228.

<sup>182</sup> Prop. 1997/98:177 s. 39 f.

<sup>183</sup> Prop. 1997/98:177 s. 41.

<sup>184</sup> Prop. 1997/98:177 s. 41.

Det är en form av bevislättning från tidigare lag. Det gällde särskilt orsakssambandet mellan missgynnande och diskrimineringsgrund.<sup>185</sup>

I propositionen *kvinnofrid* skärptes jämställdhetslagen avseende sexuella trakasserier.<sup>186</sup> Definitionen på begreppet blev slutligen:

”Med sexuella trakasserier avses sådant ovälkommet uppträdande av sexuell natur *eller* annat ovälkommet uppträdande grundat på kön som kränker arbetstagarens integritet i arbetet.”<sup>187</sup>

### 3.5 2009 års diskrimineringslag och bevisbörderegeln

2009 års diskrimineringslag ersatte flera tidigare lagar på området och sammanförde dem.<sup>188</sup> I lagens portalparagraf anges ändamålet och där föreskrivs att:

”Denna lag har till ändamål att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.”<sup>189</sup>

Lagen är tvingande vilket innebär att det inte är möjligt att avtala bort rättigheter eller skyldigheter som föreskrivs.<sup>190</sup> Vad som avses med diskriminering är direkt diskriminering, indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera.<sup>191</sup>

För att det ska anses vara direkt diskriminering ska någon missgynnas och detta ska ha ett orsakssamband med en diskrimineringsgrund. Det innebär att personen (någon) blivit sämre behandlad eller skulle ha blivit behandlad än en annan person som befinner sig i en jämförbar situation och inte tillhör samma diskrimineringsgrund. Det är tillräckligt att jämförelsepersonen är hypotetisk.<sup>192</sup> Diskrimineringsförbudet gäller dock inte vid verkliga och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt (proportionalitet) för att uppnå syftet.<sup>193</sup> I förarbetena framgår att tillämpningsområdet för undantaget är snävt. Undantaget gäller för både direkt och indirekt diskriminering.<sup>194</sup> Vidare finns det möjlighet att

---

<sup>185</sup> Prop. 1997/98:177 s. 41 f.

<sup>186</sup> Prop. 1997/98:55 s. 108.

<sup>187</sup> Prop. 1997/98:55 s. 139.

<sup>188</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 83.

<sup>189</sup> 1 kap. 1 § Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>190</sup> 1 kap. 3 § Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>191</sup> 1 kap. 4 § Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>192</sup> 1 kap. 4 § 1 p. Diskrimineringslag (2008:567)., Källström & Malmberg (2019) s. 84.

<sup>193</sup> 2 kap. 2 § 1 p. Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>194</sup> Prop. 2007/08:92 s. 502.

rättfärdiga indirekt diskriminering genom s.k. positiv särbehandling på grund av kön så länge åtgärden är proportionell.<sup>195</sup>

Indirekt diskriminering innebär 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 t.ex. viss etnisk tillhörighet.<sup>196</sup>

Med bristande tillgänglighet menas att en person med en funktionsnedsättning missgynnas genom en underlåtenhet att vidta åtgärder, som är skäliga i förhållande till t.ex. lag, för att den personen ska kunna hamna i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning. Hänsyn tas även till andra förutsättningar och omständigheter.<sup>197</sup>

Trakasserier och sexuella trakasserier innebär ett uppträdande som gör att någons värdighet kränks och som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna. Det sistnämnda är ett uppträdande av sexuell natur.<sup>198</sup> Handlingen, beteendet eller bemötandet ska vara oönskat och innebära ett missgynnande i form av skada eller obehag. I princip är det den utsatte som avgör vad som är oönskat och kränkande, för trakasserier ska det dock finnas ett orsakssamband med någon av diskrimineringsgrunderna och det krävs viss insikt hos arbetsgivaren eller den som trakasserar eller sexuellt trakasserar.<sup>199</sup>

Instruktioner att diskriminera genom order eller instruktioner, till någon som står i lydnds- eller beroendeförhållande, utgör också diskriminering.<sup>200</sup>

Vidare finns det en bestämmelse som förtydligar vad som avses med olika diskrimineringsgrunder såsom kön och sexuell läggning osv.<sup>201</sup> I arbetslivet gäller ett utbrett diskrimineringsförbud som täcker arbetstagare, de som gör förfrågan om eller söker arbete alternativt praktik och dessutom den som står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.<sup>202</sup>

Påföljden vid överträdelse av diskrimineringslagen är diskrimineringsersättning.<sup>203</sup> Diskrimineringsersättningen behandlades i NJA 2014 s. 499 I och II. I fallet framgår att det genom införandet av den nya diskrimineringslagen har skapats en ny påföljd vid namn

---

<sup>195</sup> Prop. 2007/08:95 s. 165 ff.

<sup>196</sup> 1 kap. 4 § 2 p. Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>197</sup> 1 kap. 4 § 3 p. Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>198</sup> 1 kap. 4 § 4-5 p. Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>199</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 88 f.

<sup>200</sup> 1 kap. 4 § 6 p. Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>201</sup> 1 kap. 5 § Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>202</sup> 2 kap. 1 § Diskrimineringslag (2008:567).

<sup>203</sup> 5 kap. 1 § Diskrimineringslag (2008:567).

diskrimineringsersättning.<sup>204</sup> Syftet med införandet av denna påföljd var att markera dess preventiva funktion.<sup>205</sup>

I tidigare diskrimineringslagar valde man en dubbel funktion som rättspåföljd. Dels kompensatoriskt, dels att avhålla från att lagen överträds (preventivt).<sup>206</sup> Det verkar vara förfärligt att tvingas utge diskrimineringsersättning. En diskussion finns angående möjligheten till att kunna medge talan och betala ersättning till käranden för att slippa rättegång. Detta kommer jag återkomma till i min de lege ferenda analys.<sup>207</sup>

Högsta domstolen delar upp diskrimineringsersättningen i två komponenter. Dels upprätelseersättning, dels preventionspåslag.<sup>208</sup> Till skillnad från upprätelseersättning menar HD att preventionspåslaget har karaktär av ett slags straff.<sup>209</sup> Preventionspåslaget i diskrimineringsersättningen är en EU-rättslig uppfinning, men genom avgörandet slår HD fast att enligt svensk rättstradition kan diskrimineringsersättningen liknas vid ett slags straff.

I direktiv 2000/78 framgår:

”Medlemsstaterna bör föreskriva effektiva, proportionella och avskräckande påföljder åsidosättande av skyldigheterna enligt detta direktiv.”<sup>210</sup>

”Medlemsstaterna skall bestämma vilka sanktioner som skall tillämpas på överträdelser av de nationella bestämmelser som antas i enlighet med detta direktiv och vidta alla åtgärder som behövs för deras genomförande. Sanktionerna, som kan bestå av skadestånd till den utsatta personen, skall vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Medlemsstaterna skall anmäla bestämmelserna till kommissionen senast den 2 december 2003 och eventuella ändringar av dessa utan dröjsmål.”<sup>211</sup>

Samtidigt finns det ett preventionspåslag även i lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, herefter MBL. I MBL framgår i lagens 55 § att det vid skadestånd även ska tas hänsyn till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse såsom att avskräcka parter från att begå brott mot MBL. Det framgår att det allmänna skadeståndet är avsett att fylla en preventiv funktion. I propositionen till MBL framgår att:

”Gör man det måste det emellertid inskräpas att det är det allmänna skadeståndets uppgift att, där det är behövligt, effektivt avhålla från avsteg från vad lag och avtal innehåller.”<sup>212</sup>

Den särskilda bevisbörderegeln återfinns i 6 kap. 3 § DL och den härstammar från EU-rätten. Av den framgår:

---

<sup>204</sup> NJA 2014 s. 499 I och II s. 505.

<sup>205</sup> NJA 2014 s. 499 I och II s. 505 f.

<sup>206</sup> Prop. 2007/08:495 s. 390 f.

<sup>207</sup> 'Mikael Kindbom' <https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/do-vill-tvinga-fram-rattegangar-om-krankningar-6945216> (Artikel av Mikael Kindbom) (besökt 2021-02-28), Mikael Kindbom är Chefredaktör på den Juridiska nyhetsbyrån Blendow Lexnova.

<sup>208</sup> NJA 2014 s. 499 I och II s. 513 p. 21.

<sup>209</sup> NJA 2014 s. 499 I och II s. 513 p. 33.

<sup>210</sup> Direktiv 2000/78/EG preambel 35.

<sup>211</sup> Direktiv 2000/78/EG artikel 17.

<sup>212</sup> Prop. 1975/76:105 s. 302 f.



”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.”

Propositionen använder uttrycket ”styrkt” för att beskriva beviskravet för dels kändans omständigheter i det första ledet, dels svarandens motbevisning.<sup>213</sup> Regeringen ansåg att det skulle avvika från direktiven i för stor utsträckning att ge en bevislätnad även till svaranden.<sup>214</sup> Även om direktivet är förebild för den svenska lagtexten är regeringen tydlig med att ingen saklig skillnad är avsedd. Syftet med språket är att anpassa till svenskt juridiskt språkbruk.<sup>215</sup> Den aktuella diskrimineringsgrunden behöver inte vara det enda eller det avgörande skälet, då det räcker med att någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till ett visst agerande.<sup>216</sup> Det finns vidare flera rättsregler fastslagna i AD:s rättspraxis som ger besked om vad som ska anses bidra till att skapa presumtion i det enskilda fallet. Rättsfallen kommer jag närmare att gå in på i rättsfallstudien.<sup>217</sup>

Bevisbörderegeln har varit föremål för prövning i NJA 2006 s. 170 där den har uppfattats som en presumptionsregel. Högsta domstolen beskrev bestämmelsen som ett undantag från huvudregeln att den som påstår sig ha blivit utsatt för en skadeståndsgrundande handling ska bevisa det.<sup>218</sup> Kritiken mot regelns utformning rörde främst det ologiska i att dela upp bevisbördan avseende ett och samma rättsfaktum.<sup>219</sup>

Björn Dilou Jacobsen<sup>220</sup> anser att det är missvisande att tala om en ”delad” bevisbörda och beskriver att bevisbördan växlar, på så sätt att den flyttas över till svaranden som ska motbevisa diskriminering genom att styrka vissa fakta, om kändanden genom att styrka vissa andra fakta har visat att det föreligger ett prima facie-fall av diskriminering. Om det är det som avses med termen ”delad bevisbörda” menar han att skillnaden endast är semantisk.<sup>221</sup>

Källström/Malmberg beskriver regelns uppbyggnad så att kändanden ska visa vissa omständigheter vilket skapar en presumtion för att en annan omständighet föreligger, nämligen orsakssambandet. De menar att bevisbörderegeln främst är betydelsefull för prövningen om ett orsakssamband föreligger mellan missgynnandet och

---

<sup>213</sup> Prop. 2007/08:95 s. 443.

<sup>214</sup> Prop. 2007/08:95 s. 445.

<sup>215</sup> Prop. 2007/08:95 s. 445 f.

<sup>216</sup> Prop. 2007/08:95 s. 489.

<sup>217</sup> AD 2005 nr 32, AD 2005 nr 69.

<sup>218</sup> NJA 2006 s. 170 s. 5.

<sup>219</sup> Malmberg (2001) s. 807 f.

<sup>220</sup> Advokat och tidigare forskare vid Köpenhamns universitet och juridisk rådgivare vid människorättsinstitut.

<sup>221</sup> Jacobsen (2010) s. 240 f.

diskrimineringsgrunden.<sup>222</sup> Vidare menar de att Arbetsdomstolens praxis inte verkar ge någon bevislättning för frågan om det har förekommit ett missgynnande.<sup>223</sup> Enligt Malmberg tillåter EU-rätten medlemsstaterna att införa bevispresumtioner, men det är inte logiskt möjligt att införa en regel om delad bevisbörda. Bevispresumtioner är heller inte nödvändigtvis begränsat till att avse endast orsakssambandet, om bevislättningar krävs för att likabehandlingsprincipens effektiva genomslag ska säkerställas.<sup>224</sup>

Fransson/Stüber menar att ”Den presumerande omständigheten måste skilja sig från den omständighet som ska motbevisas”.<sup>225</sup> De hänvisar även till Malmberg som uttrycker saken så att diskrimineringslagen endast anger ett fall där bevislättningen behövs.<sup>226</sup>

Håkan Andersson<sup>227</sup> menar att om det är fråga om en presumtionsregel. Vid tillämpning av presumtionsregeln förordar det att man delar upp begreppet diskriminering i en objektiv och en subjektiv sida. Av de tre leden missgynnande, jämförelse och orsakssamband menar han att de två första kan ses som den objektiva sidan av diskrimineringen medan det tredje ledet, orsakssambandet, bör betraktas som den subjektiva sidan av diskrimineringen. Käranden ska visa (dvs. styrka) den faktiska omständigheten – exempelvis den faktiska handlingen med dess missgynnande – medan svarandens motbevisning ska avse det subjektiva orsakssambandet. Enligt Andersson är formuleringar kring begreppet presumtion i detta sammanhang egentligen en omskrivning av att kärandens styrkta faktiska omständigheter kan ge domstolen anledning att anta att det finns ett subjektivt samband mellan handlingen och en diskrimineringsgrund. Talet om presumtion beskriver alltså inte något fristående givet faktum, utan återspeglar den detalj i resonemangskedjan som domstolen finner antaglig just genom kärandens styrkta faktiska omständigheter.<sup>228</sup>

Om regeln skulle tolkas som en delad bevisbörda menar HD att det skulle kunna medföra att all bevisning kommer att värderas i ett sammanhang och att den avsedda bevislättningen i praktiken inte uppnås.<sup>229</sup>

Tanken enligt förarbetena till en tidigare diskrimineringslag i samband med införlivandet av bevisbördedirektivet var att bevisprövning skulle ske i två steg. Här verkar det vara en EU-rättslig modell (delad bevisbörda) med inslag av svensk rättstradition (presumtionsverkan). Det framgår att:

---

<sup>222</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 90 f. Eftersom det t.ex. inom straffrätten presumeras orsakssamband vid likgiltighetsuppsåt är jag av uppfattningen att bevislättningen inte är särskilt stor.

<sup>223</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 92.

<sup>224</sup> Malmberg (2001) s. 813 f.

<sup>225</sup> Fransson & Stüber (2015) s. 533.

<sup>226</sup> Fransson & Stüber (2015) s. 533.

<sup>227</sup> Professor i civilrätt vid Uppsala universitet.

<sup>228</sup> Andersson (2013) s. 779.

<sup>229</sup> NJA 2006 s. 170 s. 6.

”Prövningen av frågan om det har skett en diskriminering skall enligt direktivets bevisbörderegler alltså göras i två steg. Den arbetssökande eller arbetstagaren har att i ett första steg visa de objektiva omständigheter han eller hon hävdar är för handen. Arbetsgivaren skall sedan – om arbetstagarparten lyckats uppfylla sina bevisåligganden – i ett andra steg lämna en godtagbar förklaring till sitt handlande. Fråga är närmast om en delad bevisbörda med inslag av presumtionsverkan.”<sup>230</sup>

Det finns stöd i propositionen till 2009 års diskrimineringslag för att värdera bevisning i ett sammanhang och även i AD 2018 nr 74 som jag kommer studera i kap 4. I propositionen till 2009 års diskrimineringslag framgår att:

”Det kan också vara svårt för rättstillämparen att konsekvent dela upp bevisprövningen i två olika led. Enligt regeringens mening utgör dock bevisregeln rent praktiskt inget hinder mot att båda parternas bevisning prövas i ett sammanhang när så är ändamålsenligt. Skulle svaranden exempelvis göra gällande att något missgynnande överhuvudtaget inte förekommit måste prövningen i den delen rimligen ske innan kändanden kan sägas ha gjort diskriminering antaglig, eftersom sådan bl.a. förutsätter att kändanden i något avseende blivit missgynnad.”<sup>231</sup>

Sverige tillsatte en utredning i SOU 2016:87 där försök gjordes att införa ändringar av bevisregeln. Utredningen resulterade dock inte i något lagförslag. SOU 2016:87 kommer att behandlas närmare senare.

---

<sup>230</sup> Prop. 1997/98:179 s. 66.

<sup>231</sup> Prop. 2007/08:95 s. 443 f., Frågan är om bevisning som prövas i ett sammanhang någonsin kan vara ändamålsenlig. Principen om att bevisbördans placering bör vara ändamålsstyrd innebär som sagt att den aktuella civilrättsliga regelns syfte får bästa möjliga praktiska genomslag. När jag återkommer i min analys menar jag att de gånger tillåten sammanblandning sker, innebär det att bevislättningen minskar. Otillåten sammanblandning har jag som beskrivet inte noterat.

# 4 Rättsfallsstudie

## 4.1 Rättsfall från äldre lagar

### 4.1.1 AD 2001 nr 51 (Socialkonsulenterna)

I AD 2001 nr 51 gjorde arbetstagare genom Akademikerförbundet SSR gällande att det förelegat könsdiskriminering. Två nyanställda manliga arbetstagare hade erhållit högre lön än tio befintliga kvinnliga arbetstagare när de skulle utföra lika eller likvärdigt arbete. De två manliga arbetstagarna erhöll en ca 1000-2000 kr högre än de kvinnliga arbetstagarna. Fackförbundet gjorde bl.a. gällande att denna löneskillnad varken var lämplig eller nödvändig och därför stod i strid med proportionalitetsprincipen. Staten anförde att bland annat ett marknadsskäl för löneskillnaden i domen framgår att:

”En arbetsgivare måste även få betala för att kunna locka till sig och anställa den sökande som är mest lämpad, till och med om det skulle visa sig att det under en övergångsperiod kan rubba lönerelationerna mellan arbetstagare som utför lika eller likvärdigt arbete. Lönesättningen är då en effekt av marknadskrafterna och inte beroende av könstillhörighet. Av länsstyrelsens lönepolicy framgår att lönesättningen påverkas av lönenivån på arbetsmarknaden i övrigt. De löneskillnader som då uppstår är inte beroende av kön.”

I domskälen framhöll AD att det är ostridigt att Länsstyrelsen tillämpat lägre löner för de kvinnliga arbetstagarna i jämförelse med de nyanställda manliga. Vidare menade AD att de kvinnliga och manliga socialkonsulenterna utförde lika eller likvärdigt arbete. Detta var tillräckligt för att skapa presumtion för att otillåten könsdiskriminering förelegat.

Staten anförde att de var i behov av ett nytt arbetssätt som de två nya manliga arbetstagare kunde tillgodose, marknadskrafter och omständigheten att även en manlig arbetstagare där hade lägre lön än de manliga arbetstagare som nyrekryterades. Det fanns inget som motsade att nyrekryteringen inte tillgodosåg behovet av nytt arbetssätt. Gällande marknadsskäl hänvisade AD till EU-rätt och Enderby domen. I domskälen framgick att:

”I den tidigare nämnda Enderby-domen har EG-domstolen förklarat att det ankommer på den nationella domstolen att ta ställning till om, och i så fall i vilken grad, behovet av att intressera sökande genom att erbjuda högre lön än andra anställda med likvärdiga arbeten kan utgöra en sakligt motiverad ekonomisk grund för en löneskillnad. Domstolarna skall alltså ta ställning till om arbetsgivarens lönesättning svarar mot något verkligt behov och om den är adekvat och nödvändig för att uppnå det eftersträfvade resultatet.

EG-rätten innebär alltså inte något hinder mot att av marknadsskäl av nu beskrivet slag ge olika hög lön till en man och en kvinna som utför likvärdigt arbete. Om arbetsgivaren visar att en lönesättning som styrs av marknadsskäl är saklig och rationellt motiverad, strider den inte mot likalöneprincipen.”

På frågan om marknadsskäl stöd i strid med proportionalitetsprincipen svarar AD eftersom de nyrekryterade arbetstagaren tidigare erhållit liknande löner ansågs löneskillnaden vara nödvändig och försvarlig. Detta eftersom båda de två rekryteringarna hade färsk erfarenhet från kommunal verksamhet och detta ansåg AD var avgörande för beslutet att anställa. AD menade, något förenklat, att lönesystemet som tillämpats varit baserat på kriterier som var sakliga och objektiva. Enligt den nya lydelsen där presumtionsregeln bytts ut mot en regel om delad bevisbörda fortsätter tvisten. AD gjorde ingen annorlunda bedömning.

#### **4.1.2 AD 2005 nr 32 (MS)**

I AD 2005 nr 32 gjorde en arbetstagare gällande att denne blivit utsatt för diskriminering på grund av funktionshinder. En betydelsefull omständighet var tidssambandet mellan uppsägningen och att arbetsgivaren fått kännedom om funktionshindret. Bolaget uppgav att uppsägningen berodde på arbetsbrist. Bevisning innefattade förhör under sanningsförsäkran och vittnesmål. Diskriminering kunde ansetts vara även om funktionshindret bara är en av flera orsaker till arbetsgivarens handlande.<sup>232</sup> Arbetsdomstolen ansåg att det ter sig rimligt och naturligt att anse att det förelåg en jämförbar situation. Orsakssambandet ansågs inte vara styrkt. Men tidssambandet mellan bolagets kännedom om funktionshindret och uppsägning gav anledning att anta diskriminering. Bolaget skulle då visa att uppsägningen grundade sig på enbart andra skäl. Trots omfattande bevisning om verksamheten och vittnesförhör lyckades inte svaranden att styrka att beslutet att säga upp helt saknat samband med funktionshindret.

#### **4.1.3 AD 2005 nr 69 (Kyrkoherden)**

I AD 2005 nr 69 gjorde en kvinnlig sökande gällande att hon blivit diskriminerad. En viktig omständighet var att den kvinnliga sökanden hade haft i huvudsak likvärdiga meriter som en manlig arbetssökande. Den kvinnliga sökanden upplevde en fientlig negativ attityd gentemot henne under den andra intervjun. Anledningen till att den kvinnliga sökanden inte erhållit tjänsten var att personalgruppen önskade en man som kyrkoherde.

Till stöd för påståendet att könsdiskriminering förekommit lade käranden till grund dels ett telefonsamtal mellan kyrkonämndens ordförande och den kvinnliga sökanden, dels en artikel och minnesanteckningar. I telefonsamtalet hade ordföranden uttryckt att den manliga sökanden var ”bra med konfirmander” och medgivit att samhälligheten ville ha en manlig kyrkoherde.

Uppgift stod mot uppgift i telefonsamtalet varför Arbetsdomstolen ansåg att det inte var styrkt att ordföranden uttalat sig på det sätt som käranden påstått. I tidningsartikeln framgick att ordföranden även där uttalat önskan om en manlig kyrkoherde. AD fann inte styrkt eftersom felciteringar aldrig

---

<sup>232</sup> Prop. 2002/03/65 s. 90.

kan uteslutas. I minnesanteckningarna framgick att de flesta ville ha en manlig sökanden men att denne inte uppfyllde andra önskemål. Minnesanteckningarna ansågs av AD ha styrkt en omständighet som gav anledning att anta att diskriminering förekommit.

AD gjorde en samlad bedömning av arbetsgivaren motbevisning där de fann att diskriminering inte förekommit. Detta bl.a. eftersom arbetsgivaren menade att den manliga sökanden ansågs ha haft en ledarstil som föredrogs, att han var väl påläst och intresserad av innehållet i församlingsinstruktionen och passade väl in i arbetsplatskulturen och hade personliga egenskaper som värdesattes högt.

AD uttalade att sökandes kvalifikationer ska värderas efter bedömningsgrunderna utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet. AD menar att detta uttalande bör gälla även bedömningen av jämförbar situation enligt den nya diskrimineringslagen.

## 4.2 Köndiskriminering ej trakasserier

### 4.2.1 AD 2018 nr 74 (Managementkonsulten)

I AD 2018 nr 74 gjorde Arbetsdomstolen en stor poäng av vilka omständigheter och vilken bevisning som tillhörde den första eller andra delen av bevisbörderegeln.

I domen står det att:

”Bara om DO först visat omständigheter som ger anledning att anta att A.E. blivit diskriminerad på det sätt DO påstått, kan DO:s talan bifallas. Har DO Åberopat tvistiga omständigheter i den delen, ska även bolagets motbevisning i fråga om dessa omständigheter beaktas vid bedömningen av vad DO visat.”<sup>233</sup>

Fallet handlade om en kvinna som skrev på avtal om provanställning i november. Arbetsgivaren visste då att hon var gravid och hade beräknat förlossning till den 14 april. Hennes provanställning började den 14 december. I tre och en halv månad arbetade arbetstagaren heltid fram till den 3 april. Under denna tid fick hon beröm för enskilda arbetsprestationer bland annat på ett utvärderingsmöte den 24 mars. Kvinnan blev sjukskriven på halvtid mellan den 4 och 15 april för en graviditetsrelaterad sjukdom. Parterna var då överens om att det ställde till problem för arbetsgivaren då denne fick omfördela arbetsuppgifter. Den 15 april blev hon sjukskriven på heltid och den 25 april föddes barnet. Arbetsgivaren skickade då, i samband med att arbetstagaren skulle gå på föräldraledighet, en hälsning där arbetstagaren önskades välkommen tillbaka till arbetsplatsen efter föräldraledigheten. Arbetsgivaren avbröt provanställningen den 10 maj. Så långt är båda parter överens.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> AD 2018 nr 74 s. 15.

<sup>234</sup> AD 2018 nr 74 s. 14.

DO påstod för det första att arbetsgivaren sagt att ägarna inte skulle uppskatta graviditeten och att ägarna skulle komma att fråga arbetsgivarna om de kände till graviditeten och för det andra att arbetstagaren blivit lovad att provanställningen skulle övergå till en tillsvidareanställning. Vad gäller dessa omständigheter stod ord mot ord och eftersom arbetstagaren fullt ut ska styrka dessa omständigheter gick oklarheten ut över arbetstagaren.<sup>235</sup>

DO gjorde även gällande att bolaget under deltidssjukskrivningen ”pressat” arbetstagaren genom att insistera på att hon skulle genomföra en tvådagarsutbildning. Arbetsgivaren medgav att denne var angelägen om att hon skulle kunna genomföra kursen och anförde vidare att man avlastat hennes arbetsuppgifter för att ge henne tid att förbereda inför kursen. Arbetsdomstolen hade svårt att förstå hur arbetsgivaren kunde lastas för sitt agerande i samband med denna kurs.<sup>236</sup>

DO åberopade tidssambandet mellan sjukskrivningen på halvtid och beslutet om att inte fullfölja provanställningen. AD anser att det relevanta tidssambandet är tiden mellan att arbetsgivaren visste om att arbetstagaren var gravid i november när avtalet tecknats och beskedet att det skulle komma att upphöra den 10 maj. Eftersom sjukdomen hade upphört och hade samband med graviditeten kunde inte den förväntas återkomma. Därför saknade det tidssamband DO åberopat relevans för AD:s bedömning av om presumptionen skulle slå till.<sup>237</sup> Det fanns tre av arbetsgivaren åberopade omständigheter som Arbetsdomstolen vägde in i bedömningen.

- Arbetsgivaren hade inte fått pröva den anställda sex månader utan bara tre och en halv månad heltid och två veckor på halvtid,
- När anställningsförhållandet slöts visste arbetsgivaren om att arbetstagaren var gravid och
- När provanställningen avbröts visste arbetsgivaren att man inte skulle pröva arbetstagaren mer före 15 juni då provanställning skulle övergå till tillsvidareanställning.

De här tre punkterna verkar ha varit helt avgörande för Arbetsdomstolen.

Det fanns omständigheter som alla var överens om och som gav starkt stöd för att arbetstagaren hade en befogad anledning att anta att provanställningen skulle övergå i en tillsvidareanställning. Dessa tre omständigheter var:

- Berömmet för enskilda arbetsuppgifter från utvärderingsmötet den 24 mars,
- Att arbetsgivaren var angelägen om att arbetstagaren skulle genomföra en tvådagarsutbildning nära inpå hennes planerade förlossning när arbetsgivaren visste om att provanställningen inte skulle komma att förlängas och

---

<sup>235</sup> AD 2018 nr 74 s. 4.

<sup>236</sup> AD 2018 nr 74 s. 16.

<sup>237</sup> AD 2018 nr 74 s. 15.

- Meddelandet hon fick av arbetsgivaren med en välkommen tillbaka hälsning i samband med att barnet föddes.

Arbetsdomstolen lade stor vikt vid arbetsgivarens tre åberopade omständigheter när den kom fram till att käranden misslyckats med att göra diskriminering antaglig. Jag kommer att återkomma till detta i min analys.

Arbetsgivaren menade vidare att det var arbetsresultatet som låg till grund för deras beslut att inte låta provanställningen övergå till en tillsvidareanställning. Domstolen placerade det argumentet i ett andra steg och skulle ha prövat det först om diskriminering hade kunnat göras antaglig.<sup>238</sup>

## 4.2.2 AD 2015 nr 72 (Chauffören)

I AD 2015 nr 72 gjorde en arbetssökande gällande att denne blivit könsdiskriminerad. Viktig bevisning innefattade: av arbetsgivaren negativa uttalanden om graviditet, en anteckning från intervjun med beräknad nedkomst samt vittnesuppgifter och förhör under sanningsförsäkran.<sup>239</sup>

I november stod det klart att arbetsgivaren skulle ta över de körningar som den arbetssökande arbetade med. Det skulle ske i mars nästkommande år. De som tidigare kört turer fick lämna in en intresseanmälan om att få fortsätta arbeta och blev därefter erbjudna att komma på intervju för den nya tjänsten. Den arbetssökande fick komma på intervju för provanställning den 15 januari. Den 19 mars var beräknat datum för den arbetssökandes förlossning och hon var synligt gravid på intervjun. Arbetsgivaren antecknade ”19/3 mars barn” på den arbetssökandes intresseanmälan. Efter intervjun fick den arbetssökande besked om att arbetsgivaren skulle återkomma med ett beslut angående huruvida hon skulle erbjudas en provanställning. Den arbetssökande sökte företrädare för arbetsgivaren ett antal gånger under januari och februari för att fråga om hon hade erhållit provanställningen eller inte. Den arbetssökandes sambo kontaktade media den 20 februari och den 27 februari hölls en facklig förhandling där bl.a. brott mot diskrimineringslagen avseende den arbetssökande togs upp. Den 1 mars påbörjade de övriga chaufförerna sina anställningar hos arbetsgivaren. Den 4 mars blev den arbetssökande informerad om att hon inte skulle erbjudas någon provanställning.<sup>240</sup> Så långt är båda parter överens.

Käranden påstod att arbetsgivaren, direkt när hon presenterat sig, frågat om graviditeten varpå hon svarade att hon är gravid. Enligt käranden sade arbetsgivaren till den arbetssökande något i stil med att det var problematiskt att hon är gravid och att det inte är många företag som anställer en gravid. Därefter gjordes en anteckning där det stod ”19/3 mars barn” på den arbetssökandes intresseanmälan. Den 19 mars var beräknat datum för förlossning. Arbetsgivaren avslutade mötet med att säga att de

---

<sup>238</sup> AD 2018 nr 74 s. 2.

<sup>239</sup> AD 2015 nr 72 2-3.

<sup>240</sup> AD 2015 nr 72 s. 9.



fick ”se vad som händer”. Vittnet till stöd för käranden hade kort efter intervjun talat i telefon med den arbetssökande där hon då påstod att den som höll i intervjun uttalat sig negativt om hennes graviditet. Även det andra vittnet hade bekräftat att hon till honom i efterhand berättat att arbetsgivaren sagt att han såg att hon var gravid och det är väldigt svårt att få anställning då. Vittnena hade dock inte lyssnat på intervjun.<sup>241</sup> Svaranden menade att företrädaren under intervjun inte hade uttalat något negativt om att den sökande då väntande barn, vad han kunde påminna sig om.<sup>242</sup> En viktig omständighet i fallet var att arbetsgivaren inte uttryckligen förnekade de negativa uttalandena som gjorts utan endast inte kom ihåg. Arbetsdomstolen gjorde bedömningen att bolagets företrädare under intervjun uttalat sig negativt om den arbetssökandes graviditet.<sup>243</sup>

Den 16 januari fick den arbetssökande veta att olika kollegor redan fått skriva på ett provanställningsavtal. Det framgår av anställningsbevis att majoriteten av de tidigare anställda chaufförerna fått skriva på anställningsavtal i januari.<sup>244</sup> Arbetsdomstolen vägde in den oemotsagda omständigheten att nästintill alla, utom tre övriga sökanden som hade haft liknande arbete som henne erbjudits anställning.<sup>245</sup>

Följande omständigheter ansågs bevisade och gav anledning att anta att diskriminering förekommit:

- Att den arbetssökande har stöd i vittnesuppgifter om de negativa uttalandena om graviditet som gjorts av arbetsgivaren under intervjun och
- Att 29 av 34 chaufförer anställdes varav tre valde att inte söka anställning. Den arbetssökande kvinnan var en av två att inte få anställning.<sup>246</sup>

Bolaget menade att det var den arbetssökande själv som under rekryteringsprocessen förvärrade hennes chanser till att få arbetet. Detta handlade om tre av arbetsgivaren åberopade omständigheter som Arbetsdomstolen prövade.

- Påstridighet mot bolaget under rekryteringsprocessen,
- Kontakter med media angående diskriminering och
- Bristande lämplighet för tjänsten.<sup>247</sup>

Käranden påstod följande. Den 16 januari kontaktade den arbetssökande företrädare för hennes fackförbund för att berätta vad som hade sagts under intervjun. Under januari och februari försökte den arbetssökande ta ett antal

---

<sup>241</sup> AD 2015 nr 72 s. 9 f.

<sup>242</sup> AD 2015 nr 72 s. 6.

<sup>243</sup> AD 2015 nr 72 s. 10.

<sup>244</sup> AD 2015 nr 72 s. 4.

<sup>245</sup> AD 2015 nr 72 s. 9., I jämförelse med AD 2018 nr 74 vägde AD in en oemotsagd omständighet till kärandens fördel. Jag återkommer till 2018 års fall i analysen.

<sup>246</sup> AD 2015 nr 72 s. 10.

<sup>247</sup> AD 2015 nr 72 s. 8.

kontakter med arbetsgivaren för att få klarhet i om hon erhållit någon provanställning. Hon åkte även till kontoret den 24 januari. Arbetsgivaren menade då att de måste ha glömt att skriva ut hennes provanställningsavtal. Under januari fick den arbetssökande höra att de andra kollegorna fått en inbjudan till kick-off den 1-2 mars. Den 20 februari fick den arbetssökande höra att hon inte fått någon provanställning och detta beslut fattats redan tre veckor tidigare. Käranden menade att det var efter den 20 februari som den arbetssökandens sambo kontaktade media och det fanns vittnesuppgifter till stöd för att det var på det viset. Den 4 mars fick den arbetssökande det formella beslutet att inte anställa, utan någon motivering.<sup>248</sup> Angående bristande lämplighet anförde käranden oemotsagt att 15 av de 29 chaufförerna var i samma situation som den arbetssökande med körkortsbehörighet B och tre av de nio chaufförerna som anställdes från ett annat bolag hade de också körkortsbehörighet B.

Arbetsgivaren har inte förnekat eller vidgått att de tre veckor innan den 20 februari fattat beslut om att inte provanställa den arbetssökande. Även om arbetsgivaren menade att personen som delgav den arbetssökande information om det negativa beslutet att inte provanställa den arbetssökande, påstod de att personen inte företrätt bolaget.<sup>249</sup>

Gällande påstridigheterna under rekryteringsprocessen menar AD att det var naturligt för henne att kontakta bolaget då hennes kollegor hade fått skriva under anställningsavtal i samband med intervjun och att det inte hade varit orimligt många eller intensiva försök att söka kontakt.<sup>250</sup> Angående kontakterna med media togs de efter att bolaget hade fattat beslut att inte anställa personen omkring den 20 januari och personen som delgav informationen om detta skötte en del av informationen till de arbetssökande vilket var ostridigt, därför hade inte kontakterna med media att göra med beslutet att inte provanställa den arbetssökande. Därför menade AD att den omständigheten inte hade samband med rekryteringen.<sup>251</sup> Avslutningsvis menade AD att det inte går att ifrågasätta den arbetssökandes lämplighet och en viktig av käranden åberopad omständighet var att det fanns 18 andra chaufförer med samma körkortsbehörighet som den arbetssökande och de fick provanställning. Bolaget kunde inte visa att diskriminering inte förekommit.<sup>252</sup>

Här är det tydligt enligt Källström/Malmberg att inte anställa någon som haft befogad anledning att bli anställd omfattas av diskrimineringsförbudet.<sup>253</sup>

### **4.2.3 AD 2013 nr 74 (Säljaren och**

---

<sup>248</sup> AD 2015 nr 72 s. 4.

<sup>249</sup> AD 2015 nr 72 s. 12.

<sup>250</sup> AD 2015 nr 72 s. 11.

<sup>251</sup> AD 2015 nr 72 s. 12.

<sup>252</sup> AD 2015 nr 72 s. 13.

<sup>253</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 93.

## telefonsamtalet)

I AD 2013 nr 74 sökte och erbjöds P.C. arbete. Tvisten gällde om bolaget återtog erbjudandet om anställning på grund av hennes graviditet eller om P.C själv valt att avbryta anställningsförfarandet.<sup>254</sup> Avgörande blev det som utspelade sig vid ett telefonsamtal mellan arbetsgivaren och P.C., ett sms och vittnen som befann sig tillsammans med de båda.<sup>255</sup>

I april blev P.C. kontaktad av ett bemanningsföretag för ett arbete som resande försäljare. P.C. träffade därefter bolagets ställföreträdare och en av bolagets säljare. Den 23 maj blev hon gratulerad till arbetet via mejl varefter hon den 24 maj tackade för möjligheten. Den 29 maj återkom hon till den planerade arbetsgivaren och de kom enligt käranden överens om att de skulle höras när det är lite lugnare. Arbetsgivaren svarade att de behövde kvinnans personuppgifter och att de skulle skicka över ett avtal till henne. Kvinnan fick även besked att arbetsgivaren skulle anställa henne direkt istället för att anställa genom bemanningsföretaget. Den 30 maj skickade kvinnan mejl till arbetsgivaren med bl.a. de efterfrågade personuppgifterna. Vidare undrade hon om de skulle diskutera villkoren för anställningen. Arbetsgivaren ombad henne att kontakta C.E. hos bolaget för planeringen inför start i augusti. P.C. visste nu om att hon väntade barn men visste inte när hon skulle tala om detta för arbetsgivaren. En dag senare den 31 maj skickade arbetsgivaren ett mejl med anställningsvillkor, löneuppgift, anställningsavtal, bonusavtal och tjänstebilsavtal. Arbetsgivaren ombad henne även att höra av sig vid eventuella frågor.<sup>256</sup> Efter att ha funderat på det och diskuterat saken med sin pappa, C.C., och med sin tidigare chef skickade kvinnan den 8 juni ett mejl till arbetsgivaren och berättade om graviditeten. P.C. skickade ett mejl och tackade för möjligheten till arbetet. Arbetsgivaren skickade ett mejl den 31 maj med anställningsavtal m.m. till P.C. Efter en tid, den 8 juni, kontaktades arbetsgivaren av kvinnan och hon meddelade då att hon var gravid.<sup>257</sup> Så långt är parterna överens.

Käranden menar att den 12 juni talade arbetsgivaren och P.C. i telefon där arbetsgivaren sa att han måste tänka på bolaget som omgående behövde en säljare och att han därför inte kunde anställa henne. P.C. försökte få honom att ändra sig och förslaget tillbakavisades. Arbetsgivaren sa dock att hon skulle höra av sig efter graviditeten men utan någon garanti för arbete. Hon skrev ett sms kort efter samtalet och tackade för möjligheten till arbete efter graviditeten. Hon kontaktade sedan sin tidigare chef och bad om fortsatt arbete där.<sup>258</sup> Svaranden anger följande angående telefonsamtalet som ägde rum den 12 juni. P.C. blev känslös och berättade att hon kände att hon slängde bort sin karriär genom graviditeten. Arbetsgivaren svarade att hon kunde höra av sig igen när hon ville anta utmaningen som arbetet innebar. De kom överens om att hålla kontakten och höras när hon var intresserad av

---

<sup>254</sup> AD 2013 nr 74 s. 2.

<sup>255</sup> AD 2013 nr 74 s. 7.

<sup>256</sup> AD 2013 nr 74 s. 3 f.

<sup>257</sup> AD 2013 nr 74 s. 5 f.

<sup>258</sup> AD 2013 nr 74 s. 4 f.

att börja arbeta. Arbetsgivaren gav dock inga löften. Vidare menade arbetsgivaren att det SMS som skickades gav stöd åt ståndpunkten att bolaget inte återtagit erbjudandet om anställning utan talar för att P.C. var tillfreds med beslutet och bolaget bemötande. Efter den 12 juni har det inte förekommit någon kontakt mellan arbetsgivaren och den arbetstagaren.<sup>259</sup>

Under telefonsamtalet befann sig P.C. tillsammans med C.C. och arbetsgivaren befann sig på bolagets kontor tillsammans med en av säljarna därifrån. P.C. uppgav i förhör under sanningsförsäkran att arbetsgivaren sa att hans privata jag ville att de skulle lösa situationen men att affärsmannen i honom visste att det inte skulle fungera för bolaget. Syftet med det SMS P.C. skickat var att få en bekräftelse på att det som sagts om att hon var välkommen tillbaka. Arbetsgivaren menade, i förhör under sanningsförsäkran, att de båda nådde samförstånd om att det inte var rätt tidpunkt att påbörja anställningen. Att det inte skulle fungera för bolaget förnekade han. Arbetsgivaren märkte vidare att P.C. inte var lika angelägen över tjänsten och han såg det SMS som skickades till honom som en bekräftelse på att hålla kontakt i ett längre perspektiv.<sup>260</sup>

Vittnen till stöd för käranden sa följande. Efter att ha talat med sin pappa (C.C.) direkt efter samtalet med arbetsgivaren uppgav hon att hon inte fått anställningen och han uppfattade det som att bolaget menade att de inte kunde vara utan säljare ett helt år. P.C. var ledsen och bestört av beskedet att återta anställningen. Den tidigare chefen till P.C. samtalade med henne om att berätta för arbetsgivaren om graviditeten. Vittnet till stöd för svaranden befann sig i samma rum som arbetsgivaren och hörde inte hela samtalet. Hon förstod det som att P.C. skulle fortsätta på sitt tidigare arbete och var nöjd.<sup>261</sup>

Omständigheter som ansågs vara bevisade till kärandens fördel var:

- P.C. blev glad över beskedet att bolaget ville anställa henne. Arbetet var på heltid och det fanns möjlighet till tillsvidareanställning.
- Hon hade fått graviditeten bekräftad, innan hon i ett mejl hörde av sig till arbetsgivaren och frågade om anställningsvillkoren.
- Mobiltelefonförbud på hennes dåvarande arbetet gjorde det svårt för henne att ha fortsatt kontakt med bolaget.

Omständigheter som ansågs vara bevisade till svarandens fördel var:

- Arbetet som resande säljare skulle innebära flera övernattningar och tunga lyft.
- Det fanns ett vittne som hade hört något om att arbeta 50 %.
- Det var inte möjligt att inleda en anställning som resande säljare med att arbeta halvtid.
- Uppmanade till kontakt från P.C. och hon hörde inte av sig.

---

<sup>259</sup> AD 2013 nr 74 s. 6.

<sup>260</sup> AD 2013 nr 74 s. 8.

<sup>261</sup> AD 2013 nr 74 s. 9.

- SMS med ”varma hälsningar” och ”stort tack”.

Arbetsdomstolen menade att det faktum att P.C. blev glad över att ha fått arbetet, att hon efter bekräftad graviditet hörde av sig om anställningsvillkor och försvaret med mobiltelefonförbud för att inte höra av sig inte räckte för att skapa presumtion. Inte heller de vittnen som gav stöd åt kärandens reaktioner under telefonsamtalet var tillräckligt för att vittnesuppgifterna från P.C. skulle sättas framför arbetsgivarens. Eftersom käranden bär full bevisbörda för sina påståenden och ord stod mot ord kunde käranden inte visa att bolaget återtagit sitt erbjudande om anställning.<sup>262</sup>

#### 4.2.4 AD 2013 nr 64 (Behandlingssekreteraren)

I AD 2013 nr 64 gör en arbetstagare gällande att denne blivit lönediskriminerad och ett motargument för det var bl.a. marknadsskäl. Det var ostridigt i målet att arbetstagaren i förhållande till en nyanställd (B.L.) har haft ca 2000 kr lägre månadslön.<sup>263</sup> Enligt EU-rätten finns det regler angående just marknadsskäl och i AD:s rättspraxis framgick:

”Arbetsdomstolen har i tidigare praxis och med beaktande av EU-rätten slagit fast att en lönesättning som styrts av marknadsskäl inte strider mot likalöneprincipen om den är saklig och rationellt motiverad. Det finns alltså inte något hinder mot att ge olika lön till t.ex. en man och en kvinna som utför likvärdigt arbete om lönen svara mot något verkligt behov och om den är adekvat och nödvändig för att uppnå det eftersträfvade resultatet (se t.ex. AD 2001 nr 51).”<sup>264</sup>

För bedömningen av huruvida arbetet ansågs vara lika eller likvärdigt hänvisade Arbetsdomstolen en tidigare, nu upphävd, jämställdhetslag. Där framgick att:

”När man skall bedöma om två arbeten är lika måste man jämföra de arbetsuppgifter som ingår i de båda arbetena. Om det inte är fråga om samma arbete måste med nödvändighet jämförelsen visa åtminstone några skillnader mellan arbetena. Prövningen måste då gå ut på en bedömning av om skillnaderna är sådana att de kan förväntas ha någon betydelse för lönesättningen. Bedömningen får grundas på hur stora skillnaderna är mellan arbetsuppgifterna och om de är av sådant slag att de bör beaktas när lönen skall bestämmas. I fråga om likvärdigt arbete gäller följande. Med hjälp av huvudkriterier såsom kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden skall en allsidig belysning kunna göras av de olika arbeten som sedan skall jämföras.”<sup>265</sup>

Arbetstagaren var anställd fram till februari 2013. I augusti 2010 anställde arbetsgivaren en ny arbetstagare, B.L., på deltid med motsvarande lön på 26 000 kr omräknat från en heltidstjänst. Arbetstagarens månadslön låg på 23 550 kr. En lönereduktion 2012 resulterade i en lön på 26 800 kr för B.L. från och med 1 april samma år. Arbetstagarens månadslön uppgick till 24 000 kr från och med april 2011 och till 24 800 från och med april 2012.<sup>266</sup>

---

<sup>262</sup> AD 2013 nr 74 s. 10.

<sup>263</sup> AD 2013 nr 74 s. 13.

<sup>264</sup> AD 2013 nr 64 s. 16.

<sup>265</sup> AD 2013 nr 64 s. 14.

<sup>266</sup> AD 2013 nr 64 s. 13.

Arbetsgivaren hade enligt käranden intygat till Skatteverket att utbildningen till psykoterapeut som arbetstagaren hade, gynnat bolagets verksamhet vilket inneburit förmånligare skatteregler för desamma. Dessutom skedde den på betald arbetstid.<sup>267</sup>

Vidare menar käranden att det aldrig har framförts någon kritik om hennes sätt att utföra arbetsuppgifterna. Arbetstagaren var betrodd och anlätades för specialuppdrag.<sup>268</sup> Svaranden menade att arbetsgivaren hade haft allvarliga synpunkter på arbetstagaren sätt att sköta utredningar, dokumentationsarbetet och det miljöterapeutiska arbetet som har förts fram bl.a. vid lönesamtal. Vid lönerevisionen år 2012 som genomfördes enligt en överenskommen fackligt förankrad löneprocess var det tre personer som bedömdes prestera ”mycket bra”. B.L. var en av dem i jämförelse med arbetstagaren som bedömdes prestera betydligt sämre. Löneökningen var på ca 3 % för både B.L. och arbetstagaren trots att de bedömdes prestera olika eftersom hänsyn togs till att B.L. redan hade en hög lönenivå.<sup>269</sup> Duglighet, prestation, relation till övriga och lönestrukturen vägdes in vid lönerevision och hade varit påverkande för den individuella och differentierade lönesättningen.<sup>270</sup>

Enligt käranden fanns aldrig lojalitet som lönekriterium och det är inget som käranden ansåg att de hade kommit överens om.<sup>271</sup> Svaranden menade att de lönekriterier som tillämpats var kända för arbetstagarna och en blankett med lönekriterierna delades ut till de anställda inför varje samtal. Eftersom arbetstagaren omfattats av en särskild löneprocess hade hennes lön fastställts i enlighet med de lönekriterier som parterna enats om.<sup>272</sup> Lojalitet och utbildning hade inte använts som lönekriterier utan var endast påpekanden från arbetsgivarens sida.<sup>273</sup>

Käranden menade att bolaget hade som mål att anställa en man till en kvinnodominerad arbetsplats och att det var en av anledningarna till den högre utbetalda lönen.<sup>274</sup>

Käranden menar vidare att lönen den manliga behandlingssekreteraren fick inte bestämdes i 2011 års löneläge. Detta eftersom anställningen var tidsbegränsad och skulle pågå endast till den 31 januari 2011.<sup>275</sup> Svaranden menade att, för det fall det skulle bli fråga om en förlängd anställning, att B.L. inte skulle omfattas av 2011 års lönerevision. Den 16 augusti 2010 anställdes B.L. och han erbjöds och accepterade senare en förlängning av anställningen som inleddes den 1 februari 2011. Underförlängningen

---

<sup>267</sup> AD 2013 nr 64 s. 5.

<sup>268</sup> AD 2013 nr 64 s. 5.

<sup>269</sup> AD 2013 nr 64 s. 12.

<sup>270</sup> AD 2013 nr 64 s. 13.

<sup>271</sup> AD 2013 nr 64 s. 5.

<sup>272</sup> AD 2013 nr 64 s. 11.

<sup>273</sup> AD 2013 nr 64 s. 12.

<sup>274</sup> AD 2013 nr 64 s. 6.

<sup>275</sup> AD 2013 nr 64 s. 6.

accepterade han tillsvidareanställning med samma lön som tidigare. Eftersom lönerevisionen skulle ske först vid revisionen i april 2012 var lönen baserad enligt 2011 års löneläge.<sup>276</sup>

Enligt käranden var inte kunskaperna i BBIC<sup>277</sup> en förutsättning när anställningen ingicks eftersom frågan om han skulle delta i den särskilda arbetsgruppen för BBIC togs upp först efter att han anställdes.<sup>278</sup> Svaranden menar att införandet av BBIC var ett led i att bli konkurrenskraftiga på marknaden eftersom bolagets verksamhet gick runt enligt offentlig upphandling. Det var således enligt svaranden viktigt att implementera BBIC i dess verksamhet.<sup>279</sup> B.L. utmärkte sig som arbetssökande då han hade adekvat utbildning och erfarenhet samt mycket goda vitsord. Det konstaterades också att B.L. genomgått såväl grund- som vidareutbildning i BBIC och att han hade arbetat med BBIC samt varit delaktig i implementeringen av arbetsmetodiken hos en tidigare arbetsgivare. Det var under intervjuerna och i den efterföljande processen som det konstaterades att det saknades kompetens att införa BBIC i fyrfältaren<sup>280</sup> hos Birkahemmet.<sup>281</sup> Kort efter att B.L. hade anställts togs frågan upp om uppdraget att införa BBIC och B.L. var positiv till att ingå i den särskilda arbetsgruppen. Införandet av BBIC hade enligt arbetsgivaren inte gått att genomföra utan den kunskap och erfarenhet som B.L. hade. Efter införandet av BBIC handlade arbetet om förvaltning av metodiken. Under tiden B.L. var föräldraledig avstannade arbetet med att införa metodiken märkbart.<sup>282</sup>

Käranden menar att arbetsgivaren inte genomfört lönekartläggning på ett tillfredställande sätt.

Käranden menade vidare att arbetsgivaren inte hade gjort någon utredning eller analys om jämförbara eller likvärdiga arbeten. Detta var nödvändigt för att kartlägga problem. Kritik har också riktats mot att personer med lång anställningstid hade missgynnats i lönehänseende.<sup>283</sup> Den potentiellt diskriminerade arbetstagaren hade tagit upp missnöje med lönen vid ett par tillfällen.

Enligt käranden fanns det inte något lönesystem där arbetstagaren skulle vara placerad under B.L. I vart fall hade inte käranden fått någon kännedom om det existerar eller inte.<sup>284</sup> Arbetsgivaren menade att det fanns en lönepolicy som var förankrad hos de fackliga organisationerna och baserad på kollektivavtal. Lönesättningen utgick ifrån bolagets lönepolicy och de lönekriterier som var uppsatta för respektive yrkeskategori.<sup>285</sup> Det fanns

---

<sup>276</sup> AD 2013 nr 64 s. 9.

<sup>277</sup> Barnens Behov I Centrum som var den för arbetsgivaren eftertraktade utbildningen.

<sup>278</sup> AD 2013 nr 64 s. 6.

<sup>279</sup> AD 2013 nr 64 s. 8.

<sup>280</sup> Den tidigare arbetsmetoden som skulle ersättas av BBIC.

<sup>281</sup> AD 2013 nr 64 s. 9.

<sup>282</sup> AD 2013 nr 64 s. 10.

<sup>283</sup> AD 2013 nr 64 s. 6.

<sup>284</sup> AD 2013 nr 64 s. 7.

<sup>285</sup> AD 2013 nr 64 s. 11.

dock inte någon modell med fastställda lönegrupper utan det var ett system med individuell och differentierad lönebildning varför hänsyn togs till lönerelationen inom och mellan grupper.<sup>286</sup>

Käranden påstod vidare att marknadskrafter aldrig kan få tillämpas på ett sätt att de får diskriminerande verkan och det skulle upphäva lagens diskrimineringsförbud.<sup>287</sup> Svaranden menar att marknadskrafter kunde påverka löneläget men höll med om att omotiverade löneskillnader inte får förekomma mellan män och kvinnor.<sup>288</sup> Lönesättningen hade skett utifrån sakliga och godtagbara skäl som fullt ut förklarade löneskillnaden. Lönen var resultatet av en nyanställningssituation där kunskap och erfarenheten av BBIC från B.L. varit delvis styrande och var alltså ett resultat av marknadskrafter.<sup>289</sup>

Svaranden menade att de inte har haft för vana att tillämpa förmånligare lönevillkor för deltids- och visstidsanställda än för heltids- och tillsvidareanställda.<sup>290</sup>

Vad gäller jämförbar situation menade käranden att arbetstagaren och B.L. hade haft arbeten som var jämförbara och så hade det varit under hela den tid som B.L. hade varit anställd hos arbetsgivaren. Arbetena skulle betraktas som lika eller åtminstone likvärdiga. Även under tiden då B.L. arbetade med att införa BBIC-rubriker i fyrfältaren. Skillnaderna i arbetena hade varit så små och det ingick allmänt i de ordinarie arbetsuppgifterna.<sup>291</sup> Svaranden menade att utredningsmetodikern BBIC och dess rubriksättning hade fått större praktiskt genomslag på grund av riktlinjer från Socialstyrelsen som syftade till att uppnå bättre rättssäkerhet och enhetlighet. Birkahemmet var således tvunget att anpassa utredningsinsatserna efter kraven och beslutade sig för att genomföra BBIC i utredningsarbetet. Arbetsgivaren hade givit personalen en introduktion i BBIC och hade i 2010 års affärsplan fastställt att BBIC skulle inkluderas i fyrfältaren.<sup>292</sup> Arbetstagaren hade haft en lägre lön än B.L. De hade dock inte befunnit sig i en jämförbar situation trots att båda hade varit anställda som behandlingssekreterare, varken när det gäller arbetsinnehåll eller lönebakgrund.<sup>293</sup> Lönen till B.L. var högre genom resultatet av en nyanställningssituation. Lönerevisionerna som följde hade skett genom neutrala kriterier som hade överenskommit mellan parterna och samma lönebakgrund förelåg. B.L. var inte i en jämförbar situation eftersom han hade haft ett särskilt uppdrag att införa utredningsmetodikern BBIC. Därför motiverade hans kunskaper och erfarenheter löneskillnaden.<sup>294</sup>

---

<sup>286</sup> AD 2013 nr 64 s. 12.

<sup>287</sup> AD 2013 nr 64 s. 7.

<sup>288</sup> AD 2013 nr 64 s. 11.

<sup>289</sup> AD 2013 nr 64 s. 13.

<sup>290</sup> AD 2013 nr 64 s. 7.

<sup>291</sup> AD 2013 nr 64 s. 7.

<sup>292</sup> AD 2013 nr 64 s. 9.

<sup>293</sup> AD 2013 nr 64 s. 12.

<sup>294</sup> AD 2013 nr 64 s. 12 f.



Följande omständigheter ansågs bevisade för att arbetstagarna befunnit sig i en jämförbar situation:

- B.L. hade som huvuduppgift att genomföra sedvanliga utredningar även under den tid då arbetet i den särskilda gruppen pågick och fortsatte med det under hela den tid han arbetat i den gruppen.
- B.L. hade inte några arbetsuppgifter utöver de vanliga.
- Arbetstagaren uppgav att det var vanligt att man fick delta i olika arbetsgrupper och att inte arbetsuppgifterna förändrades.
- B.L. hade inte varit bortkopplad från ordinarie arbetsuppgifter under tiden arbetet i den särskilda gruppen pågick.
- Arbetet i den särskilda gruppen stannade upp något under tiden B.L. varit föräldraledig eftersom det var han som hade uppdraget,
- Det fanns en annan arbetstagar utöver käranden och B.L. som utförde samma arbetsuppgifter som B.L.
- B.L. hade kunskaper i BBIC som ingen annan hade och dessa kunskaper kom till användning i den särskilda arbetsgruppen genom att han kunde lämna synpunkter som var relevanta för så små barn som Birkahemmet utredde.
- Arbetet som arbetstagaren och B.L. utförde har varit lika eller likvärdiga såväl under tiden då B.L. arbetade i den särskilda gruppen för BBIC som efter. Därför har de befunnit sig i en jämförbar situation.

B.L. hade som huvuduppgift att genomföra sedvanliga utredningar, han hade inte några arbetsuppgifter utöver de vanliga även när han tillhörde den särskilda arbetsgruppen och då var han heller inte bortkopplad från ordinarie arbetsuppgifter. Det var vanligt att man fick delta i olika arbetsgrupper och arbetsuppgifterna förändrades då inte vilket vinner stöd i att det fanns en tredje arbetstagar som hade samma arbetsuppgifter som B.L. Anledningen till att arbetet i den särskilda gruppen stannade upp under tiden B.L. var föräldraledig berodde det på att det var han som hade uppdraget. Även om B.L. bevisligen hade kunskaper i BBIC som ingen annan hade och dessa kunskaper kom till användning så ansåg Arbetsdomstolen att den berörda arbetstagaren och B.L. hade haft lika eller likvärdiga arbeten. Därför hade de befunnit sig i en jämförbar situation. Eftersom det förelegat en skillnad i ålder- och kön och det var ostridigt att lönen varit lägre skapades en presumtion för att diskriminering förelegat.<sup>295</sup>

Följande omständigheter ansågs bevisade för fråga om arbetsgivaren haft sakliga skäl för löneskillnaden:

- Birkahemmet var tvunget att anpassa sina utredningar enligt BBIC-metoden på grund av Socialstyrelsens riktlinjer.
- Ingen av de anställda hade erfarenhet eller några ingående kunskaper i att arbeta med BBIC-metoden.

---

<sup>295</sup> AD 2013 nr 64 s. 16.

- B.L. hade utbildning och erfarenhet som krävdes för att utbilda andra i och att arbeta med BBIC-metoden genom en vidareutbildning på tre dagar och att han arbetat med BBIC hos socialtjänsten.
- Eftersom Birkahemmet inte tidigare arbetat med BBIC och kunderna till övervägande del bestod av socialtjänster skulle de ha stor nytta av den kompetens som B.L. innehade.
- Rimligheten i det löneanspråk B.L. lämnade på 26 000 kr per månad diskuterades och försök gjordes att få B.L. att acceptera en lägre lön.
- Arbetsgivaren accepterade löneanspråket på grund av att B.L. hade de kunskaper och den erfarenhet som Birkahemmet behövde.

Följande omständigheter ansågs bevisade för fråga om arbetsgivaren haft lönerevisioner med utgångspunkt i kollektivavtal och enligt bolagets lönepolicy med beaktande av sakliga, objektiva och köns- och ålderneutrala kriterier:

- B.L. fick inte någon lönerevision förrän år 2012 varför 2011 års löneläge accepterats.
- Att B.L. inte fick någon lönerevision förrän år 2012 vinner inte stöd i arbetsgivarens uppgifter.
- Lönesättningen har tillämpats genom kollektivavtalsenliga principer och lönesättningen skett genom lönekriterier fastställda hos arbetsgivaren enligt bolagets lönepolicy vilka var förankrade fackligt och kända för de anställda.
- Den berörda arbetstagarens prestation hade blivit sämre.
- Lojalitet hade inte använts som kriterium vid lönesättningen.

Att Birkahemmet var tvunget att anpassa sina utredningar enligt BBIC-metoden på grund av Socialstyrelsens riktlinjer, att ingen av de anställda hade erfarenhet eller några ingående kunskaper i att arbeta med BBIC-metoden och att Birkahemmet inte tidigare arbetat med BBIC fann Arbetsdomstolen vara utrett. Även det faktum att kunderna till övervägande del bestod av socialtjänster skulle vara till nytta eftersom B.L. tidigare arbetat med BBIC-metoden på socialtjänsten. Rimligheten i anspråket på 26 000 kr per månad diskuterades och försök gjorde att få B.L. att acceptera en lägre lön. Arbetsgivaren accepterade löneanspråket och Arbetsdomstolen ansåg att bolaget hade haft sakliga skäl för det enligt ovan bevisade omständigheter. Eftersom B.L. inte fick någon lönerevision förrän år 2012 accepterades 2011 års löneläge. Samtidigt vinner inte dessa uppgifter stöd i arbetsgivarens uppgifter. Trots det har lönesättningen tillämpats genom kollektivavtalsenliga principer och lönesättningen har skett genom lönekriterier fastställda hos arbetsgivaren enligt bolagets lönepolicy vilken var förankrad fackligt och känd för de anställda. Den upplevt diskriminerade arbetstagarens prestation blev sämre och lojalitet hade inte använts som kriterium vid lönesättningen. Även om det är oklart huruvida lönesättningen baserades utifrån 2011 års löneläge eller inte ansågs det visat att löneskillnaderna grundats på sakliga och objektiva skäl som saknat samband

med arbetstagaren könstillhörighet eller ålder.<sup>296</sup> Arbetsdomstolen gick således på arbetsgivarens linje.

#### **4.2.5 AD 2013 nr 18 (VD:s bristande befogenhet)**

I AD 2013 nr 18 gjorde en provanställd gällande att denne bl.a. blivit könsdiskriminerad eftersom denne inte erhållit en löneförhöjning. Avgörande för om det fanns ett ingånget avtal om löneförhöjning var vad som sades under ett möte mellan den anställda och bolagets VD.<sup>297</sup>

Följande var parterna överens om. Den 3 januari 2011 och framåt fanns det ett provanställningsavtal och i slutet av april eller början av maj samma år meddelade den provanställda till bolagets VD att hon var gravid med beräknad födsel i september. Den 3 juli 2011 övergick provanställningen i en tillsvidareanställning och i samband med det förekom ett möte mellan arbetstagaren och bolagets VD. På mötet ägde en löneförhandling rum och en löneökning med 2500 kr per månad diskuterades. Den 14 juli 2011 meddelades arbetstagaren av koncernchefen att hennes lön inte skulle höjas. Under sommaren 2012 sade arbetstagaren upp sig.<sup>298</sup>

Käranden menade att bolagets VD och denne endast hade en arbetsmässig relation.<sup>299</sup> Enligt svaranden var arbetstagaren och bolagets VD goda vänner och det var anledningen till den goda tonen mellan de båda.<sup>300</sup>

Käranden gjorde gällande att bolagets VD under anställningsintervjun uppgivit att lönen skulle komma att höjas om anställningen övergick i en tillsvidareanställning.<sup>301</sup> Vidare menade käranden att det den 19 april 2011 upprättats ett skriftligt avtal om att den provanställdes anställning skulle övergå i en tillsvidareanställning den 3 juli 2011. I avtalet framgick att lönen skulle justeras uppåt om provanställningen övergick i en tillsvidareanställning. En tid därefter meddelade den provanställda att hon väntade barn varpå bolagets VD gratulerade henne.<sup>302</sup> Käranden menade att bolagets VD hade haft behörighet att träffa avtal om lön.<sup>303</sup> Svaranden menade att det skriftliga avtalet om höjd lön och att provanställningen tillkom under påtryckningar från arbetstagarens sida. Det fanns ingen överenskommelse om något belopp och koncernchefen hade inte underrättats om den planerade lönejusteringen.<sup>304</sup> De menade att det inte träffats något avtal om löneförhöjning utan de hade kommit överens om att bolagets VD skulle föreslå en löneförhöjning med 2 500 kr. Det var väl känt

---

<sup>296</sup> AD 2013 nr 64 s. 18.

<sup>297</sup> AD 2013 nr 18 s. 2.

<sup>298</sup> AD 2013 nr 18 s. 11.

<sup>299</sup> AD 2013 nr 18 s. 3.

<sup>300</sup> AD 2013 nr 18 s. 8.

<sup>301</sup> AD 2013 nr 18 s. 3.

<sup>302</sup> AD 2013 nr 18 s. 3 f.

<sup>303</sup> AD 2013 nr 18 s. 5.

<sup>304</sup> AD 2013 nr 18 s. 8.

för alla anställda inom koncernen att avtal om löneförhöjningar kräver koncernchefens godkännande. Detta visste alltså även arbetstagaren.<sup>305</sup>

Den 25 maj 2011 blev den provanställda inkallad till koncernchefens kontor och vid den tidpunkten hade han fått veta att den provanställda var gravid. Käranden menade att koncernchefen berättade att han känt sig lurad av henne på grund av graviditeten och han ville veta om den provanställda kände till graviditeten när denne anställdes.<sup>306</sup> Efter att den provanställda kommit ut från koncernchefens kontor frågade bolagets VD vad mötet handlade om och hon berättade för honom. Under kvällen samma dag skickade bolagets VD två sms med anledning av det inträffade.<sup>307</sup>

Svaranden menar att det inte förekommit något möte den 25 maj 2011. Av de två SMS som skickades av bolagets VD framgår inte att det förekommit något sådant möte eller att koncernchefen skulle ha fällt några negativa uttalanden om graviditet. Det framgick att arbetstagaren hade dåligt samvete för att bolagets VD inte visste om graviditeten och att bolagets VD då skulle behöva hitta en vikarie.<sup>308</sup> Av de åsyftade SMS som skickades framgick följande:

”Kl. 18.42 skickade M.R. följande sms till C.H.

"Oroa dig inte, han är bara upprörd för att han helt riktigt tycker att du verkar så duktig och bra! :-) Sen lever han i Stenåldern och har inte fattat att man idag är TVÅ stycken som tar hand om barnet! Vi ses imorgon, kramar".

C.H. svarade följande.

"Jag har haft sådan ångest sen jag gick från kontoret, blev inte bättre av att jag blev dyngsur när en bil körde i en Vattenpöl och dränkte mig. Jag är inte så orolig för mig själv just nu för vill ni ha mig så vill ni det å det hoppas jag verkligen. Mådde mer dåligt för att jag inte ville försätta dig i 18 en jobbig sits. Jag hade ju ingen aning om detta när jag började. Hoppas verkligen att det löser sig. Tack för att du är världens bästa!".

M.R. svarade kl. 19.07 på följande sätt.

"Det är klart att vi vill ha dig, och vi vill att du ska ha barn också för du kommer att bli världens bästa mamma! :-) Bekymra dig inte mer över detta, jag tar hand om MF och det är inga problem! :-) Kramar".<sup>309</sup>

Käranden påstod att koncernchefen kom in på den provanställdes kontor en tid efter mötet och berättade att han var nöjd med hennes arbete.<sup>310</sup>

När provanställningen övergick i en tillsvidareanställning menade käranden att bolagets VD och arbetstagaren kommit överens om en löneförhöjning på 2500 kr. Några dagar senare meddelade bolagets VD att allt var färdigt med den nya lönen och arbetstagaren tolkade det som att avdelningen lön var

---

<sup>305</sup> AD 2013 nr 18 s. 9.

<sup>306</sup> AD 2013 nr 18 s. 4.

<sup>307</sup> AD 2013 nr 18 s. 4.

<sup>308</sup> AD 2013 nr 18 s. 8.

<sup>309</sup> AD 2013 nr 18 s. 17 f.

<sup>310</sup> AD 2013 nr 18 s. 4.

meddelad att ändra lönen.<sup>311</sup> Den 14 juli 2011 blev arbetstagaren och bolagets VD inkallade till koncernchefens kontor där koncernchefen förklarade att avdelningen lön hade slagit larm om att arbetstagarens lön skulle höjas. Koncernchefen sa att han var emot det eftersom arbetstagaren ”skulle sluta”. Koncernchefen sa att bolaget gick dåligt och sa att om det inte passade henne så fanns det flera som ville ha hennes arbete. Arbetstagaren fick 27 500 kr i lön för juli månad men fick emellertid endast 22 500 kr i augusti. Bolagets VD svarade att hon inte kunde göra något.<sup>312</sup> Här menar käranden att hon förvägrats en avtalad löneförhöjning om 2500 kr eller i vart fall hade befogad anledning att räkna med en sådan löneförhöjning.<sup>313</sup> Svaranden menade att bolagets resultat var tillfredställande 2008 och 2009. Därefter har bolagets resultat och omsättning sjunkit och bolagets resultat minskade med 75 % under en fyra års period. Sommaren 2011 var läget så illa att bolaget var nära att lägga ner eller att hamna i konkurs. Denna nedgång har fortsatt även under år 2012.<sup>314</sup> Koncernchefen beslutade redan 2011 för att ingen av de anställda skulle få en löneförhöjning på grund av bolagets ekonomiska situation.<sup>315</sup> Under mötet i samband med att provanställningen övergick i en tillsvidareanställning menar svaranden att det inte ingicks något avtal om löneökning med 2500 kr. Att arbetstagaren fick en löneförhöjning ifrågasätts inte men eftersom bolagets ekonomi gick dåligt i juli var en löneökning på 2500 kr extremt hög. Koncernchefen fick reda på löneökningen först i efterhand och blev bestört eftersom det inte fanns ekonomiska förutsättningar att bevilja någon löneförhöjning.<sup>316</sup> Det var enligt svaranden ett misstag att bevilja löneförhöjningen och när misstaget upptäcktes gick det inte att ändra löneutbetalningen.<sup>317</sup> Från bolagets VD till löneadministrationen skickades följande mejl:

”Hej, Kan förbereda ett anställningsavtal om tillsvidareanställning avseende C.H. så eventuell revidering kan komma att ske? Lönen skall i sådant fall vara 27 500 kronor och då gälla fr.o.m. juli. I övrigt samma uppgifter och villkor enligt standard.”<sup>318</sup>

Den 14 juli 2011 per mejl informerades arbetstagaren om den felaktiga löneutbetalningen och att hon inte skulle få någon löneökning och det var på grund av bolagets ekonomiska situation. I bolagets svar på frågor från DO daterat den 15 december 2011 har bolagets VD uppgett att det inte träffats något avtal om löneförhöjning mellan henne och arbetstagaren och att de båda varit medvetna om att löneförhöjningar enligt bolagets rutiner först måste godkännas av koncernchefen.<sup>319</sup> I mejlen framgick följande:

”Av M.R:s mejl som skickades till C.H. kl. 15.06 framgår bl.a. följande.

---

<sup>311</sup> AD 2013 nr 18 s. 4.

<sup>312</sup> AD 2013 nr 18 s. 4.

<sup>313</sup> AD 2013 nr 18 s. 5.

<sup>314</sup> AD 2013 nr 18 s. 7.

<sup>315</sup> AD 2013 nr 18 s. 8.

<sup>316</sup> AD 2013 nr 18 s. 8 f.

<sup>317</sup> AD 2013 nr 18 s. 9.

<sup>318</sup> AD 2013 nr 18 s. 13.

<sup>319</sup> AD 2013 nr 18 s. 9.

"Du kommer få höjningen i julis lön i alla fall (C. hann lägga in den innan MF hann stoppa allt).. Jag är hemskt ledsen över detta, jag har verkligen försökt resonera med honom men när han bestämt sig på detta viset har varken jag eller någon annan något att sätta emot. När du är tillbaka ser vi tillsammans till att salta din lön ordentligt för det är du som sagt verkligen värd. Och under tiden skall jag se till att få ordentlig snurr på affärerna så att jag har ett fritt spelutrymme. Läget just nu är inte lysande men inte alls så nattsvart som han ger sken utav. Vi gjorde i juni ett resultat på 330 000 kr mot förra årets ca 400 000 kr. I stort sett detsamma m.a.o. Mycket vill dock alltid ha mer, så även med honom.."

Av C.H:s svar som skickades kl. 15.38 framgår bl.a. följande.

"Tack, men det handlar verkligen inte om pengarna utan det handlar om den bakomliggande principen. Att säga att jag är en belastning för Svenska staten för att man ska gå på mammaledighet och att jag försöker lura staten för att få en högre föräldrapenning för att jag vill ha en löneförhöjning som jag anser att jag är värd är knappast den morot som han pratar om. Blir ärligt talat mest upprörd över att han så öppet säger att det är med anledning av graviditeten. Nog för att det är bra att han är ärlig men hur ska jag tolka det när han säger att jag ska vara glad att jag överhuvudtaget fick en tillsvidareanställning och om det inte duger så kan han lika gärna se till att det inte blir av. Skulle nästan se att han ljög lite istället för att säga det rakt ut på det sättet som han gör för det känns så fruktansvärt hemskt att vara gravid just nu.."<sup>320</sup>

Den vikarie som ersatte arbetstagaren under föräldraledigheten fick 28 000 kr påstod käranden. Svaranden menade att anledningen till lönen på 28 000 kr var att vikarien var fem år äldre och hade längre arbetslivserfarenhet än arbetstagaren.<sup>321</sup>

Anledning till att arbetstagaren inte erhållit någon löneförhöjning var enligt käranden att bolagets koncernchef fått kännedom om graviditeten.<sup>322</sup> Svaranden menade att bolaget svarade att anställda tidigare hade beviljats löneförhöjning under graviditet och föräldraledighet.<sup>323</sup>

På frågan om det har ingåtts ett bindande avtal finns fem bevisade omständigheter som är följande:

- Att arbetstagarens lön diskuterades vid ett möte mellan arbetstagaren och bolagets VD i juli 2011 och därefter meddelade bolagets VD att hon till koncernchefen skulle föreslå en löneökning på 2 500 kr.
- Det vid tidpunkten inte hade träffats något slutligt avtal om löneförhöjning.
- Att arbetstagaren och bolagets VD kommit överens om en löneökning med 2 500 kr, och att det inte var enbart ett förslag.
- Att det fanns en ordning som innebar att koncernchefen skulle godkänna alla beslut om löneförhöjningar inom koncernen.
- Arbetstagaren insåg inte eller borde ha insett att bolagets VD hade en inskränkt befogenhet att sluta bindande avtal om löneförhöjning.

---

<sup>320</sup> AD 2013 nr 18 s. 20.

<sup>321</sup> AD 2013 nr 18 s. 9.

<sup>322</sup> AD 2013 nr 18 s. 5.

<sup>323</sup> AD 2013 nr 18 s. 8.

Arbetsdomstolen menar att det inte träffats något slutligt avtal om löneförhöjning under mötet mellan arbetstagaren och bolagets VD. AD fann dock bevisat att arbetstagaren lön diskuterades och att bolagets VD godkänt en löneökning på 2 500 kr. Även om de fann bevisat att det fanns en ordning där koncernchefen skulle godkänna alla löneökningar inom koncernen menade AD att det var bevisat att arbetstagaren varken insåg eller borde ha insett att det fanns en sådan ordning inom koncernen och att bolagets VD hade en inskränkt befogenhet. Detta fick till följd att AD kom fram till att käranden visat att bolagets VD ingått ett bindande avtal med arbetstagaren om en löneökning på 2 500 kr. Den mellan bolagets VD och arbetstagare avtalade löneförhöjningen kom aldrig tillstånd vilket har inneburit en nackdel för arbetstagaren. Arbetsdomstolen fann att arbetstagaren inte fått löneförhöjning saknade relevans, det var brytandet av det ingångna avtalet som var en nackdel. Därför hade ett missgynnande förekommit.<sup>324</sup>

Det fanns sex omständigheter som ansågs bevisade för rekvisitet orsakssamband och de är:

- Att arbetsgivaren bekräftade att arbetstagarens lön skulle komma att justeras uppåt i en bilaga till ett anställningsavtal i april 2011.
- I slutet av april 2011 fick bolagets VD kännedom om graviditeten
- Den 25 maj 2011 kallade koncernchefen arbetstagaren till ett möte där han uttryckte sitt missnöje över arbetstagarens graviditet.
- Att koncernchefen den 25 maj 2011 visste om att arbetstagaren var gravid.
- Koncernchefen inte uttryckligen förnekade att han haft ett möte med arbetstagaren utan uppgett att han inte kunde minnas något sådant möte
- Den 14 juli 2011 fick arbetstagaren av koncernchefen besked om att hon inte skulle få någon löneförhöjning och han hänvisade till hennes kommande föräldraledighet.

Eftersom arbetsgivaren bekräftade att arbetstagarens lön skulle komma att justeras uppåt gav det arbetstagaren en befogad anledning att tro att hon skulle få löneförhöjningen. I slutet av april fick bolagets VD kännedom om graviditeten tillsammans med att det den 25 maj hölls ett möte med arbetstagaren där koncernchefen uttryckt missnöje över graviditeten. Koncernchefen meddelade den 14 juli att hon inte skulle få någon löneförhöjning. Ovan nämnda omständigheter skapade enligt Arbetsdomstolen presumtion för att diskriminering förekommit.<sup>325</sup>

Det fanns tre bevisade omständigheter för frågan om bolaget visat att diskriminering inte förekommit vilka är:

- Ingen av de andra anställda fick någon löneförhöjning.
- Bolagets ekonomiska situation var en anledning till att inte fullfölja avtalet om löneförhöjning.

---

<sup>324</sup> AD 2013 nr 18 s. 14 f.

<sup>325</sup> AD 2013 nr 18 s. 17 f.

- Arbetstagarens graviditet och kommande föräldraledighet diskuterades under mötet

Även om ingen av de andra anställda fick någon löneförhöjning och bolagets ekonomiska situation var en anledning till att inte fullfölja avtalet om löneförhöjning gick det inte att helt utesluta att graviditeten och föräldraledigheten var en av orsakerna till att inte fullfölja avtalet. Arbetsdomstolen fann därför att bolaget inte visat att diskriminering inte förekommit.<sup>326</sup>

#### 4.2.6 AD 2011 nr 23 (Arbetssökande servitris)

I AD 2011 nr 23 gjorde en arbetssökande (den arbetssökande), genom DO, gällande att denne blivit könsdiskriminerad när arbetsgivaren avbröt rekryteringsförfarandet och därmed fråntog henne möjligheten att få en anställning. Arbetsgivaren menade att anledningen till att rekryteringsförfarandet avbröts helt saknat samband med den arbetssökandes graviditet och förväntade föräldraledighet. Enligt arbetsgivaren berodde avbrytandet på den arbetssökandes bristande kompetens och erfarenhet, bristande personliga lämplighet och att det fanns andra sökanden som var bättre meriterade.<sup>327</sup> I platsannonsen till tjänsten framgick bland annat följande:

”Det var fråga om två tillsvidareanställningar på heltid. Sökanden skulle ha arbetat ”inom restaurang” och ha minst två års ”à la carte vana” samt bra kunskaper inom yrket. Därutöver skulle sökanden vara punktlig, självständig, kreativ och serviceinriktad.”<sup>328</sup>

Parterna är överens om följande. Att arbetsgivaren avbröt rekryteringsförfarandet hade inneburit ett missgynnande av den arbetssökande.<sup>329</sup> Den arbetssökande ringde till arbetsgivaren den 21 mars varefter de kom överens om att den arbetssökande skulle komma på en anställningsintervju senare under dagen. Den arbetssökande kom till intervjun som avtalat tillsammans med hennes make och deras barn. Arbetsgivaren och den arbetssökande satte sig vid ett bord i restaurangen där intervjun genomfördes. Maken till den arbetssökande satt något eller några bord bort. I slutet av anställningsintervjun talade den arbetssökande om för arbetsgivaren att hon var gravid. Anställningsintervjun avslutades direkt efter att hon berättat om graviditeten och den 26 mars ringde den arbetssökande upp arbetsgivaren och ifrågasatte dennes agerande samt spelade in detta telefonsamtal.<sup>330</sup>

Den arbetssökande sökte tjänsten den 20 mars och bifogade meritförteckning. I meritförteckningen framgick att hon genomgått treårig hotell- och restaurangutbildning och arbetat på olika restauranger i olika

---

<sup>326</sup> AD 2013 nr 18 s. 21.

<sup>327</sup> AD 2011 nr 23 s. 11.

<sup>328</sup> AD 2011 nr 23 s. 3.

<sup>329</sup> AD 2011 nr 23 s. 8.

<sup>330</sup> AD 2011 nr 23 s. 9.



roller och vid ansökningstillfället hade hon en behovsanställning som servitris på Scandic Grand hotell. Därför menade DO att den arbetssökande uppfyllde de krav som ställdes i annonsen.<sup>331</sup> Svaranden menade att hon saknade erfarenhet av à la carte-servering och vinkunskap. Dessutom saknade den arbetssökande erfarenhet som servitris förutom genom extraarbetet på hotellet. Vidare menade svaranden att hon inte verkade ha de personliga egenskaper som arbetet krävde.<sup>332</sup>

Det fanns totalt tre arbetssökanden. Den arbetssökande (käranden), den första andre arbetssökanden och den andra sökanden. Enligt DO behövde ingen jämförelse göras med den som anställts och om jämförelse behövde göras blev den första andra arbetssökanden som jämförs med anställd redan den 17 mars och det var innan käranden ens sökt arbete hos arbetsgivaren. Därför är ingen jämförelse aktuell i det avseendet heller.<sup>333</sup> Vad gäller den andra sökanden menar DO att den käranden hade bättre meriter. Käranden hade relevant utbildning och längre arbetslivserfarenhet än den andra sökanden. Arbetsgivaren intervjuade jämförelsepersonen den 23 mars vilket var två dagar efter att käranden nekats anställning. Därför kan rimligen inte anställningen ha avbrutits till förmån för jämförelsepersonen.<sup>334</sup> Svaranden menade att det fanns andra sökande som hade bättre meriter.<sup>335</sup> Därför befann sig inte käranden i en jämförbar situation. Svaranden bekräftar intervjudatum men menar att ansökan från personen som intervjuades redan den 23 mars inkom den 18 mars. Personen hade även bättre meriter än käranden eftersom hon bland annat arbetat åtta månader på restauranger och det var meriterande att hon pratade spanska och engelska samt att hon besatt rätt personliga egenskaper.<sup>336</sup>

DO menade vidare att den arbetssökande (käranden) och arbetsgivaren, under anställningsintervjun, kom överens om att provarbete skulle bli aktuellt tre dagar veckan därpå. Detta för att den arbetssökande skulle få visa vad hon gick för.<sup>337</sup> Den arbetssökandes make hörde, enligt dennes vittnesutsaga, något om ”provjobba” och den arbetssökande kunde lämna uppgifter om att det gäller torsdag-lördag veckan därpå.<sup>338</sup> Svaranden menade att den arbetssökande inte verkade intresserad av arbetet och någon överenskommelse om provarbete var inte på tal vid intervjun.<sup>339</sup> I det inspelade telefonsamtalet framgick att arbetsgivaren talar om att den arbetssökande inte ska få provarbete utan att det enbart gäller en anställningsintervju.<sup>340</sup> I ett brev daterat den 9 april 2010 framgick i slutet av brevet följande:

---

<sup>331</sup> AD 2011 nr 23 s. 3.

<sup>332</sup> AD 2011 nr 23 s. 6.

<sup>333</sup> AD 2011 nr 23 s. 4.

<sup>334</sup> AD 2011 nr 23 s. 4.

<sup>335</sup> AD 2011 nr 23 s. 6.

<sup>336</sup> AD 2011 nr 23 s. 6 f.

<sup>337</sup> AD 2011 nr 23 s. 3.

<sup>338</sup> AD 2011 nr 23 s. 9.

<sup>339</sup> AD 2011 nr 23 s. 5.

<sup>340</sup> AD 2011 nr 23 s. 10.

”Men eftersom hon vill jobba och menar att hon klarar jobbet som jag erbjuder so är hon välkommen att göra sin prov dagar att visa vad hon går för.”<sup>341</sup>

Enligt DO var den arbetssökande vid ansökningstillfället gravid i vecka 25 och beräknat förlossningsdatum var den 28 juni. Vid intervjuens slut berättade den arbetssökande att hon var gravid. DO menade att arbetsgivaren, i direkt anslutning till att den arbetssökande berättat om graviditeten, föreslog att den arbetssökande skulle söka arbetet på nytt senare och sa att han inte ville lära upp någon som skulle försvinna inom kort.<sup>342</sup> Vittnesutsaga från den arbetssökandes make stödjer att den arbetssökande var ledsen när de lämnade restaurangen.<sup>343</sup> Svaranden bekräftar att den arbetssökande upplyste arbetsgivaren om graviditeten. Det saknade dock samband med att anställningsintervjun avslutades. De skäl som arbetsgivaren menade var helt avgörande var bristande kompetens och erfarenhet, bristande personlig lämplighet och att det fanns andra sökanden med bättre meriter.<sup>344</sup>

Från det inspelade telefonsamtalet framgick bl.a. följande uttalanden från arbetsgivaren:

”Jag kan inte satsa på att lära dig och sen är du ledig. Förstår du? Det har inte med det, det har inte med graviditeten, du inte kan jobba och sen kan du jobba 3-4 månader, sen försvinner du ett tag och är mammaledig”

”Men kemin stämde inte, okey? Kemin stämde inte på en gång och då tänkte jag att jaja då är det ingen idé att vi håller på och fortsätter”<sup>345</sup>

DO menade att den arbetssökande ringde upp för att ifrågasätta arbetsgivarens agerande i samband med intervjun och hon hade då vänt sig till en antidiskrimineringsbyrå för att få stöd och hjälp och samtalet spelades in där.<sup>346</sup> Svaranden menade att den arbetssökande ringde upp arbetsgivaren i en stressad situation varpå hon ställt provocerande frågor och i stressade situationer behärskade han inte svenska språket så bra.<sup>347</sup>

Följande omständigheter ansågs bevisade i fallet:

- Att provarbete hade varit på tal mellan parterna framstod enligt Arbetsdomstolen som troligt. Samtidigt gjorde arbetsgivarens uttalande i det inspelade telefonsamtalet, att det inte ansågs vara utrett att det träffats en överenskommelse om provarbete dem emellan. Även brevet gav inte stöd för att en överenskommelse om provarbete hade träffats utan framstod snarare som ett erbjudande om att få komma och provarbete.<sup>348</sup>

---

<sup>341</sup> AD 2011 nr 23 s. 10.

<sup>342</sup> AD 2011 nr 23 s. 3.

<sup>343</sup> AD 2011 nr 23 s. 12.

<sup>344</sup> AD 2011 nr 23 s. 5 f.

<sup>345</sup> AD 2011 nr 23 s. 11.

<sup>346</sup> AD 2011 nr 23 s. 3 f.

<sup>347</sup> AD 2011 nr 23 s. 6.

<sup>348</sup> AD 2011 nr 23 s. 10.

- Påståendet om att arbetsgivaren hänvisat till den arbetssökandes förväntade föräldraledighet vann stöd i ett inspelat telefonsamtal där arbetsgivaren uttryckligen hade hänvisat till den arbetssökandes kommande föräldraledighet. Arbetsdomstolen ansåg att omständigheten var utredd.

Angående jämförelse med de andra sökanden som anställdes framhöll Arbetsdomstolen att de återkommer till frågan. Arbetsdomstolen menade att utsagan av arbetsgivaren i det inspelade telefonsamtalet när arbetsgivaren hänvisade till den kommande föräldraledigheten som skäl till att inte anställa hade gjort diskriminering antaglig.

Följande omständigheter ansågs bevisade i det andra ledet:

- Att den arbetssökande hade bristande kompetens och erfarenhet.
- Att den arbetssökande besatt bristande personlig lämplighet.
- Att andra sökanden var bättre meriterade men det saknade relevans.

1. Eftersom den ena sökanden redan anställdes ansåg Arbetsdomstolen att det inte var möjligt att hävda att den sökanden hade bättre meriter än den arbetssökande kändan. Detta eftersom det fortfarande fanns en anställning kvar att fylla. Därför saknade den jämförelsen relevans för frågan om presumtionen brutits.

2. Eftersom den andra sökanden saknade relevant utbildning ansåg Arbetsdomstolen det som mindre troligt att det var den andra sökanden som sammantaget hade bättre meriter än den arbetssökande i tiden innan arbetsgivaren hunnit intervjua den andra sökanden.

Arbetsdomstolen ansåg att det var utrett att varken den ena eller den andra sökanden hade bättre meriter än den arbetssökande. För det första, när det gäller den ena sökanden blev hon anställd innan den arbetssökande intervjuats vilket gör att arbetsgivaren inte kunde avgjort den frågan ännu. För det andra, när det gäller den andra sökanden ansågs hon inte ha bedömts ha haft bättre meriter än den arbetssökande kändan endast utifrån ansökningshandlingarna.<sup>349</sup> Arbetsdomstolen fann inte anledning att betvivla uppgifterna om att den arbetssökande saknade relevant arbetslivserfarenhet och att hon var personligen olämplig på grund av det inspelade telefonsamtalet. Arbetsgivaren ansågs dock inte ha visat att agerandet helt saknat samband med graviditeten.<sup>350</sup>

---

<sup>349</sup> AD 2011 nr 23 s. 11 f.

<sup>350</sup> AD 2011 nr 23 s. 13.

## 4.2.7 AD 2011 nr 22 (Provanställd butikssäljare)

I AD 2011 nr 22 blev en kvinna missgynnad genom att dennes provanställning avbrutits. Kvinnan gjorde gällande att hon blivit könsdiskriminerad på grund av hennes graviditet. En omständighet som gav stöd till käranden var tidssambandet på omkring två månader mellan dels att arbetsgivaren fått kännedom om graviditeten, dels att provanställningen avbrutits.<sup>351</sup>

Under perioden december 2008 – april 2009 hade bolagets omsättning minskat med 8 %, i jämförelse med samma tid året dessförinnan, och det innebar en minskning om 600 000 kr. I december 2008 hade arbetsgivaren och kvinnan ingått ett provanställningsavtal som skulle gälla mellan den 1 februari till den 31 juli 2009. Den 1 februari 2009 påbörjade kvinnan provanställningen. I mars 2009 berättade kvinnan att hon var gravid. I april upprättade arbetsgivaren ett schema över vilka arbetstagare som skulle arbeta den kommande sommaren och där fanns kvinnan medskrivna på arbetspass.<sup>352</sup> I maj samma år fick hon besked om att hennes provanställning skulle avbrytas och den 10 maj arbetade hon sin sista dag.<sup>353</sup> Kvinna hade kortast anställningstid av de som då arbetade i bolaget.<sup>354</sup> Så långt är parterna överens.

DO menade att arbetsgivaren hade sagt att det inte skulle vara några problem att fullfölja provanställningen så länge inte något extremt inträffade. Anledningen till att arbetsgivaren behövde anställa var att de själva skulle arbeta mindre i butik. Den provanställda trivdes med arbetet och arbetsgivarna verkade nöjda med hennes arbetsinsats.<sup>355</sup>

DO menade vidare att det tidssamband som förelegat mellan informationen till arbetsgivaren om graviditeten och avbrytandet av provanställningen också ger stöd för slutsatsen att hon hade blivit diskriminerad.<sup>356</sup> Svaranden menade att arbetsgivaren förklarade att beslutet att avbryta provanställningen hade att göra med att arbetsgivarna själva skulle komma att arbeta mer i butik.<sup>357</sup> Bolaget var ett mindre familjeföretag och i takt med att omsättningen ökade 2008 beslutade arbetsgivarna om att anställa mer personal för avlastning och den 18 december 2008 anställdes den berörda kvinnan. Arbetsgivaren hade följt bolagets ekonomiska utveckling och strax efter att kvinnan hade provanställts visade december månads siffror på en kraftig omsättningsnedgång och försäljningssiffrorna fortsatte att minska under de kommande månaderna. Arbetsgivarna var oroad över utvecklingen.<sup>358</sup> I april månad gick omsättningen ner ytterligare och då

---

<sup>351</sup> AD 2011 nr 22 s. 9.

<sup>352</sup> AD 2011 nr 22 s. 8.

<sup>353</sup> AD 2011 nr 22 s. 7.

<sup>354</sup> AD 2011 nr 22 s. 8.

<sup>355</sup> AD 2011 nr 22 s. 3.

<sup>356</sup> AD 2011 nr 22 s. 4.

<sup>357</sup> AD 2011 nr 22 s. 3.

<sup>358</sup> AD 2011 nr 22 s. 5 f.

beslutade de sig för att säga upp kvinnan eftersom hon hade kortast anställningstid och var provanställd.<sup>359</sup> Arbetsgivarna hade berättat i förhör att en omsättningsnedgång i storleksordningen som var fallet var något extremt för ett så pass litet bolag som deras.<sup>360</sup>

DO menade vidare att arbetsgivaren gratulerat den provanställda till graviditeten men beklagat sig över att behöva skaffa en ersättare.<sup>361</sup> Svaranden menade att kvinnan gratulerats till graviditeten och bekräftade att arbetsgivaren spontant sa att det skulle bli tråkigt att behöva klara sig utan henne under den tid hon var ledig. De menade alltså att kvinnan var en duktig arbetskamrat. Arbetsgivaren vidtog ingen särskild åtgärd eller reflekterade över graviditeten.<sup>362</sup>

DO menade att det i april 2009 upprättades ett sommarschema där den provanställda fanns angiven fram till augusti 2009. Därför fanns det inte tecken på att provanställningen skulle komma att avbrytas i förtid.<sup>363</sup> Svaranden menade att det inte gjordes något nytt schema när kvinnan slutade och hon fanns angiven på schemat eftersom hon var anställd när schemat gjordes. Det var en tillfällighet att sommarvikarien arbetade på kvinnans planerade tider.<sup>364</sup>

DO menade vidare att arbetsgivaren anställde en ny person som arbetade på den provanställdes planerade timmar över sommaren. Därför menade DO att avbrytandet inte kunnat ha att göra med att arbetsgivarna själva ville arbeta mer i butik utan kvinnan misstänkte att det var på grund av hennes graviditet. Detta menade DO ger stöd för att beslutet att avbryta provanställningen haft samband med kvinnan graviditet.<sup>365</sup> Svaranden menade att de som anställdes hade anställts oavsett om den provanställda fått gå. Det var fråga om semestervikarier och de behövdes varje sommar.<sup>366</sup> Arbetsgivaren hade således inte nyrekryterat någon.<sup>367</sup>

En annan anställd hade blivit av med sin anställning sedan hon hade berättat om sin graviditet. Detta menade DO talade för att kvinnan hade blivit diskriminerad.<sup>368</sup> Det hade skickats ut ett brev under sommaren 2009 där den ena av sommarvikarierna erbjöds vikariat till hösten samtidigt som den andra (påstått diskriminerade kvinnan) blev meddelad att hennes framtid var oviss och kvinnan hade senare fått besked att hon skulle arbeta strötimmar

---

<sup>359</sup> AD 2011 nr 22 s. 6.

<sup>360</sup> AD 2011 nr 22 s. 11.

<sup>361</sup> AD 2011 nr 22 s. 3.

<sup>362</sup> AD 2011 nr 22 s. 6.

<sup>363</sup> AD 2011 nr 22 s. 3.

<sup>364</sup> AD 2011 nr 22 s. 6 f.

<sup>365</sup> AD 2011 nr 22 s. 4.

<sup>366</sup> AD 2011 nr 22 s. 6.

<sup>367</sup> AD 2011 nr 22 s. 8.

<sup>368</sup> AD 2011 nr 22 s. 4.

under hösten.<sup>369</sup> Svaranden menade att den andre anställda inte blivit diskriminerad.<sup>370</sup>

Följande omständigheter ansågs bevisade i det första ledet:

- Tidssambandet mellan informationen om graviditeten och missgynnandet gav visst stöd för att missgynnandet haft samband med kvinnan graviditet.
- Tidssambandets betydelse försvagas av omständigheten att arbetsgivaren hade upprättat ett sommarschema där kvinnan fanns angiven för att arbeta.
- Arbetsgivaren hade missgynnat en annan gravid kvinna av skäl som tydde på samband med hennes graviditet.

Eftersom tidssambandet tillsammans med att arbetsgivaren verkade ha diskriminerat en kvinna tidigare gav stöd för DO:s ståndpunkt ansågs diskriminering ha gjorts antaglig.<sup>371</sup>

Följande omständighet ansågs bevisade i det andra ledet:

- Att bolaget är förhållandevis litet och drabbats av en kraftig nedgång i omsättning tillsammans med att arbetsgivarna vidtog flera andra åtgärder än uppsägning av personal, gav stöd åt arbetsgivarens uppgifter att omsättningsnedgång var skälet till beslutet att avbryta provanställningen.

Eftersom tidssambandet tillsammans med att arbetsgivaren verkade ha diskriminerat en kvinna tidigare gav stöd för DO:s ståndpunkt ansågs diskriminering ha gjorts antaglig.<sup>372</sup> Bolaget var dock förhållandevis litet och drabbades bevisligen av en kraftig omsättningsnedgång varför arbetsbristskälen bedömdes vara de enda skälen till avbrytandet av provanställningen. Därför ogillade AD DO:s talan. Arbetsdomstolen tillade att det principiellt sätt kan ha betydelse hur bolaget har behandlat den tidigare anställda kvinnan men att det krävs att det bevisade negativa synsättet om gravida har haft inverkan på nuvarande fall och beslut att avbryta provanställningen.<sup>373</sup>

#### **4.2.8 AD 2011 nr 2 (Praktik hos lantbrukaren)**

I AD 2011 nr 2 gjorde en arbetssökande,<sup>374</sup> talan drevs av DO, gällande att denne blivit könsdiskriminerad. Den arbetssökande hade fått missfall och

---

<sup>369</sup> AD 2011 nr 22 s. 10.

<sup>370</sup> AD 2011 nr 22 s. 7.

<sup>371</sup> AD 2011 nr 22 s. 10.

<sup>372</sup> AD 2011 nr 22 s. 10.

<sup>373</sup> AD 2011 nr 22 s. 12.

<sup>374</sup> AD 2011 nr 2 s. 9. Med arbetssökande förstås den som tydligt gett till känna för en arbetsgivare att denne önskar en anställning. Detta gjorde praktikanten i målet genom att oemotsagd berätta att hon vid flera tillfällen berättat för arbetsgivaren att hon var

talade om detta för arbetsgivaren varefter hon nekades anställning. Den arbetssökande arbetade sin sista dag den 15 maj 2009 och arbetsgivaren anställde senare en annan kvinna.

DO menade att praktiken efter praktikperiodens slut skulle övergått i en anställning fr.o.m. den 1 maj 2009. DO menade vidare att arbetsgivaren förklarade att han var nöjd med hennes arbetsinsats och att han var intresserad av att anställa henne. Tanken var att den arbetssökande skulle ha tagit över efter att en annan anställd skulle slutat den 15 juni och arbetsgivaren hade kommit överens med den arbetssökande om att hon skulle bli anställd den 16 juni. Anställningshandlingarna var färdiga men blev aldrig undertecknade och det menade DO berodde på att frågan om hur lönen skulle ha betalats inte var avgjord.<sup>375</sup> Svaranden menade att han gjort klart att det var fråga om ett tungt heltidsarbete. Efter att praktikperioden inletts började den arbetssökande att klaga på arbete och påstod att det var tungt och jobbigt samt klagade på värk i handlederna vid flera tillfällen. Vidare ville hon ha nya arbetsuppgifter och verkade ointresserad av arbetet. Det var aldrig tal om någon anställning enligt arbetsgivaren.<sup>376</sup>

DO påstod vidare att den 4 maj fick den arbetssökande reda på att hon var gravid och den 11 maj hade hon drabbats av ett missfall. Den 12 maj hade hon berättat om missfallet för arbetsgivaren. Den 15 maj hade arbetsgivaren frågat henne om hon hade tänkt att skaffa barn och berättat att han inte vill anställa någon som planerade att skaffa barn för att det skulle bli dyrt och verksamheten krävde någon som kunde arbeta varje dag. Dessutom hade han sagt att det var bättre att anställa en man som inte kunde bli gravid. Därför avbröts praktiken 15 maj och arbetsgivaren hade gjort klart att det inte skulle bli någon anställning.<sup>377</sup> Den 21 maj hade den arbetssökande återkommit till lantbruket och då hade arbetsgivaren berättat att han inte kunde anställa någon som kunde bli gravid inom kort och att det skulle skapa problem i att hitta ersättare när den anställd skulle gå på föräldraledighet.<sup>378</sup> Det fanns en ljudfil i bevisningen från ett samtal mellan arbetsgivaren och den arbetssökande. I den framgick bland annat att för det fall den arbetssökande hade planer på att skaffa barn är det inte lätt för hans verksamhet att gå runt, eftersom en graviditet innebar mycket sjukskrivningar och att han skulle ha svårigheter att hitta en ersättare under föräldraledigheten. Vidare uppgav arbetsgivaren att han inte skulle våga anställa den arbetssökande och att han hellre anställer en man.<sup>379</sup> Svaranden menade att arbetsgivaren noterat att den arbetssökande endast kommit upp i en arbetskaperitet om 20 – 25 % och konstaterade att verksamheten inte skulle fungera om den arbetssökande ersatte den tidigare anställda. Därför kom arbetsgivaren fram till att det inte skulle kunna gå att erbjuda någon

---

intresserad av en anställning. Arbetsdomstolen ansågs därför att hon var att betrakta som arbetssökande.

<sup>375</sup> AD 2011 nr 2 s. 3.

<sup>376</sup> AD 2011 nr 2 s. 5.

<sup>377</sup> AD 2011 nr 2 s. 3.

<sup>378</sup> AD 2011 nr 2 s. 4.

<sup>379</sup> AD 2011 nr 2 s. 11.

anställning.<sup>380</sup> Arbetsgivaren menade inför domstolen att han inte frågat om den arbetssökande tänkte skaffa barn eller uppgett graviditet som skäl för att neka anställning och att han uttalat sig som privatperson. Han menade att arbetsuppgifterna var olämpliga för gravida generellt och att graviditeten inte låg till grund för beslutet att inte anställa.<sup>381</sup> Den tidigare anställda uppgav i vittnesförhör att den arbetssökande verkade ointresserad av arbetet.<sup>382</sup>

Tre omständigheter ansågs bevisade som skapade presumtion och de är följande:

- Eftersom beskedet om att inte få någon provanställning kom bara några dagar efter att arbetsgivaren fått reda på att hon hade varit gravid var tidssambandet en omständighet av betydelse för kändanden.
- Att arbetsgivaren uttryckt sig negativt om graviditet.
- Att bl.a. den tidigare anställda lämnat uppgifter som ger stöd att graviditeten vägts in i beslutet att neka anställning

Eftersom det fanns ett nära tidssamband mellan informationen om missfall och nekande av provanställning tillsammans med att arbetsgivaren uttryckt sig negativt om graviditet och att tidigare anställda lämnat uppgifter som ger stöd att graviditeten vägts in i beslutet att neka anställning ansågs presumtionen skapad.<sup>383</sup> Den enda orsaken arbetsgivaren hade för sitt agerande att neka anställning var den arbetssökandens bristande arbetskapacitet. Detta ansågs styrkt genom vittnesförhör. Även om uppfattningen om bristande arbetskapacitet var det främsta skälet talade omständigheter i det första ledet för att det inte varit det enda. Arbetsdomstolen ansåg därför att arbetsgivaren könsdiskriminerat den arbetssökande.<sup>384</sup>

#### **4.2.9 AD 2010 nr 91 (Ålders- och könsdiskrimineringsfallet)**

I AD 2010 nr 91 gjorde en arbetssökande gällande att hon bl.a. blivit könsdiskriminerad eftersom hon inte kallats till intervju trots att hon uppfyllde kraven i annonsen och var bättre meriterad än flera av personerna som kallats till intervju. Detta fick enligt Arbetsdomstolen till följd att den arbetssökande blivit missgynnad och varit i en jämförbar situation. Orsakssambandet prövades inte i fallet utan antogs föreligga varför bevisbördan gick över på svaranden.<sup>385</sup> Eftersom staten invänt bristande personlig lämplighet som ett annat skäl som helt avgörande för åtgärden prövades denna omständighet i ett andra led. Det framgår i domen att:

---

<sup>380</sup> AD 2011 nr 2 s. 5.

<sup>381</sup> AD 2011 nr 2 s. 11.

<sup>382</sup> AD 2011 nr 2 s. 13.

<sup>383</sup> AD 2011 nr 2 s. 12.

<sup>384</sup> AD 2011 nr 2 s. 13.

<sup>385</sup> AD 2010 nr 91 s. 12.



”Arbetsdomstolen behandlar invändning och vad som framkommit av utredningen i den delen senare.”<sup>386</sup>

Arbetsdomstolen hänvisade till tidigare rättspraxis där framgår:

”När det gäller bedömningsgrunden personlig lämplighet har Arbetsdomstolen uttalat att man inte kan godta en rent subjektivt betonad bedömning eller enbart löst grundade uppgifter, t.ex. från personer som inte har någon förstahandskunskap om den sökande saken gäller (se AD 1987 nr 67). Vad som kan beaktas är däremot sådana uppgifter som en seriöst syftande arbetsgivare inhämtar och väger in i sitt anställningsbeslut (se AD 1989 nr 40). 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 objektivt och från jämställdhetslagens synpunkt godtagbart sätt. Lämplighetsbedömningen måste vara förklarlig och förståelig för en utomstående bedömare.

Har bevisbördan gått över på arbetsgivaren kan generellt sägas att de omständigheter som denne åberopar måste framstå som sakliga och kunna övertyga en utomstående om att grunden för arbetsgivarens handlande inte haft samband med de berörda arbetstagarnas kön. Det torde däremot inte generellt kunna ställas upp något krav på att de av arbetsgivaren åberopade skälen är av något särskilt kvalificerat slag. Man skall emellertid inte godta påståenden i fråga om arbetsgivarens skäl för sitt beslut som i den meningen är osakliga, att de är rent subjektiva eller att de annars inte låter sig med tillräcklig grad av säkerhet bedömas i en efterföljande rättslig prövning. Det avgörande måste vara om arbetsgivaren på ett övertygande sätt kan visa att det är de av honom åberopade skälen, under förutsättning att det inte är skäl som har att göra med sökandens kön, som faktiskt har varit styrande för hans handlande (se prop. 1999/2000:143 s. 53 samt AD 1987 nr 51, 1989 nr 40 och 2003 nr 55). ”<sup>387</sup>

Arbetsgivaren menade på att beslutet att inte kalla till intervju bl.a. berodde på bristande personlig lämplighet.<sup>388</sup> Vittnesförhör hölls med en enig intervjugrupp. De uppgav bl.a. att den arbetssökande visat en överlägsen attityd och bristande empati. Statens lyckades inte visa att beslutet att inte kalla till intervju enbart berodde på hennes personliga olämplighet och helt saknade samband med någon diskrimineringsgrund.<sup>389</sup>

## 4.3 Insiktskravet för trakasserier

Den som trakasserar en annan måste som sagt ha en viss insikt om att dennes beteende kränker personen på ett sätt som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna, t.ex. kön. Den trakasserande bör därför göra klart för den som trakasserar att beteendet upplevs som kränkande.

### 4.3.1 AD 2009 nr 4 (Kommunanställd-fallet)

I AD 2009 nr 4 gällde frågan huruvida en kommunanställd bl.a. blivit trakasserad på grund av etnicitet då han hade blivit avstängd och förflyttad på grund av samarbetssvårigheter. Arbetsdomstolen menade här att det *måste krävas* att arbetsgivaren *har fått kännedom* om att en arbetstagare

---

<sup>386</sup> AD 2010 nr 91 s. 12 f.

<sup>387</sup> AD 2010 nr 91 s. 15.

<sup>388</sup> AD 2010 nr 91 s. 7.

<sup>389</sup> AD 2010 nr 91 s. 17.

anser sig utsatt för etniska trakasserier. Samtidigt gör AD en hänvisning till förarbetsuttalanden där det framgår att i vissa fall måste det ha stått klart för arbetsgivaren. Arbetsdomstolen avfärdade dock frågan om det skulle ha varit etniska trakasserier här eftersom den som upplevde sig trakasserad hade varit delaktig i en jargong. Uttalanden som ”blackey” och ”whitey” hade växlats mellan individer på arbetsplatsen.

”Det bör åligga den trakasserade att göra klart för den som trakasserar att beteendet upplevs som kränkande. I vissa fall kan omständigheterna emellertid vara sådana att det måste ha stått klart för den som vidtagit en handling att den är oönskad och därmed trakasserande. En handling som isolerad framstår som harmlös kan å andra sidan när den upprepas och den drabbade klargör att beteendet är kränkande övergå till att bli trakasserande.”<sup>390</sup>

### **4.3.2 AD 2010 nr 21 (etniska trakasserier)**

I AD 2010 nr 21 gjorde två personer gällande att de blivit diskriminerade på grund av etnicitet.

AD hänvisar till förarbetena och av domen framgår att:

”Det är den utsatte som avgör om beteendet eller handlingen är oönskat och kränkande. Det bör åligga den trakasserade att göra klart för den som trakasserar att beteendet upplevs som kränkande. I vissa fall kan emellertid omständigheterna vara sådana att kränkningen utan vidare måste ha stått klar för den som trakasserat. Helt bagatellartade skillnader i bemötande är inte trakasserier. Det ska vara fråga om tydliga och märkbara kränkningar. Attityder och skämt m.m. som inte riktas mot en eller flera individer omfattas i princip inte. Ett handlingssätt eller bemötande som isolerat framstår som harmlöst, kan dock övergå till att bli trakasserande när det upprepas och den drabbade klargör att beteendet är kränkande.”<sup>391</sup>

Personerna hade fått frågor om sin trosuppfattning och muslimers levnadssätt. Det ansågs inte visat att de gjort klart att diskussionerna upplevts som kränkande. Inte heller ansåg Arbetsdomstolen att diskussionerna måste ha stått klart som kränkande. Vidare ansågs visat att uttrycket ”halalgris” använts. Det ansågs inte heller ha stått klart som kränkande.<sup>392</sup> I domen var de uttalanden som visats inte klargjorda för arbetsgivaren som att de upplevts som kränkande.

## **4.4 Sexuella trakasserier**

### **4.4.1 AD 2017 nr 45 (VD-fallet)**

I AD 2017 nr 45 gjorde en arbetstagare gällande att denne hade blivit utsatt för sexuella trakasserier av bolagets VD och viktig bevisning var förhör under sanningsförsäkran och vittnesuppgifter. Den anställde berättade att denne hade blivit tafsad på låret. Hon hade flyttat på sitt ben och då hade han följt efter med sin hand. När han sedan daskade en annan anställd på

---

<sup>390</sup> Prop. 1997/98:177 s. 34 f.

<sup>391</sup> AD 2010 nr 21 s. 15.

<sup>392</sup> AD 2010 nr 21 s. 16.

rumpan gick hon för att tala med den utsatta anställde. Sedan hade han lagt handen på insidan av hennes lår och fört handen i riktning mot hennes underliv. Hon hade gjort försök att ta bort hans hand. När hon hade rest sig för att gå därifrån hade han tagit henne på rumpan. Kortfattat hade bolagets VD berättat att han av misstag kan ha kommit emot hennes lår men att det i så fall hade varit en olyckshändelse. Den andra anställde som hade blivit tafsad på hade bekräftat berättelsen och att de talat om saken. Flera ytterligare vittnen hade givit stöd till berättelsen. I övrigt hade ord stått mot ord. Arbetsdomstolen gjorde bedömningen att det var visat att bolagets VD agerat som påstått.<sup>393</sup>

#### 4.4.2 AD 2016 nr 56 (Bageri-fallet)

I AD 2016 nr 56 gjorde en tillsvidareanställd gällande att denne blivit utsatt för sexuella trakasserier. Den anställde påstod att hon blev tillsagd att inte dra åt förklädet för hårt då han blev helt till sig. Han hade frågat henne om hennes bröstvårtor var styva och om han fick klämma på hennes bröst, smeka henne eller smaka på hennes underliv. Han hade också påstått dagligen ha stirrat på hennes bröst och rumpa och vid flera tillfällen varit för närgången. Vidare hade flera av bagarna påstått ha fällt kommentarer med grova sexuella skämt flera gånger i veckan som käranden kallat sexualiserad jargong.

AD menade att berättelsen som den utsatta kvinnan lämnat gav intryck av att hon har återgett något självupplevt och att det inte finns anledning att anta att hon skulle ljuga under sanningsförsäkran.<sup>394</sup> Enligt AD fanns det tidigare anställda som hade givit stöd åt hennes påståenden och att det hade funnits fler som varit utsatta för liknande beteenden. Det hade även funnits en sms-konversation som hade givit stöd åt delar av hennes uppgifter samt uppgifter från en polisanmälan för sexuellt ofredande, anmälan till DO och ett läkarintyg. Det ansågs utrett att det förekommit en sexualiserad jargong på arbetsplatsen.<sup>395</sup> Arbetsdomstolen fann att de flesta av omständigheterna hade förekommit och att de också hade varit att betrakta som sexuella trakasserier.<sup>396</sup>

DO yrkade även på att AD skulle inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen angående bevisningen vid sexuella trakasserier. Frågorna innefattade:

- Vilket beviskrav har käranden i mål om sexuella trakasserier, är det uttryckt som ”visa”, dvs fullt civilrättsligt beviskrav, eller är det tillräckligt att visa fakta som ger anledning att anta förekomsten av trakasserier?
- Har käranden bevisbördan för insiktskravet och ska käranden i så fall även visa att kränkningen, om inte insikt kan styrkas, är av sådan art

---

<sup>393</sup> AD 2017 nr 45 s. 6.

<sup>394</sup> AD 2016 nr 56 s. 17.

<sup>395</sup> AD 2016 nr 56 s. 18 f.

<sup>396</sup> AD 2016 nr 56 s. 19 f.

att det måste ha stått klart för en person med normal omdömesförmåga?<sup>397</sup>

### 4.4.3 AD 2016 nr 38 (Kontor-fallet)

I AD 2016 nr 38 gjorde en anställd gällande att denne blivit utsatt för sexuella trakasserier. Arbetsgivaren hade haft ett samtal med den anställda på arbetsgivarens kontor om den anställdes arbetsinsatser och arbetsvillkor. Arbetsgivaren bad henne att sätta sig i dennes knä. Därefter hade denne kramat, pussat henne på kinden en eller två gånger, berömt hennes arbetsinsatser, frågat henne om hon hade någon pojkvän och sagt att hon skulle få högre lön.<sup>398</sup>

Arbetsdomstolen ansåg att den utsatte hade lämnat mycket trovärdiga berättelser som dessutom stämde överens med övriga vittnesmål. Detta ledde fram till att domstolen trodde på henne.<sup>399</sup>

Arbetsdomstolen menade att arbetsgivaren kunde ha korrigerat den situation att hon satte sig i hans knä. Vidare menade de att det var oacceptabelt med fysisk beröring och pussar på det sätt som den anställda berättat. Att ta upp frågan om löneförhöjning när hon satt i hans knä var heller inte lämpligt. Vid en sammanvägd bedömning av samtliga omständigheter, kommer domstolen fram till att det var visat att den anställda utsatts för sexuella trakasserier.<sup>400</sup> DO yrkade förhandsavgörande om bevisningen som Arbetsdomstolen avslag och följande framgick:

”DO har vidare hemställt att Arbetsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Enligt DO bör Arbetsdomstolen fråga domstolen tre frågor. Den första avser om likabehandlingsprincipen och Europaparlamentets och rådet direktiv 2006/54/EG om genomförande av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (likabehandlingsdirektivet) innebär att käranden i ett mål om sexuella trakasserier ska visa att trakasserierna har förekommit eller om det är tillräckligt att käranden visar fakta som ger anledning att anta att sådana trakasserier förekommit. Den andra avser om käranden har bevisbördan för att den person som anklagas för sexuella trakasserier har insett eller borde ha insett att trakasserierna har varit oönskade eller kränkande. Den tredje avser om det är förenligt med likabehandlingsprincipen och likabehandlingsdirektivet att kräva att käranden ska visa att kränkningen som denne fått utstå är av sådan art att detta utan vidare måste ha stått klart för en person med normal omdömesförmåga.”<sup>401</sup>

- Ska det tillämpas någon bevislättning i mål om sexuella trakasserier?
- Har käranden bevisbördan för insiktskravet?
- Är det förenligt med likabehandlingsprincipen och direktivet att kräva att käranden ska visa att det måste ha stått klart för en person med normal omdömesförmåga?

---

<sup>397</sup> AD 2016 nr 56 s. 3.

<sup>398</sup> AD 2016 nr 38 s. 11 f.

<sup>399</sup> AD 2016 nr 38 s. 12 f.

<sup>400</sup> AD 2016 nr 38 s. 13.

<sup>401</sup> AD 2016 nr 38 s. 3.

#### **4.4.4 AD 2013 nr 71 (Polisanmälan-fallet)**

I AD 2013 nr 71 gjorde en anställd gällande att denne blivit utsatt för sexuella trakasserier. Bevisning inkluderade vittnesuppgifter, förhör under sanningsförsäkran och skriftlig bevisning.<sup>402</sup> Ord stod mot ord gällande vad som hade hänt.

Den anställde ansågs ha gjort ett trovärdigt intryck i dennes berättelse som i delar hade stöd i vittnesuppgifter. Dels från en person som hade sett henne vara mycket ledsen och berättat att hon blivit intryckt i ett hörn av arbetsgivaren, dels från hennes sambo som hade fått höra om arbetsgivarens sexuella närmanden. Berättelsen var detaljerad och angav flera uppenbart kränkande handlingar såsom att kräva kramar, pussar och att smeka. Den anställde hade flera gånger sagt ifrån. Uppgifter som hade givit stöd åt hennes förhör hade även lämnats till Arbetsförmedlingen, Polismyndigheten och en läkare.<sup>403</sup>

Motbevisning hade bestått i huvudsak av alibi vilket saknade avgörande betydelse. Arbetsdomstolen gjorde en sammanvägning av alla omständigheter och kom fram till att det var visat att den anställde hade utsatts för sexuella trakasserier och att denne sagt ifrån och markerat mot handlingarna.<sup>404</sup>

### **4.5 Trakasserier på grund av kön**

#### **4.5.1 AD 2015 nr 68 (Matvagnen)**

I AD 2015 nr 68 gjorde en arbetstagare gällande att denne bl.a. blivit utsatt för trakasserier på grund av kön. Det fanns flera av arbetsgivaren gjorda uttalanden som dels bedömdes huruvida de var trakasserande, dels bedömdes om de hade samband med kön.<sup>405</sup> Ord stod mot ord i flera av uttalandena.

Ett av påståendena, ”ge mig mat”, hade inte uppfattats som trakasserande av domstolen. Andra påståenden som möjligen inte ansågs utredda bedömdes sakna samband med kön. Arbetsdomstolen ansåg att de snarare syftade på arbetstagarens vikt. Ett tredje uttalande syftade på arbetstagaren utseende, men det ansågs inte vara utrett att det uttalandet fällts.<sup>406</sup>

#### **4.5.2 AD 2013 nr 29 (Butiksanställd-fallet)**

I AD 2013 nr 29 hade en butiksanställd gjort gällande att denne blivit trakasserad på grund av kön och en viktig omständighet var om hon

---

<sup>402</sup> AD 2013 nr 71 s. 6.

<sup>403</sup> AD 2013 nr 71 s. 10.

<sup>404</sup> AD 2013 nr 71 s. 10 f.

<sup>405</sup> AD 2015 nr 68 s. 7 f.

<sup>406</sup> AD 2016 nr 68 s. 8.

beordrats bära namnskylt med sin egen storlek på bysthållare. Bevisningen innefattande bl.a. muntliga och skriftliga instruktioner.<sup>407</sup>

Den anställde hade uppgett att hon hade fått muntliga instruktioner från arbetsgivaren. Uppgifterna ansågs av domstolen som tillförlitliga och trovärdiga varför de godtogs. Flera vittnesuppgifter hade givit stöd till att det förelegat ett krav på att bära namnskylt med BH-storlek. Flera vittnen hade också i början av sin anställning fått ett dokument där det framgick att säljarna ska bära ”namnbricka m.stl”. Arbetsgivaren påstod att dokumentet inte längre delades ut. Att andra anställdas uppfattning om det förelegat ett krav ledde inte till en annan bedömning än att Arbetsdomstolen ansåg att det var visat att bolaget ställt krav på BH-storlek på namnbrickan.<sup>408</sup>

Arbetsgivaren menade att det inte kunde anses kränkande att bära namnbrickan med BH-storlek och att hon inte hade påtalat obehag på ett sätt att arbetsgivaren blivit medveten om det.<sup>409</sup> Den anställde berättade att hon inte tyckte det kändes ”ok” och att hon tyckte det var ”jättejobbigt”. Hon hade även berättat att kunder undrat varför hon burit på BH-storleken. På fritiden hade en manlig kund frågat om hon kunnat ta på sig BH:n för att han velat se den på. Hon mådde dåligt och kände att butiken var fel arbetsplats.<sup>410</sup>

Arbetsdomstolen menade att hon på ett trovärdigt sätt berättat om obehaget kring att bära BH-storleken, att bära BH-storleken inte kan anses sakligt motiverat och att hon påtalat detta för arbetsgivaren. Det ansågs uppenbart vara trakasserier på grund av kön.<sup>411</sup>

---

<sup>407</sup> AD 2013 nr 29 s. 14.

<sup>408</sup> AD 2013 nr 29 s. 15.

<sup>409</sup> AD 2013 nr 29 s. 16.

<sup>410</sup> AD 2013 nr 29 s. 16.

<sup>411</sup> AD 2013 nr 29 s. 18.

# 5 Artiklar och doktrin om bevisbörderegeln

## 5.1 Westberg om exemplet icke-diskriminering

I en festskrift skriver Westberg om problemet med att mänskliga rättigheter kolliderar och kompromissas med. Mer specifikt syftar han på processuell likabehandling kontra oönskad materiell diskriminering.<sup>412</sup> Han jämför bevisregler där diskrimineringsbeteendet aktualiseras i straffrättsligt, skadeståndsrättsligt och diskrimineringsrättsligt hänseende.<sup>413</sup>

Problemen att utreda diskriminering i domstol menar Westberg är att reda ut och klarlägga det påstått diskriminerande beteendet, alltså bevissvårigheter. I synnerhet vad gäller orsakssambandet alltså om avsikten finns att diskriminera. Bevissvårigheterna gäller båda parterna, dels den som anser sig utsatt, dels den som försöker försvara sig mot vad denne uppfattar vara falska anklagande. Bevissvårigheterna skapar problem för att när det är svårt att tillförskaffa bevisning skapar det en risk för att domstolen i det enskilda fallet grundar domen på en felaktig faktaversion i förhållande till verkligheten. Westberg menar att problemet måste lösas med juridiska normer som ger anvisningar om hur risken ska fördelas mellan parterna. Rent juridiskt handlar det dels om att välja vem av parterna som bevisbördan ska placeras på, dels vilket beviskrav som av parten ska krävas.<sup>414</sup>

Westberg ställer frågorna:

”Vem ska i den rättskipande situationen gynnas mest i fall då det finns bevismässiga brister; den som beskylls för diskriminering eller den som påstår sig ha utsatts för diskriminering? Och vilka slags utredningsbrister ska accepteras och ändå rättfärdiga att någon hålls ansvarig för oönskad diskriminering?”<sup>415</sup>

I det straffrättsliga perspektivet på riskfördelning är beviskravet ställt utom rimligt tvivel. Westberg menar att ersättningspåföljden i diskrimineringslagen påminner om ett straff. Han ställer frågan huruvida straff får dömas ut i ett tvistemål. Innebär art 6 EKMR att straff bara får utmätas i brottmål bland annat på grund av oskyldighetspresumtionen och det höga beviskravet som är ställt för att säkerställa den misstänktes rättssäkerhet? Westberg menar i korthet att skillnaden mellan allmänt skadestånd och böter inte är särskilt stor rent innehållsmässigt.<sup>416</sup> Brottmål

---

<sup>412</sup> Westberg (2017) s. 837.

<sup>413</sup> Westberg (2017) s. 838.

<sup>414</sup> Westberg (2017) s. 839.

<sup>415</sup> Westberg (2017) s. 839 f.

<sup>416</sup> Westberg (2017) s. 840.

förknippas med oskyldighetspresumtionen och mycket högt ställda beviskrav. Utom rimligt tvivel, som är beviskravet i brottmål, är uppfattningen att varje rättsligt eller rimligt tvivel ska gynna den misstänkte. Vidare ingår uppfattningen att samma bevisbördnorm ska gälla för alla typer av brottmål. Det finns inga öppet redovisade bevislättnader för åklagaren. Den misstänkte, på motstående vis, bär i regel ingen bevis- eller förklaringsbörda för sina påståenden i en brottmålsrättegång. Riskfördelningen sker mellan den processuellt överlägsna parten (staten) och den processuellt underlägsna (den misstänkte).<sup>417</sup> Westberg menar att bevisbördan i brottmål avseende diskriminering möjligen är så tung att det praktiskt taget är uteslutet att det finns några andra skäl än skäl kopplat till diskrimineringsgrunden. Det bör räcka med bevisning som inte kan lämnas utan avseende (svag eller stark) för att åklagaren inte ska nå upp till det stränga beviskravet.<sup>418</sup> Om den misstänkte dock gör en invändning att orsaken bara var en annan, ska åklagaren ställa utom rimligt tvivel att det den misstänkte uppger inte var den enda anledningen till den misstänktes agerande.<sup>419</sup> Bevissvårigheterna i diskrimineringsfall tillsammans med det högt ställda beviskravet mot åklagare är klart till nackdel för den som upplever sig utsatt för diskriminering.<sup>420</sup>

Gällande det skadeståndsrättsliga perspektivet är beviskravet ”styrkt”. Skulle riskfördelningen för felaktiga brottmålsdomar som följer med beviskravet ”utom rimligt tvivel”, bli annorlunda med den bevisbördnorm som tillämpas i ett skadeståndsmål?<sup>421</sup> Räcker det med skadeståndsregeln rent bevisrättsligt för att komma tillrätta med oönskad diskriminering? Westberg resonerar kring en bevislättnad, att istället för ”styrkt” sätta beviskravet på ”sannolikt”. Det finns inga hinder mot att domstolarna i tvistemål utan uttryckligt stöd i lag testat olika beviskrav och bevislättnader för att fördela risken mellan parterna för felaktiga skadeståndsdomar. En allmän uppfattning i svensk skadeståndsrätt är att bevisbördan typiskt sett ligger på den som påstår att denne utsatts för en skadeståndsgrundande handling och beviskravet är normalt uttryckt ”styrkt”.<sup>422</sup> Det förekommer dock praxis där beviskravet sänks eller att bevisbördan i delar presumeras genom en s.k. presumtionsregel.<sup>423</sup> Det kan ske t.ex. med hänsyn till syftet för att en civilrättslig regelns ändamål ska få genomslag. Detta menar Westberg skulle kunna vara tillräckligt för att motverka oönskad diskriminering.<sup>424</sup>

Ur ett diskrimineringsrättsligt perspektiv sker bevislättningen genom presumtion, enligt Westberg. I förhållande till bevisregeln i brottmål, där åklagaren och den som anser sig utsatt för diskriminering får en nackdel genom fördelning av risk för felaktiga domar, är det tvärtom i

---

<sup>417</sup> Westberg (2017) s. 841 f.

<sup>418</sup> Westberg (2017) s. 847.

<sup>419</sup> Westberg (2017) s. 850.

<sup>420</sup> Westberg (2017) s. 850 f.

<sup>421</sup> Westberg (2017) s. 852.

<sup>422</sup> Westberg (2017) s. 852.

<sup>423</sup> Westberg (2017) s. 852 f.

<sup>424</sup> Westberg (2017) s. 853.



diskrimineringslagen. Westberg beskriver diskrimineringslagens bevisbörderegeln som att:

”Det är den påstått diskriminerande parten som ska bära den huvudsakliga risken för att det inte i det enskilda fallet går att reda ut vad orsaken (motivet) till det påstått diskriminerande beteendet var. Det ska räcka att det tillräckligt utredda faktiska agerandet och jämförelsesituationen ger stöd för ett antagande om diskriminering – t.ex. att det utpekade missgynnandet kan antas ha samband med den utsattes sexuella läggning.”<sup>425</sup>

Westberg beskriver bevisregeln såsom att först ska käranden få bevisa de presumtionsgrundande omständigheterna. Sedan, om käranden lyckas bevisa, går bevisbördan över på svaranden som då får bevisa sin ståndpunkt. Westberg beskriver presumtionsgrundande omständigheter som följer:

”Med presumtionsgrundande omständigheter menar jag de omständigheter som käranden ska åberopa och bevisa och som utgör den bevismässigt utredda grund på vilken domstolen kan dra slutsatsen att det finns anledning att anta att diskriminering (ett missgynnande) har förekommit.”<sup>426</sup>

Enligt Westberg föreligger det ett problem i att det inte står klart vilka presumtionsgrundande omständigheter som ska bevisas samt vilket beviskrav som ska tillämpas på kärandens bevisbörda. Westberg framhåller att:

”En möjlig allmän prejudikatolkningsregel skulle kunna vara att om Högsta domstolen inte skriver något om beviskravets höjd, bör utgångspunkten vara att domstolen har använt ”styrkt” som utgör det normala beviskravet i tvistemål. Av ordalydelsen i lagmotiven till den presumtionsregel som domstolen tillämpade i prejudikat finns inte något tydligt ställningstagande till styrkan på det beviskrav som riktas mot käranden i det presumtionsgrundande ledet. Den då gällande presumtionsregeln liksom den nu gällande innehåller ordet ”visa”. Uttrycket är mångtydigt. Det kan endera uppfattas som en synonym till bevisa eller som en synonym till ”styrkt”. Om lagförarbetena inte lämnar tydliga anvisningar om hur uttrycket ”visa” ska förstås, har Högsta domstolen ansett att det finns utrymme inom rättstillämpningen att göra de bevislättnader som kan vara påkallade.”<sup>427</sup>

NJA 2006 s. 170 ger enligt Westberg inte något tydligt svar på denna problematik.<sup>428</sup> Westberg menar att Högsta domstolens utgångspunkt avseende presumtionsregeln är att det är domstolen som i det enskilda fallet ska bestämma vilken den presumerande omständigheten ska vara.<sup>429</sup> Han kommer till slutsatsen att det är orsakssambandet som presumeras, i vart fall i NJA 2006 s. 170, och därefter övergår bevisbördan på svaranden.<sup>430</sup> Samtidigt uttalar Westberg att det kan vara möjligt att även jämförelsesituationen kan göras antaglig. Därtill menar han att EU-rätten inte bara lämnat dörren öppen för att tilldela bevislättnader utan har slagit fast att det kan vara nödvändigt med bevislättnader av olika slag.<sup>431</sup>

---

<sup>425</sup> Westberg (2017) s. 854.

<sup>426</sup> Westberg (2017) s. 854 f.

<sup>427</sup> Westberg (2017) s. 861.

<sup>428</sup> Westberg (2017) s. 855.

<sup>429</sup> Westberg (2017) s. 856.

<sup>430</sup> Westberg (2017) s. 856 f.

<sup>431</sup> Westberg (2017) s. 857 f.

Westberg fortsätter och ställer frågorna om alla tänkbara orsaker ska sammanvägas för att konstatera orsaken bakom ett agerande relativt kan vara antaglig eller om det räcker med att en av orsakerna till ett agerande utgör en diskrimineringsgrund för ansvar oavsett om det finns flera orsaker redovisade.<sup>432</sup> Gällande det andra ledet vid bevisprövningen menar han att det kan tolkas som att svaranden bär full civilrättslig bevisbörda enligt ordalydelsen i diskrimineringslagen. Även om svaranden vet bäst hur han tänkte när han agerade är det svårt för svaranden att skaffa tillförlitlig bevisning för hur han tänkte när denne agerade.<sup>433</sup> Han menar att den mänskliga rättigheten att slippa bli diskriminerad har fått väga tungt gentemot en annan mänsklig rättighet – rätt till en rättvis rättegång (processuell likabehandling), eftersom presumtionsregeln snedfördelar risken av domar grundade på en felaktig faktaversion till nackdel för svaranden.<sup>434</sup> Vid brottmål och skadeståndsmål om kränkingsersättning är det tvärtom, där rättssäkerheten för den som beskylls för diskriminering fått ett starkt skydd i förhållande till den som upplever sig diskriminerad. Westberg avslutar med att skriva:

”Han eller hon berövas med detta den processuella likabehandling som ligger i att beviskravet bestäms då att risken för felaktiga domar delas så lika det går, bland annat med hänsyn taget till möjligheterna för vardera parten att komma åt tillräcklig bra bevisning för att skydda sina intressen.”<sup>435</sup>

## 5.2 Utredningen Bättre skydd mot diskriminering

I utredningen Bättre skydd mot diskriminering, SOU 2016:87 ville utredaren ta reda på om diskrimineringslagens bevisregel fått genomslag i praktiken. Syftet då var att undersöka om den som anser sig ha blivit diskriminerad, i praktiken får den bevislättning som regeln ska tillförsäkra. Den övergripande problembilden var då att diskriminering förekommer i allt för stor utsträckning och att det är många som inte får det stöd och den hjälp de behöver för att ta tillvara sina rättigheter.<sup>436</sup>

I utredningen föreslogs en ändrad formulering av bevisregel i syfte att förtydliga att det är fråga om en presumtionsregel och inte en regel om delad bevisbörda. Detta menade utredaren skulle kunna leda till att regeln tolkas och tillämpas på ett korrekt sätt.<sup>437</sup> Denna ändring av bevisregeln trodde man kunde leda till den konsekvens att den som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering, får åtnjuta den bevislättning som det var tänkt.<sup>438</sup>

Av lagförslaget framgår följande formulering av bevisregeln:

---

<sup>432</sup> Westberg (2017) s. 859.

<sup>433</sup> Westberg (2017) s. 862.

<sup>434</sup> Westberg (2017) s. 865.

<sup>435</sup> Westberg (2017) s. 866.

<sup>436</sup> SOU 2016:87 s. 23 f.

<sup>437</sup> SOU 2016:87 s. 27.

<sup>438</sup> SOU 2016:87 s. 29.

”Om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad, ska diskriminering anses ha förekommit.

*Detta gäller dock inte om svaranden visar omständigheter som styrker att diskriminering inte har förekommit.*

*Vad som föreskrivs i första och andra styckena gäller även när någon anser sig ha blivit utsatt för repressalier.”<sup>439</sup>*

Vidare ville utredaren undvika risken att bevisning sammanblandas.<sup>440</sup>

Utredaren hänvisar till en rapport från EU-kommissionen där det konstateras att det råder brist på korrekt och konsekvent tillämpning i domstolarna. Meningen är att slå fast att det föreligger ett s.k. prima facie-fall av diskriminering. Om nivån för att man ska konstatera ett prima facie-fall ligger för högt så kan det stå i strid med syftet att ge en bevislättning för käranden.<sup>441</sup>

Ett annat problem i t.ex. Sverige är att det kan vara svårare att få bifall i mål som rör diskrimineringsgrunden etnisk tillhörighet. Utredaren menar också att det kan vara svårt för den som upplever sig diskriminerad att få tillgång till uppgifter som svaranden kontrollerar.<sup>442</sup>

Eva Schömer<sup>443</sup> är kritisk till bevisregeln baserat på studier av etnisk diskriminering, där bara ett fåtal mål har vunnit framgång i AD. Hon menar att domstolen har lite förståelse för betydelsen av kränkande uttalanden hänförligt till etnisk diskriminering och jämför med tiden innan me too.<sup>444</sup> Utredningen hänvisar även till en artikel av Anders Wilhelmsson.<sup>445</sup> Han beskriver det som att AD bortser från bevisregeln och inte prövar de visade omständigheterna.

Av remissvaren framgår följande. Diskrimineringsombudsmannen (DO) ställde sig i stort sett bakom förslagen i utredningen samtidigt skriver remissförfattarna inget om bevisregeln specifikt.<sup>446</sup> Akademikerförbundet SSR är positiv till en översyn med är tveksamma till att förslagen i utredningen uppfyller de krav som ställs fullt ut.<sup>447</sup> Något förenklat är SSR tveksam till om bevisregelns utformning är problemet som det presenteras i utredningen. SSR menar att det är tillräckligt att Högsta domstolen fastslagit att det är fråga om en presumtionsregel och pekar snarare på tillämpningen

---

<sup>439</sup> SOU 2016:87 s. 46.

<sup>440</sup> SOU 2016:87 s. 443.

<sup>441</sup> SOU 2016:87 s. 444.

<sup>442</sup> SOU 2016:87 s. 445.

<sup>443</sup> Professor i rättsvetenskap vid Linnéuniversitetet och docent i rättsociologi vid Lunds universitet.

<sup>444</sup> 'Eva Schömer' <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/hard-kritik-fran-forskare-mot-ad-och-do-om-etnisk-diskriminering> (Artikel av Eva Schömer) (hämtat: 2021-03-01).

<sup>445</sup> Förbundsjurist på LO-TCO Rättsskydd. Verksam vid DO.

<sup>446</sup> Remissyttrande, DO s. 1.

<sup>447</sup> Remissyttrande, Akademikerförbundet SSR, s. 2.

av regeln som ett problem.<sup>448</sup> Arbetsdomstolen anser att formuleringen som bevisregeln har inte behöver ändras. Detta eftersom den stämmer bra överens med lydelsen i EU-direktiven. De har inget emot att regeln ändras eftersom ingen ändring i sak åsyftas.<sup>449</sup> Arbetsgivarverket var positiva till utredningen.<sup>450</sup> Avseende bevisregeln ser Arbetsgivarverket en risk i att ändra regeln om det skulle uppfattas som en saklig förändring och att det inte inom arbetslivets område finns anledning att ifrågasätta tillämpningen.<sup>451</sup> Arbetsmiljöverket har inga invändningar mot förslaget om bevisbörderegeln.<sup>452</sup> Astma och allergiförbundet står bakom ett förtydligande av bevisregeln i hopp om bättre tillämpning.<sup>453</sup> Autism- och Aspergerförbundet ser i stort positivt på förslagen.<sup>454</sup> Barn- och elevombudet menar att den föreslagna ändringen av bevisregeln kommer att minska tveksamheter i hur regeln ska tillämpas.<sup>455</sup> Civil Rights Defenders ställer sig bakom ett förtydligande av bevisregeln.<sup>456</sup> Hovrätten över Skåne och Blekinge ställde sig också bakom ett förtydligande av bevisregeln. De menar att en ändring kan göra regeln tydligare och mer lättillämpad.<sup>457</sup> Independent Living Institute var kritiska till ändringen av bevisregeln.<sup>458</sup> De noterar att förslaget kan ge en pedagogisk effekt men samtidigt menar de att det inte är tillräckligt klart hur regeln ska se ut.<sup>459</sup> Kammarrätten i Jönköping ser risker att ändringen uppfattas som en ändring i sak när det inte var tänkt så. Vidare är de tveksamma om ett förtydligande är behövligt.<sup>460</sup> LO var positiv till en ändring med skälen att en tydligare utformning leder till en bättre tillämpning i domstol.<sup>461</sup> Lunds universitet ställde sig bakom förslaget att förtydliga bevisregeln med skälet att t.ex. Arbetsdomstolen enligt utredningen redan ser och tillämpar bevisregeln som en presumtionsregel.<sup>462</sup> Lärarnas riksförbund ställer sig bakom ett förtydligande av bevisbörderegeln för att minimera tveksamheter kring tillämpning.<sup>463</sup> Malmö mot diskriminering ställde sig bakom ett förtydligande.<sup>464</sup> Malmö stad såg positivt på förslaget om ett förtydligande av bevisregeln. Samtidigt, ur ett arbetsgivarperspektiv, ser de risker med rättssäkerheten om förtydligandet innebär en förändring i rättstillämpning och resulterar i att käranden vinner framgång med en talan på en helhetsbedömning. Malmö stad menar att det kan bli svårt för arbetsgivare

---

<sup>448</sup> Remissyttrande, Akademikerförbundet SSR, s. 5.

<sup>449</sup> Remissyttrande, Arbetsdomstolen, s. 5.

<sup>450</sup> Remissyttrande, Arbetsgivarverket, s. 2.

<sup>451</sup> Remissyttrande, Arbetsgivarverket, s. 4.

<sup>452</sup> Remissyttrande, Arbetsmiljöverket, s. 1.

<sup>453</sup> Remissyttrande, Astma- och Allergiförbundet, s. 1.

<sup>454</sup> Remissyttrande, Autism- och Aspergerförbundet, s. 1.

<sup>455</sup> Remissyttrande, Barn- och elevombudet, s. 3.

<sup>456</sup> Remissyttrande, Civil Rights Defenders, s. 7.

<sup>457</sup> Remissyttrande, Hovrätten över Skåne och Blekinge, s. 1 f.

<sup>458</sup> Remissyttrande, Independent Living Institute, s. 1.

<sup>459</sup> Remissyttrande, Independent Living Institute, s. 10.

<sup>460</sup> Remissyttrande, Kammarrätten i Jönköping, s. 2.

<sup>461</sup> Remissyttrande, LO, s. 2.

<sup>462</sup> Remissyttrande, Lunds universitet, s. 3.

<sup>463</sup> Remissyttrande, Lärarnas riksförbund, s. 2.

<sup>464</sup> Remissyttrande, Malmö mot diskriminering, s. 20.

att då veta om de föreligger diskriminering eller inte.<sup>465</sup> Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor ställde sig positiv till förslaget om förtydligande av bevisregeln.<sup>466</sup> Nationell samverkan för Psykisk hälsa ställde sig tveksamma till om ändringar i lagstiftningen leder till förändring av rättstillämpningen. De menar att ett förtydligande inte innebär skillnad i sak varför de är tveksamma till om det leder till önskad effekt.<sup>467</sup> Skolverket ställer sig bakom förtydligandet av bevisregeln.<sup>468</sup> Stockholms tingsrätt menar att förtydligandet inte är nödvändigt, men har inget att säga om förslaget till förtydligande.<sup>469</sup> Svea hovrätt är positiva till ändringen av lydelsen av bevisregeln och menar att det förtydligar att det är fråga om en presumtionsregel när det är uppdelat i två stycken.<sup>470</sup> Svenskt näringsliv var kritiska till förtydligande av bevisregeln. De menar att det är en fråga om rättssäkerhet om regler utformas som en presumtion gällande ansvar och skuld. Vidare skriver de att utgångspunkten bör vara att var och en är oskyldig till dess att motsatsen bevisas, och inte till dess att motsatsen presumeras. De ser risken med att ändringen uppfattas som en saklig förändring.<sup>471</sup> Sveriges kommuner och Landsting instämmer i synen på risken att förtydligandet kan ses som en saklig förändring och ställer sig inte bakom förändringen.<sup>472</sup> Saco ställer sig bakom ett förtydligande.<sup>473</sup> Synskadades riksförbund ställer sig bakom ett förtydligande och menar att det gör det tydligare att bevisregeln ska uppfattas som en presumtionsregel.<sup>474</sup> TCO är positiva till att det i lagtexten tydligare ska framgå att bevisregeln är en presumtionsregel. De anser dock att ordet ”andra” ska läggas till mellan orden ”visar” och ”omständigheter” för att minska risken för att all bevisning värderas i ett sammanhang.<sup>475</sup> Föreningen för transpersoner är positiva till förtydligandet att bevisregeln innebär en presumtionsregel.<sup>476</sup> Uppsala universitet ställde sig bakom förslaget att förtydliga bevisregeln.<sup>477</sup> Visita pekar på rättssäkerhetsaspekter med att utforma regler om ansvar och skuld som en presumtion. Visita menar att utgångspunkten i varje samhälle bör vara att var och en är oskyldig till dess att motsatsen bevisas och denna utgångspunkt bör gälla även vid diskriminering. Vidare skriver Visita att de inte tror att utredningen inte visar att det finns situationer vid en icke fällande dom trots allt förekommit diskriminering. Visita talar om risken för att domen grundas på en felaktig faktaversion. Visita står inte bakom att ändra bevisreglerna till att skapa en större presumtionskaraktär.<sup>478</sup>

---

<sup>465</sup> Remissyttrande, Malmö stad, s. 2.

<sup>466</sup> Remissyttrande, Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor, s. 4.

<sup>467</sup> Remissyttrande, Nationell samverkan för Psykisk hälsa, s. 7.

<sup>468</sup> Remissyttrande, Skolverket, s. 3.

<sup>469</sup> Remissyttrande, Stockholms tingsrätt, s. 2.

<sup>470</sup> Remissyttrande, Svea Hovrätt, s. 2.

<sup>471</sup> Remissyttrande, Svenskt Näringsliv, s. 1 f.

<sup>472</sup> Remissyttrande, Sveriges Kommuner och Landsting, s. 3.

<sup>473</sup> Remissyttrande, SACO, s. 2.

<sup>474</sup> Remissyttrande, Synskadades riksförbund, s. 2 f.

<sup>475</sup> Remissyttrande, TCO, s. 5 f.

<sup>476</sup> Remissyttrande, Föreningen för transpersoner, s. 1.

<sup>477</sup> Remissyttrande, Uppsala universitet, s. 6.

<sup>478</sup> Remissyttrande, Visita svensk besöksnäring, s. 2.

Det rådde delade meningar om det är nödvändigt med en lagändring av bevisregeln. De som ställde sig bakom en lagändring menade att ett förtydligande av regeln behövdes, något förenklat, i förhoppningen om att det skulle innebära en förändring av rättstillämpningen och att detta skulle leda till att bevislättningen får större praktiskt genomslag vid diskrimineringsstvister. Det fanns en annan grupp som ansåg att det var tillräckligt så som det är eftersom Högsta domstolen i NJA 2006 s. 170 redan konstaterat att det är fråga om en presumtionsregel. En tredje grupp var kritiska till lagändringen av olika anledningar t.ex. att lagändringen skulle innebära att lydelsen ligger för långt ifrån EU-direktiven, det riskerar att leda till att lydelsen missuppfattas till en förändring i sak, att arbetsgivare skulle kunna få det svårt att veta när det är fråga om diskriminering och därmed äventyra rättssäkerheten. Det sistnämnda argumentet användes av remissinstanser där kritik riktades mot presumtionsregler generellt när det gäller ansvar och skuld. De hänvisade till att var och en i ett samhälle ska betraktas som oskyldiga till dess att motsatsen bevisas och att detta ska gälla även vid diskriminering. Med andra ord sagt att motsatsen ska bevisas och inte presumeras.

### **5.3 Marknadsskäl som motbevisning i AD 2013 nr 64**

Marknadsskäl som motbevisning i AD 2013 nr 64 har diskuterats bland rättsvetenskapspersoner. Källström/Malmberg skriver att när det påstås om sämre behandling t.ex. genom lägre lön måste det föreligga en jämförbar situation parterna emellan för att det ska vara fråga om diskriminering.<sup>479</sup> Vidare menar Källström/Malmberg gällande lönesättning, att rättspraxis visar svårigheter för arbetstagare att ifrågasätta de principer för lönesättning som är accepterade i kollektivavtal samt bransch- och företagspraxis.<sup>480</sup>

Per Norberg<sup>481</sup> har uttalat sig angående marknadsskäl som motbevisning. Han framhåller:

”I Sverige finns det tyvärr ingenting som antyder att marknadsbegreppet håller på att problematiseras och att Arbetsdomstolen aktivt söker i juridisk och ekonomisk vetenskap för att utforma bra handlingsregler avseende när en arbetsgivare bör få anpassa sig till marknadspriset för ett visst arbete trots att kvinnor missgynnas.”<sup>482</sup>

Fransson/Stüber tolkar Norbergs slutsats som att Arbetsdomstolen godtagit arbetsgivarens marknadsargument för lönesättning, om det är bevisat att lönesättningen följer gällande marknadspris. De menar att utgången i AD 2013 nr 64 följer Norbergs slutsats då AD godtog arbetsgivarens resonemang att löneanspråket hängde samman med att det fanns ett behov av just hans kunskap och erfarenhet.<sup>483</sup>

<sup>479</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 85.

<sup>480</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 95.

<sup>481</sup> Universitetslektor vid Lunds universitet.

<sup>482</sup> Norberg (2007) s. 178. Not. 444.

<sup>483</sup> Fransson & Stüber (2015) s. 200.

Schömer ansluter sig till kritiken mot att AD inte prövar huruvida en lön är diskriminerande med hänvisning till marknadskrafter. Vidare menar Schömer att det är tillräckligt för att AD ska anse att löneskillnaden inte har med kön att göra.<sup>484</sup>

Norberg skriver att:

”Det har varit ytterst svårt att bevisa likvärdigt arbete om kollektivavtal säger olika lön och skulle arbetstagarna klara detta så kan arbetsgivaren möta med andra sakliga argument som marknadsskäl och då inte behöva göra just mer än ett påstående.”<sup>485</sup>

Norberg kommenterar AD 2013 nr 64 och är tveksam till om det varit nödvändigt för arbetsgivaren att anpassa sig till lönekraven, vilket är den enda situation då marknadsskäl är acceptabla i lönediskrimineringstvister. Även om den manliga behandlingssekreteraren på grund av marknadsskäl fick högre lön, fanns det flera lämpliga kandidater med samma arbetsvana i den efterfråga metoden.<sup>486</sup>

Vidare menar Norberg att det för en utomstående skulle vara osannolikt att de hävdade sakskaalen hade varit nödvändiga för att ge mannen den lön som han efterfrågade. Fackföreningen uttömde inte alla möjliga alternativ för bland annat löneöversyn vilket enligt Norberg kan ha berott på att det gav förhandlingsutrymme för framtida kvinnor på arbetsplatsen. Därför ville inte facket förhandla till en lägre lön för mannen.<sup>487</sup>

Norberg skriver vidare att facket kunde förhandlat till sig högre lön för de andra arbetstagarna och övertygat arbetsgivaren att vidareutbilda fler arbetstagare för att de skulle få samma möjlighet till ökad lön. Fransson/Stüber hänvisar här till en sorts facklig passivitet till varför fackföreningen agerade som de gjort.<sup>488</sup> Norberg instämmer och skriver att:

”Det avgörande för detta måls utgång är att mannens och kvinnans lönesättning var kända för den lokala fackföreningen utan att de ingrep. Om fackföreningen var missnöjd skulle den ha använt kollektivavtalsvägen först och lagstiftningsvägen endast om arbetsgivaren bortsåg från deras i en formell förhandling framförda diskrimineringsinvändning. Att protestera utan att begära förhandling är att acceptera och då får man leva med de kompromisser som gjorts även om man inte är nöjd med dem.”<sup>489</sup>

Norberg anser att det skulle bli lättare för kändanden i diskrimineringstvister att bevisa diskriminering om det hade funnits en möjlighet att överklaga till HD.<sup>490</sup> Fransson/Stüber skriver att det i AD 2013 nr 64 föreligger en decentraliserad och normlös lönesättning som är individuellt baserad, alltså

---

<sup>484</sup> 'Eva Schömer', <https://arbetet.se/2013/10/02/ads-lovsang-till-marknaden/> (Artikel av Eva Schömer) (hämtad: 2021-03-01).

<sup>485</sup> Norberg (2007) s. 584.

<sup>486</sup> Norberg (2007) s. 587 f.

<sup>487</sup> Norberg (2007) s. 588.

<sup>488</sup> Norberg (2007) s. 589., Fransson & Stüber (2015) s. 196.

<sup>489</sup> Norberg (2007) s. 589.

<sup>490</sup> Norberg (2007) s. 590.

genom kollektivavtal.<sup>491</sup> Vidare hänvisar de till studier som visar att kvinnor kan gynnas på individuell lönesättning.<sup>492</sup> Vad gäller marknadsargument i lönediskrimineringsmål har som sagt frågan behandlats i Enderby. Arbetena mellan mannen och kvinnan ansågs likvärdiga. EU-domstolen fastslog då att det ankommer på de nationella domstolarna att göra en bedömning av omständigheterna vid försvar av lönesättning grundat på marknadsskäl. Marknadsskäl kan i sig utgöra objektivt grundat godtagbart ekonomiskt skäl för att höja lönen för en viss befattning i förhållande till en annan likvärdig.<sup>493</sup> Även om det ankommer på AD att pröva marknadsskäl i förhållande till diskriminering menar Fransson/Stüber, som hänvisar till Norberg, att AD undviker att gå in och pröva marknadsskäl. I AD 2013 nr 64 räckte det för arbetsgivaren att förklara löneskillnaden mellan mannen och kvinnan genom att argumentera för att det fanns ett genuint behov av just hans kunskaper och erfarenheter. Fransson/Stüber är kritiska till att AD inte närmre går in och prövar de marknadsskäl som arbetsgivaren lade fram.<sup>494</sup>

---

<sup>491</sup> Fransson & Stüber (2015) s. 114.

<sup>492</sup> Fransson & Stüber (2015) s. 115.

<sup>493</sup> C-127/92 p. 26-28.

<sup>494</sup> Fransson & Stüber (2015) s. 127 f.



# 6 Analys och egna slutsatser

## 6.1 Hur ser bevisbördan ut de lege lata?

I EU-rätten finns en regel om delad bevisbörda och den regeln har vuxit fram ur rättspraxis och blivit kodifierad i direktiv och sedan ordagrant förts över till diskrimineringslagen. I ett första steg ska arbetstagaren visa de fakta som gör diskrimineringen antaglig om arbetstagaren förmår detta antas att en diskriminering ägt rum och bevisbördan går över på arbetsgivaren som ska bevisa en annan orsak till sitt handlande som helt saknar samband med diskrimineringsgrunden.

Det finns en stor debatt i Sverige kring om hur bevisbördan ska hanteras och vilka delar av en bevisning som ska hamna i vilket steg. Det är t.ex. bättre för arbetsgivaren om en viss omständighet uppfattas som en motbevisning kring en omständighet än att arbetstagaren får styrka för att göra diskriminering antaglig. Då räcker det med att arbetstagarens bevisning puttas ner till inte längre ner än styrkt, medan om samma bevisning hör till brytande måste arbetsgivaren fullt ut styrka att detta bevis visar på en omständighet som gör att beslutet helt saknar samband med diskrimineringsgrunden.<sup>495</sup>

I alla de rättsfall jag gått igenom så har jag inte kunnat hitta ett enda fall där jag vill kritisera Arbetsdomstolen för att ha tagit och placerat en omständighet och bevisningen kring den omständigheten i fel steg utan Arbetsdomstolen har, så som jag ser det, placerat alla omständigheter rätt.

Jag har fem rättsfall som jag vill diskutera då jag finner dem särskilt intressanta. (1) AD 2018 nr 74 är viktigt eftersom Arbetsdomstolen gjorde fel. I det fallet borde arbetstagaren ha gjort diskrimineringen antaglig och domstolen borde ha låtit bevisbördan gå över på arbetsgivaren eftersom min uppfattning är att bevisningen faktiskt styrkte omständigheter som gör diskriminering antaglig.

I (2) AD 2013 nr 74 gavs ingen bevislättning och (3) AD 2013 nr 18 likaså. I de här fallen menar jag att arbetstagaren inte styrkte omständigheter som gjorde att diskriminering kunnat antas. Arbetsgivarens motbevisning fördes till rätt steg. Det var det första steget och arbetsgivarens motbevisning var tillräckligt stark för att sänka arbetstagarens bevisning så att den inte längre nådde upp till beviskravet styrkt. De här två rättsfallen illustrerar att bevislättningen inte ges för arbetstagaren i det första steget. Något som

---

<sup>495</sup> I AD 2011 nr 22 gör käranden gällande omständigheten *tidssamband mellan missgynnande och diskrimineringsgrund*. Tidssambandets betydelse försvagas av den av svaranden åberopade omständigheten att arbetsgivaren upprättat ett arbetsschema där den provanställda fått tider. Här är möjligen ett exempel på när arbetsgivarens motbevisning puttar ner en av käranden åberopad omständighet så att omständigheten försvagas.

Källström/Malmberg också anser.<sup>496</sup> EU-domstolen har varit ganska hård med huvudregeln i till exempel Brunnhofer.

I (4) AD 2013 nr 64 ställde Arbetsdomstolen för låga krav på marknadsargumentet. Marknaden var möjligen en delförklaring men det är svårt att förstå hur Arbetsdomstolen kunde anse att hela löneskillnaden saknade samband med diskriminering och det kravet ställs uttryckligen till följd av EU-rätten i Enderby.<sup>497</sup>

Insikt är ett felaktigt krav för mål om trakasserier och det ställs ett krav på arbetstagaren att bevisa insikt i (5) AD 2013 nr 29.

## 6.1.1 Arbetstagarens bevisbörda

Det verkar vara full bevisbörda för alla fakta i steg ett som gör diskriminering antaglig.<sup>498</sup> Detta är en huvudregel som AD har och EU-rätten tillåter. Jag hittar inget undantag från huvudregeln i AD:s rättspraxis.<sup>499</sup> Huvudregeln har stöd i EU-domstolens praxis.<sup>500</sup> Enligt min uppfattning har dock Arbetsdomstolen i något fall gått för långt och det fallet är tveksamt i förhållande till EU-rättens minimikrav.<sup>501</sup> Jag har tre fall som jag vill diskutera. I AD 2018 nr 74 menar jag att Arbetsdomstolen dömde fel. Det som arbetstagaren lyckades bevisa styrkte enligt min mening omständigheter som gav anledning att anta att diskriminering uppstått. Jag kommer att återkomma till det sen.

Jag har heller inte hittat något fall där jag menar att EU-rätten krävt en sänkt bevisbörda för käranden. Det finns två fall som jag tar hjälp av för att illustrera fall där det inte verkar ges någon bevislättning. AD 2013 nr 74 är ett sådant fall, AD 2013 nr 18 är ett annat. Arbetstagaren visade saker som pekade mot att ett orsakssamband kunde föreligga. Men arbetsgivaren hade också en motbevisning som var tillräcklig starkt för att arbetstagaren inte

---

<sup>496</sup> Det stämmer överens med vad Källström/Malmberg skriver om att det inte verkar tillämpas någon bevislättning för frågan om missgynnande., Källström & Malmberg (2019) s. 90 ff.

<sup>497</sup> Jag delar uppfattning med Källström/Malmberg, Fransson/Stüber, Norberg och Schömer som alla är kritiska till att Arbetsdomstolen ställer för lite krav på marknadsargumentet i fallet.

<sup>498</sup> Bevislättningen verkar inte vara särskilt stor eftersom det är orsakssambandet där bevislättningen normalt tillämpas. Orsakssamband presumeras även i straffrätten likgiltighetsuppsåt.

<sup>499</sup> Westberg skriver att om domaren inte tvekar inför slutsatsen om ett påstående är bevisat då har käranden styrkt detta påstående. Någorlunda konkretiserat tvivel inför samma påstående innebär att påståendet kan betraktas sannolikt. Det finns dock inga övertygande belägg att det förhåller sig på detta vis. I AD 2011 nr 23 framstår det enligt Arbetsdomstolen som *troligt* att provarbete har varit på tal. Möjligen kan detta vara någorlunda konkretiserat tvivel. Om något är troligt tänker jag att det föreligger ett visst tvivel kanske. Det kan även bara vara så domen är skriven. Min uppfattning kvarstår att jag inte hittat något undantag från full bevisbörda för käranden.

<sup>500</sup> Se Brunnhofer.

<sup>501</sup> AD 2018 nr 74.

ansågs ha styrkt de omständigheter som gör diskriminering antaglig. De visar bara att någon bevislättning inte ges.

## 6.1.2 Arbetsgivarens bevisbörda

Det verkar föreligga en full civilrättslig bevisbörda för att presumptionen ska brytas vilket är en hårt tillämpad huvudregel. Det verkar vara en låg gräns för när arbetsgivarens presumption ska brytas om man tittar på AD 2013 nr 64, som kan vara ett undantag till en huvudregel om full bevisbörda för arbetsgivaren i det andra ledet.

EU-domstolen har inte tagit ställning till när man ska göra undantag till arbetsgivarens del. I Enderby framgår att nationella domstolar ska pröva frågan om marknadsskäl kan förklara hela löneskillnaden. Detta var faktiskt en situation där EU-domstolen sa att det var viktigt att behålla en högt ställd bevisbörda för marknadsskäl.<sup>502</sup> I andra delar har inte EU-domstolen talat om huruvida arbetsgivarens bevisbörda ska kunna sänkas.

## 6.1.3 Analys rättsfallsstudie

I AD 2018 nr 74 finns det tre tydliga bevisade omständigheter som ger arbetstagaren befogad anledning att tro att arbetstagaren skulle få en tillsvidareanställning. De tre omständigheterna som talar för arbetstagaren i presumtionsledet var följande.

För det första, att arbetstagaren efter tre och en halv månad blev sjuk på deltid mellan den 4 april och den 15 april. Under deltidssjukrivningens tid gav arbetsgivaren arbetstagaren en betald tvådagarsutbildning. För att hon skulle klara av att gå den trots sin deltidssjukskrivning fick hon avlastning för att kunna förbereda sig inför den. För det andra, när hon födde barnet fick hon hälsningen av arbetsgivaren att hon var välkommen tillbaka. För det tredje, att arbetsgivaren gav arbetstagaren kvalificerade arbetsuppgifter och beröm för utförandet av enskilda arbetsuppgifter bl.a. under ett möte den 24 mars. Berömmen avsåg perioden arbetstagaren arbetade heltid.

Det fanns även tre omständigheter som talade för arbetsgivaren i presumtionsledet. De var för det första att arbetsgivaren inte hade fått pröva den anställde sex månader utan bara tre och en halv månad heltid och två

---

<sup>502</sup> På frågan varför Arbetsdomstolen väljer att inte granska marknadsskäl kan jag *bara spekulera*. EU-rätten verkar ha kolliderat med svensk rätt och påverkat den svenska modellen med kollektivavtal. Historiska skeenden talar för där ändringar i jämställdhetslagen tagit hänsyn till dåvarande EU-rätt även om Sverige ännu inte var medlem i EU. Till en början tog jämställdhetslagen höjd för att arbetsmarknadens parter skulle hantera lönebildningen. EU-regler började dock växa fram och skapa en rättssyn där kollektivavtalens betydelse försvagades och t.ex. prövningen av vad som utgör lika eller likvärdigt arbete fick ökad bredd där man frångick betydelsen av fackligt förankrade arbetsvärderingar. Kollektivavtalens betydelse luckrades upp något genom lagstiftning och rättspraxis. I dagens rättssystem syns det tydligast när EU:s reglering om marknadsskäl skapar en spänning i den svenska lönebildningen och det verkar vara därför Arbetsdomstolen inte granskar marknadsskäl enligt proportionalitetsprincipen.

veckor på halvtid. För det andra att när anställningsförhållandet slöts visste arbetsgivaren om att arbetstagaren var gravid. För det tredje, att när provanställningen avbröts visste arbetsgivaren att man inte skulle pröva arbetstagaren mer före 15 juni då provanställning skulle övergå till tillsvidareanställning.

Arbetsdomstolen lade stor vikt vid arbetsgivarens tre åberopade omständigheter när den kom fram till att käranden misslyckats med att göra diskriminering antaglig. Arbetsdomstolen diskuterade bara om det handlandet att ge en betald utbildning innebar en oskälig press på arbetstagaren för att arbeta mer än hon orkade på grund av sin sjukdom och fann att så inte var fallet.

Jag menar att det handlandet att ge betald utbildning visar att arbetsgivaren ansåg att hon var tillräckligt duktig. I april hade arbetsgivaren uppfattningen att arbetstagaren skulle få en tillsvidareanställning och hade arbetsgivaren tänkt att avbryta provanställningen skulle arbetsgivaren hellre velat att hon arbetat fram till det sista beräknade datumet 14 april och inte utbildat sig. Två dagarskursen ger stöd till sakförhållandet att arbetstagaren hade befogad anledning att tro att provanställningen skulle övergå i en tillsvidareanställning.

I fallet är det ostridigt att arbetsgivaren kände till att arbetstagaren var gravid när man skrev på provanställningsavtalet och att provanställningen bara skulle pågå i fyra månader, fram till den beräknade förlossningsdagen 15 april. Arbetsgivaren visste alltså att hennes beräknade förlossning var då provanställningen hade pågått i enbart fyra månader och man är överens om att arbetsgivaren var tvungen att omfördela arbetsuppgifter de två veckorna och det var ett problem eftersom det bedömdes skapa merarbete. Efter ytterligare elva dagar blev hon sjukskriven på heltid och fram till dess att hon födde sitt barn. När hon födde barnet fick hon hälsningen att hon var välkommen tillbaka. Två och en halv vecka senare avbröts provanställningen. Arbetsgivaren menade att hon helt enkelt inte visat att hon var tillräckligt duktig. Enligt min uppfattning borde dessa bevisade fakta leda till att presumtionen slagit till.<sup>503</sup> Detta eftersom arbetsgivaren hade agerat så att arbetstagaren hade fått en *befogad anledning att tro* att anställningen skulle fortsätta. Att arbetsgivare agerar så att arbetstagare får en befogad anledning att tro att man ska få en tjänst är centralt även i andra situationer än provanställning.<sup>504</sup>

Beröm för enskilda arbetsuppgifter och att arbetsgivaren önskade arbetstagaren välkommen tillbaka när barnet föddes och en betald utbildning när arbetsgivaren visste att hon skulle sluta är enligt mig tillräckliga fakta som starkt tyder på att det är visat att arbetsgivaren, åtminstone när barnet föddes efter tre och en halv månads arbete på heltid och två veckors arbete

---

<sup>503</sup> Felet ligger bara i bevisvärderingen. De fanns tre bevisade sakomständigheterna för arbetstagaren och motbevisning från arbetsgivaren. Arbetsgivarens motbevisning fick väga för tungt men Arbetsdomstolen placerade bevisbördan rätt.

<sup>504</sup> Jämför AD 2015 nr 72., Källström & Malmberg (2019) s. 93.

på deltid hade uppfattningen att provanställningen skulle övergå till en tillsvidareanställning. Två och en halv vecka senare ändrade arbetsgivaren sig och avbröt provanställningen. Eftersom arbetsgivaren agerat så att arbetstagaren hade en befogad uppfattning om att provanställningen skulle förlängas trots att arbetet bara varat i fyra månader och sedan ändrade sig, är det mer rimligt att värdera bevisningen så att presumptionen skulle ha slagit till.

Det fanns således tre tydliga bevisade omständigheter som jag menar borde ha skapat presumtion för diskriminering. Jag vet inte hur utgången i så fall hade blivit, men det är möjligt att den blivit annorlunda. Om presumptionen slagit till hade det varit arbetsgivarens sak att bevisa att hennes sätt att utföra arbetet var hela skälet till att provanställningen inte förlängdes.

I AD 2013 nr 74 fanns det vittnesuppgifter, ett SMS och att den upplevt diskriminerade blivit erbjuden anställning. Käranden menar att bolaget återtagit erbjudandet och svaranden menar att käranden självmant valt att inte tillträda densamma. Arbetsdomstolen prövar all bevisning i ett sammanhang med utgångspunkt i vad som sades i telefonsamtalet. Detta tycker jag är klokt eftersom allt hör till frågan om missgynnande.

Samtidigt funderar jag på om, de tre omständigheterna att den upplevt diskriminerad (1) blev glad över att ha fått arbetet, (2) att hon efter bekräftad graviditet hörde av sig om anställningsvillkor och (3) försvaret med mobiltelefonförbud, är svag eller stark bevisning. Jag landar i att detta är ganska stark bevisning för att hon velat ha arbetet. Det SMS som återopas sammantaget med vittnesuppgifter som stöder hennes reaktioner borde ha tolkats till kärandens fördel. Arbetsdomstolen kommer sammantaget fram till domen och då tänker jag att det SMS som fanns som bevisning, isolerat, hade givit stöd åt arbetsgivaren men sammantaget med annan bevisning kunde ha givit stöd åt käranden. Detta fall kan illustrera när någon bevislättnad inte tillämpas i första steget.

I AD 2013 nr 18 tycker jag att bevisvärderingen är klok. Bevisningen värderas i ett sammanhang eftersom den innehåller tvistiga delar och det har som sagt stöd i förarbetena till den nya diskrimineringslagen. Enligt min uppfattning är det centrala bolagets VD:s ställningsfullmakt och huruvida arbetstagaren insåg eller borde ha insett detta. Eftersom arbetstagaren förhördes under sanningsförsäkran och lämnade ett mycket trovärdigt intryck fann AD att det är bevisat att den upplevt diskriminerade varken insåg eller borde ha insett. Det får till följd att övriga omständigheter som talar emot käranden tappar i betydelse. Detta fall tyder på att befogad anledning att få löneförhöjning omfattas av diskrimineringsförbudet och illustrerar ett fall där någon bevislättnad inte verkar ges eftersom detta är så pass stark bevisning, enligt min uppfattning.

Även för frågan om orsakssamband tycker jag det är en rimlig bevisvärdering. Det fanns flera omständigheter som talade för DO:s ståndpunkt men innehöll tvistiga delar varför bevishanteringens sker i första

ledet. Arbetsgivaren visste om graviditeten och uttryckte missnöje samt missgynnande arbetstagaren. Mötet ansågs ha ägt rum eftersom arbetsgivaren inte kunde minnas medan arbetstagaren uppgav att det ägt rum i ett trovärdigt förhör. Det fanns starka bevis i form av förhör under sanningsförsäkran och skriftliga bevis såsom mejl och sms som gav starkt stöd för kärandens version. Dessutom var båda parter överens om att 2 500 kr diskuterats och det borde rimligen vara så att bevisbördan skulle ligga på arbetsgivaren för att tala om att denne saknade befogenhet. VD brukar ju ha befogenhet att sluta avtal om lön.<sup>505</sup>

I AD 2013 nr 64<sup>506</sup> gör AD rätt i bedömningens första led. Bevisningen värderas i första ledet eftersom det fanns tvistiga delar för rekvisitet jämförbar situation. De bevisade omständigheterna talade starkt för att de hade utfört lika eller likvärdigt arbete. I den delen verkar det som att arbetsgivaren menade att skillnaden i kunskap och erfarenhet skulle ha betydelse för lönesättningen och inte ha betydelse för om arbetsuppgifterna varit att betrakta som lika eller likvärdiga. Det tycker jag är en klok bedömning eftersom själva arbetsuppgifterna inte varit olika. Skillnaden var att B.L. blivit tilldelad uppdraget för den särskilda arbetsgruppen och att hans kunskaper varit till nytta genom att han bidrog med relevanta synpunkter för små barn under arbetets gång, även om de inte varit hans tilldelade arbetsuppgifter. Huvuduppgifterna för B.L. hade varit sedvanliga utredningar och han hade inte några arbetsuppgifter utöver de vanliga även när han tillhörde den särskilda arbetsgruppen. Även då var han inte bortkopplad från de övriga arbetsuppgifterna. Det var vanligt att arbetstagare fick delta i olika arbetsgrupper och arbetsuppgifterna förändrades inte då. En tredje arbetstagare, utöver B.L. och den berörda arbetstagaren innehade samma arbetsuppgifter som B.L. vilket gav stöd för att B.L. arbetsuppgifter inte skiljde sig särskilt mycket. Arbetet i den särskilda arbetsgruppen stannade upp under tiden B.L. var på föräldraledighet men det berodde det på att det var han som hade uppdraget. Även om B.L. bevisligen hade kunskaper i BBIC som ingen annan hade och dessa kunskaper kom till användning så ansåg Arbetsdomstolen att arbetena var lika eller likvärdiga.

I ett andra led menade svaranden att marknadslöneläget kan påverka löneläget men håller med att om omotiverade löneskillnader inte får förekomma mellan män och kvinnor.<sup>507</sup> Lönesättningen hade skett utifrån sakliga och godtagbara skäl som fullt ut förklarar löneskillnaden. Lönen var resultatet av en nyanställningssituation där kunskap och erfarenheten av BBIC från B.L. varit delvis styrande och är alltså ett resultat av marknadskrafter.<sup>508</sup> Arbetsdomstolen gick på svarandens linje och framhöll att de löneskillnader som bestått efter lönerevisionerna grundades på sakliga och objektiva skäl som helt saknat bl.a. med arbetstagarens könstillhörighet.

---

<sup>505</sup> Jämför *principen om standardavvikelse*.

<sup>506</sup> Jag riktar enbart kritik mot det sätt som Arbetsdomstolen hanterade marknadsargumentet från käranden.

<sup>507</sup> AD 2013 nr 64 s. 11.

<sup>508</sup> AD 2013 nr 64 s. 13.

Här menar jag att domen är tveksam i förhållande till EU-rätten. Enligt EU-rätten står inte en lönesättning som styrts av marknadsskäl mot likalöneprincipen om den är saklig och rationellt motiverad. Det finns inget hinder mot att ge de båda arbetstagarna olika lön trots att de utför likvärdigt arbete men bara om lönen svarar mot något verkligt behov och om den är adekvat och nödvändig för att uppnå det eftersträvade resultatet. Arbetsdomstolen ska om nödvändigt tillämpa proportionalitetsprincipen för frågan om lönen strider på likalöneprincipen.<sup>509</sup> Källström/Malmberg, Fransson/Stüber, Norberg och Schömer är kritiska till att Arbetsdomstolen inte går in och prövar de marknadsskäl som arbetsgivaren lade fram. Jag är av liknande uppfattning. I fallet handlade det om en löneskillnad på ca 2000 kr. Det är en stor löneskillnad på ett år och under ett helt arbetsliv. Det verkar ha varit en tre dagars utbildning och yrkesutbildning kan vara ett objektiva sakskalet. Denna utbildning skiljde arbetstagarna åt och var den egentliga motiveringen bakom löneskillnaden. Frågan är om löneskillnaden på ca 2000 kr kan motiveras med hänsyn till en tre dagars utbildning. Även om en del av löneskillnaden kan motiveras med marknadsargument är resterande del lönediskriminerande. Det kan vara lämpligt och nödvändigt att höja lönen på grund av marknadsskäl, men i det här fallet med så pass hög löneskillnad och att så lite krävdes för att genomgå utbildningen anser jag att Arbetsdomstolen inte har gjort den proportionalitetsbedömning av marknadsskäl som EU-rätten föreskriver eftersom Arbetsdomstolen inte verkar granska marknadsskäl alls. Detta fall skulle möjligen kunna vara ett undantag från att arbetsgivarens motbevisning är full civilrättslig bevisbörda. Även om, låt oss säga, 1 500 kr i löneskillnad hade varit lämplig och nödvändig är i så fall de resterande 500 kr som fanns i löneskillnad potentiell könsdiskriminering. Att betala ca 2 000 kr för en tredagarskurs tycker inte jag är nödvändigt när det fanns 92 andra sökanden.

I AD 2013 nr 64 är jag av uppfattningen att marknadsskäl får väga för tungt i förhållandet till intresset av att motverka lönediskriminering. I ett annat fall gjorde AD en mer rimlig bedömning enligt mig. Där hade rekryteringsfrågan färsk efterfrågad erfarenhet och kunde tillgodose det nya arbetssätt som behövdes. Lönesystemet var på lönen grundades var baserad på sakliga och objektiva kriterier och lönerna förhandlades individuellt.<sup>510</sup>

#### **6.1.4 Insiktsrekvisitet vid trakasserier och sexuella trakasserier**

Generellt sett tycker jag att Arbetsdomstolen har hanterat vittnesmål på ett bra sätt men i t.ex. AD 2013 nr 29 fanns det ett avsiktsrekvisit vilket jag är kritisk till i förhållande till EU-rätt.

I AD 2009 nr 4 var AD ganska hård i sin bedömning av insiktskravet. Personen som upplevde sig trakasserad hade inte lyckats bevisa att insikt

---

<sup>509</sup> Se Enderby.

<sup>510</sup> Jämför AD 2001 nr 51.

förelegat. AD hänvisar till att t.ex. upprepande kränkningar kan leda till att personen som trakasserar borde inse. I detta fall var kravet snarare att det måste ha stått klart att uppträdandet var trakasserande.<sup>511</sup>

Sexuella trakasserier är uppbyggd kring uttrycken missgynnande, oönskat, insikt och av sexuell natur. I AD 2016 nr 38 ställde DO frågor till Arbetsdomstolen om bl.a. käranden ska behöva bevisa insikt och vilket beviskrav som gäller. EU-rätten säger inget om något insiktskrav vad jag vet och Arbetsdomstolen skickar inte förhandsavgörande. Detta är alltså något som är tveksamt EU-rättsligt att käranden ska behöva bevisa avsikt hos arbetsgivaren.

Gällande insiktskravet föreligger som sagt ett problem i om svaranden ska ha insett eller borde ha insett att käranden upplevt uppträdanden m.m. som trakasserande. Där är det så att dels själva bevisningen där jag tycker att det är svårt att se vilka rekvisit som det ska tillämpas en bevislättning på och DO verkar vara av liknande uppfattning enligt argumentationen i AD 2016 nr 38 och SOU 2016:87<sup>512</sup>, dels tillägget i trakasserier att insikten att någonting är trakasserande att AD lagt en viss bevisbörda på käranden för att visa att svaranden har insett trakasserier. Just den detaljen är jag kritisk till. Ett fall där insiktskravet prövas är AD 2013 nr 29. Jag är som sagt inte kritisk till själva bevisningen men jag tror trakasserier kan ske oavsiktligt också.

DO har vid flera tillfällen i mål om trakasserier ställt liknande frågor till Arbetsdomstolen och begärt förhandsavgörande från EU-domstolen. Det tyder på att DO är av liknande uppfattning att det är problematiskt.

I AD 2016 nr 38 menade AD att arbetsgivaren kunde ha korrigerat situationen som uppstod när den anställde satte sig i dennes knä. Det verkar som att domstolen uppfattar vissa handlingar som oacceptabla och olämpliga. De handlingar jag syftar på är kramar och pussar samt att diskutera lön när den anställde sitter i knäet. I jämförelse med AD 2009 nr 4 verkar det här räcka med att arbetsgivaren borde ha insett att beteendet upplevts som kränkande. Borde ha insett tycker jag är rimligare och jag är inte oroad över utvecklingen. AD verkar ha sänkt beviskravet på käranden sedan DO yrkat av AD att EU-domstolen ska pröva detta.<sup>513</sup> AD:s praxis är tveksam EU-rättsligt eftersom diskriminering kan ske oavsiktligt och det finns inget skäl att tro att det inte skulle kunna gälla även trakasserier. Därför vore det rimligare att rekvisitet för insikt var borde ha insett. Det verkar som att insiktskravet har utvecklats till att vara mer borde ha insett.

---

<sup>511</sup>I AD 2010 nr 21 lyckades käranden inte heller visa att insiktskravet var uppnått. Bevisbördan för insiktskravet är på käranden och de behövde visa att arbetsgivaren insåg att dennes beteende upplevts som trakasserande.

<sup>512</sup> Källström & Malmberg (2019) s. 92.

<sup>513</sup> I AD 2016 nr 56 ställer DO frågan om bl.a. insiktskravet och om kränkningen måste ha stått klar för en person med normal omdömesförmåga. DO upprepar frågor om bevisning vid ytterligare fall däribland AD 2016 nr 38.



I AD 2017 nr 45 är det flera vittnesmål som har liknande berättelser och här tycker jag som sagt att Arbetsdomstolen hanterar vittnesmålen på ett bra sätt eftersom de väljer att tro på dem. Arbetsgivaren åberopar dock den omständigheten att han inte har för avsikt att sexuellt trakassera kvinnan. Detta verkar inte Arbetsdomstolen pröva och om det har att göra med att DO ställde frågor angående sexuella trakasserier och bevisbörda samt beviskrav framgår inte i domen.

## 6.1.5 Avrundning av egna slutsatser

Sverige följer EU-rättens minimikrav. Jag har hittat två undantag, det ena finner jag i det första ledet av bevishanteringen och det andra i det andra ledet. Jag har även hittat ett insiktskrav ställt på arbetstagaren i mål om trakasserier vilket är felaktigt.

Generellt är jag av uppfattningen att Arbetsdomstolens praxis under 2010-talet är sträng mot käranden. Detta bra från ett formellt rättssäkerhetsperspektiv eftersom det är klart och tydligt både enligt EU-rätt och svensk rätt vad som gäller. Bevislättningen finns men verkar inte vara så stor i AD:s praxis under 2010-talet. EU-rätten verkar ha en stark huvudregel för full bevisbörda för fakta som gör diskriminering antaglig. Huvudregeln om full bevisbörda är fullt förenlig med EU-rätten. Jag har givit några exempel på undantag som är tveksamma. Men det är undantag från en huvudregel. Det är klart och tydligt med restriktiv EU-rätt och restriktiv rättspraxis från AD. Detsamma gäller dels arbetstagarens bevisning i första ledet och arbetsgivarens motbevisning i andra ledet.

I AD 2018 nr 74 menar jag att presumptionen i vart fall borde ha slagit till. Det som ansågs bevisat borde varit tillräckligt för att presumptionen skulle ha slagit till. I de allra flesta fall är bevishanteringen förenlig med EU-rättens minimikrav men ett fall där jag uppfattar det som tveksamt är AD 2018 nr 74.

I AD 2013 nr 64 är jag av uppfattningen att arbetsgivarens motbevisning är ett undantag från huvudregeln om full civilrättslig bevisbörda. EU-rätten har inte uttalat sig om det ska vara möjligt att sänka arbetsgivarens bevisbörda i mål om könsdiskriminering.

I mål om trakasserier finns det ett avsiktskrav och jag är kritisk till detta från ett EU-rättsligt perspektiv. Det verkar som att det har lagts en viss bevisbörda på käranden för att svaranden borde ha insett. Borde ha insett är rimligare än måste ha insett. Utvecklingen verkar gå mer mot borde ha insett.

## 6.2 Borde vi ändra den svenska lagtexten de lege ferenda?

Regeln om delad bevisbörda verkar vara svårtillämpad och är inte tillräckligt lik den svenska rättstraditionen med presumtionsregeln. Jag tycker att presumtionsregel är ett bättre sätt att uppfatta diskrimineringslagens bevisregel än en regel om delad bevisbörda enligt EU-modellen. Därför bör vi försöka utforma bevisregeln så att den hamnar i nära anslutning till våra vanliga civilrättsliga regler.

SOU 2016:87 innehåller ett bra förtydligande om nuvarande rättsläge ska bestå. SOU:n delade upp det i två bitar vilka var omständigheter som gör det antagligt i det första ledet och arbetsgivarens motbevisning i det andra. Den föreslagna lydelsen i SOU 2016:87 är bättre än lydelsen i diskrimineringslagen genom att dela upp i två stycken. Ordalydelsen enligt nuvarande bevisregel är enligt min uppfattning förenlig med det Malmberg skriver om presumtionsregel. Den föreslagna lydelsen ovan nämnda SOU är marginellt bättre.

Det finns enligt min uppfattning tre förändringar som skapar en marginellt bättre lagtext. För det första innehåller 2016 års SOU en paragraf uppdelad i två styckesindelningar. Detta får till följd, menar jag, att det är tydligare att det ska vara en tvåstegsprövning och styckesindelningen symboliserar det. För det andra används ordet *ska* i paragrafens första led vilket gör det marginellt tydligare att det skapas en presumtion efter första steget i bevisprövningen. Diskriminering *ska* ha ansetts förekommit, vilket menas att man antar att diskriminering förekommit innan arbetsgivarens motbevisning för andra skäl träder in i bevisprövningens andra led. För det tredje så är uttrycken ”visa” och ”styrkt” olika uttryck för beviskrav som görs en åtskillnad i paragrafens första och andra led. Westberg framhåller i sin artikel att:

”En möjlig allmän prejudikatolkningsregel skulle kunna vara att om Högsta domstolen inte skriver något om beviskravets höjd, bör utgångspunkten vara att domstolen har använt ”styrkt” som utgör det normala beviskravet i tvistemål. Av ordalydelsen i lagmotiven till den presumtionsregel som domstolen tillämpade i prejudikat finns inte något tydligt ställningstagande till styrkan på det beviskrav som riktas mot käranden i det presumtionsgrundande ledet. Den då gällande presumtionsregeln liksom den nu gällande innehåller ordet ”visa”. Uttrycket är mångtydigt. Det kan endera uppfattas som en synonym till bevisa eller som en synonym till ”styrkt”. Om lagförarbetena inte lämnar tydliga anvisningar om hur uttrycket ”visa” ska förstå, har Högsta domstolen ansett att det finns utrymme inom rättstillämpningen att göra de bevislätnader som kan vara påkallade.”<sup>514</sup>

Det är därifrån jag har hämtat tankegångarna om bevisuttrycken ”visa” och ”styrkt”. Uttrycket ”visa” i paragrafens första led kan symbolisera ett öppet begrepp och öppnar upp för sänkning av beviskravet och sänkning av beviskravet även för jämförelseperson och missgynnande för käranden kan vara nödvändigt enligt Enderby med restriktiv hållning enligt Brunnhofer.

---

<sup>514</sup> Westberg (2017) s. 861.

Detta ligger i linje med EU-rättens undantag. Uttrycket ”styrkt” i prövningens andra led låser arbetsgivarens motbevisning till full civilrättslig bevisbörda. Undantaget är att uttrycket ”visa” återigen finns angivet i bevisprövningens andra led för de presumtionsbrytande omständigheterna vilket lämnar utrymme för undantag vid åberopande av marknadsskäl. Ordet styrkt gör dock att full civilrättslig bevisbörda krävs för att bryta presumptionen. Om det är bevisade omständigheter sammantagna eller att omständigheterna var för sig ska anses styrkta det kan jag inte svara på. Det framgår i 2009 års diskrimineringslag att arbetsgivarens motbevisning ska vara styrkt. Enligt ovan nämnda tre förändringar blir paragrafen marginellt bättre. Ingen ändring från dagens rättsläge åsyftas utan det blir endast ett förtydligande i rättssäkerhetens intresse. Det kommer knappast att ha någon betydelse för Arbetsdomstolens dömande verksamhet eftersom det mer liknar det som faktiskt sker i bevisprövningen under 2010-talet i AD:s rättspraxis.

Jag är medveten om att min argumentation är svag. Detta eftersom jag inte ser ett rättsfall där det finns behov av att ändra bevisbörderegeln. I grunden gör Arbetsdomstolen på ett korrekt sätt, men jag har hittat tre saker som kan kritiseras. Kritiken hänger dock inte ihop med att Arbetsdomstolen sammanblandat med vad som hör till de olika bevisstegen.

Samtidigt är det något positivt och för mig ett starkt argument att förtydliga och förbättra i rättssäkerhetens intresse. Det finns en allmän inställning om generella bevisvårigheter för den som upplever sig diskriminerad och därför är förtydligande bra.

### **6.3 Borde den svenska materiella rätten ändras de lege ferenda?**

På frågan om den svenska materiella rätten borde ändras är mitt svar nej. Enligt mig borde Sverige som sagt införa den bevisbörderegeln som formulerades i SOU 2016:87. Detta eftersom samma regel är en bra beskrivning av det svenska materiella rättsläget.

Samtidigt har det svenska materiella rättsläget ifrågasatts. Westberg har gjort det med hänsyn till preventionspåslaget. Enligt min uppfattning är inte det ett bra argument för att förändra det svenska rättsläget. Anledning till att jag tycker så är att vi har preventionspåslag även i MBL:s skadestandsregler och vi har bevislättning där vid föreningsrättskränkning. I arbetsrätten bestäms skadestånd dels med hänsyn till den skada som den enskilda skadelidande drabbas av, dels med hänsyn till det allmänna intresset av att lagen upprätthålls. Vid brott mot MBL finns det alltså ett preventionspåslag även om det inte anges särskilt och bevislättningen i diskrimineringsstvister är inte särskilt stor ändå. Det är som sagt endast orsakssambandet som presumeras i de fall jag studerat och det finns i straffrättens uppsåtslära också. Att diskrimineringsersättningen skulle likna ett slags straff på grund av preventionspåslaget är enligt min uppfattning ett svagt argument. Därför

lägger jag inte någon särskilt vikt vid detsamma i min slutsats, till skillnad mot Westberg. Men i det följande ska jag pröva motargument mot min slutsats med Westbergs tankegångar om preventionspåslag.

En konsekvensteori skulle kunna vara ett möjligt sätt att argumentera för motsatsen till min uppfattning. I sådant fall är det knappast de ekonomiska konsekvenserna som uppstår på grund av diskrimineringsersättning, för de flesta arbetsgivare är skamstraffet och förluster av personal det stora straffet. Enligt min uppfattning är inte denna typ av efterverkningar kopplat till socialt ogillande varför jag tillämpar den konsekvensen i min analys. Det är de icke-ekonomiska förlusterna för den som blir anklagad för diskriminering som slår hårdast mot arbetsgivare. Åtminstone stora arbetsgivare. En indikation på hur förfärligt det är att göra sig skyldig till brott mot diskrimineringslagen är den artikel som beskriver att företag medger ansvar för att slippa rättegång. Därför blir jag lite överraskad när det är Svenskt näringsliv som resonerar från ett straffrättsligt perspektiv. Jag menar att det ligger i allas intresse med en mer förutsägbar lag genom införandet av 2016 års SOU men det kanske är politiskt för att få gehör i riksdagen. Svenskt näringsliv var kritiska till förtydligande av bevisregeln. De menade i korthet att det är en fråga om rättssäkerhet om regler utformas som en presumtion gällande ansvar och skuld. De hänvisar vidare till oskyldighetspresumtionen och menar att motsatsen ska bevisas inte presumeras.<sup>515</sup>

Först prövar jag en vid konsekvensteori vid val av bevisbörderegeln och sedan en tillämpning av en snäv konsekvensteori. För den sistnämnda blir det faktum att rättsföljden är förfärlig för arbetsgivaren att en möjlig väg till lättnad för arbetsgivarens del är befogad. Samtidigt anser jag att ingen förändring i det avseende bör göras även om det känns befogat med en lättnad även för arbetsgivaren. Det är svårt att väga intressen mot varandra på mikronivå eftersom det kan vara minst lika förfärligt att utsättas för oönskad diskriminering.

Min analys av uttrycken visa och styrkt är hämtad från Westbergs artikel. Samma analys leder mig in på att formuleringen i SOU 2016:87 är bra. Detta är som sagt bara ett förtydligande och ingen ändring av bevisbörderegeln åsyftas. Det är två skäl varför jag anser att en ändring bör ske. Dels för att likna mer vad Arbetsdomstolen gör, dels för att förtydliga i rättssäkerhetens intresse. Min slutsats är således att den föreslagna formuleringen i 2016 års SOU borde ha genomförts som den är och det materiella rättsläget ska bestå.

## **6.4 Möjliga argument mot min slutsats de lege ferenda**

Ett möjligt argument mot min slutsats de lege ferenda är att den ena komponenten i diskrimineringsersättningen utgörs av ett preventionspåslag,

---

<sup>515</sup> Se avsnitt 5.2.

som får till följd att diskrimineringsersättningen blir mer straffliknande. Vid tillämpning av en vid konsekvensteori stödjer jag mig på preventionspåslaget och diskrimineringsersättnings straffliknande karaktär. Jag är dock av uppfattningen att det är för långtgående att återgå till traditionella civilrättsliga regler men tar med mig Westbergs tankegångar om diskrimineringsersättnings straffliknande karaktär i min vidare analys.

### 6.4.1 En vid konsekvensteori

En vid konsekvensteori kan möjligen användas för att göra en komparation mellan samhällliga konsekvenser av rättspåföljden. Bengt Lindell menar att det är möjligt att göra en distinktion mellan dels en vid definition av Heumans konsekvensteori, dels en snäv konsekvensteori. Det sistnämnda är enligt Lindells uppfattning snävare definierad än samhällliga konsekvenser på makronivå och tar sikte på konsekvenserna av rättspåföljden på individnivå mellan parterna. Denna konsekvensteori kan beskrivas på följande sätt. Om A drabbas hårdare än B av rättspåföljden efter en komparation bör bevisbördan placeras på B i det enskilda fallet. Jag återkommer till den snäva definitionen i nästa avsnitt.<sup>516</sup> Lindell menar som sagt att det även kan finnas en vid definition av konsekvensteorin.<sup>517</sup>

Lindell framhåller att:

”Frågan om det finns utrymme för en konsekvensteori vid sidan av en ändamålsteori beror helt och hållet på hur man definierar konsekvensteorin (och ändamålsteorin). En vid definition innebär att man ser på samhällliga konsekvenser av en viss tillämpning, en snäv tillämpning att man bara ser på konsekvenser för parterna. Det synes mig som om Heuman i huvudsak, dock inte utslutande, använder en smal definition av konsekvensteorin, men han är inte tydlig på denna punkt.”<sup>518</sup>

Jag delar uppfattningen att det är möjligt att se till samhällliga konsekvenser av en rättsföljd för att placera bevisbördan. Konsekvenserna av rättsföljden i diskrimineringsstvister uppfattar jag vara en komparation mellan dels att motverka oönskad diskriminering<sup>519</sup>, dels att *oskyldiga* inte tvingas utge diskrimineringsersättning. Detta är min egen uppfattning av en vid definition av en konsekvensteori. Det finns remissinstanser i SOU 2016:87 som är av liknande uppfattning och argumenterar utifrån principer som ofta är förknippade med straffrätten.<sup>520</sup> Remissvaren från Visita och Svenskt näringsliv och den gruppen av

---

<sup>516</sup> Bengt Lindell verkar inte ha tagit ställning i just exemplet diskriminering. Men han skriver i en artikel att det inte är helt tydligt om Heuman menar att det är möjligt att tillämpa en vid definition av konsekvensteorin.

<sup>517</sup> Lindell (2007) s. 363.

<sup>518</sup> Lindell (2007) s. 363.

<sup>519</sup> Ändamålet till 2009 års diskrimineringslag att motverka diskriminering framgår av lagens portalparagraf.

<sup>520</sup> Remissvaren till SOU 2016:87 från Visita och Svenskt näringsliv för liknande resonemang gällande bevisregeln. De tar utgångspunkt i en princip att var och en är oskyldig till dess att motsatsen bevisas. Med ”vid” menar jag en konsekvensteori av samhällliga konsekvenser. Denna konsekvensteori skiljer sig från den av Heuman. Se avsnitt 2.3.

remissinstanser spär därför på min uppfattning att det är befogat med ett straffrättsligt perspektiv på diskrimineringsrätten. Det jag uppfattar vara fallet på makronivå är att oskyldiga tvingas utge diskrimineringsersättning vid en dom som grundas på en felaktig faktaversion och att det får stå tillbaka i för stor utsträckning i förhållande till intresset av att motverka diskriminering. Avvägningen är nyanserad och leder inte till ”allt eller inget” utan kommer vara en diskussion där jag prövar Westbergs slutsats.

Det är nödvändigt med en bevislättnad. Även om det är befogat med ett straffrättsligt perspektiv på diskrimineringsrätten, är jag dock av uppfattningen att traditionella civilrättsliga bevisregler<sup>521</sup> inte skulle kunna uppfylla samma ändamål att motverka diskriminering. Detta eftersom det allmänt finns en inställning att det föreligger *generella* bevissvårigheter. Därför behövs en generell bevislättnad, inte en bevislättnad från fall till fall.

Samtidigt skulle en återgång till det traditionella civilrättsliga systemet, där bevislättnad är en valmöjlighet för domstolen, ge domstolen större svängrum att hitta en exakthet som enligt min uppfattning skulle göra att intresset av att oskyldiga inte tvingas utge diskrimineringsersättning får större utrymme på bekostnad av att fler som blir diskriminerade inte får upprättelse. Ska domaren få denna möjlighet att avgöra från fall till fall? Enligt min uppfattning är detta inte en lämplig balans av de båda intressena.

Westbergs tanke om att straffrättsliga principer bör få genomslag på grund av diskrimineringsersättningens preventionspåslag.<sup>522</sup> Med utgångspunkt i principen att var och en är oskyldig till dess att motsatsen bevisas och principen att hellre fria än fälla, är jag tveksam till om orsakssambandet enligt huvudregel bör presumeras.<sup>523</sup> Det är dock för långtgående att bevisbörderegeln inte ska ha en formulering i lag. Där tänker jag annorlunda än Westberg. Det finns en extraregel enligt propositionen till 2009 års diskrimineringslag och AD 2018 nr 74 där orsakssambandet inte presumeras. Bevisningen sammanvägs i tvistiga delar, så att orsakssambandet skulle presumeras i varje fall är inget som sker i verkligheten även om det finns en generell bevislättnad. I vart fall inte i de rättsfall som jag har studerat. Jag tar dock med mig denna tankegång i en tillämpning av en snäv konsekvensteori för att diskutera dem på mikronivå.

## 6.4.2 En snäv konsekvensteori

Konsekvenserna för diskriminering för företaget som döms för diskriminering är väldigt stora. Hela diskussionen om man borde kunna medge skyldigheten, medge anspråk på diskriminering och sen inte prövat i en rättegång, det visar hur förfärligt det är att förlora ett diskrimineringsmål. Detta menar jag skulle kunna tas hänsyn till i valet av bevisbörderegeln.

---

<sup>521</sup> Se avsnitt 2.2.

<sup>522</sup> Jag delar uppfattning med Westberg *i princip*.

<sup>523</sup> Jämför AD 2010 nr 91 där orsakssambandet inte verkar prövas.

Det ligger som sagt en hel del i Westbergs diskussion. En tanke skulle kunna vara att väga in en oskyldighetspresumtion även för den som diskriminerar. Men att gå så långt som att ha samma oskyldighetspresumtion för den som diskriminerar som förknippas med brottmål är att gå för långt. Jag tänker då att presumtionerna skulle ta ut varandra. Det är enligt min uppfattning inte logiskt möjligt. Jag har som sagt redan redovisat min uppfattning att bevislättningen inte är särskilt stor och därför är ingen större ändring nödvändig.

## 6.5 Uttrycken ”visa” och ”styrkt” samt slutsats de lege ferenda

Uttrycken ”visa” och ”styrkt” enligt Westbergs artikel kan betyda olika saker. Jag ska i det följande tillämpa dessa tankegångar för att se om formuleringen i 2016 års SOU är marginellt tydligare än den nuvarande.

I 6 kap. 3 § DiskL framgår:

”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.”

Utom rimligt tvivel är beviskravet vid brottmål. Det kan jämföras med normalkravet i tvistemål som i juridiskt språkbruk brukar anges med uttryck som ”visa” och ”styrkt”. Westberg menar att ”visa” skulle kunna utgöra ett öppet begrepp medan ”styrkt” är ett låst begrepp att ge uttryck för normalkravet vid tvistemål. Westberg framhåller att:

”En möjlig allmän prejudikatolkningsregel skulle kunna vara att om Högsta domstolen inte skriver något om beviskravets höjd, bör utgångspunkten vara att domstolen har använt ”styrkt” som utgör det normala beviskravet i tvistemål. Av ordalydelsen i lagmotiven till den presumtionsregel som domstolen tillämpade i prejudikat finns inte något tydligt ställningstagande till styrkan på det beviskrav som riktas mot kändanden i det presumtionsgrundande ledet. Den då gällande presumtionsregeln liksom den nu gällande innehåller ordet ”visa”. Uttrycket är mångtydigt. Det kan endera uppfattas som en synonym till bevisa eller som en synonym till ”styrkt”. Om lagförarbetena inte lämnar tydliga anvisningar om hur uttrycket ”visa” ska förstå, har Högsta domstolen ansett att det finns utrymme inom rättstillämpningen att göra de bevislättningar som kan vara påkallade.”<sup>524</sup>

Att Westberg anser att bevisa är en lämplig synonym till ordet ”visa” verkar framgå av beskrivningen av presumtionsgrundande omständigheter där ordet ”bevisa” används konsekvent.

”Med presumtionsgrundande omständigheter menar jag de omständigheter som kändanden ska åberopa och bevisa och som utgör den bevismässigt utredda grund på vilken domstolen kan dra slutsatsen att det finns anledning att anta att diskriminering (ett missgynnande) har förekommit.”<sup>525</sup>

---

<sup>524</sup> Westberg (2017) s. 861.

<sup>525</sup> Westberg (2017) s. 854 f.

Jag delar Westbergs uppfattning att en annan betydelse för uttrycket ”visa” skulle kunna vara att ”bevisa”. Att bevisa något är ett öppet begrepp på det sätt att det är otydligt vilket beviskrav som åsyftas. Bevisregeln i diskrimineringslagen stadgar att kändanden ska ”visa” omständigheter. Med hänsyn tagen till Westbergs påstående skulle då kändanden ha full civilrättslig bevisbörda motsvarande ”styrkt”, eller att beviskravet för kändanden inte enligt lagtextens ordalydelse är på förhand bestämd.

Enligt min mening är det inte där otydligheten ligger. Huvudregeln enligt bestämmelsen är att kändanden ska styrka omständigheter. Det framgår enligt samma paragraf att svaranden ska ”visa” omständigheter. Det skulle vara anmärkningsvärt om kändandens och svarandens bevisbörda enligt huvudregel skulle skilja sig åt och samtidigt vara angiven med samma uttryck. Av det drar jag slutsatsen att ingen skillnad mellan dels de presumtionsgrundande omständigheterna, dels motbevisningen av svaranden skiljer sig åt avseende bevisbörda gällande diskrimineringslagen. Med andra ord är uttrycket ”visa” i diskrimineringslagens bevisregel inte synonymt med uttrycket ”bevisa”. Notera här att enligt EU-rättens undantag måste kändandens bevisbörda sänkas om det är nödvändigt. Därför är formuleringen från 2016 års SOU på marginalen tydligare. Nedan görs en åtskillnad mellan visar och styrkt.

”Om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad, ska diskriminering anses ha förekommit.

*Detta gäller dock inte om svaranden visar omständigheter som styrker att diskriminering inte har förekommit.*

*Vad som föreskrivs i första och andra styckena gäller även när någon anser sig ha blivit utsatt för repressalier.”<sup>526</sup>*

I första ledet används uttrycket visar som enligt Westberg kan vara ett öppet begrepp. Jag är av samma uppfattning. I ett andra led används ordet styrkt och låser svaranden motbevisning till full civilrättslig bevisbörda. Detta skapar ökad tydlighet i förhållande till den nuvarande formuleringen av diskrimineringslagens bevisregel. Begreppet visar är ett bra uttryck i första ledet eftersom det blir då tydligt att kändandens bevisbörda kan sänkas och används även i andra ledet vilket öppnar för att fortsätta att tillämpa en sänkt bevisbördan vid t.ex. marknadsskäl om så anses nödvändigt av domstolen vid tillämpning av proportionalitetsprincipen enligt EU-rätt. Det är dock inte helt tydligt hur bevisbördan mellan parterna förhåller sig vid sammanblandning i tvista delar. I AD 2018 nr 74 är det dock en klok dom, för om kändanden påstår något måste ju svaranden få försvara sig i den delen.

Förslaget till ändringarna av bevisregeln genom 2016 års SOU gör, enligt min uppfattning, regeln mer klar och tydlig. I uttrycken för beviskrav görs en distinktion mellan arbetstagarens bevisning för presumtion och arbetsgivarens motbevisning i ett andra led samt att presumtionsregelns karaktär enligt svensk rättstradition blir kodifierad. Regeln verkar inte bli mer komplicerad utan blir snarare mer begriplig och precis. Eftersom det

---

<sup>526</sup> SOU 2016:87 s. 46.



tidigare varit omdiskuterat hur regeln uppfattats, löser formuleringen den diskussionen.<sup>527</sup> Att samma bevisbörda gäller för alla diskrimineringsvister ökar likabehandlingen mellan mål och det minimerar risken för att rättspraxis riskerar att spreta. Vidare tillhandahåller regeln i 2016 års SOU fler svar på frågor av rättslig karaktär.

Av ovanstående anledningar anser jag att SOU 2016:87 borde ha genomförts för att skapa en mer formellt rättssäker lagstiftning genom att ändra bevisbörderegeln som gällande rätt ser ut just nu.<sup>528</sup> Jag anser däremot inte att den materiella gällande rätten bör ändras. Detta eftersom argumentet om preventionspåslag är för svagt.

## 6.6 Avslutande svar på frågeställningarna

Bevislättningen innehåller två delar. Det finns en kodifierad bevislättning för orsakssambandet vilket tar sig i uttryck i att orsaken bakom åtgärden eller handlandet hör samman med diskrimineringsgrunden. Det är främst där bevislättningen får praktiskt genomslag. Bevislättningen har enligt min uppfattning fått ett litet genomslag eftersom det är orsakssamband som presumeras. Detta förekommer t.ex. även i straffrätten vid likgiltighetsuppsåt där agerandet antas ha samband med händelsen.<sup>529</sup> En annan andra del är bevislättningen för jämförelseperson och missgynnande. Där har jag inte hittat några fall där bevislättning tillämpas. Enderby kräver om så är nödvändigt men det är upp till de nationella domstolarna att avgöra och EU-rätten är enligt min uppfattning restriktiv vid tillämpning enligt Brunnhofer. I den delen verkar inte bevislättningen ha fått något praktiskt genomslag i alla de rättsfall jag har studerat. I två fall illustrerar jag att bevislättning inte verkar ges. I AD 2013 nr 18 och AD 2013 nr 74 presenterar käranden stark bevisning vilket inte resulterar i någon presumtion.

I alla mina rättsfall har jag inte kunnat hitta ett enda fall där jag vill kritisera arbetsdomstolen för att ha tagit och placerat en omständighet och bevisningen kring den omständigheten i fel steg utan Arbetsdomstolen har, så som jag ser det, placerat alla omständigheter rätt. Jag har tre fall som jag har kritiserat och de är AD 2018 nr 74, AD 2013 nr 64 och AD 2013 nr 29. I AD 2018 nr 74 borde presumtionen ha slagit till och eftersom den inte bedömdes göra det hamnar den upplevt diskriminerade, enligt min

---

<sup>527</sup> HD har uppfattat bevisbörderegeln som en presumptionsregel i NJA 2006 s. 170.

<sup>528</sup> Flera remissinstanser tyckte att bevisregeln skulle ändras till SOU:n. De var DO, Akademikerförbundet SSR, Arbetsdomstolen, Arbetsmiljöverket, Astma och allergiförbundet, Autism- och Aspergerförbundet, Barn- och elevombudet, Civil Rights Defenders, Hovrätten över Skåne och Blekinge, LO, Lunds universitet, Lärarnas riksförbund, Malmö mot diskriminering, Svea hovrätt, Saco, Synskadades förbund, TCO, Föreningen för transpersoner och Uppsala universitet.

<sup>529</sup> Gärningsmannen är likgiltig och orsaken till varför gärningsmannen begått ett brott kan antas vara uppsåt.

uppfattning, i ett sämre skydd än EU-rättens minimikrav. I AD 2013 nr 64 handlar det istället om arbetsgivarens motbevisning där Arbetsdomstolen undviker att pröva de marknadsskäl som åberopas. Detta resulterar enligt min mening i ett sämre skydd än EU-rätten tillåter. I AD 2013 nr 29 (vilket är ett exempel av flera), föreligger ett insiktskrav vilket EU-rätten inte tillåter. De tre fallen är således exempel på när EU-rättens minimikrav förmodligen inte erhålls.

Regeln om delad bevisbörda verkar vara svårtillämpad och är inte tillräckligt lik den svenska rättstraditionen med presumtionsregel. Jag är av uppfattningen att presumtionsregel är ett bättre sätt att uppfatta diskrimineringslagens bevisregel än en regel om delad bevisbörda enligt EU-modellen. Därför bör vi försöka utforma bevisregeln så att den hamnar i nära anslutning till våra vanliga civilrättsliga regler.

SOU 2016:87 innehåller ett bra förtydligande i rättssäkerhetens intresse. 2016 års SOU delade upp bevisregeln i två delar vilka var omständigheter som gör det antagligt i ett första led och arbetsgivarens motbevisning för andra omständigheter i det andra. Den föreslagna ordalydelsen i 2016 års SOU är bättre än ordalydelsen i nuvarande diskrimineringslag genom att dela upp det i dessa två styckena. I den delen har 2016 års SOU en marginellt bättre utformning.

Vidare använder 2016 års SOU en annorlunda vokabulär. Det är dels att ordet *ska* används i det första ledet, dels att det görs en åtskillnad mellan orden visar och styrkt i första och andra ledet. Först och främst menar jag att ordet *ska* gör det tydligare att det är fråga om en presumtion. Diskriminering ska anses ha förekommit ser jag som en synonym mening med att diskriminering ska antas föreligga, eller att diskriminering har förekommit. Diskriminering presumeras vara för handen. Alla dessa olika versioner av en presumtion passar bättre in med ordet *ska* utan att någon skillnad behöver göras. För det andra görs en åtskillnad på orden visar och styrkt i 2016 års förslag till bevisregel. Visar symboliserar ett öppet begrepp för bestämmande av beviskrav och det passar in eftersom Enderby i vissa fall kan kräva en sänkning. Det blir mer förutsebart om lagtexten säger att beviskravet är öppet för en sänkning. På samma sätt används begreppet styrkt i ett andra led. Styrkt är ett låst begrepp till det fulla civilrättsliga beviskravet och låser således arbetsgivarens brytande av presumtion till full styrka. Eftersom det framgår i lagens förarbeten att det ska vara styrkt blir det en mindre otydlighet i lagtexten, allt i förutsebarhetens intresse. Ordet visar används även i andra ledet. Detta kan symbolisera, menar jag, ett utrymme för en sänkning för marknadsskäl. Att marknadsskäl kan vara godtagbart för att motivera olika löner för lika eller likvärdiga arbeten samtidigt som styrkt kan symbolisera att marknadsskäl i vissa fall måste granskas med hjälp av proportionalitetsprincipen.

Det materiella rättsläget bör inte förändras. Westberg har ifrågasatt det materiella rättsläget med stöd i att diskrimineringsersättningen består av ett preventionspåslag. Detta menar han, något förenklat, får till följd att principer förknippade med straffrätten bör få genomslag. Samtidigt menar jag att vi har preventionspåslag även i MBL:s skadestandsregler och vi har bevislättning vid föreningsrättskränkning. Dessutom är bevislättningen inte så stor och orsakssambandet presumeras även i straffrätten. Det är således för långtgående att förändra den svenska materiella rätten på den grunden.

Ett möjligt sätt att resonera som jag ser det genom att ta med Westbergs tankar om preventionspåslag är att väga in en oskyldighetspresumtion. Det får till följd att det vilar en presumtion på bägge sidor av de två leden vilket i och för sig är aningen ologiskt. Att se till samhälleliga konsekvenser av att oskyldiga skulle tvingas utge diskrimineringsersättning i förhållande till att motverka diskriminering skulle kunna vara en möjlig väg att argumentera för att låta domstolen få större svängrum att avgöra från fall till fall vem som ska få bevislättning. Ett annat sätt att uttrycka det på är att presumtionerna på båda sidor av leden tar ut varandra och kvar är en skönsmässig bedömning från fall till fall. Samtidigt skulle det vara problematiskt ur ett formellt rättssäkerhetsperspektiv eftersom det skulle bli mindre förutsebart om det skulle tilldelas en bevislättning.

En annan konsekvensteori är att se till det förfärliga i att förlora en rättegång i ett diskrimineringsmål för företagen. Det har framkommit i en artikel att flera företag medger talan och förlikning sker. Detta menar jag tyder på hur allvarligt det kan bli för ett företag att förlora en rättegång med hänsyn till framtida förluster, svårigheten att rekrytera eller någon annan anledning. Detta skulle kunna vara en annan möjlig väg enligt mig att väga in en oskyldighetspresumtion.

Min uppfattning kvarstår och är klar. SOU 2016:87 borde ha genomförts och det materiella rättsläget bör inte förändras.

Enligt 2009 års diskrimineringslag finns det rättssäkerhetsaspekter kring uttrycken visa. Visa anges för både kändanden och svaranden och det är inte helt tydligt vilket beviskrav som åsyftas.

Det föreslagna bevisbörderegeln i 2016 års SOU rymmer flera rättssäkerhetsaspekter. Formuleringen av samma regel skapar en mer klar och tydlig lagtext. Uttrycken för beviskrav görs en distinktion mellan arbetstagare respektive arbetsgivares bevisning och presumtionsregelns karaktär enligt svensk rättstradition bli kodifierad. Regeln är mindre komplicerad och ger svar på fler frågor av rättslig karaktär. Att samma bevisbörda gäller för alla diskrimineringsstvister ökar likabehandling mellan mål och rättspraxis riskerar inte att spreta i samma utsträckning. Av ovanstående anledningen skapar 2016 års SOU en mer rättssäker lagstiftning.



# Käll- och litteraturförteckning

## *Litteratur*

Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, 4 uppl., Oxford 2012

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång H. 4*, 7 uppl., Stockholm 2009

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2 uppl., Stockholm 2015

Frändberg, Åke, 'Begreppet rättssäkerhet', i: Dahlman, Christian & Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp*, Lund 2019

Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005

Jacobsen, Dilou Björn, *Assistance to Victims of Discrimination by Equality Bodies of the EU Member States – a Scandinavian Perspective*, 2010 Köpenhamn

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* 2 uppl., Stockholm 2018

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten*, 5 uppl., Uppsala 2019

Norberg, Per, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och jämställdhetsrätten: om hur olika marknadsbegrepp påverkar rättstillämpningen*, Lund 2007

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 5 uppl., Lund 2016

Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* 2 uppl., Stockholm 2018

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2 uppl., Stockholm 2013

Westberg, Peter, 'Olikbehandling inför rätta', i: Rönmar, Mia & Votinius Julén, Jenny (red.), *Festskrift till Ann Numhauser-Henning*, Lund 2017

## *Artiklar*

Andersson, Håkan, 'Diskrimineringsjuridikens ersättningsrättsliga diskurs – en argumentativ inventering', i: *Svensk Juristtidning* 2013 s. 779 - 806

Lindell, Bengt, 'Det svåra lyftet – bevisbörda och beviskrav på skivstången', i: *Svensk Juristtidning* 2007 s. 341 - 366

Malmberg, Jonas, 'Bevisning i diskrimineringstvister', i: *Juridisk Tidskrift vid Stockholm Universitet* 2001-02 Stockholm s. 804 - 814

Zila, Josef, 'Om rättssäkerhet', i: *Svensk Juristtidning* 1990 s. 284 - 305

### ***Internet***

Daleklint, Peter & Weihe, Anders, Lagkommentar till 8 § MBL, Karnov hämtad: 2021-03-03.

Kindbom, Mikael, 'DO vill tvinga fram rättegångar om kränkningar', publicerad: 2019-01-24, <https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/do-vill-tvinga-fram-rattegangar-om-krankningar-6945216> hämtad: 2021-02-28

Schömer, Eva, 'AD:s lovsång till marknaden', publicerad: 2013-10-03, <https://arbetet.se/2013/10/02/ads-lovsang-till-marknaden/> hämtad: 2020-09-03

Schömer, Eva, 'Hård kritik från forskare mot AD och DO om etnisk diskriminering', publicerad: 2017-12-04, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/hard-kritik-fran-forskare-mot-ad-och-do-om-etnisk-diskriminering> hämtad: 2020-09-03

### ***Offentligt tryck***

Prop. 1975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m.

Prop. 1978/79:175 Med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.

Prop. 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag, m.m.

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid

Prop. 1997/98:177 Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet

Prop. 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Prop. 1999/2000:143 Ändring i jämställdhetslagen m.m.

Prop. 2002/03:65 Ett utvidgat skydd mot diskriminering

Prop. 2004/04:147 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering

Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering

SOU 2002:43 Ett utvidgat skydd mot diskriminering

SOU 2016:87 Bättre skydd mot diskriminering

Remiss av SOU 2016:87 Bättre skydd mot diskriminering, 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

DO, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Akademikerförbundet SSR, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Arbetsdomstolen, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Arbetsgivarverket, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Arbetsmiljöverket, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Astma- och Allergiförbundet, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Autism- och Aspergerförbundet, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Barn- och elevombudet, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Civil Rights Defenders, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Hovrätten över Skåne och Blekinge, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Independent Living Institute, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Kammarrätten i Jönköping, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

LO, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Lunds universitet, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Lärarnas riksförbund, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Malmö mot diskriminering, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Malmö stad, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Nationell samverkan för Psykisk hälsa, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Skolverket, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Stockholms tingsrätt, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Svea hovrätt, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)



Svenskt Näringsliv, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Sveriges Kommuners och Landsting, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

SACO, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Synskadades riksförbund, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

TCO, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Föreningen för transpersoner, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Uppsala universitet, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

Visita svensk besöksnäring, remissyttrande över utredningen Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87), 2017-29-05, tillgängligt på [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se) (besökt 2021-03-02)

### ***Europeiska unionen***

Rådets direktiv 75/177/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män

Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet

# Rättsfallsförteckning

## *EU-domstolen*

Mål C-26/62 Van Gend en Loos  
Mål C-6/64 Costa mot E.N.E.L  
Mål C-43/75 Defrenne  
Mål C-109/88 Danfoss  
Mål C-109/88 Danfoss, Generaladvokat  
Mål C-127/92 Enderby  
Mål C-400/93 Royal Copenhagen  
Mål C-381/99 Brunnhoffer  
Mål C-144/04 Mangold

## *Arbetsdomstolen*

AD 2018 nr 74  
AD 2017 nr 45  
AD 2016 nr 56  
AD 2016 nr 38  
AD 2015 nr 72  
AD 2015 nr 68  
AD 2013 nr 74  
AD 2013 nr 71  
AD 2013 nr 64  
AD 2013 nr 29  
AD 2013 nr 18  
AD 2011 nr 23  
AD 2011 nr 22  
AD 2011 nr 2  
AD 2010 nr 91  
AD 2010 nr 21  
AD 2009 nr 16  
AD 2009 nr 4  
AD 2005 nr 69  
AD 2005 nr 32  
AD 2001 nr 51

## *Högsta domstolen*

NJA 2014 s. 499 I & II  
NJA 2006 s. 170