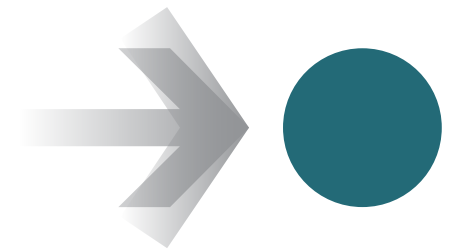


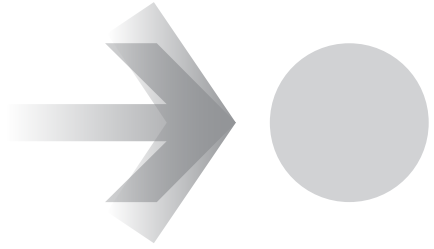
Att bevisa diskrimineringsfall – betydelsen av diskrimineringsstester



Att bevisa diskrimineringsfall

betydelsen av diskrimineringsstester

av Isabelle Rorive



Att bevisa diskrimineringsfall

betydelsen av diskrimineringstester

av Isabelle Rorive



Att bevisa diskrimineringsfall – betydelsen av diskrimineringstester

En rapport av Isabelle Rorive med bidrag från Paul Lappalainen

Förlag: MPG och Byrån För Lika Rättigheter

Professor Isabelle Rorive har ansvarat för innehållet och den vetenskapliga kvalitén i publikationen

Översättning från engelska till svenska: Bilge Khan Tekin Befrits

Manus färdigställd i juli 2008

Utgivning: januari 2009

Byrån För Lika Rättigheter

Kista Torg 7

164 42 Kista

Stockholm – Sweden

Tel: +46 8 750 77 60

Fax: + 46 8 750 77 61

Email: info@likarattigheter.nu

www.likarattigheter.nu

Migration Policy Group (MPG)

Rue Belliard 205, box 1

B-1040 Brussels

Tel: +32 2 230 59 30

Fax: +32 2 280 09 25

Email: info@migpolgroup.com

www.migpolgroup.org

Redigering och produktion : Isabelle Chopin, Emilie White, MPG

Formgivning och tryckning hos Kaligram-Bryssel

©CFER / MPG 2009

Ingen del av denna publikation får nämnas i någon form eller på något sätt utan att hänvisa till publikationens titel och författare

ISBN 2-930399-45-7

Innehållsförteckning

Introduktion : Regler mot diskriminering inom EG-rätten – Bakgrund (av Isabelle Rorive)	9
---	---

Del I: Bevisbördan (av Isabelle Rorive)	15
--	----

1. Bristande bevisning i mål om diskriminering – exempel från Belgien	16
2. Bevisbördans tyngd	17
<i>King mot Great Britain-China Centre inför Englands och Wales appellationsdomstol (2002)</i>	18
<i>Målet Prags flygplats inför överhuset (2004)</i>	19
3. Att bevisa könsdiskriminering – EG-domstolens svar	20
<i>Målet Danfoss inför EG-domstolen (1989)</i>	20
<i>Enderby målet inför EG-domstolen (1993)</i>	21
<i>Målet Royal Copenhagen inför EG-domstolen (1995)</i>	22
<i>Binderen mot Kaya inför den nederländska Högsta domstolen (1982)</i>	23
4. EG-direktiven och bevisbördans övergång	24
<i>Den tjeckiska konstitutionsdomstolen beslutar</i> <i>att bevisbördans övergång är förenlig med rätten till rättvis rättegång (2006)</i>	26
5. Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD) och bevisbördans övergång	27
<i>Nachova målet inför ERD (2004 och 2005)¹</i> <i>och den därefter följande utvecklingen i Stoica målet (2008)</i>	28
<i>Målet Hoogendijk inför ERD (2005)</i>	30
<i>Målet D. H. inför ERD (2006 och 2007)</i>	30
6. Bevisbördans övergång i rättspraxis	31
<i>Arbetsdomstolen i Sverige om diskriminerande språkkrav (2005)</i>	31
<i>Högsta domstolen i Sverige om sexuell läggning (2006)</i>	32
<i>Målet Miskolc desegregation inför Högsta domstolen i Ungern (2006)</i>	32
<i>Igen Ltd & Others mot Wong, Chamberlin m.fl. mot Emokpae samt Webster</i> <i>mot Brunel University inför Englands och Wales appellationsdomstol (2005)</i>	34
<i>EG-domstolens beslut i målet Feryn</i>	36
7. Svårigheterna att fastställa fakta	39
<i>Polsk underrätt (district court) avfärdar yrkande om diskriminering på grund</i> <i>av sexuell läggning (2006)</i>	39
<i>Tjeckiens Högsta domstol ändrar dom om diskriminering inom sektorn för varor och tjänster (2004)</i>	39

¹ ERD, *Nachova m.fl. mot Bulgarien*, den 26 februari 2004, ändrad den 6 juli 2005 (Domstolen i stor sammansättning).

Del II: Styrkor och svagheter med diskrimineringstester

(av Isabelle Rorive) 41

1. Forskning och rättsprocess som använt sig av diskrimineringstester	42
2. Erfarenheter från USA	43
USA:s Högsta domstol (Supreme Court) om talerätt i målet <i>Havens</i> (1982)	45
3. Diskrimineringstester kontra rättvisbevisning, provokation och privatliv i Europa	47
4. Metodologi och riktlinjer	51
4.1. Att säkerställa full jämförbarhet	51
4.2. Att säkerställa rättvishet och trovärdighet	51
4.3. Att säkerställa representativitet	52
4.4. Att säkerställa noggrann planering och dokumentation	52
4.5. Övergripande frågor	53

Del III: Diskrimineringstester i europeiska länder

(av Isabelle Rorive, i samarbete med Laura Gornicioiu) 55

1. Översikt	56
2. Belgien	57
Appellationsdomstolen (Court of appeal) i Liège tillåter principen	
om "rollspel" för att få vittnesmål (1988)	58
Bryssels underrätt (Court of First Instance) tillämpar delad bevisbörda (2005)	58
Ghents appellationsdomstol (Court of Appeal) beslutar	
att diskrimineringstester är en giltig metod för att bevisa diskriminering (2005)	59
3. Tjeckien	59
Domstol (Municipal Court) i Prag slår fast att testutförarens värdighet	
kan kränkas trots att det kan finnas en förväntan om diskriminering (2002)	59
Domstol (Municipal Court) i Prag godkänner diskrimineringstester vid tillgång till arbete (2004)	60
Målet <i>Scorpio Club</i> inför Prags Högsta rättsliga instans (High Court) (2005)	60
Domstol (Regional Court) i Ostrava godtar diskrimineringstest	
i samband med nekande av service på <i>Diablo bar</i> (2005)	60
4. Danmark	61
5. Finland	61
Målet <i>Finska Förbundet för Mänskliga Rättigheter</i> (2002)	61
Målet <i>Pori</i> (2006)	62
6. Frankrike	62
Tre beslut från kassationsdomstolen (Court of cassation) (2000, 2002, 2005)	63
Expresslagstiftning under 2006	64
Beslut av Halde angående nekande av tillgång till hälsovård (2006)	66

7. Ungern	66
Högsta domstolens (Supreme Court) dom i målet K.L. discotheque (2002)	68
Högsta domstolens (Supreme Court) dom i mål om romer som nekats service (2003)	69
Budapest stadsdomstol bötfäller populär nattklubb för att ha kränkt romers värdighet (2005)	69
Likabehandlingsmyndighets beslut om diskriminering av romer inom arbetsmarknaden (2006)	70
8. Lettland	70
Målet Raymond Smagar (2005)	70
9. Nederländerna	71
Domstol (District Court) i Zutphen beslutar att diskrimineringstester inte utgör provokation (1980) ...	72
Brottmålsdomstol (Local Criminal Court) i Amsterdam beslutar att diskrimineringstest inte utgör medhjälp till straffbar handling (1982)	73
Brottmålsdomstol (Criminal District Court) i Amsterdam godkänner diskrimineringstester som utförts utan övervakning av polis (1992)	73
Likabehandlingskommissionen (The Equal Treatment Commission) godkänner diskrimineringstester i syfte att bevisa olikabehandling (1997)	74
10. Slovakien	74
Domstolen (District Court) i Michalovces timida dom om diskrimineringstester (2006)	75
Domstolen (District Court) i Kežmarok om testutförarens förväntan om att nekats service (2006)	76
11. Storbritannien	77
Målet Prags flygplats inför överhuset (House of Lords) (2004)	77

Del IV: Frivilligorganisationer, Diskrimineringstester i Sverige och domstolarna (av Paul Lappalainen)

1. Diskrimineringstester i Sverige – En översikt	80
2. Etnisk diskriminering – Fallet med juristikstudenterna	81
Kicki's bar & café (Stockholm)	82
Nattklubben Honey (Göteborg)	82
Nattklubben Escape (Malmö)	83
Överenskommelser med nattklubbar	83
3. Andra exempel på diskrimineringstester och diskriminering	84

Avslutande kommentarer om diskrimineringstester (av Paul Lappalainen)

Förord

Diskriminering är ofta gömd och vitt utbredd, med djupa sociala, ekonomiska, politiska, historiska och kulturella orsaker som är sammanflätade och sammanlänkade. Att bevisa diskriminering i domstolar, i media, i de vardagliga handlingarna och i samhället som helhet är en stor utmaning, i många fall finns det inga klara entydiga bevis. Förnekelsen av förekomsten av diskriminering är ofta normen bland de intressenter i samhället som har makt. Politiker och tjänstemän, arbetsgivare och deras intresseorganisationer, forskare och journalister antar ofta att diskriminering helt enkelt inte sker. Denna uppfattning gör det svårt att upptäcka och acceptera att det är de själva och deras likar som kan vara de som bryter mot principen om likabehandling. Oavsett sina ideologiska övertygelser är det möjligt att dessa grupper av intressenter omsätter sina fördomar i handling. Och därför har det, delvis på grund av den utbredda förnekelsen av diskriminering, i regel varit svårt att bevisa diskriminering.

Men under senare har det skett framsteg; detta har varit möjligt genom användandet av diskrimineringstester. Den individuella rättvisemodellen² är ofta en problematisk källa i förhållande till strukturell och institutionell diskriminering. Diskrimineringstester möjliggör för diskriminering som ofta är gömd bakom förevändningar att avslöjas. Ett framgångsrikt exempel på diskrimineringstester är när jämförbara par används för att pröva inträdet till nattklubbar. Paret består av personer som är "invandrare" respektive personer som är "infödda". De enda signifikanta skillnaderna mellan dem utgörs av etniska kännetecken som t.ex. hud- eller hårfärg. Ordentligt genomförda test av detta slag har givit domare tillräckligt med underlag för att kunna fastställa att diskriminering förekommit. Detta har skett inom flera jurisdiktioner i Europa.

Denna bok avser att ge en överblick över de olika fall i Europa där denna metod har använts och riktlinjer till dem som genomför sådana tester. Det har därför också varit mycket värdefullt att jämföra de europeiska erfarenheterna med erfarenheterna från USA. Vi önskar särskilt nå ut till de som riskerar att utsättas för diskriminering, frivilligorganisationer, myndigheter som arbetar mot diskriminering eller för mänskliga rättigheter. Syftet är att dels

² The individual justice model (fotnot infogad av översättaren).

förklara hur fallen har behandlats av domstolar, dels för att undersöka de svårigheter så väl som de möjligheter som är förknippade med diskrimineringstester samt för att understryka behovet av stringent och strategisk användning av metoden.

Adekvat använda diskrimineringstester är en teknik som är både laglig och effektiv. Det är ett medel som de som utsätts för diskriminering kan använda för att skapa sig egenmakt och få de rättigheter som redan fastställts i lag prövade och därigenom omsätta dem i verkligheten. Använt på ett strategiskt sätt hjälper diskrimineringstester också till att säkerställa att förändringar också är hållbara över tiden.

Den svenska Byrån för Lika Rättigheter, the Migration Policy Group och författarna är övertygade om att lika rättigheter och möjligheter så väl i ord som i praktiken är nyckeln till att säkerställa, fördjupa och hållbara mänskliga rättigheter i ett europeiskt landskap med ökande mångfald och komplexitet. De är också övertygade om nödvändigheten av att involvera frivilligorganisationer i denna process. De har arbetat med och bidragit till denna bok med förhoppningen att den ska ge viss vägledning vid användandet av diskriminerings- tester för de frivilligorganisationer som delar samma övertygelser och mål som oss.

Slutligen, vill vi tacka professor Isabelle Rorive och juris doktor Paul Lappalainen för deras ovärderliga bidrag till denna bok. Vidare vill vi å det varmaste tacka avdelningsdirektören Khaled Assel för hans insatser för att initiera och följa upp detta projekt samt Migration Policy Groups vice verkställande direktör Isabelle Chopin för det stöd som har givits för att förverkliga denna bok.

Verksamhetschef Mehmet Kaplan, Byrån för Lika Rättigheter

Verkställande direktör Jan Niessen, Migration Policy Group

Introduktion

Regler mot diskriminering inom EG-rätten – Bakgrund

Isabelle Rorive

Prof. vid Juridiska fakulteten, Bryssels Universitet (ULB)

Principen om icke diskriminering har redan från början varit en nyckelfaktor för europeisk integration. En fri marknad, beroende av den fria rörligheten, kan inte vara förenlig med diskriminering på grund av nationalitet. I enlighet med detta innehöll det första EEG-avtalet ett flertal regler om förbud mot diskriminering av EG-medborgare som bodde eller arbetade i en annan medlemsstat.³ Samtidigt bedömdes principen om män och kvinnors rätt till lika lön för lika arbete vara lika nödvändig för att inte snedvrída konkurrensen mellan medlemsstaterna. Genom åren har lönediskriminering och mer generellt könsdiskriminering blivit erkända som sociala problem och som brott mot de grundläggande mänskliga rättigheterna.

Trots dess ensliga natur har regeln som styr diskriminering på grund av kön i 1957 års Rom fördrag⁴ och dess marknadsorienterade bakgrund, lett till att ett regelverk om jämställdhet successivt vuxit fram inom EG för att, som Lord Wedderburn uttryckte det, bli ett separat citadell inom fortet av gemensamhetsrätt⁵. Rörelsen började under tidigt 1970-tal och över åren har ett signifikant europeiskt regelverk kommit på plats. Samtidigt har Europadomstolen förfinat och förstärkt detta juridiska ramverk genom att hantera könsdiskriminering i samband med lön, arbetsförhållanden och social trygghet.

Framväxten av ett EU-medborgarskap och behovet av ett större folkligt stöd för EU ställde krav på bredare policys för lika möjligheter. Sedan tidigt 1990-tal har det civila samhällets organisationer fört debatten framåt: de har pressat den europeiska gemenskapen till att hantera diskriminering på grund av flera ytterligare grunder, särskilt etnicitet⁶. Resultatet av denna process var införandet av artikel 13 i EG-fördraget, till följd av ikraftträdandet av Amsterdamfördraget. Eftersom denna regel gör det möjligt för gemenskapen att "vidta nödvändiga åtgärder för att motverka diskriminering på grund av kön, ras eller etniskt ursprung, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning" är den en hörnsten i en potentiellt vittomfattande europeisk anti-diskrimineringslagstiftning. Införandet av artikel 13 antyder ett ökat erkännande av dels behovet av att utveckla ett samlat förhållningssätt i arbetet med att motverka diskriminering och dels fördelarna med utbyte av erfarenheter och goda exempel mellan de olika grunderna.

Även om artikel 13 är ett enormt framsteg för genomförandet av principen om likabehandling inom Europa så saknar denna regel direkt effekt och ålägger därför inte de europeiska institutionerna att agera. För att lämpliga juridiska åtgärder, för att motverka diskriminering, ska kunna godkännas krävs att rådet enhälligt antar kommissionens förslag, efter konsultation med parlamentet. På grund av kravet på enhällighet var det många som ansåg att det inte skulle hända något på flera år, om någonsin. Emellertid antogs två direktiv under 2000, året efter Amsterdamfördragets ikraftträdande; direktiv 200/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett ras eller etniskt ursprung ("direktivet

³ Se M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, OUP, 2002, s. 33.

⁴ Artikel 119, par. 1 i EEG-avtalet (nu införlivat i artikel 141.1 i EG-fördraget) fastslår att "Varje medlemsstat ska (...) säkerställa (...) genomförandet av principen att män och kvinnor ska få lika lön för lika arbete".

⁵ *Labour law on freedom: Further essays in labour law*, London, Lawrence and Wishart, 1995, s. 265.

⁶ T.ex. *Starting Line Group*, en koalition, skapad 1991, bestående av mer än 400 icke statliga aktörer från hela Europa, aktiva inom anti-diskrimineringsområdet. För att veta mer om Starting Line Group's aktiviteter, se t.ex. I. Chopin, "The starting Line: A harmonised approach to the fight against racism and to promote equal treatment", *European Journal of Migration and Law*, 1999/1.

mot etniskt diskriminering”) och direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling inom arbetslivet som omfattar grunderna religion annan trosuppfattning, funktionshinder, ålder och sexuell läggning (”arbetslivsdirektivet”). Orsaken till att direktiven kunde antas så snabbt var att det civila samhället under många år genomfört kampanjer som förberett grunden för ett brett stöd av dessa lagstiftningsåtgärder. Exceptionella politiska omständigheter spelade också en avgörande roll. Märkligt nog pressade Jörg Haider, ledaren för FPÖ (ett österrikiskt högerextremt parti), processen framåt. Hans medverkan i Schüssel regeringen 2000 orsakade vid denna tid mycket oro i de andra EG medlemsländerna. Genomförandet av konkreta åtgärder mot etnisk diskriminering var en prioriterad fråga i Europa. Och Österrike, som stod mot politisk isolering, hade inte råd att rösta mot antagandet av en diskrimineringslagstiftning.

Direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet innebar en avsevärd höjning av miniminivåerna för det juridiska skyddet mot diskriminering inom EG. De förbjuder fyra former av diskriminering: direkt respektive indirekt diskriminering, trakasserier respektive instruktioner att diskriminera. Direkt diskriminering avser situationer där ”en person behandlas sämre än någon annan behandlas, har eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation” på grund av någon av de förbjudna diskrimineringsgrunderna⁷. Ett exempel härpå är när det i en annons för uthyrning av en lägenhet rent ut anges ”utlänningar är inte välkomna”⁸. Omvänt är indirekt diskriminering inte nödvändigtvis kopplat till någon diskriminerade avsikt⁹. Det uppstår när ”en tillsynes neutral bestämmelse, kriterium eller förfaringsätt” skulle försätta en person av en särskild ras eller etniskt ursprung, religion eller annan trosuppfattning, ålder, funktionshinder eller sexuell läggning i en särskilt missgynnad situation om inte det kan visas att det är ”objektivt försvarbart av ett berättigat mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet”¹⁰. Klädkoden på ett företag skulle kunna innebära indirekt diskriminering på grund av religion om den är oförenlig med möjligheten att bära huvudduk, kippa eller turban och om klädkoden inte är försvarbar av ett berättigat mål (exempelvis säkerhetsföreskrifter rörande arbeten som påbjuder bärande av hjälm, hygieniska skäl förknippade med matproduktion etc.). Jämfört med direkt och indirekt diskriminering innebär trakasserier oönskat uppförande som pågår under en viss tid. Det skadliga beteendet utgör trakasserier när det har till syfte eller effekt att kränka en persons värdighet och skapar en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande miljö¹¹. En arbetstagare som lever i en samkönad relation är till exempel trakasserad om han måste stå ut med återkommande homofobiska kommentarer från sin chef eller sina kollegor. Slutligen innebär förbudet mot instruktioner att diskriminera att bara den omständigheten att kräva att en tredje person ska diskriminera en person på

⁷ Artikel 2 (2)(a) i direktivet mot etnisk diskriminering och i arbetslivsdirektivet.

⁸ Olika behandling på grund av ras eller etniskt ursprung kan aldrig rättfärdigas förutom när det utgör ”ett verkligt och avgörande yrkeskrav” (artikel 4 i direktivet mot etnisk diskriminering). Det klassiska exemplet rör en filmproducent som avser att anlita en skådespelare som ska spela Martin Luther King eller Muhammad Ali.

⁹ Inom EG-rätten, bildades konceptet om indirekt diskriminering ursprungligen av EG-domstolen i mål om lika lön. Se följande prejudicerande dom: EG-domstolen (ECJ) *J.P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, den 31 mars 1981, Mål 96/80; EG-domstolen (ECJ) *Bilka -Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*, den 13 maj 1986, Mål 170/84.

¹⁰ Artikel 2 (2)(b) i direktivet mot etnisk diskriminering och i arbetslivsdirektivet.

¹¹ Artikel 2 (2)(3) i direktivet mot etnisk diskriminering och i arbetslivsdirektivet.

grund av någon av de förbjudna grunderna är att likställa med diskriminering¹². Följaktligen utgör en arbetsgivares instruktion till ett bemanningsföretag att endast anställa "vita personer" ett brott mot EG:s diskrimineringslagstiftning. Det är alltså ett brott utöver det som bemanningsföretag begår.

Det bör understrykas att direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet inte har samma materiella omfattning. När det gäller ras och etniskt ursprung gäller förbuden vid anställning, yrkespraktik, utbildning, socialtrygghet, hälso- och sjukvård, bostäder och tillgång till varor och tjänster. Vad avser religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, ålder och sexuell läggning är skyddsområdet begränsat till arbete, sysselsättning och yrkesutbildning¹³. Vad gäller nivån av skydd är emellertid EG-rätten en minimistandard som ger medlemsländerna valfrihet att införa eller bibehålla mer omfattande bestämmelser¹⁴. Det har också varit fallet i flera medlemsstater som gått längre än kraven i arbetslivsdirektivet¹⁵.

Direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet skapades ur erfarenheterna från jämställdhetsområdet och praxis från EG-domstolen. I jämförelse med 1976 års direktiv om likabehandling mellan män och kvinnor¹⁶, som huvudsakligen fokuserar på förbud mot könsdiskriminering inom alla aspekter av arbetslivet, tar direktiven från 2000 även sikte på frågor som relaterar till kompensation och genomdrivande, huvudsakligen genomdrivande av rättigheter, bevisbörd och sanktioner. Praxis inom EG-rätten som rör jämställdhet har tydligt visat på behovet av att lägga tonvikten på *effektiva mekanismer för tillämpning*. Detta är nödvändigt för utvecklingen av framgångsrika rättsprocesser och operativt genomförande av principen om likabehandling.¹⁷ Direktiv från senare år som stärker och utvidgar det juridiska ramverket för genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män följer detta mönster¹⁸.

¹² Artikel 2 (2)(4) i direktivet mot etnisk diskriminering och i arbetslivsdirektivet.

¹³ För ytterligare information om EG-rätten, se *Comparative analyses on national measures to combat discrimination outside employment and occupation: Mapping study*, Human European Consultancy and Migration Policy Group (eds.), december 2006; EP Resolution av den 20 maj 2008 om utvecklingen av lika möjligheter och icke-diskriminering inom EU. Notera att EU kommissionen för närvarande håller på att ta fram ett förslag till horisontellt direktiv om funktionshinder (maj 2008). På grund av motstånd från vissa medlemsländer frångick kommissionen sin ursprungliga avsikt att låta direktivet även omfatta ålder, religion eller annan trosuppfattning och sexuell läggning.

¹⁴ Se punkt 25 i preambeln till direktivet mot etnisk diskriminering och punkt 28 i preambeln till arbetslivsdirektivet.

¹⁵ M. Bell, I. Chopin och F. Palmer, *Developing anti-discrimination law in Europe*, europeiska kommissionen, december 2007, s. 38.

¹⁶ Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

¹⁷ För ytterligare information om de svårigheter kvinnor mött i samband med försöken att framgångsrikt driva mål i domstol, se bl.a. J. Blom, B. Fitzpatrick, J. Gregory, R. Knegt och U. O'Hare, *The utilisation of sex equality litigation in the Member States of the European Community: A comparative study*, Report to the Equal Opportunities Unit of DG V, European Commission, 1995, V/782/96-EN.

¹⁸ Se rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män vid tillgång till varor och tjänster; europa parlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män vid anställning och sysselsättning (omarbetad).

Den uppmärksamhet, i senare EG-direktiv, som visat bevisbördans fördelning är onekligen en åtgärd för att förbättra genomförandet av jämställdhetsnormer. I många medlemsstater visar erfarenheterna på att lagar mot rasism och könsdiskriminering endast ger "rättigheter på papper" och att ett nyckel problem relaterat till genomförandet av direktiven är frågan om bevisning.

Den här handboken är tillägnad de som utsatts för diskriminering och de fallgropar som de fallit i när de försökt övertyga domstolar om att de utsatts för otillåten diskriminering. Den första delen syftar till att ge en juridisk redogörelse för hur bevisbördans övergång har utformats. Redogörelsen visar att det i praktiken inte är tillräckligt med bevisbördans övergång. I många mål om diskriminering behövs särskilda verktyg för att samla in bevis som kan göra det möjligt för den diskriminerade att i domstol visa på tillräckligt mycket fakta som kan bevisa att diskriminering ägt rum. Diskrimineringstester är ett av dessa verktyg. Det är särskilt lämpligt för att uppdaga eller demaskera direkt diskriminering som ofta är gömd bakom olika förevändningar.

Mot bakgrund av erfarenheter från USA läggs tonvikten i den andra delen i handboken på för- och nackdelar med diskrimineringstester. Den fokuserar på två kärnfrågor som diskrimineringstester måste adressera, nämligen att de måste dels vara i linje med standarderna för de mänskliga rättigheterna och dels hålla sig till strikt metodologiska krav.

Den tredje delen av handboken visar, genom exempel på genomförda diskrimineringstester och rättsprocesser inom EU: s medlemsländer, i vilken utsträckning diskrimineringstester genom åren vunnit mark i Europa. De svenska förhållandena behandlas särskilt i det fjärde avsnittet som skrivits av Paul Lappalainen¹⁹. I slutkommentarerna belyser Lappalainen potentialen med testerna, inte bara i rättsprocesser (vare sig de är strategiska eller inte) utan även hur de används i kunskapshöjande syfte så väl som i kvalitetskontroller av den privata som den offentliga sektorns likabehandlingsarbete.

Manuskriptet färdigställt i juli 2008.

¹⁹ Jag skulle vilja å det varmaste tacka Paul Lappalainen för att han hjälpt mig med det engelska språket i mina texter. Även ett stort tack till Laura Gornicioiu för hennes hängivna korrekturläsning.

1

Del I

Bevisbördan

1. Bristande bevisning i mål om diskriminering – exempel från Belgien
2. Bevisbördans tyngd
3. Att bevisa könsdiskriminering – EG-domstolens svar
4. EG-direktiven och bevisbördans övergång
5. Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD) och bevisbördans övergång
6. Bevisbördans övergång i rättspraxis
7. Svårigheterna att fastställa fakta

Isabelle Rorive

Prof. vid Juridiska fakulteten, Bryssels Universitet (ULB)

Rättsprocesser är en av de nödvändiga vägarna för att motverka diskriminering. Domstolsbeslut kan ge effektiva medel för upprättelse och i stor utsträckning ha en bestående inverkan utöver en enskild individs situation²⁰. I praktiken uppstår det många utmaningar för att nå framgång i mål om diskriminering, inte minst i samband med svårigheterna med att bevisa sådana fall. Diskriminering är ofta dold, om inte indirekt, och fall där obestridliga bevis om diskriminering finns är ovanliga. Arbetet för likabehandling av kvinnor och män har visat att lagar som förbjuder direkt och indirekt diskriminering, i praktiken är svåra att genomföra. Samma slutsats kan dras om lagar som förbjuder etnisk diskriminering eller diskriminering på andra grunder.

1. Bristande bevisning i mål om diskriminering – exempel från Belgien

I Belgien var 1981 års Mouexlag den första lagen som behandlade etnisk diskriminering²¹. En lagregel som förbjöd diskriminering på arbetsmarknaden antogs 1994²². Hittills har dock inget fall haft framgång i domstol, detta trots flera vetenskapliga studier som visat på en hög grad av etnisk diskriminering på arbetsmarknaden²³. Enligt den belgiska likabehandlingsmyndigheten, (the Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, CECLR)²⁴ beror detta till stor utsträckning på tyngden av bevisbördan. Det är mycket svårt att bevisa att en arbetsgivares beslut att inte anställa någon eller att avskeda någon beror på omständigheter relaterade till ras eller etniskt ursprung. I själva verket är det så att varken anställningen eller avskedandet behöver motiveras, och andra arbetstagare är knappast redo att vittna mot sin arbetsgivare.

Även inom andra områden än arbetsmarknaden är det svårt att hitta en förövare som öppet lämnar bevis för diskriminering. Fall där en rasistisk fastighetsägare i en annons anger "utlänningar är inte välkomna" är ovanliga²⁵. Dessutom är det endast i väldigt få fall som gärningsmannen öppet erkänner diskriminering. Ett viktigt mål som avgjordes 2004 ger ett sådant exempel. Fallet rör ett köp av en lägenhet i ett av Bryssels finare bostadsområden. Efter lägenhetsvisning visade Mwamba Kasuba, en mörkhyad kvinna, stort intresse för lägenheten och la ett bud på densamma. Samtidigt bad hon om vissa handlingar rörande byggnaden. När hon, trots flera samtal med mäklarfirmen, inte fick de efterfrågade handlingarna

²⁰ Anti-diskrimineringsscheman bildas i stadier "rättskapande" ("judicialisation") är en av dem. Se P. Simon, (Medis project coord.), *Comparative study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination with the United states, Canada, Australia, the United Kingdom and the Netherlands*, Report to the DG for Employment and Social Affairs, European Commission, 1994, s. 15ff.

²¹ Lag av den 30 juli 1981 som förbjuder vissa handlingar som motiverats av rasism eller främlingsfientlighet, *Moniteur belge*, den 8 augusti 1981 (senast ändrad genom lag den 10 maj 2007, *Moniteur belge*, 30/5 2007).

²² Art. 2bis i Moureaux lagen som introducerats genom en lag från den 12 april 1994, *Moniteur belge*, 14/5 1994.

²³ Se, bl.a. P. Arriijn, S. Feld & A. Nayer, *La discrimination à l'accès à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère*, International Labour Office, 1998; A. Martens, N. Ouali & al., *Discriminations des étrangers et des personnes d'origine étrangère sur le marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale*, Université Libre de Bruxelles och Katholieke Universiteit Leuven, ORBEM, januari 2005.

²⁴ CECLR skapades 1993 (lag av den 15 februari 2003 om införandet av bildandet av ett centrum för lika möjligheter och mot rasism, *Moniteur belge*, den 19 februari 2003, så som den senare ändrats).

²⁵ Första instans domstolen i Liège (straffrätt), den 28 december 2001 (tillgänglig på CECLR's webbsida: www.diversite.be).

bad hon en vän, som är inhemsk belgare, att besöka lägenheten för att se vad som var på gång. Efter besöket sa mäklaren, helt spontant, att "en svart kvinna är intresserad av att köpa stället, men i själva verket är den din om du vill ha den. Jag vill inte sälja en lägenhet till svarta personer. Jag är ansvarig för hela fastigheten och jag vet, av erfarenhet, att det alltid är problem med afrikanska personer". I den officiella processen gick mäklaren så lång som att bekräfta sådana kommentarer i skrift²⁶.

Det är också ovanligt med fall där diskriminerande motiv är tydligt uttalade och finns inspelade. Den 17 november 2004 visade ett homosexuellt par sitt intresse för att hyra ett hus och betalade uthyrningsfirman en summa motsvarande en månadshyra, vilket är den normala proceduren för att säkerställa ett kontrakt med hyresvärden. Två dagar senare hörde uthyrningsfirman av sig på uppdrag av ägaren och lämnade ett meddelande på deras telefonsvarare som löd "vi har talat med ägarna per telefon och de vill gärna hyra ut sitt hus till ett traditionellt par... Tyvärr... Så, ni kan komma och hämta era pengar och kanske kan vi hitta ett annat ställe åt er"²⁷.

Den här typen av fall där diskriminering kan fastställas på ett så tydligt sätt är exceptionella. De kan komma att bli ännu mer ovanliga i takt med de anti-diskrimineringskampanjer som utförts på senare tid, huvudsakligen efter genomförandet av direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet, och som lett till omfattande uppmärksamhet från allmänheten på det förkastliga i sådana ageranden.

2. Bevisbördans tyngd

Bevisning är ofta ett överstigit hinder i mål om diskriminering och bevisbördan är onekligen en nyckelfaktor i detta sammanhang.

I bevisrätten innebär bevisbördan partens skyldighet att slutligen bevisa en eller flera omständigheter i en rättsprocess. Med andra ord hanterar bevisbördan frågan om vilken part som i en rättsprocess ska bevisa något. Huvudregeln är att bevisbördan ligger hos den som påstår något t.ex. käranden. Under ett rättegångsförfarande, där ett givet påstående utgör en väsentlig del av den ena partens talan, ligger bevisbördan för påståendet vanligen på den part som framfört det. För att vara framgångsrik i rätten måste den som utsatts för diskriminering frambringa tillräckligt med bevis för att uppnå bevisbördan för rekvisiten. I praktiken sker diskriminering många gånger på ett sådant sätt att den som utsatts för diskriminering inte kan tillhandahålla tillräckligt med omständigheter för att kunna ge domstolen klar och övertygande bevisning om diskriminering. Orsaken till detta är att det vanligen är den som utfört diskrimineringen som har kontroll över bevisbildningen, detta eftersom det är han eller hon som vidtagit den aktuella handlingen.

²⁶ Första instans domstolen i Bryssel (straffrätt), den 31 mars 2004 (tillgänglig på CECLR's webbsida: www.diversite.be). Omständigheterna i målet inträffade innan ikraft trädandet av lagen från den 25 februari 2003 som genomförde direktivet mot etnisk diskriminering (nu ersatt med den federala lagen av den 10 maj 2007 mot vissa former av diskriminering, *Moniteur belge*, den 30 maj 2007).

²⁷ Första instans domstolen i Nivelles (civilrätt), den 19 april 2005, domen sammanfattad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2005, uppl. 2, s. 47.

› *King mot Great Britain-China Centre inför Englands och Wales appellationsdomstol (2002)*²⁸

I Storbritannien där lagstiftning mot diskriminering antogs redan 1965 under lagen *Race Relations Act* är domare vana vid de svårigheter med att nå upp till bevisbördan som de som utsatts för diskriminering möter. I ett mål från 1992 inför appellationsdomstolen (Court of Appeal) *King mot Great Britain-China Centre*, fastslog domaren (Lord Justice) Neil att "det är ovanligt att hitta direkta bevis för etnisk diskriminering". Våldigt få arbetsgivare är beredda att ens för sig själva erkänna sådan diskriminering. I en del fall sker diskrimineringen inte med ond avsikt utan bygger bara på ett antagande om att "han eller hon inte skulle ha passat in". Omständigheterna i det nu nämnda målet visar på de problem som kåranden möter. Fallet rörde underlåtenheten att utse en etnisk kinesisk kvinna som VD för GB-China Centre. Platsannonsern angav att de viktigaste kraven för befattningen var "förstahandskunskap om Kina" och "tala flytande kinesiska". Trots att sökanden uppfyllde båda dessa kriterier och utbildads till brittisk examensstandard var hon inte en av de åtta sökande som valdes ut för intervju. De som kallades till intervju var alla "vita" studenter med en examen i kinesiska studier. Ingen av de fem kinesiska sökandena blev erbjudna att komma på intervju för befattningen och inte heller har någon kinesisk person någonsin varit anställd av GB-China Centre. Företaget påstod att det under rekryteringsförfarandet hade bestämts att kriterierna i annonsern var av sekundärt intresse och att "nyligen erhållen erfarenhet och kunskap om byråkrati och institutioner i moderna Kina" var avgörande. Domstolen bestämde att det fanns tillräckligt mycket omständigheter i ärendet för att kunna dra slutsatser om diskriminering, detta även om det inte fanns något direkt bevis för en diskriminerande avsikt. Med andra ord, domaren Neil föreslog ett sätt att lätta på bevisbördan enligt följande; "en slutsats om olika behandling och en slutsats om olika etnicitet pekar ofta på en möjlig etnisk diskriminering". Vid sådana omständigheter kommer domstolen att söka en förklaring hos arbetsgivaren. Om ingen förklaring då kan läggas fram från arbetsgivarens sida eller om domstolen anser att förklaringen inte är adekvat eller är otillfredsställande är det legitimt för domstolen att sluta sig till att etnisk diskriminering förekommit. Detta är inte en fråga om juridik (...) snarare sunt förnuft". Följaktligen fastställde appellationsdomstolen arbetsdomstolens (Employment Tribunal) domslut, som inte heller bedömde att den förklaring som GB-China Centre givit, om att huvudkriteriet för befattningen hade ändrats under rekryteringsprocessen, var tillfredsställande. I själva verket bedömde domstolen att detta var en omständighet som angavs i syfte att legitimera olaglig diskriminering. Arbetsdomstolens dom hade tidigare ändrats av arbetsdomstolens appellationsdomstol (Employment Appeal Tribunal).

²⁸ *King v. Great Britain-China Centre before Court of Appeal of England and Wales (2002)*, [1992] ICR 516, tidigare godkänt fall av överhuset (House of Lords) i *Glasgow CC v. Zafar* [1998] ICR 12.

Trots appellationsdomstolens vägledning, i *King mot Great Britain-China Centre*, om hur bevisbördan kan lättas indikerar forskning som gjorts 10 år senare att endast 16 % av alla mål om etnisk diskriminering vinner framgång i domstol. Sådana siffror kan anses bero på att domare sällan är villiga att sluta sig till att etnisk diskriminering förekommit, även då svarandens förklaring till olika behandlingen har avfärdats²⁹.

› *Målet Prags flygplats inför överhuset (2004)*³⁰

Ett beslut från 2004 av överhuset (House of Lords) visar också på vikten av frågan om bevis i mål om diskriminering. Målet handlade om en insats som genomfördes på Prags flygplats under 2001 och 2002 av brittiska tjänstemän från immigrationsmyndigheten, under ledning av inrikesministern. Under insatsen hade brittiska tjänstemän givits i uppdrag att på Prags flygplats ge tillstånd till eller avisa passagerare från att komma in i Storbritannien redan innan de stigit på flygplan på väg till Storbritannien. Operationen var en följd av att Storbritannien fått en stor tillströmning av romer från Tjeckien. Syftet med operationen var att sänka trycket från asylsökande från Tjeckien. En av de frågor som överhuset hade att ta ställning till var om operationen på Prags flygplats utfördes på ett otillåtet diskriminerande sätt genom att resande av romskt ursprung behandlades sämre än icke romer. För att lösa denna fråga gav en av domarna i överhuset, baronessan Hale of Richmond, väldigt tydliga riktlinjer enligt följande.

”Sedan 1968 har det vid tillhandahållande av arbetstillfällen, utbildning, bostäder, varor och andra tjänster varit förbjudet att diskriminera enskilda personer på grund av etnicitet. Gällande lagstiftning återfinns i Race Relations Act 1976, vilken i mycket är jämförbar med jämställdhetslagen från 1975. Principerna är välkända och nog så enkla att redogöra för även om de är svåra att applicera i praktiken. Den grundläggande principen i båda diskrimineringslagarna är att enskilda personer oavsett kön eller etnisk tillhörighet har rätt att behandlas jämlikt. Följaktligen är det lika diskriminerande att behandla män sämre än kvinnor som det är att behandla kvinnor sämre än män; och det är precis lika diskriminerande att behandla vita sämre än svarta som det är att behandla svarta sämre än vita. Rekvisiten i förbuden mot diskriminering är (i) att det förekommit en olika behandling av en person i jämförelse med en annan person (verklig eller hypotetisk) av annat kön eller annan etnicitet; (ii) att behandlingen är mindre förmånlig för den ena; (iii) att de relevanta omständigheterna är de samma eller åtminstone inte avsevärt annorlunda; (iv) att olika behandlingen beror på kön eller etnicitet. *Emellertid, eftersom personer väldigt sällan tillkännager sina fördomar och kanske inte ens själva känner till dem, måste diskriminering vanligen bevisas genom slutledning snarare än genom direkt bevisning.* När mindre förmånlig behandling av en person i jämförbar situation (rekvisit (i), (ii) och (iii)) visats, kommer domstolen för att få en förklaring att vända sig till den som anklagats för att ha utfört diskrimineringen. Förklaringen får inte ha samband med kändans etniska tillhörighet eller kön. Om det

²⁹ *Claims of race bias fall by the wayside*, Labour Research, april 2002. I och med genomförandet av EG-direktiven i Storbritanniens lagstiftning är domare idag skyldiga, inte har möjlighet, att låta bevisbördan gå över när det fastställs att det föreligger ett *prima facie* mål. Se *infra* och *Igen Ltd & Others mot Wong, Chamberlin m.fl. mot Emokpae, Webster mot Brunel University* [2005] EWCA Civ 142.

³⁰ *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others*, 9 december 2004 [2004] UKHL 55.

inte finns någon, eller ingen tillfredställande förklaring, är det för domstolen legitimt att dra slutsatsen att den oförmånliga behandlingen skett på grund av etnisk tillhörighet: se *Glasgow City Council v. Zafar* [1997] 1 WLR 1659, som bekräftar *King v Great Britain-China Centre* [1992] ICR 516. Om skillnaden i behandling beror på etnisk tillhörighet, har orsakerna eller motiven inte någon betydelse: se t.ex. *Nagarajan v London Regional Transport* [2000] 1 AC 501³¹.

Inom samhällsvetenskapen är det i dag väl dokumenterat att individer inte alltid känner till sina fördomar. Omedvetna förutfattade meningar påverkar påtagligt interkulturella relationer³².

3. Att bevisa könsdiskriminering – EG-domstolens svar

Med avseende på mål om könsdiskriminering har, EG-domstolen uttryckligen tillkännagett de avsevärda svårigheter som kvinnor har erfarit vad gäller möjligheten att framgångsrikt föra talan. Detta gäller särskild när det handlar om lönediskriminering. Det som framförts som det huvudsakliga problemet har varit bristen på insyn i verksamheter och beslutsfattande inom arbetsmarknaden. Kvinnor berövades möjligheten att framgångsrikt försvara sina fall eftersom de helt enkelt varit oförmögna att få del av den information som varit nödvändig för att fastställa diskriminering.

› *Målet Danfoss inför EG-domstolen (1989)*³³

Målet Danfoss från 1989 var det första i vilket EG-domstolen adresserade denna fråga. I målet förde en arbetstagarorganisation talan för kvinnliga arbetare som arbetade åt företaget Danfoss A/S. Arbetstagarorganisationen hävdade att Danfoss praxis rörande veckolön och månadslön var könsdiskriminerande och därför stod i strid med dansk lagstiftning som implementerar 1975 års direktiv om lika lön³⁴. Statistik över veckolöner som utbetalats till arbetarna mellan 1982 och 1986 togs fram. Den visade att den genomsnittliga lönen som betalats till män var 6.85% högre än den som betalats till kvinnor. Även om grundlönen för män och kvinnor var den samma, gav arbetsgivaren tillägg beräknade på bland annat rörlighet, utbildning och senioritet. Enligt arbetstagarorganisationen innebar arbetsgivarens praxis indirekt diskriminering. Det som stod på spel var den omständigheten att systemet med de individuella tillägg som lades på lönen tillämpades på ett sådant sätt att en kvinna inte hade möjlighet att identifiera skälen till löneskillnaden mellan henne och en man som utförde lika arbete. Domstolen påpekade att "i en situation där ett system

³¹ *Ibidem*, § 73 (kursiveringen är författarens tillägg). De övriga domarna (Law Lords) instämde i baronessan Hale of Richmonds uttalande med avseende på diskriminering. Domen finns tillgänglig på överhusets (House of Lords') webbsida (www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma.pdf).

³² Se t.ex. J.F. Dovidio, "On the nature of contemporary prejudice: The third wave", *Journal of Social Issues*, Vol. 57, 2001/4, s. 829-849.

³³ *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening, som för talan för Danfoss*, 17 oktober 1989, Mål 109/88.

³⁴ Rådets direktiv av den 10 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (75/117/EEG).

för individuella lönetillägg, som helt och hållet saknar insyn, är förhanden kan kvinnliga arbetstagare endast visa på skillnader vad avser genomsnittslönen". De skulle berövas varje praktisk möjlighet att åberopa principen om lika lön inför nationell domstol om effekten av åberopandet av sådan bevisning inte skulle ålägga arbetsgivaren bevisbördan för att dennes praxis vad gäller löner inte är diskriminerande³⁵. Som en följd av detta beslutade domstolen att "direktivet om lika lön ska tolkas på så sätt att om ett företag tillämpar ett lönesystem som helt saknar öppenhet, har arbetsgivaren bevisbördan för att hans lönepolitik 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 genomsnittslön."³⁶

› Enderby målet inför EG-domstolen (1993)³⁷

Fyra år senare utvecklade EG-domstolen sin position i Enderby målet och gick längre genom att flytta över bevisbördan på arbetsgivaren även i de fall då arbetsgivarens lönesystem var öppet för insyn. Dr. Pamela Enderby, som var anställd som talpedagog inom den allmänna hälso- och sjukvården i Storbritannien, väckte talan om könsdiskriminering. Som grund för sin talan anförde hon att på hennes tjänsteåldersnivå inom den allmänna hälso- och sjukvården har de som tillhör hennes yrkeskategori, vilket är ett kvinnodominerat yrke, en avsevärt lägre lön än de som har jämförbara yrken (klinisk psykolog och farmaceut/apotekare) och jämförbar tjänsteåldersnivå, men med fler män än kvinnor. Efter att ha slagit fast de generella principerna rörande bevisbördan i rättsprocesser gav EG-domstolen ett glasklart yttrande över när bevisbördan ska gå över på motparten i mål om könsdiskriminering.

"13 Det åligger normalt den person som till stöd för ett anspråk åberopar vissa omständigheter att bevisa att dessa är riktiga. Bevisbördan för att det föreligger en lönediskriminering på grund av kön åvilar därför i princip den arbetstagare som anser sig vara utsatt för en sådan diskriminering och som väcker talan mot sin arbetsgivare i syfte att undanröja denna diskriminering. Likaså åligger det arbetsgivaren att bevisa att hans lönepolitik, om ett företag tillämpar ett lönesystem som helt saknar öppenhet, inte är diskriminerande, när en kvinnlig arbetstagare visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittliga lön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagare är lägre än den för manliga arbetstagare" (dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, H. K. mot Danfoss, Rec. s. 3199, punkt 16).

15 (...) situationen i det föreliggande fallet[är] inte alldeles densamma som i [Danfoss] (...). (...) [A]rbeitsgivaren [kan] inte beskyllas för att tillämpa ett lönesystem som helt saknar öppenhet, eftersom NHS: s löner för talpedagoger och farmaceuter är fastställda som ett resultat av normala kollektivavtalsförhandlingar som inte har inneburit någon diskriminering för något av dessa båda yrken.

³⁵ EG-domstolen (ECJ), *Danfoss*, den 17 oktober 1989, Mål 109/88, § 13. I *Kommissionen mot Frankrike* (den 30 juni 1988, Mål 318/86, § 27), domstolen fördömde ett rekryteringssystem, som kännetecknades av brist på transparens, som i strid med principen om lika tillgång till arbete. Motiveringen var att bristen på transparens hindrade alla former av översyn av nationella domstolar och kommissionen.

³⁶ EG-domstolen (ECJ), *Danfoss*, den 17 oktober 1989, Mål 109/88, § 16.

³⁷ EG-domstolen (ECJ), *Dr. Pamela Mary Enderby mot. Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health*, den 27 oktober 1993, Mål C-127/92.

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

17 Det åligger den nationella domstolen att bedöma huruvida dessa statistiska uppgifter skall beaktas, dvs. om de omfattar ett tillräckligt stort antal personer, om de inte återspeglar helt tillfälliga eller konjunkturbetingade faktorer och om de rent allmänt är signifikativa [38].

18 I en situation då det föreligger en tydlig diskriminering har arbetsgivaren att visa att det finns objektiva skäl för den konstaterade löneskillnaden. Arbetstagarna skulle sakna varje effektivt medel att genomdriva principen om lika lön vid en nationell domstol, om den omständigheten att de lagt fram bevis för att det föreligger tydlig diskriminering inte fick till följd att bevisbördan övergick på arbetsgivaren, så att denne måste visa att skillnaden i lön i realiteten inte är diskriminerande (...) [39].”

I ett tal för arbetsrättsjurister som Elias, president över den brittiska arbetsrättsliga appellationsdomstolen (Employment Appeal Tribunal), höll den 8 november 2006 poängterade han att den mest sannolika förklaringen till löneskillnaderna i Enderby målet troligen var historiska könsroller: ”det fanns historiskt sätt förväntningar på att kvinnor skulle arbeta som talpedagoger och män (eller åtminstone en övervägande del) med de andra två yrkena; och att det var rimligt att anta att detta måste ha lämnat avtryck på aktuell lön”. Talpedagogen hade historiskt erhållit en lön som uppfattades vara på en ”lämplig kvinnlig nivå, och den historiska diskrimineringen hade man inte fått bukt med” 40.

› Målet *Royal Copenhagen inför EG-domstolen (1995)*⁴¹

I målet *Royal Copenhagen* bekräftade EG-domstolen sin inställning och hävdade återigen den yttersta vikten av att inte beröva kvinnor den praktiska möjligheten att hävda principen om lika lön. Frågan i målet var om Royal Copenhagen, en keramikproducent med omkring 1150 anställda, varav 40 % män och 60 % kvinnor, bröt mot principen om lika lön då genomsnitts timlön för en grupp av arbetstagare (målare), varav alla utom en var kvinna, var lägre än genomsnittstimlön för en annan grupp arbetstagare (drejare) varav alla utgjordes av män. EG-domstolen anförde följande.

³⁸ På denna punkt se EG-domstolen (ECJ), *Regina mot Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith och Laura Perez*, den 9 februari 1999, Mål C-167/97.

³⁹ EG-domstolen (ECJ), *Enderby*, den 27 oktober 1993, Mål C-127/92 (kursiveringen är författarens tillägg).

⁴⁰ Citerad av J. Galbraith-Marten, *Shifting the burden of proof and access to evidence*, Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, juni 2007, § 25 (finns tillgänglig på akademiens webbsida: www.era.int).

⁴¹ EG-domstolen (ECJ), *Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, tidligere Industriens Arbejdsgivere, som ombud för Royal Copenhagen A/S*, den 31 maj 1995, Mål C-400/93.

(...) [I] ett ackordslönesystem räcker [det] inte [med] ett enkelt konstaterande att genomsnittslönen i en grupp arbetstagare som till största delen består av kvinnor, vilka utför en viss typ av arbete är väsentligt lägre än genomsnittslönen i en grupp arbetstagare som till största delen består av män vilka utför en annan typ av arbete som anses vara av samma värde, för att kunna dra slutsatsen att det föreligger en lönediskriminering. "När det emellertid i ett ackordslönesystem – där de enskilda lönerna består av en rörlig del som beror på varje arbetstagares individuella arbetsresultat och en fast del som varierar mellan de berörda arbetstagargrupperna – är omöjligt att påvisa vilka faktorer som varit avgörande vid fastställandet av tarifferna eller beräkningsgrunderna vid beräkningen av den rörliga delen av lönen, kan arbetsgivaren åläggas bevisbördan för att visa att de skillnader som konstaterats inte beror på könsdiskriminering"⁴².

› *Binderen mot Kaya inför den nederländska Högsta domstolen (1982)*⁴³

Rättspraxis från EG-domstolen är helt klart influerat av amerikanska prejudikat⁴⁴. Den ligger också nära jurisprudensen initierad i Nederländerna av dess Högsta domstol så tidigt som 1982 i målet *Binderen mot Kaya*. Kaya, boende i Nederländerna med turkiskt ursprung, hade väntat i årtal på ett lämpligt hus. Han förlitade sig på ett allmännyttigt bostadssystem som bl.a. var ansvarigt för det allmännyttiga bostadsbolaget *Binderen*. Inför domstolen lade Kaya fram statistik som visade att bland de 157 hus som *Binderen* förmedlat hade endast ett förmedlats till en familj med invandrabakgrund. Andelen familjer med invandrar bakgrund i staden var 4.6% och av de personer som var anmälda till det allmännyttiga bostadsbolaget var andelen med invandrabakgrund 10.2%. Andra bostadsbolag hade förmedlat 7.2% av sina lägenheter till familjer med invandrabakgrund⁴⁵. Den nederländska Högsta domstolen bedömde att statistiken var godtagbar som bevis och beslutade att en rimlig och rättvis tillämpning av bevisbördan, så som den var angiven i civilprocesslagen, innebar att bevisbördan gick över till bostadsbolaget att ge en godtagbar förklaring till att deras regler inte var diskriminerande gentemot personer med invandrabakgrund:

"Ingen lagregel förbjuder domstolen att som tillräckligt med bevis för diskriminering acceptera de numeriska, statistiska skillnader som presenterats här. Inte heller förbjuder den domstolen att dra slutsatsen att det finns en (seriös) misstanke om diskriminering och enbart på grund av den misstanken lägga bevisbördan, om att den påstådda diskrimineringen skett på lagligen godtagbara grunder, på den som anklagas för diskriminering"⁴⁶.

⁴² *Ibidem*, § 28 (kursiveringen införd av författaren).

⁴³ Hoge Raad, den 10 december 1982, *N.J.*, 1983, s. 687.

⁴⁴ Se den prejudicerande domen från USAs Högsta domstol (US Supreme Court) i målet *McDonnell Douglas Corp. mot Green*, 411 U.S. 792 (1973). För ytterligare information se t.ex. *Furnco Constr. Corp. mot Waters*, 438 U.S. 567 (1978); *U.S. Postal Serv. Bd. of Governors mot Aikens*, 460 U.S. 711, 714-715 (1983); *Swierkiewicz mot Sorema n. & nbsp*, 534 U.S. 506 (2002).

⁴⁵ Så som omständigheterna i målet återgivits i D. Houtzager, *Changing perspectives: Shifting the burden of proof in racial equality cases*, Bryssel, ENAR, 2006, s. 20.

⁴⁶ Se M. Zwamborn, "The Netherlands", *Anti-discrimination legislation in EU Member States. A comparison of national anti-discrimination legislation on the grounds of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council directives*, J. Niessen och I. Chopin för the Migration Policy Group (eds), Wien, EUMC, 2002, s. 27.

4. EG-direktiven och bevisbördans övergång

EG-domstolens rättspraxis om bevisbördans övergång användes inte enhetligt i alla medlemsländer. Nationella domare var inte alltid medvetna om *prima facie*⁴⁷ angreppssättet och en del av dem var inte helt bekväma med detta nya sätt att hantera fakta och bevis. Som ett resultat av detta antogs 1997 ett direktiv om bevisbördan i mål om diskriminering på grund av kön⁴⁸. Direktivet kodifierar de principer som EG-domstolen lagt fram i rättspraxis rörande rätten till lika lön och utvidgar regeln om bevisbördans tillämpning till att omfatta likabehandling mer generellt. I civilprocesser "Medlemsstaterna ska i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att 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, ska det åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling"⁴⁹. Syftet med detta direktiv är att "säkerställa större effektivitet i de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i enlighet med principen om likabehandling, för att alla personer som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem ska kunna göra sina rättigheter gällande vid rättegång efter att eventuellt ha vänt sig till andra behöriga instanser"⁵⁰.

Direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet grundades på de erfarenheter som dragits av diskriminering på grund av kön. De förbjuder inte bara diskrimineringen på grund av ras, etniskt ursprung, religion och annan trosuppfattning, sexuell läggning, funktionshinder eller ålder, utan anger även bevisbördans övergång i enlighet med 1997 års direktiv⁵¹. I deras preambel anges "För att principen om likabehandling ska kunna tillämpas effektivt måste reglerna om bevisbördan anpassas på så sätt att bevisbördan övergår till svaranden när det föreligger ett *prima facie*-fall av diskriminering"⁵². Trots avsaknad av särskilda regler i EG-direktiven bör övergången av bevisbördan även gälla i fall av repressalier, t.ex. då två individer blir illa behandlade på grund av deras inblandning i en rättsprocess om likabehandling⁵³.

⁴⁷ *Prima facie* betyder vid första anblicken/påståendet, eller i första ögonblicket.

⁴⁸ Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering. Detta direktiv omarbetades i europa parlamentet 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 fråga om anställning och sysselsättning.

⁴⁹ Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997, art. 4.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 1 (kursivering införd av författaren). Se även EG-domstolen (ECJ), *Nikoloudi*, den 10 mars 2005, Mål C-196/02, § 69.

⁵¹ Direktivet mot etnisk diskriminering, art. 8; arbetslivsdirektivet, art. 10.

⁵² Punkten 21 preambeln i direktivet mot etnisk diskriminering; punkten 31 preambeln i arbetslivsdirektivet. Det senare anger också att "det åligger dock inte svaranden att bevisa att käranden tillhör en viss religion, har vissa övertygelser, ett visst funktionshinder, är av en viss ålder eller har en viss sexuell läggning".

⁵³ M. Miguel Sierra, I. Chopin, E. Jenaro Tejada, I. Carles-Berkowitz, *Towards equal treatment. Transposing the Directive – Analysis and proposals*, Bryssel, ENAR, mars 2002, s. 38-40; J. Galbraith-Marten, *Shifting the burden of proof and access to evidence*, Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, juni 2007, §§ 30-31 (tillgänglig på akademins webbsida: www.era.int).

Kommissionen gav i sin årsrapport om jämställdhet och icke-diskriminering ett exempel som visade hur det skulle kunna gå att dela bevisbördan i mål om etnisk diskriminering.

”Ett antal personer med icke-europeiskt ursprung arbetar inom ett företag i EU. Varje gång en mer senior befattning blir vakant söker de denna. Varje gång förbigås de och en person med europeiskt ursprung erhåller befattningen. Om de personerna som befordrats inte verkar ha bättre kvalifikationer än de som avisas varje gång finns det prima facie bevis för diskrimineringen på grund av etniskt ursprung. Detta skulle dock vara svårt att avgörande bevisa utan att göra en detaljerad jämförelse mellan kvalifikationerna för dem som blev befordrade och de som inte blev det, samt deras lämplighet för befattningen. Om det finns särskilda anledningar till varför vissa personer blev befordrade, som inte har med etnicitet att göra, är det den personen som fattade beslutet som har bäst kunskap om detta, dvs. chefen på det aktuella företaget. Han eller hon kan till och med vara den enda som verkligen känner till de egentliga orsakerna till beslutet, så det är inte mer än rätt att de ska bevisa att de inte agerat på ett diskriminerande sätt”⁵⁴.

Bevisbördans övergång är inte avsedd att vara betungande för svaranden. Den är inte att jämställa med ett fullständigt omkastande av bevisbördan och är inte detsamma som att ”negativa fakta” (underlåtenhet att handla, i alla avseenden, på ett diskriminerande sätt) fastställs. Svaranden måste bevisa att han/hon inte är skyldig till den påstådda diskrimineringen på grund av de särskilda fakta som målsäganden lagt fram inför domstolen. I det exempel som kommissionen nämnde i sin årsrapport från 2003 behöver arbetsgivaren, som antas ha diskriminerat i sitt befordringssystem, endast visa omständigheterna och skälen till beslutet att befordra eller inte befordra. Allt det han/hon måste bevisa är att beslutet inte grundade sig på det etniska ursprunget hos dem som berördes av beslutet, utan helt och hållet grundade sig på legitima omständigheter. Detta är orsaken till varför man ibland talar om *delad* bevisbörda istället för *omkastad* bevisbörda.

⁵⁴ *Towards diversity*, s. 7, tillgänglig på webbsidan www.stop-discrimination.info/4587.0.html.

Det är också viktigt att ha i åtanke att övergången av bevisbördan ska ske i enlighet med kraven för rättvis rättegång. Som Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD) uttryckt det i straffrättsliga mål, där frågan är än mer slående⁵⁵, rätten till rättvis rättegång "är inte (...) absolut eftersom antaganden om fakta eller lagar sker inom varje straffrättsligt system och är i princip inte förbjudna enligt konventionen, så länge staterna håller sig inom vissa ramar som tar hänsyn till vikten av det som står på spel och vidmakthåller försvarets rättigheter"⁵⁶.

› *Den tjeckiska konstitutionsdomstolen beslutar att bevisbördans övergång är förenlig med rätten till rättvis rättegång (2006)*⁵⁷

Den 26 april 2006 fastslog den tjeckiska konstitutionsdomstolen att nationella regler som implementerar den europeiska bevisbörderegeln inte står i strid med grundlagen och inte heller bryter mot rätten till rättvis rättegång. Målet rörde ett påstående om diskriminering av två personer av romskt ursprung som, med hänvisning till att de saknade medlemskort, inte hade blivit serverades på en restaurang. Inför en regional domstol i norra Bohemien yrkade de att en delad bevisbörda skulle tillämpas eftersom tre icke romska kunder hade serverats utan att tillfrågas om medlemskort. Domstolen sköt upp förhandlingarna för att göra en hemställan hos den konstitutionsdomstolen. Domstolen var orolig för att 133a § i civilprocesslagen placerade hela bevisbördan på den svarande och att målsäganden inte ålades någon skyldighet att stödja sitt påstående med bevisning varigenom svaranden skulle försättas i ett allvarligt underläge som inkräktade på dennes rätt till rättvis rättegång. Konstitutionsdomstolen fastslog EU-institutionernas behörighet och underströk därefter att den konstitutionella principen om rättvis rättegång "inte innebär absolut matematisk jämlikhet, utan relativ jämlikhet som måste reflektera de olika situationer som parterna befinner sig i". Vidare fastslog domstolen att "övergången av bevisbördan är varken total eller ovillkorlig. Personen som påstår diskriminering måste presentera tillräckligt med omständigheter som gör det möjligt att dra slutsatsen att diskriminering kan ha inträffat"⁵⁸.

⁵⁵ Det bör understrykas att direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet inte möjliggör en användning av delad bevisbörda i straffrättsliga mål artikel 8 (3) respektive artikel 10 (3).

⁵⁶ ERD, *Phillips mot Storbritannien*, den 5 juli 2001, p. 40. Se även ERD, *Salabiaku mot Frankrike*, den 7 oktober 1988, p. 28; ERD, *Pham Hoang mot Frankrike*, den 25 september 1992, p. 34-36; ERD, *Janosevic mot Sverige*, den 23 juli 2002, p. 101-104; ERD, *Radio France m.fl. mot Frankrike* den 30 mars 2004, p. 24. Nu för tiden anser domstolen i Strasbourg att en alltför vid presumtion för oskuld kan undanröja varje effektiv prövning av etnisk diskriminering av domstolen. (ERD (Domstolen i stor sammansättning), *Natchova m.fl. mot Bulgarien*, den 6 juli 2005, p. 128-130, 146, 156-157; ERD, *Stoica mot Rumänien*, den 4 mars 2008). Mål om presumtion för ansvar är giltiga, under förutsättning att de kan ändras i straffrättsliga mål. På denna punkt se t.ex. ERD, *Telfner mot Österrike*, den 20 Mars, 2001, p. 15-16.

⁵⁷ Pl. US 37/04, den 26 april 2006, coll. no. 419/2006, s. 67. Mål rapporterade i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 55.

⁵⁸ B. Havelkova, "Burden of proof and positive action in decisions of Czech and the Slovak Constitutional Courts – milestones or mill-stones for implementation of EC equality law?" *European Law Review*, 2007, uppl. 32, s. 701.

5. Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD) och bevisbördans övergång

Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD) har vid flera tillfällen framfört att den bevisbördan som domstolen tillämpar är ”ställt utom allt rimligt tvivel”. Domstolen har också framfört att bevisning kan härledas från ”samverkan av tillräckligt starka, tydliga och samstämmiga slutledningar eller liknande icke motbevisade antaganden”. Under beto- nande av att dess uppgift är att döma över staters ansvar under internationell rätt och inte ansvar under straffrätt, har domstolen varit angelägen om att vara flexibel i sin rättspraxis genom att i sin bedömning ta hänsyn till naturen hos den självständiga rättigheten i fråga och de eventuella bevismässiga svårigheterna. Genom att göra så har domstolen understru- kit behovet av att inte tappa sikte kring den omständigheten att det är allvarligt för en stat att anses ha brutit mot de mänskliga rättigheterna⁵⁹.

I tillägg har ERD tillkännagivit att konventionsförfarandena inte ”i alla mål inbjuder dem till en rigorös tillämpning av principen *affirmanti incumbit probatio* (den som påstår något har bevisbördan härför)”⁶⁰. Under vissa omständigheter, ”där kunskapen om de aktuella händelserna helt och hållet, eller till stor utsträckning, ligger hos myndigheterna (...) kan bevisbördan att tillgodose en tillfredställande och övertygande förklaring anses ligga på myndigheterna”⁶¹.

Under senare år har ERD börjat inse att ett särskilt förhållningssätt till frågan om bevis kan behövas i mål som rör diskrimineringsfrågor⁶². Förbunden mot diskriminering inom EU har haft en slående inverkan på rättspraxis från Europadomstolen för de mänskliga rättighe- terna exempelvis har uttryckliga hänvisningar från den senare till den tidigare gjorts. ERD, som till en början var avvaktande till en delad bevisbörda i diskrimineringsmål, har senare blivit medveten om behovet av att anpassa de beviskrav som ställs på målsäganden och behovet av att ta hänsyn till det diskriminerande motivets särskilda karaktär, vilken ofta förblir otroligt svår att fastställa.

⁵⁹ För denna typ av mål se bl.a. ERD, *Irland mot Storbritannien*, den 18 januari 1978, § 161; ERD (Domstolen i stor sammansättning), *Ramsahai m.fl. mot Nederländerna*, den 15 maj 2007, § 273; ERD (Domstolen i stor sammansättning), *D. H. mot Tjeckiska Republiken*, den 13 november 2007, § 178.

⁶⁰ ERD, *Aktaş mot Turkiet*, den 24 april 2003, § 272; ERD (Domstolen i stor sammansättning), *D. H. mot Tjeckiska Repu- bliken*, den 13 november 2007, § 179.

⁶¹ ERD (Domstolen i stor sammansättning), *Salman mot Turkiet*, den 27 juni 2000, § 100 (dödsfall i häkte) För andra exempel, se bl.a. *Ribitsch mot Österrike*, den 4 december 1995, § § 32-34 (fysiska skador under polisförvar); ERD, *Aktaş mot Turkiet*, den 24 april 2003, § 291 (dödsfall genom asphyxi under vistelse i förhörscenter); *Angelova mot Bulgarien*, den 13 juni 2002, § 111 (dödsfall av rom på grund av skallskador uppkomna under tid i häkte).

⁶² I Europa konventionen för de mänskliga rättigheterna (EKMR), återfinns förbudet mot diskriminering i artikel 14 som anger att ”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention ska säkerställas utan någon åtskillnad så som på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt”. Protokoll nr. 12 till konvention (d. 4 november 2000), syftar till att införa ett generellt förbud mot diskriminering. Där anges att ”Åtnjutandet av de rättigheter angivna i lag ska säkerställas utan åtskillnad (...)”. Emellertid har flera länder inom Europa inte ratificerat det ännu.

› *Nachova målet inför ERD (2004 och 2005)⁶³ och den därefter följande utvecklingen i Stoica målet (2008)⁶⁴*

I målet Nachova hade domstolen att hantera dels en bulgarisk militärpolis dödande av två obehövade desertörer av romskt ursprung och dels bristen på effektiv utredning. Rätt till liv och rasistiska motiv stod i fokus. I den första domen från 2004 gjordes uttryckligen hänvisning till bevisbördereglerna i direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet. Enligt domstolen "har det, inom Europa, blivit en etablerad bedömning att den effektiva implementeringen av förbuden mot diskriminering kräver användandet av särskilda åtgärder som tar hänsyn till svårigheterna involverade med att bevisa diskriminering"⁶⁵. Med betoning av att "myndigheterna inte gjorde några försök att undersöka om huruvida diskriminerande attityder hade haft en inverkan, trots att de tagit del av bevisning som borde ha gett dem anledning till att genomföra en sådan utredning"⁶⁶, beslutade domstolen att det sätt på vilket undersökningen utförts borde leda till en övergång av bevisbördan. Svarande staten hade att inför domstolen visa, med utgångspunkt i ytterligare bevisning eller en övertygande förklaring, att omständigheterna som klaganden framfört inte hade sin grund i förbjudna diskriminerande attityder hos statstjänstemännen⁶⁷. På grund av de särskilda omständigheterna i målet ändrades detta resonemang ett år senare av domstolen i stor sammansättning (Grand Chamber).

"Domstolen i stor sammansättning kan inte utesluta möjligheten av att i vissa mål rörande påstådd diskriminering kan det krävas att svarande staten motbevisar en omtvistan anklagelse om diskriminering och, om den misslyckas att göra så, på grund av detta bedöms ha brutit mot artikel 14 i konventionen. Emellertid där det påstås, som här, att en våldshandling motiverats av rasfördomar skulle ett sådant förhållningssätt innebära att svarande staten måste bevisa avsaknaden av en specifik subjektiv attityd hos den berörda personen. *Medan bevis om den diskriminerande effekten av en policy eller ett beslut i många länders juridiska system delas med behovet av att bevisa en diskriminerande avsikt inom arbetsmarknad eller serviceregler, är det förhållningssättet svårt att överföra till ett mål där det påstås att en våldshandling var rasistiskt motiverad*"⁶⁸.

Den senare utvecklingen i ERD: s rättspraxis tyder dock på att domstolen gått tillbaka till sin ståndpunkt i den första domen i Natchovamålet och därmed bestämt sig för att ge ett sammanhängande skydd för dem som utsatts för rasistiska fördomar. I *Stoicamålet*⁶⁹ som avgjordes i mars 2008 hade domstolen ännu en gång att hantera våldshandlingar mot romer från myndigheternas sida. Omständigheterna i målet var följande. Den 3 april 2001 började

⁶³ ERD, *Nachova m.fl. mot Bulgarien*, den 26 februari 2004, ändrad den 6 juli 2005 (Domstolen i stor sammansättning).

⁶⁴ ERD, *Stoica mot Rumänien*, den 4 mars 2008.

⁶⁵ ERD, *Nachova m.fl. mot Bulgarien*, den 26 februari 2004, § 168.

⁶⁶ *Ibidem*, § 170.

⁶⁷ *Ibidem*, § 171.

⁶⁸ ERD (domstolen i stor sammansättning), *Natchova m.fl. mot Bulgarien*, den 6 juli 2005, § 157 (kursiveringen är författarens tillägg).

⁶⁹ ERD, *Stoica mot Rumänien*, den 4 mars 2008.

fyra poliser samt deras chef och sex statliga vakter tillsammans, på uppdrag av vice borgmästaren i den rumänska orten Dolhasca, att slå romer som samlats utanför en bar i en by som tillhuvudsak beboddes av romer. Constantin Stoica, en 14 årig romsk pojke, blev också offer för tjänstemännens våld då de godtyckligt även slog åskådare. En polissergeant slog honom medvetlös trots att han tidigare berättat för sergeanten att han nyligen blivit opererad i huvudet. Flera personer, inklusive pojken klasskamrater, bevittnade händelsen under vilken vice borgmästaren och poliserna skrek rasistiska uttalanden. Stocia diagnostiserades med allvarliga fysiska skador "orsakade av ett linjärt trubbigt instrument, skadorna kan ha skett den 3 april 2001". Den 12 april 2001 fastslog kommissionen för skydd av funktionshindrade personer att han hade ett funktionshinder av första graden och därför skulle komma att behöva permanent tillsyn och personlig assistent. Den officiella undersökningen av händelsen var kantad av allvarliga processuella brister och slutade med ett beslut om att inte väcka åtal mot någon av polismännen då det inte ansågs ha visats att Constantin Stoicas skador var orsakade av polismännen. ERD fördömde Rumänien. I en dom som var en milstolpe, framhöll domstolen att misslyckandet att genomföra en ordentlig utredning var motiverat av rasistiska fördomar⁷⁰. När det kom till bevisbördan var domstolens resonemang kristallklara.

"Rasistiskt våld är särskilt kränkande för den mänskliga värdigheten och, med beaktande av dess farliga konsekvenser, kräver särskild vaksamhet och kraftfullt handlande från myndigheter. Det är på grund av dessa orsaker som myndigheter måste använda alla tillämpliga medel för att motverka rasism och rasistiskt våld och därigenom förstärka den demokratiska visionen om ett samhälle där mångfald inte uppfattas som ett hot utan som en källa till rikedom"⁷¹.

"I det aktuella målet är det ostridigt att händelserna den 3 april 2001 ägde rum mellan romska bybor och polisstyrkor. Målsäganden är själv av romskt ursprung. Polismännen stannade framför den pub som ägs av C.C., som är rom, och den dispyt som uppstod som den återgivits av byborna eller, till viss utsträckning, som den rapporterats av polismännen var inte fri från rasistiska förtecken. Domstolen upprepar att byborna påstått att polismännen frågade F.L. om han var "zigenare eller rumän", innan de slog honom på uppmaning av vice borgmästaren för att lära romerna "en läxa"(...).

Likaså hade C.C.:s dispyt med vice borgmästaren den kvällen i sin kärna rasistiska element.

Vidare bedömer domstolen att de anmärkningar om "typiskt romskt" som Succéapolisen gjort i sin rapport för att beskriva bybornas påstådda aggressiva beteende, är typiska stereotyper och bevisar att poliserna inte vara fria från rasistiska fördommar⁷², varken under händelsen eller under undersökningen.

Domstolen finner således ingen orsak att överväga om den aggression som polismännen utsatte målsäganden för bör lyftas ur sin rasistiska kontext⁷³.

⁷⁰ Brott mot artikel 14 (förbud mot diskriminering) tillsammans med artikel 3 (förbud mot inhuman eller kränkande behandling) Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

⁷¹ ERD, *Stoica mot Rumänien*, den 4 mars 2008, § 117.

⁷² Engelska ordalydelsen "racially neutral" (fotnot införd av översättaren).

⁷³ Engelska ordalydelsen "racist context" (fotnot införd av översättaren).

Under alla omständigheter anser domstolen att *bevisbördan ligger på staten*, till omständigheterna har hänsyn tagits till att alla bevis om diskriminering ignorerats av polisen och den militära åklagaren samt ovan gjorda slutsats om en undersökning präglad av rasistiska fördomar⁷⁴.

Sedan 2005, i mål där särskilda regler eller åtgärder visades ha oproportionerlig inverkan på kvinnor eller romer, har domstolen i Strasbourg tillämpad en delad bevisbörda.

› *Målet Hoogendijk inför ERD (2005)*⁷⁵

Målsäganden gjorde gällande att tillämpningen av en inkomstregel i den lagstiftning som angav villkoren för att kunna få arbetsskadeersättning innebar indirekt diskriminering av kvinnor. Detta eftersom den påverkade fler kvinnor än män. Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD) framförde att "när en målsägande med hänvisning till oomtvistlig statistik kan visa på existensen av en prima facie indikation om att en särskilt regel, även om den är neutralt utformad i praktiken påverkar ett större antal kvinnor än män, är det upp till svarande staten att visa att detta är resultatet av objektiva omständigheter oberoende av någon diskriminering på grund av kön". "Om inte bevisbördan, för att visa att skillnaden i påverkan på män och kvinnor i praktiken inte är diskriminerande, skulle gå över på svarande regeringen skulle det i praktiken vara extremt svårt för målsäganden att bevisa indirekt diskriminering"⁷⁶. Det är ganska slående hur ERD helt och hållet antagit det resonemang som EG-domstolen utvecklade under 1990-talet för att mer effektivt bekämpa den lönediskriminering som kvinnor mötte på arbetsplatserna.

› *Målet D. H. inför ERD (2006 och 2007)*⁷⁷

I det betydelsefulla D. H. målet beslutade europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD), i stor sammansättning den 13 november 2007, att sätta åt sidan sitt tidigare mycket kritiserade beslut och acceptera bevisbördans övergång på grundval av framlagd statistik som "inte var helt tillförlitlig" men som avslöjade "en dominerande trend som bekräftats av såväl svarande staten som de självständiga tillsynsmyndigheter som tittat på saken"⁷⁸. Målet handlade om att det i Tjeckien placerats en oproportionerligt stor andel romska barn i en "speciell" förskola för förståndshandikappade. Detta förfaringsätt som är utbrett inom Central- och Östeuropa leder i praktiken till etnisk (race) segregering och berövar romska barn tillgången till en utbildningsstandard som jämnåriga icke romska barn har. Undersökningar gjorda av European Roma Rights Centre visade att sannolikheten att romska skolbarn i staden Ostrava skulle placeras i en specialskola var 27 gånger större än för icke romska barn i samma område. I sitt beslut hänvisar domstolen uttryckligen till EG-rätt: "domstolen uppmärksammar att rådets direktiv 97/80/EG och 2000/43/EG fastställer att personer som anser sig ha blivit felaktigt behandlade genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på

⁷⁴ *Ibidem*, § § 128-130 (kursiveringen tillförd av författaren).

⁷⁵ ERD, *Hoogendijk mot Nederländerna*, den 6 januari 2005 (beslut om tillåtligheten av viss bevisningen).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁷ ERD, *D. H. mot Tjeckiska Republiken*, den 7 februari 2006, ändrad den 13 november 2007 (i stor sammansättning).

⁷⁸ ERD (i stor sammansättning), *D. H. mot Tjeckiska Republiken*, den 13 november 2007, § 191.

dem får inför en nationell myndighet med vilka medel som helst, inklusive statistisk bevisning, lägga fram omständigheter som kan leda till en slutsats om diskriminering (...). Senare rättspraxis från EG-domstolen (...) visar att målsäganden får föra fram statistisk bevisning samt att nationella domstolar också tar hänsyn till sådan bevisning då den är väl grundad och av betydelse.⁷⁹ I enlighet härmed beslutade domstolen att "när en målsägande som påstår indirekt diskriminering fastställer ett vederläggande antagande om att effekten av en åtgärd eller handling är diskriminerande, går bevisbördan över på svarande staten som då måste visa att skillnaden i behandling inte är diskriminerande (...). Med hänsyn tagen till de särskilda omständigheter och karaktären av anklagelserna i denna typ av mål vore det extremt svårt för målsäganden att i praktiken visa diskriminering, utan att bevisbördan skulle skifta"⁸⁰.

Det tog åtta månader att församlas och åtta år att nå ett framgångsrikt domslut i målet om romska rättigheter. Domstolens beslut, i stor sammansättning, är en förebild för klart tänkande ur vilken riktlinjer kan hämtas, om hur bevisbördans tyngt kan mildras för en effektiv hantering av mål om diskriminering.

6. Bevisbördans övergång i rättspraxis

Även om flera medlemsländer inte har lyckats införliva regeln om bevisbördan i enlighet med EG-direktiven⁸¹, finns det redan flera intressanta mål där nationella domstolar tillämpat principen om delad bevisbörda och vilka därför kan ge riktlinjer i detta avseende.

› *Arbetsdomstolen i Sverige om diskriminerande språkrav (2005)*⁸²

En person från f.d. Jugoslavien ansökt om en befattning som bygglovsarkitekt hos en kommun och efter intervjun ansågs han inte längre vara aktuell för befattningen då hans svenska kunskaper påstods vara bristfälliga. En av frågorna i målet var om språkraven innebar en indirekt diskriminering på grund av etnisk tillhörighet. Enligt arbetsdomstolen krävde befattningen som bygglovsarkitekt hos kommunen handläggning av ärenden rörande myndighetsutövning. Som en följd av detta bedömdes kravet om goda (inte perfekta) muntliga och skriftliga kunskaper i svenska som sakligt motiverade, lämpliga och nödvändiga. När det gällde bevisbördan argumenterade Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO), till skillnad från arbetsgivaren, att för att ett prima facie mål om indirekt diskriminering ska anses föreligga krävs endast fastställandet av att språkraven är missgynnande, inte bara för personer av samma etniska ursprung som målsäganden, utan "alla som har ett annat modersmål än svenska". Arbetsdomstolen instämde i DO:s resonemang.

⁷⁹ *Ibidem*, § 187.

⁸⁰ *Ibidem*, § 189.

⁸¹ Se M. Bell, I. Chopin & F. Palmer (for the European Network of Independent Experts in the non-discrimination field), *Developing anti-discrimination law in Europe. The 25 EU Member States compared*, European Communities, juli 2007, s. 58.

⁸² *DO mot Norrköpings kommun*, den 19 oktober 2005, arbetsdomstolens dom 2005 no. 98, återgiven i the *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 81-82.

› *Högsta domstolen i Sverige om sexuell läggning (2006)*⁸³

Ett lesbiskt par ombads att lämna en restaurang på grund av att de hade kysst och kramat varandra i lokalen. Enligt Högsta domstolen måste frågan om vilka omständigheter som är presumerande bestämmas vid bedömningen i det enskilda fallet. De omständigheter som i föreliggande fall bedömdes leda till en presumtion om diskriminering var följande: (1) kvinnorna var på restaurangen; (2) de kramades och kysstes; (3) de tillsades att sluta; (4) därefter ombads de att lämna lokalen; (5) personer som gästar restauranger och där visar varandra ömhetsbetygelser i form av pussar och kramar torde normalt inte bli tillsagda att upphöra härmed eller av den anledningen bli avvisade. Då restaurangen inte kunde visa att det fanns legitima skäl för avvisningen från restaurangen, som inte hade med den sexuella läggningen att göra, bedömdes skadeståndsskyldighet föreligga.

› *Målet Miskolc desegregation inför Högsta domstolen i Ungern (2006)*⁸⁴

I juni 2005 förde stiftelsen Chance for Children en actio popularis talan mot det lokala rådet i Miskolc, i norra Ungern, med påståendet att rådet var indirekt ansvarigt för segregering av romska lågstadieelever. Under 2004 hade det lokala rådet i Miskolc beslutat att både administrativt och finansiellt slå samman ett antal skolor. Skolorna skulle dock fortsätta att vara verk samma i separata byggnader och ha separata upptagningsområden. Enligt ungersk lag har barn som bor i upptagningsområdet för en särskild skola automatiskt rätt att skriva in sig i just den skolan. Även om sammanslagningen var i syfte att administrativt integrera de segregerade romska skolorna med de elitskolor som i huvudsak bestod av icke romer, hade eleverna i de tidigare romska skolorna inte möjlighet att börja i eller byta till de andra skolorna.

I sin talan argumenterade stiftelsen Chance for Children att bristen på integrering av upptagningsområdena innebar att segregeringen av de romska barnen upprätthölls och därför stod i strid med kraven om likabehandling. Enligt käranden hade det lokala rådet gjort sig skyldig till indirekt diskriminering genom att deras tillsynes neutrala beslut uppenbart försatte romska barn i en oproportionerligt sämre situation än övriga barn. Vidare anförde käranden att det lokala rådets underlåtenhet att vidta effektiva åtgärder för att säkerställa att skolorna genomförde deras pedagogiska plan med syfte att integrera sämre lottade elever innebar direkt diskriminering.

⁸³ *HomO mot Restaurang Fridhem Handelsbolag*, dom den 28 mars 2006, NJA 2006 s.170, rapporterad i A. Numhauser-Henning, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Sweden, State of affairs up to 8 January 2007, s. 17 (finns tillgänglig på EU-kommissionens webbsida). Se även redogörelsen av målet i M. Bonini-Baraldi, *Burden of proof in discrimination cases: Reversal, shift, adaptation?* Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, maj 2006 (finns tillgängligt på akademins webbsida: www.era.int).

⁸⁴ Målet avgjordes den 9 juni 2006 och rapporterades i *the European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 3, s. 68-69, uppl. 4, s. 64. Se även beskrivningen av rättsfallet på Chance for Children Foundations webbsida (www.cfcf.hu/?nelement_id=29&article_id=38).

I sin dom, meddelad den 25 november 2005, bekräftade Borsod-Abaúj-Zemplén lokala domstol (County Court) omständigheten att romska barn var överrepresenterade i en del av de sammanslagna skolorna, men avslog talan. När det gällde frågan om bevisbördans övergång, ansåg domstolen inte att denna princip fritar käranden från att bevisa att det finns ett orsakssamband mellan den skyddade grunden (romskt ursprung) och det förhållandet att gruppen missgynnats.

I enlighet med stiftelsens överklagan ändrade Debrecens appellationsdomstol (Debreceni Ítéltábla) delvis första instansens dom. Den fann att beslutet som integrerade de ovan nämnda skolorna, utan att samtidigt ändra upptagningsområdena, innebar att Miskolc upprätthöll segregeringen av romska barn och därigenom kränkte deras rätt till likabehandling på grund av etniskt ursprung. Vidare ålade domstolen Miskolc att, genom den ungerska pressmyndigheten (MTI), publicera domen. Domstolen instämde med stiftelsen att inte bara aktivt handlande utan även passivitet kan leda till ett brott mot skyldigheten till likabehandling, särskild när det gäller skyldigheten att för alla bevilja liknande servicekvalitet inom utbildningsväsendet. Domstolen tog notis om Miskolcs försök rörande integrering, men fann att de var senkomna vad gäller ändringen av upptagningsområdena.

Med hänvisning till en dom meddelad den 26 april 2006 av Högsta domstolen i Ungern, angående nekad av service på ett diskotek på grund av klagandens romska etnicitet⁸⁵, uppmärksammade domstolen att reglerna om bevisbördans övergång skapade en presumtion för att då den skyddade grunden (romsk etnicitet) och missgynnandet (separat undervisning med lägre kvalitet) fastställts, föll automatiskt bevisbördan om att diskriminering inte förekommit på svaranden. Som ett svar på oro som uttryckts av det lokala rådet i Miskolc upprepade domstolen att det fanns omfattande bevisning, inklusive sociologiska studier, som visade på diskriminering i det aktuella fallet och att situationen i Miskolc var välkänd även i Debrecen där överdomstolen fanns. Domstolen underströk att det var tydligt att romer, som ett resultat av diskriminering, led av missförhållanden och att de bevis som staden lagt fram inte berättigade detta.

⁸⁵ Målet kommenterat *supra* och rapporterat i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 55.

› *Igen Ltd & Others mot Wong, Chamberlin m.fl. mot Emokpae samt Webster mot Brunel University inför Englands och Wales appellationsdomstol (2005)*⁸⁶

I ett mål rörande tre fall av påstådd diskriminering på arbetsplatsen (varav två avsåg könsdiskriminering och ett diskriminering på grund av etnicitet) gav överdomstolen viktiga riktlinjer för hur varje arbetsrättsligtribunal (den första instansen) borde agera vid hanteringen av bevisbördan i mål där lagar mot diskriminering på grund etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, kön, funktionshinder, sexuell läggning (Race Relations Act 1976, Sex Discrimination Act 1975, Disability Discrimination Act 1995 eller Employment Equality Regulations 2003 – som tar sikte på sexuell läggning – och Employment Equality Regulations 2003 – som behandlar religion eller övertygelse) tillämpas. Bevisbördans övergång beskrivs som ett tvåstegsförfarande. När käranden fastställt ett fall av prima facie diskriminering, ska svaranden fastställa att någon av de förbjudna diskrimineringsgrunderna inte var orsaken till den prövade behandlingen. Om inte svaranden förmår att uppfylla sin bevisbörda måste domstolen komma till slutsatsen att otillåten diskriminering förekommit.

De juridiska riktlinjerna bilades som en bilaga till domen:

"(1)(...) det är upp till käranden att visa på sannolika omständigheter som kan leda till att domstolen, i avsaknad av en adekvat förklaring, kan dra slutsatsen att arbetsgivaren diskriminerat käranden (...). Detta refereras nedan som "sådana omständigheter".

(2) Om målsäganden inte kan bevisa sådana omständigheter bifalles inte talan.

(3) Vid fastställandet av frågan om huruvida käranden lyckats uppfylla sin bevisbörda är det viktigt att ha i åtanke att det är väldigt sällan som det finns direkta bevis om (...) diskriminering. Få arbetsgivare är, även för sig själva, beredda att erkänna diskriminering. I en del mål är diskrimineringen inte avsiktlig, utan endast en följd av uppfattningen att "han eller hon inte skulle ha passat in".

(4) Vid fastställandet av om käranden har lyckats visa på sådana omständigheter är det viktigt att komma ihåg att utgången av domstolens analys vid detta stadium vanligtvis kommer att bero på de slutledningar som är lämpliga att dra av de primära omständigheter som domstolen funnit.

(5) (...) Vid detta stadium behöver domstolen inte nå ett definitivt beslut om att sådana omständigheter kommer att leda till slutsatsen om att det förekommit en olaglig diskriminering. Domstolen ser till de primära omständigheterna för att se vilka andrahandsuppgifter som kan härledas från dessa.

⁸⁶ [2005] EWCA Civ 142, rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2005, uppl. 2, s. 77 och tillgänglig via webbsidan: www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2005/142.html&query=Igen+Ltd&method=all. See also A. Brown, A. Erskine & D. Littlejohn, "Review of judgments in race discrimination Employment Tribunal cases", i *Employment Relations Research Series*, no. 64, London, DIT, 2006, esp. s. 33-35.

(6) I övervägandena om vilken slutledning eller slutsats som kan dras från de primära omständigheterna, måste domstolen anta att det inte finns någon adekvat förklaring för sådana omständigheter.

(7) Dessa slutsatser kan, i lämpliga fall, omfatta en slutsats som är rimlig och rättvis att dra (...) från ett undvikande eller tvetydigt svar på ett frågeformulär⁸⁷(...).

(8) Likaså måste domstolen bestämma om en regel eller sedvana är relevant (...). Detta innebär att slutsatser också kan dras från underlåtenhet att följa gällande sedvana.

(9) Om käranden har visat på omständigheter som kan leda till slutsatsen att svaranden har behandlat käranden på ett missgynnande sätt (på grund av någon av de förbjudna diskrimineringsgrunderna), går bevisbördan över till svaranden.

(10) Det är då upp till svaranden att visa att han inte begått handlingen, eller som fallet kan vara, inte låter sig behandlas som om han begått handlingen.

(11) För att frigöra sig från bevisbördan måste svaranden göra det sannolikt att handlingen inte på något sätt skett på grund av någon av de förbjudna grunderna, eftersom "ingen diskriminering överhuvudtaget" är förenlig med bevisbördedirektivet.

(12) Det kräver att domstolen fastställer inte bara att svaranden har visat på en förklaring för de omständigheter från vilka en sådan slutledning kan dras, men vidare att det är lämpligt att ta bort bevisbördan på grund av sannolikheten att det inte var någon förbjuden grund som var orsaken till behandlingen i fråga.

(13) Eftersom de fakta som behövs för att bevisa en förklaring vanligen finns hos svaranden, borde domstolen normalt förvänta sig övertygande bevisning för att ta bort bevisbördan. Särskilt behöver domstolen undersöka förklaringarna till underlåtenheten att ta hand om processen kring frågeformuläret och/eller sedvanan".

Även om dessa riktlinjer skapades med experthjälp från de nationella myndigheterna för jämställdhet, likabehandling och funktionshindrades rättigheter⁸⁸ och är avsedda att ge en klar bild över hur bevisbördan ska delas mellan käranden och svaranden så verkar det som att många yrkesverksamma inte alltid tycker att detta förhållningssätt är så lätt att applicera⁸⁹. I målet *Madarassy mot Nomura International plc*⁹⁰ övervägdes frågan om bevisbörda ytterligare av appellationsdomstolen. Medan domstolen uttryckligen gav beslutet i målet *Igen* erkännande, framhöll den också att enbart fakta om skillnad i status samt behandling endast indikerar en möjlig diskriminering och är inte ensamt tillräckligt för att bevisbördan ska gå över på

⁸⁷ För att veta mer om användningen av särskilda frågeformulär i engelska diskrimineringsfall se webbsidan för Equality and Human Rights Commission (www.equalityhumanrights.com/pages/eocdrccre.aspx).

⁸⁸ Likabehandlingsmyndigheterna i Storbritannien innan sammanslagningen till Equality and Human Rights Commission den 1 oktober 2007. Notera att Disability Rights Commission intervenerade i målet som handlade om en kärnfråga inom diskrimineringsrät trots att det inte rörde grunden funktionshinder som sådan, utan likabehandling och etnicitet.

⁸⁹ J. Galbraith-Marten, *Shifting the burden of proof and access to evidence*, Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, juni 2007 (finns tillgänglig via akademins webbsida: www.era.int).

⁹⁰ [2007] EWCA Civ 33, överklagan (petition) till överhuset avvisades den 17 maj 2007.

arbetsgivaren. Domstolen framförde också att i det första stadiet av bevisbördebedömningen ska domstolen beakta alla bevis, även svarandens. Detta reflekterar de faktiska förhållandena i domstolsförhandlingarna, i vilken domstolen inte tar del av bevisningen i två olika stadier⁹¹.

Det finns vissa myndigheter i England och Wales, samt andra länder, som liksom Nederländerna pekar på att bevisbördan inte övergår till motparten enbart av den orsaken att en skillnad i status och behandling visats⁹². Med andra ord är det inte tillräckligt att kändaren kan visa att han/hon är man/kvinna, svart, homosexuell, muslim etc. samt att jobbansökan avvisats. Det behövs fakta för att visa på ett samband mellan de två omständigheterna. Fakta som visar att den skyddade grunden på ett negativt sätt påverkat jobbansökan. Frågan är dock i hur stor utsträckning ett sådant samband måste visas. I avvaktan på vägledning från EG-domstolen skulle det kunna föreslås att fokus för avgörandet av vad som ska krävas av kändaren för att bevisbördan ska övergå till svaranden borde baseras på vad som rimligen borde ligga inom hans/hennes kännedom⁹³.

› EG-domstolens beslut i målet *Feryn*⁹⁴

Den 6 februari 2007 vände sig Överarbetsdomstolen i Bryssel (employment Appeal Court of Brussels) till EG-domstolen för ett förhandsavgörande. Fråga var om "vilka omständigheter som kan leda till en presumtion om att diskriminering förekommit".

Målet påbörjades i april 2005 när en journalist tog kontakt med företaget *Feryn* angående de omfattande platsannonser för garagedörrsmontörer som de placerat utmed motorvägen. Chefen för företaget uttalade offentligt att han inte anställde personer av marockansk ursprung eftersom hans kunder inte ville det. Under förhandlingar med ansvarig myndighet (the Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism), gick företaget med på att ändra sin diskriminerande rekryteringspolicy, men underlät sedermera att göra så.

I domstolen väcktes frågor om dels den "noggrannhet" som ålades nationella domare vid tillämpningen av fakta som skulle kunna leda till slutsatser om förekomsten av ett mål om prima facie direkt diskriminering och dels de adekvata fakta som svaranden måste etablera för att bli fri från sin bevisbörda.

I förhållande till frågan om prima facie mål hänvisades följande frågor till domstolen för avgörande:

"(a) I vilken utsträckning, i enlighet med direktivet (mot etnisk diskriminering), utgör tidigare

⁹¹ Målet *Madarassy* anses vara "goda nyheter för arbetsgivare". Se C. Carter, *Ashurst's Employment Update*, februari 2007, finns tillgängligt via Ashursts webbsida.

⁹² J. Galbraith-Marten, *Shifting the burden of proof and access to evidence*, Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, juni 2007, § 16, fotnot 7 (finns tillgänglig via ERAs webbsida); M. van den Brink, *Accusations of discrimination and the shifting burden of proof*, Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, oktober 2007, s. 4 (finns tillgänglig via akademins webbsida: www.era.int)

⁹³ C. Rayner, *The burden of proof and access to evidence*, Seminar on the Burden of proof, Academy of European Law, november 2007 (finns tillgänglig på akademins webbsida: www.era.int).

⁹⁴ *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. NV Firma Feryn*, Mål C-54/07.

diskriminerande handlingar (offentliga uttalanden av direkt diskriminerande urvalskriterier från 2005) omständigheter som kan leda till en presumtion om att direkt eller indirekt diskriminering har förekommit?

(b) (...) Är det, med tanke på omständigheterna vid huvudförhandlingen, tillräckligt för att lyfta presumtionen (om att en arbetsgivare agerat och fortsätter att agera enligt en diskriminerande rekryteringspolicy) om det är som i april 2005 då arbetsgivaren svar på en fråga om huruvida han som arbetsgivare inte var lite av en rasist när han behandlade infödda belgare och personer med utländskt ursprung olika svarade att: "jag måste följa mina kunders önskemål. Om du säger "jag vill ha den produkten eller jag vill ha det på det här sättet", och jag då svarar "jag gör det inte, jag kommer att skicka dessa personer", då kommer du att säga till mig "jag behöver inte den dörren". På det sättet skulle jag bli utan jobb. Vi måste möta kundernas önskemål. Det är inte mitt problem. Det var inte jag som skapade det här problemet i Belgien. Jag vill att företaget ska gå bra och att vi når vår omsättning i slutet på året (...)?"

(c) Kan, med tanke på omständigheterna vid huvudförhandlingen, ett pressmeddelande gemensamt utgivet av arbetsgivaren och den nationella myndigheten mot diskriminering i vilket arbetsgivaren åtminstone implicit erkänner diskriminering leda till en sådan presumtion?

(d) Leder omständigheten att arbetsgivaren inte anställer montörer från etniska minoriteter till en presumtion om (...) diskriminering när samma arbetsgivare någon tid tidigare haft stora svårigheter att rekrytera montörer och vidare också offentligt tillkännagivit att hans kunder inte vill ha montörer som tillhör någon etnisk minoritet?

(e) "Är en omständighet tillräcklig för att leda till en presumtion om diskriminering (...)?"⁹⁵.

I relation till hur svaranden skulle kunna göra sig fri från bevisbördan ombads domstolen belysa några frågor:

"Kan en presumtion om diskriminering (...) motbevisas genom ett enkelt och ensidigt uttalande av arbetsgivaren i massmedia om att; han inte diskriminerar alternativt inte längre diskriminerar samt att montörer som tillhör etniska minoriteter är välkomna, och/eller genom ett enkelt tillkännagivande av arbetsgivaren att hans företag, bortsett från dotterbolaget, inte längre har några lediga befattningar, och/eller genom att tillkänna att en Tunisisk lokalvårdare anstälts, och/eller med beaktande av omständigheterna vid huvudförhandlingen, kan presumtionen endast motbevisas genom en rekrytering av montörer tillhörande någon etnisk minoritet (...)?"

⁹⁵ Kursiveringen är tillagd av författaren.

Generaladvokatens yttrande inriktade sig huvudsakligen på direkt diskriminering och syftar till att övertyga domstolen om att ord, inte bara kan göra illa, utan faktiskt också innebära diskriminering: "ett offentligt uttalande gjort av arbetsgivaren inom ramen för sin rekryteringsprocess, som innebär att personer med ett visst etniskt ursprung kommer att avfärdas under rekryteringen utgör direkt diskriminering" ⁹⁶. Grundat på värderingarna som ligger bakom anti-diskrimineringsdirektiven, tar detta intressanta uttalande till stor del bort vikten av frågan om bevisbördan för att lösa detta mål. I detta avseende ansåg generaladvokaten, precis som kommissionen att bevisbördan skulle övergå då det fanns en rad indikatorer som pekade på diskriminerande sedvanor/handlingar: "under de omständigheter då det är fastställt att arbetsgivaren har gjort sådana offentliga uttalanden om sin rekryteringspolicy, som det är fråga om under denna huvudförhandling, och där det vidare står klart vilken rekryteringspolicy som arbetsgivaren i praktiken tillämpar samt att ingen med den etniska bakgrunden varom är fråga rekryterats, föreligger en presumtion om diskriminering (...). Det åligger arbetsgivaren att motbevisa en sådan presumtion" ⁹⁷. Vad gäller frågan om hur nationella domstolar ska bedöma motbevis som lagts fram av arbetsgivaren framförde generaladvokaten att "den nationella domstolen ska tillämpa relevant nationell processrätt under förutsättning att, för det första, sådana regler inte är missgynnande i förhållande till sådana som annars tillämpas i liknande mål (principen om likvärdighet) och, för det andra, att de inte i praktiken omöjliggör eller försvårar tillämpningen av rättigheter enligt gemenskapsrätten" ⁹⁸.

I ett glasklart avgörande följde EG-domstolen generaladvokaten Maduros yttrande och framförde följande: "Omständigheten att en arbetsgivare öppet anger att han/hon inte kommer att rekrytera arbetstagare med ett visst etniskt ursprung, vilket är något som helt klart kommer att leda till att vissa kandidater inte kommer att ansöka om jobb och därmed hindras deras tillgång till arbetsmarknaden, innebär direkt diskriminerande i förhållande till rekrytering (...). Existensen av sådan direkt diskriminering är inte beroende av om huruvida en enskild person kan identifieras som offer för diskriminering" ⁹⁹. När det gällde bevisbördan ansåg domstolen följande: "Uttalanden genom vilken arbetsgivaren offentligen tillkännager att den inom ramen för dess rekryteringspolicy inte kommer att anställa några arbetstagare av ett visst etniskt ursprung, utgör sådana omständigheter som till sin natur leder till en presumtion om en diskriminerande rekryteringspolicy. Det är därmed upp till arbetsgivaren att frambringa bevisning som kan ge för handen att arbetsgivaren inte brutit mot likabehandlingsprincipen, vilket arbetsgivaren kan göra genom att visa att det verkliga handlandet under rekryteringsförfarandet inte står i överensstämmelse med dessa uttalanden" ¹⁰⁰.

⁹⁶ General Advokaten Maduros yttrande från den 12 mars 2008, Mål C-57/07, § 19.

⁹⁷ *Ibidem*, § 23.

⁹⁸ *Ibidem*, § 24.

⁹⁹ EG-domstolen (ECJ), *Feryn*, 10 juli 2008, Mål C-54/07, § 25.

¹⁰⁰ *Ibidem*, §§ 31-32.

7. Svårigheterna att fastställa fakta

Bevisbördan skiftar inte så fort käranden hävdar diskriminering, utan först efter det att denne visat på omständigheter utifrån vilka det kan presumeras att diskriminering har skett. Ett prima facie mål utmärks av bevis som är tillräckliga, om inte motbevisade, och som leder till en presumtion för omständigheterna i fråga. Med andra ord, principen om bevisbördans övergång förutsätter att personer som upplever sig ha blivit felaktigt behandlade kan lyfta fram bevisning som pekar på möjligheten av diskriminering. Som en följd kan inte traditionella sätt att samla in bevis så som dokumenterad bevisning, vittnesmål och expertutlåtanden helt och hållet undvikas. Rättspraxis rörande bevisbördans övergång indikerar att skapandet av ett prima facie mål alltså är ett hinder som käranden måste övervinna. I de länder där det har funnits mål om påstådd diskriminering, har väldigt få varit framgångsrika. I de flesta mål inför arbetsdomstolen i Sverige, har det antytts att nederlagen i domstol har berott på kärandens oförmåga att samla tillräckligt med fakta som skulle kunna leda till fastställandet av att det rör sig om ett prima facie mål om diskriminering¹⁰¹. Sverige är inte det enda landet där detta problem betonats.

› *Polsk underrätt (district court) avfärdar yrkande om diskriminering på grund av sexuell läggning (2006)*

Ta till exempel "CZA-TA" målet i Polen från den 16 mars 2006¹⁰². B.K., en arbetstagare vid CZA-TA Ltd., förde en skadeståndstalan på grund av ogiltig uppsägning inför underrätten (district Court). Han gjorde gällande att hans arbetsprestation bedömdes negativt på grund av hans sexuella läggning. Domstolen biföll inte hans talan med hänvisning till att han inte visat på fakta som skulle göra det sannolikt att han utsatts för diskriminering på grund av sin sexuella läggning. På grund av bristande bevisning om att det skett ett brott mot likabehandlingsprincipen gick bevisbördan inte över till arbetsgivaren. Domstolen tog inte avstånd från att käranden kunde ha känt press och kritik på arbetsplatsen, men ansåg inte att det var vederlagt om den ovänliga atmosfären berodde på hans sexuella läggning eller hans bristande yrkesprestation.

› *Tjeckiens Högsta domstol ändrar dom om diskriminering inom sektorn för varor och tjänster (2004)*

Ett annat exempel är domen av den 17 augusti 2004 från den Tjeckiens Högsta domstol (Czech Republic Supreme Court). Det var det första målet där en delad bevisbörda i enlighet med direktivet mot etnisk diskriminering tillämpades. Den regionala domstolen fann att kärandena av romskt ursprung hade utsatts för diskriminering när dessa nekades service i restaurangen på en sporthall. Kärandena hade konsekvent ignorerats och när de gjorde

¹⁰¹ F. Palmer, "Re-dressing the balance of power in discrimination cases: The shift in the burden of proof", *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 27-28.

¹⁰² *B.K.mot "CZA-TA" Ltd*, inför Piotrkow Trybunalski, (underrätten i Plok), Department IV for Employment and Social Insurance, IV P 353/05, rapporterad i the *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 76-77.

efterfrågningar sa kyparen till dem att de inte skulle bli serverade. Efter ungefär 20 minuter sattes en "reserverad" skylt upp på deras bord. Grundat på vittnesberättelse fastställde både regiondomstolen (regional court) och underrätten (Court of first instance) att kärandena utsatts för olika behandling. Svaranden bestred talan och hävdade att det rörde sig om ett missförstånd och att en reservation var gjord av fotbollsspelare för den aktuella tiden. Hans arbetstagare gav inkonsekventa berättelser om reservationen och den regionala domstolen fastslog att reservationen, som en förklaring till den bristande servicen, inte var visad utom allt rimligt tvivel. Svaranden ålades att utbetala ett skadestånd om 640 € till vardera av kärandena. Vid överklagan, ändrade Högsta domstolen domen och angav att kärandenas berättelser om händelseförloppet var inkonsekvent och att om det var så att det förekommit förvirring kring reservationen så berodde den inte på diskriminering utan snarare på bristande arbetsledning¹⁰³.

Direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet anger att "bedömningen av de omständigheter som kan leda till slutsatsen att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering är en fråga för de nationella domstolarna eller andra kompetenta myndigheter att bedöma i enlighet med nationella lag eller sedvana" ¹⁰⁴. Det är därför upp till den nationella lagstiftaren att definiera vilka typer av omständigheter som kan leda till en delad bevisbörda, det är sedan slutligen upp till domaren att bedöma omständighetens bevisvärde. Emellertid ger direktiven lite vägledning åt de nationella myndigheterna. De anger att diskriminering "kan fastställas med alla medel inklusive statistiska bevis" ¹⁰⁵. Även om diskrimineringstester inte anges uttryckligen diskuterades detta bevismedel under förarbetet med direktiven. Och det finns vissa nationella lagstiftare (även om de är enstaka) som uttryckligen hänvisar till diskrimineringstester¹⁰⁶.

¹⁰³ Mål 1 Co 321/2003-196, rapporterad i *the European Anti-Discrimination Law Review*, 2005, uppl. 1, s. 43-44.

¹⁰⁴ Stycke 15 i preambeln till direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet (kursiveringen är författarens).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Frankrike och Ungern så väl som Belgien i viss utsträckning. Se *infra*, del III.

2

Del II

Styrkor och svagheter med diskrimineringstester

1. Forskning och rättsprocess som använt sig av diskrimineringstester
2. Erfarenheter från USA
3. Diskrimineringstester kontra rättvisbevisning, provokation och privat liv i Europa
4. Metodologi och riktlinjer

Isabelle Rorive

Prof. vid Juridiska fakulteten, Bryssels Universitet (ULB)

1. Forskning och rättsprocess som använt sig av diskrimineringstester

Diskrimineringstester är en experimentell metod för att fastställa diskriminering "på plats" ¹⁰⁷. På engelska finns det flera andra namn som också använts för samma metod så som situation tests, situational tests, testing, auditing, pair-comparison testing eller paired testing och mera sällan testing of discrimination eller practical testing¹⁰⁸. Syftet med denna metod är att påvisa ett beteendemönster som innebär ett missgynnande av en person med vissa egenskaper jämfört med en annan person i en jämförbar situation, men som saknar dessa egenskaper.

Par (av sökande till en bostad, arbete eller gäster på en restaurang eller nattklubb etc.) sätts samman på ett sådant sätt att de endast skiljer sig åt på en punkt som karaktäriserar grunden för aktuell diskriminering (etnicitet, kön, ålder osv.). Om en av personerna missgynnas, tyder skillnaden i behandling på diskriminering. Med andra ord innebär metoden att en situation skapas, ett slags rollspel, där personen ifråga kan genomföra en diskriminerande handling utan att misstänka att han eller hon står under observation. Denna person presenteras för fiktiva "kandidater" varav den ena innehar en egenskap som skulle kunna ligga till grund för en diskriminerande behandling. Observatörernas avsikt är att se hur personen som utsätts för testet agerar gentemot en person som har den aktuella egenskapen jämfört med dem som inte har egenskapen.

Diskrimineringstester tillåter direkt diskriminering, som ofta göms bakom olika förväningar (så som bostaden har redan hyrts ut, jobbet är redan tillsatt, endast medlemmar är tillåtna), att bli demaskerad¹⁰⁹. För närvarande är den mest kända situationen av diskrimineringstester i Europa de fall där olika personer (i par eller grupp) kommer till en nattklubb: om personerna eller gruppen av personer med utländskt ursprung systematiskt nekas inträde, medan de grupper med "infödda/inhemska" personer som anländer precis före och efter släpps in utan svårigheter, kan man sluta sig till att diskriminering förekommit. Liknande experiment har utförts gentemot fastighetsmäklare och även arbetsgivare som misstänkts för diskriminerande rekryteringsprocesser¹¹⁰.

I början, på 1970-talet, användes diskrimineringstester som en metod i offentliga handlingsprogram i Storbritannien och USA för att mäta omfattningen av diskriminering och därigenom kunna arbeta fram strategier för att hantera förekomsten av diskriminering. Genom statliga utredningar och tankesmedjor, som arbetade med offentliga frågor, växte research testing (även kallat scientific testing eller audit testing) fram som metoder som

¹⁰⁷ G. Calvès, "Au service de la connaissance et du droit: le testing", *Horizons stratégiques*, 2007, uppl. 5, s. 9.

¹⁰⁸ I Europa används vanligen testing eller situation testing. I USA, är begreppen auditing och paired-comparison testing ofta använda. I Frankrike rekommenderar the General Commission for Terminology (*Commission générale de terminologie et de néologie*), i linje med Franska Akademin att begreppet diskrimineringstest (*test de discrimination*) används. Se instruktionen från franska Justitiedepartementet Justice, CRIM 2006-16 E8/26 June 2006, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, no. 102 (1st april to 30 June 2006).

¹⁰⁹ I. Rorive, "Situation tests in Europe: Myths and realities", *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 3, s. 33.

¹¹⁰ See, *infra*, del III.

utvecklats av sociologer¹¹¹. Marc Bendick som inom arbetsmarknaden under 30 år arbetat med forskning och analys av policys, med diskriminering som problemområde, har sagt att "diskrimineringstester har en unik potential för att studera beteendemönster hos verkliga arbetsgivare, på verkliga arbetsplatser, samtidigt som man bibehåller den vetenskapliga rigorösa metodologin som används i laboratorieexperiment". Det är därför lämpligt att definiera tekniken på ett sådant sätt att dess kopplingar till rigorösa empiriska studier inom de sociologiska och beteendevetenskapliga traditionerna understryks. I denna anda, (...) [definieras] diskrimineringstester som en systematisk undersökningsprocedur för att skapa kontrollerade experiment som analyserar arbetsgivares uppriktiga reaktion på arbetstagares personliga särdrag"¹¹². Ett berömt fall då denna metod använts i Europa är givetvis den omfattande undersökning om diskriminering under rekryteringsförfaranden som ILO (International Labour Organisation) genomförde under 1990-talet¹¹³. För närvarande är diskrimineringstester välkänt i Europa och anses utgöra ett viktigt verktyg för sociologer vid mätandet av förekomsten av diskriminering i grundläggande forskningsprogram och policyorienterade studier.

Vid sidan av dess värde som forskningsmetod, och som en metod för att öka kunskap och utveckling av policys, har diskrimineringstester enormt potential för att stärka bevis i individuella mål om diskriminering. Litigation testing (eller complaint-based testing) tar sikte på att samla in fakta om en speciell firma, mäklarbyrå, nattklubb etc. som misstänks för diskriminering, som kan leda till en presumtion om olikabehandling och därmed ger domare möjlighet att tillämpa principen om delad bevisbörda. Det är denna typ av diskrimineringstester, som avser att driva rättsprocesser framåt, som utgör kärnan i denna handbok.

2. Erfarenheter från USA

Med början under 1960-talet var bostadsmarknaden ett av de huvudområden där diskrimineringstester (litigation testing) användes. S.k. bostadsdiskrimineringstester (fair housing tests) utvecklades av offentliga och privata s.k. ickediskriminerande bostadsförmedlingar (fair housing agencies) som en metod för att avgöra om en anmälan var välgrundad. När den person som påstod diskriminering, genom att orättvist ha blivit nekad en bostad, hade ett utseende som tillhörde en skyddad grupp (vanligast var "svarta" eller spansktalande personer) skickade byrån en "vit" person för att fråga efter samma bostad. När den "vita" personen blev erbjuden samma lägenhet som personen som påstod diskriminering tidigare blivit nekad, hade byrån starka bevis för diskriminering. Vid tidigt 1970-tal hade många

¹¹¹ Inom arbetsmarknaden, se t.ex. de fyra tester som beskrivs i M. Bendick, *Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States: empirical findings from situation testing*, ILO, International Migration Papers Series, no. 12, 1996; se även bilagan "Additional employment studies in the United States using situation testing" (finns tillgängligt på ILOs webbsida: www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp12.pdf).

¹¹² M. Bendick, "Situation testing for employment discrimination in the United States of America", *Horizons stratégiques*, 2007, uppl. 5, s. 17-37.

¹¹³ Se de metoder som beskrivs av Fr. Bovenkerk, *A manual for international comparative research on discrimination on the ground of 'race' and ethnic origin*, Geneva, International Labour Organisation, 1992.

ickediskriminerande bostadsförmedlingar redan erfarenhet av att föra sådan bevisning inför domstol och testmanualer fanns redan tillgängliga¹¹⁴. Stora resurser fördelades till ickediskriminerande bostadsförmedlingar. Ett viktigt steg i denna riktning var bildandet av "Fair Housing Initiative Program (FHIP)" under 1990. Med stöd av departementet för bostads- och urbana utvecklingsfrågor (HUD) skapades FHIP för att ge statligt stöd till privata och offentliga ickediskriminerande bostadsförmedlingar. Mycket av de statliga medlen har använts till tester, både i forskningssyfte och för att kunna driva enskilda processer¹¹⁵. Därutöver påbörjade, i slutet av 1991, bostadsenheten på Justitiedepartementet ett testningsprogram samt började använda testerna som bevis i rättsprocesser inför domstol. De flesta av de tester som Justitiedepartementet genomfört har rört etnisk diskriminering inom bostadsområdet, men tester har exempelvis även utförts i samband med nybyggen och deras tillgänglighet för funktionshindrade. Till skillnad från tester som utförs av privata aktörer har de tester som Justitiedepartementet genomfört spelats in på ljudupptagningar vilket har visat sig vara extremt kraftfullt som bevismedel¹¹⁶. Medan tester på bostadsmarknaden har funnits ett tag och vunnit bred acceptans som ett kraftfullt verktyg för att dokumentera diskriminering, har tester inom arbetsmarknaden i syfte att användas som bevismedel huvudsakligen börjat användas under början av 1990-talet. Urbana institutet (Urban Institute) i Washington D.C. har spelat en central roll i detta avseende¹¹⁷. Frånsett bostads- och arbetsmarknaden har innovativt arbete genomförts inom flera olika områden, till exempel inom taxi- och restaurangbranschen¹¹⁸.

Ett intressant exempel är de tester som utfördes inom taxibranschen i förbundsdistriktet Colombia (District of Columbia). Advokatsamfundet i Washington genomförde i samarbete med det lokala samhället och experter vid Howard universitetet diskrimineringstester för att bevisa diskriminering i servicereglerna hos flera taxiföretag som var verksamma i regionen. Under en period av två och en halv månad utförde två noga utvalda och upplärda team, bestående av "svarta" och "vita" testpersoner, 292 tester. Resultaten visade att i 20 % av fallen stannade inte taxibilarna för "svarta personer", medan endast i 3 % av fallen stannade inte taxibilarna för "vita" personer. Ofta vägrade också taxichaufförerna att köra både "svarta" och "vita" testpersoner till bostadsområden med en övervägande andel "svarta" boende. Rättsprocesser påbörjades mot tre taxiföretag som hade visat på särskilt hög andel fall av diskriminering. Tvisten löstes genom förlikning genom vilket företaget skulle betala nästan 50 000 US dollar i kompensation¹¹⁹. Vidare gick taxibolaget *American cab company* med på

¹¹⁴ J. Yinger, "Testing for discrimination in housing and related markets", i *A national report card on discrimination in America: The role of testing*, M. Fix och M. Austin Turner (eds), Washington, D.C., The Urban Institute, 1998, s. 28.

¹¹⁵ R. V.O. Boggs, "The future of civil rights testing: Current trends and new directions", i *A national report card on discrimination in America: The role of testing*, M. Fix och M. Austin Turner (eds), Washington, D.C., The Urban Institute, 1998, s. 114.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 115.

¹¹⁷ *Ibidem*, s. 116.

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 118.

¹¹⁹ F. Alemu, *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary*, finns tillgänglig på European Roma Rights Centres webbsida (www.errc.org/cikk.php?cikk=1016). Fitsum Alemu hänvisar till S.E. Ridley, J.A. Bayton och J.H. Outtz, *Taxi service in the District of Columbia: Is it influenced by the patrons Race and destination?*, Dokumentet framtaget för Washington, D.C. Lawyer's Committee for Civil Rights under the Law, juni 1989.

att skapa en intern granskningskommitté som skulle hantera klagomål om diskriminering samt att utvidga utbildningsprogrammet för sina förare och att i sina bilar ha information om kundernas rätt att klaga hos den interna granskningskommittén (District Court for the District of Columbia Taxicab Commission) uppsatt¹²⁰. Vidare förklarade domstolen att taxiföretagen, enligt lag, är hindrade från att försöka undvika ansvar för diskriminering som deras taxichaufförer utfört. Följaktligen, om en enskild taxichaufför gör sig skyldig till diskriminering av en möjlig passagerare ska både chauffören och taxiföretaget hållas ansvariga¹²¹.

En betydelsefull utveckling av diskrimineringstester är dess användning för att *övervaka efterlevnad av en förlikning fastställd av domstol*. Två stora mål rörande den berömda kedjan Denny's Restaurant, ett i Kalifornien och ett i Maryland, handlade om ett påstående om att kedjan hade en gemensam policy som avsåg att diskriminera afro-amerikanska kunder. Under 1994 löstes båda målen genom en förlikning utom rätta, varigenom ekonomisk ersättning på mer än 45 miljoner US dollar skulle utbetalas. Överenskommelsen i båda dessa fall innebar också att en oberoende medborgarrättsövervakning skulle bildas för att genomföra hundratals tester om året under flera års tid i syfte att hålla ett öga på att kedjan skulle fortsätta med en icke diskriminerande kundservice¹²².

Den omfattande utvecklingen med klagobaserade tester kunde genomföras först efter det att omfattande juridiska utmaningar hade övervunnits. Motståndare till testerna förde fram flera argument. Först framfördes det att testutförarna inte har talerätt eftersom de aldrig haft för avsikt att hyra platsen eller tacka ja till arbetet. Följaktligen kunde de inte ha orsakats någon skada. Ett annat argument var att testerna innebar ett förledande vilket inte är ett korrekt sätt att samla bevis på.

› USA : s Högsta domstol (Supreme Court) om talerätt i målet *Havens* (1982)

I en banbrytande dom 1982 i *målet Havens*¹²³ erkände USA : s Högsta domstol enhälligt testutförarens och ickediskriminerande bostadsorganisationers möjlighet att, med hjälp av vad som framkommit vid testerna, väcka talan i domstol. Omständigheterna i målet var helt okomplicerade. Paul Coles, identifierad som en "svart hyressökande" försökte hyra en lägenhet från Havens Realty Corporation som ägde och drev lägenhetskomplex i en förort till Richmond. Paul Coles blev falskeligen tillsagd att det inte fanns några lediga lägenheter. Han framförde klagomål hos "Housing Opportunities Made Equal" (HOME), en ideell organisation med syfte

¹²⁰ Consent Order and Settlement Agreement, *Floyd-Mayers mot American Cab Co.*, no. 89-1777(CRR), (D.D.C. inlämnad den 1 november 1990). Se även Keith Harriston, "3 Cab Firms to Monitor for Bias; Suit Over Shunning of Blacks Settled", *The Washington Post*, den 3 november 1990, i B1, tillgänglig i 1990 WL 2100387; The Equal Rights Center, *Service denied: Responding to taxicab discrimination in the District of Columbia*, oktober 2003 (finns tillgänglig på the Equal Rights Centers webbsida: www.equalrightscenter.org/publications/documents/TaxicabDiscriminationOct2003.pdf).

¹²¹ Se text. *Floyd-Mayers mot American Cab Co.*, 732 F. Supp. 243, 245 (D.D.C. 1990).

¹²² R.V.O. Boggs, "The future of civil rights testing: Current trends and new directions", i *A national report card on discrimination in America: The role of testing*, M. Fix och M. Austin Turner (eds), Washington, D.C., The Urban Institute, 1998, s. 118, och referensen i fotnot 10.

¹²³ *Havens Realty Corporation mot Coleman*, 455 U.S. 363 (1982).

att "i praktiken skapa lika möjligheter inom bostadsmarknaden i Richmond Metropolitan Area". Till följd av klagomålet anställde HOME två personer, Coleman (som är "svart") och Willis (som är "vit") som testpersoner för att avgöra om Havens använde sig av rasistiska metoder. De gjorde flera förfrågningar hos Havens om tillgången på lägenheter. Vid varje tillfälle fick Coleman veta att det inte fanns några lediga lägenheter medan Willis fick veta att det fanns lediga lägenheter. Inför Högsta domstolen var en av frågorna om Coleman som testperson hade rätt att stämma företaget. Högsta domstolen slog fast att "även om testpersonen när denne tog kontakt med fastighetsägaren endast hade att förvänta sig falsk information samt saknade avsikt att hyra eller köpa en lägenhet kan detta inte göra den uppenbart orättfärdiga behandlingen ogjord" ¹²⁴. Högsta domstolen beslutade också att HOME hade egen talerätt i fråga om skadestånd. HOME gjorde gällande att "organisationen under sina ansträngningar att skapa lika tillgång till bostäder genom råd och annan remitteringshjälp hade blivit frustrerad av svarandens användning av rasistiska metoder". Vidare anförde organisationen att den "hade fått lägga ned omfattande resurser på att identifiera och motverka svarandens [sic] användning av rasistiska och diskriminerandemetoder" ¹²⁵.

Enligt Kommissionen för lika möjligheter inom arbetslivet (Equal Employment Opportunity Commission), som följer prejudikat, gäller samma principer för testpersoner som väcker talan om diskriminering i arbetsrättsliga mål¹²⁶. När det gäller frågan om metodik underströk kommissionen att "medan par av testpersoner inom bostadsmarknaden endast behöver visa att de kvalificerar sig för att kunna betala för bostaden, har testpersonerna inom arbetslivet ett mer komplicerat uppdrag i att kunna visa sig kvalificerade för det aktuella arbetet" ¹²⁷.

Medborgarrättsrörelsen har en lång tradition av att använda sig av tester för att blottlägga och illustrera diskriminering. I *Evers mot Dwyer* (1958)¹²⁸, gav Högsta domstolen talerätt åt en "svart" man som suttit i en "vit" del av en Memphisbuss samt blivit flyttad av de lokala myndigheterna. Han tillerkändes talerätt trots att han aldrig tidigare hade åkt buss i Memphis och trots att enda orsaken till att han gjorde det denna gång var för att han ville testa den juridiska riktigheten i statens segregationslag. Domstolen dömde i enlighet med detta i *Pierson mot Ray* (1967)¹²⁹. I detta mål slog Högsta domstolen fast att en grupp "svarta" präster som förflyttades från en segregerad bussterminal i Mississippi hade talerätt, trots att enda orsaken till att de befann sig på terminalen var att de ville få lagen prövad.

¹²⁴ 455 U.S. 374.

¹²⁵ 455 U.S. 379.

¹²⁶ EEOC notice no. 915.002, den 22 maj 1996: "Enforcement Guidance: Whether "testers" can file charges and litigate claims of employment discrimination" (tillgänglig via Equal Employment Opportunity Commissions webbsida, www.eeoc.gov/policy/docs/testers.html).

¹²⁷ *Ibidem*, § 5.

¹²⁸ 358 U.S. 202 (1958).

¹²⁹ 386 U.S. 547 (1967).

3. Diskrimineringstester kontra rättvisbevisning, provokation och privatliv i Europa

Mycket juridisk kritik har framförts mot diskrimineringstester: det står inte i överensstämmelse med principen om rättvisbevisning; det skulle kunna innebära brottsprovokation och det hotar rätten till respekt för privatlivet¹³⁰. Denna kritik ska sättas i perspektiv genom en granskning av rättspraxis från Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (ERD).

Vid flera tillfällen har ERD, placerad i Strasbourg, beslutat att användandet av en person med fiktiv identitet i enda syfte att blottlägga en olaglig handling inte *per se* kränker individens rätt till privatliv. Till exempel i *Lüdi målet*¹³¹, ansåg domstolen att användandet av en agent under täckmantel, som med det påhittade namnet Toni hade utgivit sig för att vara en potentiell köpare av kokain, inte bröt mot knarkhandlaren rätt till privatliv då man på detta sätt avslöjade hans kriminella aktiviteter. Eftersom herr Lüdis telefon var avlyssnad i enlighet med schweizisk rätt kunde en fällande dom baseras inte bara på agentens rapporter, utan även på inspelningar av samtalen mellan svaranden och agenten som agerade under täcknamnet Toni. Det är värt att notera att domstolen i detta mål inte följde yttrandet från Kommissionen för de mänskliga rättigheterna (Comission of Human Rights). Kommissionen ansåg i sitt yttrande att "den grundläggande passiva naturen av operationen ändrades genom att ett nytt element, dvs. inblandningen av en agent under täckmantel, tillfördes operationen vid sidan av telefonavlyssningen; orden som avlyssnades var ett resultat av en relation som agenten byggt upp med den misstänkte. Därmed fanns det en särskild inblandning i herr Lüdis privatliv som behövde ett särskilt rättfärdigande med hänsyn till andra punkten i artikel 8 [Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna]"¹³². I motsats till detta ansåg domstolen att "användandet av en agent under täckmantel, antingen ensamt eller i kombination med telefonavlyssning, inte påverkar privatlivet i den mening som avses i artikel 8"¹³³. Trots den utveckling som begreppet "privatliv" genomgått sedan början av 1990-talet, har domstolens rättspraxis fortsatt att vara i linjen med domen i målet *Lüdi*¹³⁴.

Vidare har ERD, i mål som involverat kameraövervakning, klargjort att "[ö]vervakning av enskilda personers handlingar på offentlig plats genom användandet av fotografisk utrustning som inte spelar in visuella data, ger inte i sig upphov till en kränkning av den enskildes privatliv (...). Å andra sidan kan inspelning av sådan information och systematisk eller permanent inspelning ge upphov till sådana överväganden"¹³⁵. I vilket fall som helst skulle det

¹³⁰ För mer information se O. De Schutter, "Methods of proof in the context of combating discrimination", in *Proving discrimination. The Dynamic implementation of EU anti-discrimination law: The role of specialised bodies*, J. Cormack (ed.), Migration Policy Group, 2003, s. 35-37. (tillgänglig via Migration Policy Groups webbsida: www.migpolgroup.com).

¹³¹ ERD, *Lüdi mot Schweiz*, den 15 juni 1992.

¹³² *Ibidem*, § 36.

¹³³ *Ibidem*, § 40 (kursiveringen tillförd av författaren).

¹³⁴ Se t.ex. Europeiska Kommissionen för de mänskliga rättigheterna, *R. Müller mot Österrike*, den 28 juni 1995 (avvisningsbeslut); Europeiska Kommissionen för de mänskliga rättigheterna, *S. E. mot Schweiz*, den 4 mars 1998 (avvisningsbeslut).

¹³⁵ Se t.ex. *Peck mot Storbritannien*, den 28 januari 2003, § 59; *Perry mot Storbritannien*, den 17 juli, 2003, § 38.

inte innebära ett brott mot den enskildes rätt till privatliv under förutsättning att ingreppet sker i enlighet med nationell rätt, används för att uppnå ett legitimt mål och är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.

Frånsett frågan om privatliv har en annan rädsla tidvis förstärkt det avvaktande förhållningssättet hos domarkåren – är diskrimineringstester en form av provokation? Belgiska statsfullmäktige (Council of State) som är remissinstans för samtliga lagförslag delar denna farhåga¹³⁶. Ännu en gång måste frågan sättas i perspektiv i förhållande till en granskning av ERD: s rättspraxis och särskilt dess avgöranden rörande polisens teknik att infiltrera kriminella grupper med hjälp av infiltratörer eller i arbetet mot narkotikasmuggling, iscensättandet av knarkhandel för att avslöja langare. Enligt domstolen " [po]lisprovokation sker när det finns tjänstemän inblandade – medlemmar av polisväsendet eller personer som agerar på deras uppdrag – som inte begränsar sig till en passiv brottsutredning utan, för att säkerställa brott dvs. för att få fram bevis som kan leda till åtal, utövar ett sådant inflytande över den misstänkte att denne begår ett brott den annars inte skulle ha begått"¹³⁷.

"I målet Teixeira de Castro (...) fann domstolen att de två poliserna i fråga inte hade begränsat sig till att utreda Mr Teixeira de Castros kriminella aktiviteter på ett huvudsakligen passivt sätt, utan [hade] utövat ett inflytande som innebar en brottsprovokation." Domstolen fastslog att då de provocerat fram brottet hade deras handlingar gått utöver det som ålåg en agent under täckmantel och att det inte fanns något i målet som tydde på att brottet skulle ha begåtts även utan deras intervention (...).

När ERD drog denna slutsats underströks flera omständigheter, särskilt underströks att interventionen av de två polismännen inte hade varit en del av en beordrad och övervakad operation mot knarksmuggling samt att *de nationella myndigheterna inte verkade ha någon god anledning att misstänka* att personen var narkotikaförsäljare: han var tidigare ostraffad och det fanns inte heller något som talade för att han skulle ha blivit inblandad i narkotikasmuggling om han inte hade kontaktats av polisen (...).

Mera specifikt, *domstolen fann att det inte fanns någon objektiv misstanke om att den tilltalade hade varit inblandad i någon kriminell aktivitet*. Det fanns inte heller något bevis som kunde stödja regeringens påstående om att den tilltalade skulle ha begått några brott. Tvärtom var han inte tidigare känd hos polisen och hade inte heller innehaft droger när polismännen efterfrågat det hos honom; utan han hade följaktligen kunnat förse dem med droger först efter det att han fått dem från en bekant som i sin tur hade förskaffat

¹³⁶ Belgiska statsfullmäktige (Belgian Council of State), yttrande no. 32.967/2 februari 2002, lämnad efter förfrågan från President of the Chamber of Representatives, under granskningen av den text som ledde till den federala anti-diskrimineringslagen av den 25 februari 2003 (nu ersatt av den federala lagen från den 10 maj 2007 mot särskilda former av diskriminering).

¹³⁷ ERD, *Teixeira de Castro mot Portugal*, den 9 juni 1998, § 38. Se även ERD, *Calabro mot Tyskland och Italien*, den 21 mars 2002; ERD, *Sequeira mot Portugal*, 6 maj 2003; ERD, *Eurofinacom mot Frankrike*, den 7 september 2004; ERD (domstolen i stor sammansättning), *Ramanauskas mot Litauen*, den 5 februari 2008. Se även nederländsk rättspraxis, som inte bedömer diskrimineringstester som provokation: Hoge Raad, den 24 november 1981, *N.J.*, 1982, s. 177; Hoge Raad, den 18 oktober 1988, *N.J.*, 1989, s. 476; yttrande n° 1997-62, 1997-64, 1997-66, 1997-133, 1998-39, 2005-136 från den nederländska likabehandlingsmyndigheten (the Equal Treatment Commission) som beskrivs infra, i del III.9.

dem av en knarklangare vars identitet alltså var okänd. Även om Teixeira de Castro skulle kunna ha begått ett brott, fanns det inte några objektiva bevis som indikerade att han påbörjat en kriminellhandling innan polismännens intervention. Domstolen avvisade därför skillnaden som den portugisiska regeringen gjorde mellan att skapa en kriminell avsikt som tidigare inte existerat och avslöjandet av en redan existerande kriminell avsikt¹³⁸.

Följaktligen, så länge agenterna som agerar under täckmantel – och i analogi, testutförarna – inte skapar en kriminell avsikt är metoden tillåten. Med andra ord måste man skilja mellan bevisprovokation och brottsprovokation¹³⁹. Om testutförarna begränsar sig till att sätta upp rekvisiten för att brottet ska begås och därefter observerar det som passiva åskådare är det inte en otillåten provokation och metoden därmed godtagbar. Diskrimineringstester bör därför ske under väldigt tydliga instruktioner så att testutförarna i ett senare skede inte kan anklagas för att ha uppmuntrat personerna som utsatts för testet att agera på ett diskriminerande sätt.

Förbudet mot brottsprovokation är en särskild tillämpning av andra krav: den om rättvisbevisning och rätten till rättvis rättegång som båda är tillämpliga på såväl civilrättsliga som straffrättsliga processer. Den franska kassationsdomstolen har vid flera tillfällen fått hantera frågan om huruvida diskrimineringstester inte når kraven på rättvisbevisning¹⁴⁰. I ett mål hade frivilligorganisationen *SOS Racisme* utfört diskrimineringstester vid ingångarna till flera nattklubbar i södra Frankrike. De anklagade dörrvakterna frikändes vid överklagan och skadeståndstalan avsågs på grund av att bevisen om diskriminering inte införskaffats genom en rättvis procedur¹⁴¹. Kassationsdomstolen (Court of Cassation) underkände MontPELLIERS appellationsdomstols (Court of appeal) beslut eftersom domstolen underlåtit att tillämpa regeln, i straffprocesslagen, om att all bevisning är tillåten under brottsmålsprocessen. Med beaktande av detta ska domaren ”värdera bevisningen efter att ha hört båda parter”¹⁴². Resultat av diskrimineringstestet kunde inte avvisas på den grunden att metoden i sig antogs vara fördomsfull. Resultatets bevisvärde måste avgöras i varje enskilt fall.

Enligt Oliver De Schutter kan det sätt på vilket diskrimineringstesterna utfördes i praktiken ha spelat en avgörande roll för appellationsdomstolen i MontPELLIERS dom.

”Noggrann granskning av skälen för domstolens dom antyder att skäligheten av ”test” metoden väckte tveksamhet från domstolens sida. Grunden för denna tvekan var att, eftersom testutförarnas intention var att blottlägga diskriminering som de misstänkte och ville bevisa kan de, särskilt genom sin klädsel eller attityd, ha skapat förutsättningar för att bli nekade inträde till etablissemangen i fråga. Domaren noterade att ”medan

¹³⁸ ERD, *Teixeira de Castro mot Portugal*, den 9 juni 1998, § § 37-39, så som det citeras i *Ramanauskas mot Litauen*, den 5 februari 2005, § 56.

¹³⁹ L. Collet-Askri, ”Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... (à propos de l’arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002)”, *Le Dalloz*, 2003, no. 20, *Chroniques*, s. 1311.

¹⁴⁰ Dessa mål beskrivs *infra*, i del III.6.

¹⁴¹ Court of Appeal of Montpellier (Correctional Division), den 5 juni 2001.

¹⁴² Court of Cassation (Criminal Division), 11 juni 2002, no. 01-85.559, finns tillgängliga på Légifrance webbsida.

testet avslöjar en skillnad i attityd hos dörrvakterna, finns det inget som bekräftar att nekandet motiverades av etniska kännetecken hos testutförarna". Vidare visar den bevisning som förts fram inför brottmålsdomstolen och svarandens utsaga under processen, att klientelet på La Nuit och Le Souleil är mångkulturellt (multiracial). De anklagade förnekade att de diskriminerat på grund av etnicitet (race). Det finns inget som bekräftar att svarandena valde klientel utifrån etniska kriterier (racecriteria), utom den subjektiva uppfattningen hos dem som yrkar skadestånd. Vidare, om ett urval gjordes, är detta kutym inom denna bransch och beror på kommersiella och marknadsmässiga skäl, så som även görs av etablissemang som är reserverade för "homosexuella", "svarta", "heterosexuella" eller "jet set".

Det är bristen på jämförbarhet som här bestraffas: appellationsdomstolen verkar ha trott att det kunde ha varit andra skäl än personernas etniska ursprung som låg till grund för att medlemmarna från SOS Racisme nekades inträde. Enligt Montepelliers appellationsdomstol kunde inte diskrimineringstestet, på grund av bristande adekvata garantier rörande det sätt på vilket det utfördes, anses vara en tillräckligt rättvis metod för att bevisa förekomsten av diskriminering: "... testmetoden som användes av organisationen SOS Racisme, som ägde rum utan inblandning av en domstolstjänsteman eller inspektör, är en bevismetod som inte är transparent och inte ger tillräcklig grad av rättvishet för att få fram bevis i brottmålsprocesser och kränker därmed vederbörlig process"¹⁴³.

Det är viktigt att ha i åtanke att *per se* är inte diskrimineringstester bedrägliga eller brott mot de mänskliga rättigheterna. Emellertid fastställer denna metod en artificiell situation som har många nackdelar. Eftersom diskrimineringstester involverar mänsklig interaktion, kan de fiktiva kandidaterna vara så villiga att upptäcka diskriminering att de ofrivilligt förvränger resultatet av testet¹⁴⁴. I en del fall har nationella domstolar ifrågasatt bristen på objektivitet hos testutförare som innan de genomfört testet har bitt om råd av dem som uppgett sig utsatta för diskriminering¹⁴⁵. Riskerna om att saker och ting kan gå överstyr är inte inbillade och påkallar därför en noggrann övervakning av användandet av diskrimineringstester och metodologisk stränghet.

¹⁴³ O. De Schutter, "Methods of proof in the context of combating discrimination", in *Proving discrimination. The Dynamic implementation of EU anti-discrimination law: The role of specialised bodies*, J. Cormack (ed.), Migration Policy Group, 2003, p. 37 (kursiveringen är tillagd av författaren, finns tillgänglig via Migration Policy Groups webbsida: www.migpolgroup.com).

¹⁴⁴ Se P.A. Riach och J. Rich, "Field experiment in the market place", *Economic Journal*, 2002, uppl. 112, s. 480ff.

¹⁴⁵ I Frankrike, se L. Collet-Askri, "Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002)", *Le Dalloz*, 2003, no. 20, Chroniques, s. 1311. För andra nationella instanser se del III i denna handbok.

4. Metodologi och riktlinjer

Den metod som används vid diskrimineringstester bör vara strängt specificerad för att neutralisera variabler som kan underkänna analysen eller misskreditera testet¹⁴⁶.

4.1. Att säkerställa full jämförbarhet

För att vara övertygande kräver diskrimineringstester att graden av likhet mellan den grupp som antas kunna utsättas för diskriminering och kontrollgruppen är hög. Kontrollgruppen ska likna den första gruppen i alla avseenden förutom det karaktäristiska som ska testas. Detta innebär att personen som ansvarar för testet ska göra en lista som är så komplett som möjligt när det gäller de olika element som kan antas påverka beslutet hos den som testas.

Till exempel, grupperna av testutförare som ska genomföra ett test rörande etnisk diskriminering vid inträde till en nattklubb bör ha "rätt" sorts kläder och frisyra, och de bör i varje enskilt fall vara lika; de bör vara i samma åldersgrupp och ha samma kön (kvinnor tenderar att ha lättare att komma in på nattklubbar än män...); de bör inte vara påverkade av alkohol eller droger; de bör vara artiga och förnuftiga gentemot etablissemangets dörrvakt; de bör försöka komma in samma kväll och under samma tidsperiod; ingen av dem bör sedan tidigare vara känd av dörrvakterna; etc.

4.2. Att säkerställa rättvishet och trovärdighet

För att undvika uppkomsten av förutfattade meningar under testet, bör det inte finnas något emotionellt band mellan testutförarna och den som utsatts för diskriminering eller den person som ska testas. Detta innebär till exempel att ingen av testutförarna bör vara släkt med den som utsatts för diskrimineringen. Inte heller bör någon av testutförarna ha redan existerande fördomar mot den person som ska utsättas för testet. Därutöver bör testutförarna noggrant övervaka sitt beteende för att undvika någon form av provokation.

Diskrimineringstester bör generellt sätt endast användas efter det att en individ har anmält diskriminering. Idealet är om diskrimineringstestet kan genomföras kort tid efter det att diskrimineringen ägde rum. Genomförande av diskrimineringstester, utan att anmälan gjorts, bör övervägas noggrant då det kan ge vatten på kvarn åt dem som kritiserar diskrimineringstester. Detta beror dock givetvis på omständigheterna. Om ett stort antal klagomål gjorts mot en särskild bransch skulle en frivilligorganisation kunna genomföra en diskrimineringstestkampanj för att öka den allmänna medvetenheten och initiera rättsprocesser i fall av uppenbart diskriminerande sedvanor.

¹⁴⁶ Se bl.a. "Le Testing: méthode et exemples", en praktisk guide av GELD (Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations). Denna myndighet upphörde med sin verksamhet den 30 juni 2005 och är nu en del av den franska likabehandlingsmyndigheten, the High Authority against Discriminations and for Equality (Halde); B. Bodrogi, *Testing for discrimination. Identifying and prosecuting human rights abuses*, L. Mahony (Notebook Series ed.), Minneapolis, New Tactics Project of the Center for Victims of Torture (publ.), 2003; Kif Kif & Liga voor Mensenrechten, *Handleiding praktijktest discriminatie*, 2007, s. 8 (finns tillgänglig på Kif Kif webbsida: www.site.kifkif.be/pdf/brochurepraktijktest.pdf).

4.3. Att säkerställa representativitet

Diskrimineringstester bör i idealfallet bygga på representativa exempel och åtminstone på mer än ett par testutförare. Annars bör dess resultat styrkas med annan bevisning (t.ex. vittnesförhör) för att leda till bevisbördans övergång.

För att återgå till exemplet med diskrimineringstester vid inträde till en nattklubb innebär detta att flera testutförare både med och utan etnisk minoritetsbakgrund bör försöka komma in på nattklubben strax efter varandra. I linje med detta resonemang frikände appellationsdomstolen i Paris, den 17 mars 2008, fyra nattklubbsvakter som hade dömts för etnisk diskriminering i första instans. Appellationsdomstolen ansåg att det för att fastställa brott inte var tillräckligt att en person eller en grupp av personer nekats tillträde¹⁴⁷.

4.4. Att säkerställa noggrann planering och dokumentation

Denna fjärde punkt hör samman med de tidigare frågorna eftersom noggrann planering möjliggör övervakning av att kraven på jämförbarhet, rättvishet och representativitet uppfylls. Det idealiska är om den noggranna planeringen följer ett femstegsprogram.

- Till att börja med bör en särskild person vara ansvarig för utförandet av testet. Denna person bör ha en del know-how inom diskrimineringsområdet och vara medveten om de juridiska frågor som står på spel. Personen som organiserar testet bör inte ha någon intressekonflikt med den som utsatts för diskriminering eller den som anklagas för diskrimineringen. Han/hon bör också vara medveten om att testet kan leda till en domstolsprocess som kan ta flera år och han/hon bör vara beredd att vittna i domstol. Därför är det viktigt att testpersonens bakgrund inte har en negativ inverkan på hans/hennes trovärdighet. För att undvika risker med att testledaren kan bli igenkänd under utförandet av testet finns det inga krav på att testledaren ska vara på plats när testet utförs.
- För det andra bör testledaren upprätta ett protokoll som beskriver syftet med testet och den procedur som ska följas. Protokollet bör upprättas på ett sådant sätt att det innefattar de olika delar som behövs för att visa på att kraven om jämförbarhet och representativitet är säkerställda. Protokollet kan också behandla frågan om behovet av att ta in en tjänsteman som till exempel en inspektör. Vidare bör protokollet också innefatta information om användningen av tredjepartsvittnen och teknisk utrustning. Audio- och videoinspelningar har visat sig vara av stor nytta när diskrimineringstester utförs. De bör noggrant dokumenteras i protokollet. Eftersom alla länder inte godtar sådana inspelningar bör dokumenteringen i protokollet diskuteras i förväg med lokalt verksamma jurister.

¹⁴⁷ Målet rapporterat i *Le Monde*, den 17 mars 2007.

- För det tredje bör testledaren säkerställa att testutförarna inte står i relation till den som utsatts för diskriminering eller den som ska testas och att de är väl medvetna om hur de ska agera under testet för att undvika någon form av provokation. Om det inte är nödvändigt för att testet ska kunna genomföras, bör testutförarna inte vara omyndiga. Liksom testledaren bör de vara medvetna om att testet kan leda till en rättsprocess som tar flera år och att de kan behöva agera som vittnen i domstol. Vidare bör de vara beredda på att de kan komma att utsättas för diskriminering och att de då måste kunna reagera neutralt. Testutförarna bör få en kopia av protokollet och tydliga riktlinjer för hur de ska utföra diskrimineringstestet.
- För det fjärde bör varje testutförare, strax efter testet utförts (men inte framför platsen där testet gjorts), fylla i ett formulär/skriva en rapport som sammanfattar hur testet gick till och därefter underteckna det. När ett diskrimineringstest om inträde till en nattklubb genomförts skulle det vara relevant att anteckna (1) vid vilken tid testutföraren försökte komma in; (2) hur dörrvakten reagerade; (3) om det var kö framför nattklubben: etc.
- För det femte ska testledaren, när testet är slutfört, skriva en övergripande rapport om resultaten. Testledaren bör sedan spara de olika dokumenten (dvs. protokoll, testutförarnas individuella rapporter, den övergripande rapporten) för att kunna lämna dem till domstolen, om diskrimineringstesterna skulle leda till en rättsprocess.

4.5. Övergripande frågor

Eftersom det kan vara en utmaning att hitta lämpliga testutförare skulle likabehandlingsmyndigheter och frivilligorganisationer kunna samarbeta med universitet för att hitta studenter eller forskare som skulle kunna agera som testutförare. Eftersom det kan vara svårt att engagera testutförare gratis väcker detta frågan om ersättning. När det väl kommer till kritan är frågan om huruvida statliga myndigheter eller frivilligorganisationer är villiga att betala ersättning till testutförarna en fråga om policy.

Att involvera journalister i testerna skulle kunna vara problematiskt eftersom en del skulle kunna vara alltför ivriga att få "rätt" resultat för en snabb publikation i pressen. Även om rapportering av resultaten är en viktig del av testproceduren bör den bästa tidpunkten för offentliggörande väljas utifrån behoven i fallet och inte i enlighet med journalistiska kriterier. Att arrangera ett offentliggörande i samband med rättsprocessen är ofta mer strategiskt.

Under hela testprocessen bör de personer som är involverade i diskrimineringstestet vara medvetna om att det kan vara ett problematiskt verktyg att använda. De som utsatts för diskriminering har mycket att förlora om testutförarna inte är stringenta när de utför testet. Även om diskrimineringstester är lagliga är det ofta så att domare är misstänksamma mot diskrimineringstester. Därför är det mycket viktigt att bygga förtroende för metodens möjligheter att vara ett verktyg för att främja genomförandet av diskrimineringslagstiftning och undvika att metoden misskrediteras.

Likabehandlingsmyndigheter och frivilligorganisationer som vill använda sig av diskrimineringstester bör överväga att genomföra utbildningar om diskrimineringstester. Som exempel kan nämnas att NEKI, Ungerska juridiska byrån för nationella och etniska minoriteter, ger en tvåstegsutbildning för testutförare. Efter det att möjliga testutförare rekryterats får de genomgå en grupputbildning under en dag. När sedan en testsituation uppstår med anledning av ett klagomål genomför organisationen en förberedande utbildning, med sikte på det aktuella fallet, med de testutförare som ska ingå i diskrimineringstestet¹⁴⁸.

En sista sak att ha i åtanke är att diskrimineringstester endast är ett av de verktyg som kan hjälpa de som utsatts för diskriminering att fastställa att diskriminering kan ha ägt rum¹⁴⁹. Metoden är särskilt användbar för att blottlägga direkt diskriminering som gömmer sig bakom andra förtecken. Samtidigt kräver den omfattande resurser och bör begränsas till fall där det inte finns någon "enkel utväg" för att bevisa diskriminering (t.ex. vittnen, yttranden i stridens hetta¹⁵⁰, osv.). Det bör också has i åtanke att statistik ofta är mycket mer användbart för att belysa indirekt diskriminering och/eller strukturell diskriminering. Även i fall av direkt diskriminering kan det i vissa situationer vara svårt att genomföra diskrimineringstester. Exempelvis medan det är enkelt att använda diskrimineringstester i ett tidigt stadium av en jobbsökning (ex. CV tester eller telefontester), så är det mycket mer problematiskt att skicka en lämplig testutförare till arbetsintervjuer. Frånsett diskrimineringstester och statistik som ofta i mål om diskriminering presenteras som särskilda verktyg som kan hjälpa till att föra över bevisbördan, ska man vara medveten om att det i Europa även finns andra kraftfulla verktyg. I Storbritannien verkar frågeformulär/enkäter vara en mycket effektiv metod¹⁵¹. Dessa möjliggör exempelvis för arbetssökande som inte fått arbetet att få en omedelbar respons från arbetsgivaren om varför de inte fick arbetet. Domstolar och tribunaler i Storbritannien kan dra slutsatser om diskriminering från de svar som lämnas i frågeformuläret/enkäten eller från arbetsgivarens underlåtenhet att svara i tid eller inte alls.

¹⁴⁸ B. Bodrogi, *Testing for discrimination. Identifying and prosecuting human rights abuses*, L. Mahony (Notebook Series ed.), Minneapolis, New Tactics Project of the Center for Victims of Torture (publ.), 2003, s. 11-12. Se även infra i del III.7.

¹⁴⁹ *Combating discrimination. A training manual*, Human European Consultancy och Migration Policy Group (eds), 2007, s. 23-24.

¹⁵⁰ Se ERD, *Ivanova mot Bulgarien*, den 12 april 2007, § 84; ERD, *Baczowski mot Polen*, den 3 maj 2007, §§ 97-100.

¹⁵¹ För mer information om användningen av frågeformulären/enkäterna se the Equality and Human Rights Commissions webbsida (www.equalityhumanrights.com/pages/eocdrccre.aspx).

3

Del III

Diskrimineringstester i europeiska länder

1. Översikt
2. Belgien
3. Tjeckien
4. Danmark
5. Finland
6. Frankrike
7. Ungern
8. Lettland
9. Nederländerna
10. Slovakien
11. Storbritannien

Isabelle Rorive

Prof. vid Juridiska fakulteten, Bryssels Universitet (ULB)

*I samarbete med **Laura Gornicioiu**, juridisk trainee vid underrätten i Bonn (District Court Bonn)*

1. Översikt

Genom åren har metoden med diskrimineringstester vunnit mark inom Europeiska Unionen. Storbritannien och Nederländerna har under en längre tid varit bekanta med metoden. För närvarande sprids användningen av diskrimineringstester i länder som Belgien, Bulgarien¹⁵², Tjeckien, Danmark, Finland, Frankrike, Ungern, Lettland, Slovakien och Sverige¹⁵³. Ungern är ett enastående exempel på hur systematisk användning av diskrimineringstester har lett till viktiga juridiska segrar i arbetet med att motverka utbredd diskriminering av romer. Frivilligorganisationer (NGO: s) och likabehandlingsmyndigheter i Österrike, Cypern och Italien har börjat använda sig av diskrimineringstester, men ännu har inga fall avgjorts med hjälp av dessa. Fortfarande verkar det som om tio europeiska länder är obekanta med metoden: Estland, Tyskland, Grekland, Irland, Litauen, Luxemburg, Malta, Polen, Portugal, Slovenien och Spanien. Huvudorsaken verkar vara bristande kunskap om metoden. I en del av dessa länder (huvudsakligen Irland¹⁵⁴) verkar emellertid huvudorsaken vara en förväntad skepsis från domarkåren. Även om frivilligorganisationer i Rumänien, särskilt romska frivilligorganisationer, tidigare har använt diskrimineringstester tyder rättspraxis från senare år på att metoden övergivits¹⁵⁵. Endast i Ungern, Frankrike och i viss utsträckning i Belgien är diskrimineringstester reglerat i lag¹⁵⁶. På andra platser finns det ingen särskild lagregel om diskrimineringstester utan frågan behandlas utifrån generell bevisrätt.

Detta kapitel syftar till att, utan att göra anspråk på att vara uttömmande, beskriva en del nationella erfarenheter huvudsakligen fram till den 1 januari 2007. Fokus ligger på hur diskrimineringstester har använts i domstolar, frågor som domarna måste hantera och förutsättningarna för när testerna kan godkännas som juridiska verktyg. Det tar också sikte på att visa hur testmetoden håller på att bli en nyckelfaktor i en policy för strategiska rättsprocesser. Beskrivningarna av fallen bygger mycket på det enastående arbete som det europeiska nätverket med juridiska experter inom diskrimineringsområdet utfört. Jag står i stor tacksamhetsskuld till deras nationella rapporter och deras input i European Anti-Discrimination Law Review.

¹⁵² Bulgarien utvecklas inte ytterligare i handboken. Även om det har förekommit mål om diskriminering av romer i vilka vittnesmål från testutförare har legat till grund för dom har varken parternas talan eller domskälen särskilt behandlat frågan om att vittnena varit testutförare i allmänhetens intresse. Vittnesmål av testutförare har presenterats och bedömts som vanliga vittnesmål och testutförarnas talerätt har erkänts utifrån den missgynnande behandling de utsatts för på grund av sin etniska tillhörighet. Det har överhuvudtaget inte diskuterats om de skulle ha haft något egenintresse i saken (informationen har getts av Margarita Ilieva, den Bulgariska experten i European network of legal experts in the non-discrimination field).

¹⁵³ Användningen av diskrimineringstester i Sverige utvecklas av Paul Lappalainen i del IV i denna rapport.

¹⁵⁴ Se S. Quinlivan, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Ireland, State of affairs up to 8 January 2007, s. 18 (tillgänglig via EU-kommissionens webbsida).

¹⁵⁵ Information given av Romanita Iordache den Rumänska experten i the European network of legal experts in the non-discrimination field.

¹⁵⁶ Se *infra*, landbeskrivningen.

2. Belgien

Frivilligorganisationer (NGO: s) har framförallt använt diskrimineringstester för att avslöja diskriminerande sedvanor. Exempelvis genomförde Rörelsen mot Rasism Anti-semitism och främlingsfientlighet (*Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*) en kampanj kallad "Ledningen förbehåller sig rätten att neka inträde" (*La direction se réserve le droit d'entrée*)¹⁵⁷ som riktade sig mot särskilda nattklubbar i Bryssel. Diskrimineringstester har använts i brottmål för att fastställa förekomsten av diskriminering. I sådana mål ska all bevisning som är i enlighet med principen om rättvisbevisning (fairness of evidence) tillåtas. I detta avseende har diskrimineringstester i stor utsträckning använts på en ad hoc basis av personer som utsatts för diskriminering och agerat spontant för att stärka sitt mål.

Genom införlivandet av direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet har diskrimineringstester blivit en omtvistad fråga. Som ett exempel på en faktor som lett till bevisbördans övergång kan den tidigare federala diskrimineringslag från 25/2 2003 som hänvisade till "fakta, så som statistiska bevis eller diskrimineringstester" nämnas¹⁵⁸. En verkställande kungörelse (*Arrêté royal*) föreslogs genom vilken förutsättningarna för godkännandet av diskrimineringstester i samband med stämningar uttryckligen skulle definieras. Emellertid var de politiska debatterna emellanåt stormiga och konsultationen om kungörelsens innehåll misslyckades. VLD (det flamländska högerpartiet som var en del av koalitionsregeringen) publicerade kritik från arbetsgivarorganisationer och den nationella fastighetsägarföreningen (*Office national des propriétaires*). I en stor dagstidning uttryckte partiet sin vägran att "sätta upp ett team spioner, skicka ut mullvadar för att infiltrera företag, öppna heta linjer för informatörer och sanktionera storebrorsamhället"¹⁵⁹. Premiärministern själv ryggade inte för att kalla testutförarna för "infiltratörer" och "angivare" och tillade att "du skickar inte en naken kvinna till en man för att se om han är otrogen"¹⁶⁰. Konsultationen med anledning av kungörelsen belyste också svårigheten med att samtidigt försöka uppnå två delvis oförenliga mål. Å ena sidan bör diskrimineringstester och dess metodologi kodifieras för att hindra missbruk av eventuella diskrimineringsoffer samtidigt som diskrimineringstestet också bör kunna uppmuntra domare att låta bevisbördan övergå till svaranden. Å andra sidan måste det, för att de ska fortsätta att vara funktionella, vara möjligt att genomföra diskrimineringstester på ett rimligt sätt¹⁶¹.

Ordet diskrimineringstester blev så problematiskt att de togs bort ur lagstiftningen när 2003 års diskrimineringslag ersattes 2007. Den nya lagen listar omständigheter som kan leda till en presumtion om direkt diskriminering enligt följande (1) faktorer som avslöjar

¹⁵⁷ Denna kampanj ägde rum under 2000 och 2001 (se www.mrax.be/article.php3?id_article=194). För en uppföljning se C. Delanghe, "Encore et toujours", publicerat den 26 april 2005 (http://www.mrax.be/article.php3?id_article=67).

¹⁵⁸ Act of 25 February 2003 on the opposition to discrimination och ändrad genom Act of 15 February 1993 som skapar Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, *Moniteur belge*, den 17 mars 2003, art. 19, § 3.

¹⁵⁹ *Le Soir*, den 26, den 27 och den 28 mars 2005.

¹⁶⁰ *De Standaard*, den 25 mars 2005.

¹⁶¹ O. De Schutter, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Belgium, State of affairs up to 8 January 2007, s. 33 (finns tillgänglig på EU-kommissionens webbsida).

återkommande olika behandling bl.a. upprepade enskilda anmälningar till likabehandlingsmyndigheten och (2) faktorer som visar på att personen som gör diskriminering gällande befunnit sig i en jämförbar situation med en annan person som inte blivit diskriminerad¹⁶². Dessa så kallade "upprepningsstest" (*test de recurrence*) och "jämförbarhetstest" (*test de comparabilité*) är inte lätta att få grepp om. De verkar utgöra var sin sida av diskrimineringstestets mynt¹⁶³. Enligt gällande rätt är det helt säkert att diskrimineringstester, under förutsättning att de utförs enligt en korrekt metod och inte utgör provokation, fortfarande är ett legitimt sätt att få bevisbördan att övergå till motparten.

› *Appellationsdomstolen (Court of appeal) i Liège tillåter principen om "rollspel" för att få vittnesmål (1988)*¹⁶⁴

En person av minoritetsursprung blev nekad service i en bar. Dagen efter kom han tillbaka med en vän som också såg ut som en icke-europé. I domstolen bekräftade vännen att innehavaren av baren hade nekad att ta emot deras beställning samtidigt som personer med europeiskt utseende serverades. På grund av detta dömdes baren innehavare.

› *Bryssels underrätt (Court of First Instance) tillämpar delad bevisbörda (2005)*¹⁶⁵

Ett par med utländskt ursprung bad om information om en lägenhet som enligt annons skulle hyras ut. Uthyrningsfirman bad dem då om intyg om att de hade löneinkomster på ett belopp som var tre gånger så högt som månadshyran (ett vanligt bruk i Belgien). Ett möte bestämdes till dagen efter. Samma eftermiddag meddelade dock uthyrningsfirman att ägaren till lägenheten redan hyrt ut den till en bekant. Eftersom annonsen för lägenheten fortfarande låg ute bad paret en bekant att ringa till uthyrningsfirman för att fråga om lägenheten var tillgänglig. Efter det att deras vän sagt till uthyrningsfirman att han frågade om lägenheten på uppdrag av två belgare bestämdes ett möte. När uthyrningsfirman såg paret framförde de att ägaren, för att behålla lugnet i fastigheten som även ägaren bodde i, föredrog lite äldre hyresgäster.

Ställd inför dessa fakta ansåg domaren att paret utsaga och deras väns vittnesmål var tillräckligt för att kunna fastställa en presumtion om diskriminering på grund av kändenas utländska ursprung. Svaranden lyckades inte bryta presumtionen. Enligt domaren var svarandens förklaring om att äldre hyresgäster önskades inte trovärdig då åldern hos de som slutligen valts som hyresgäster var ca. 40 år.

¹⁶² Act of 10 May 2007 combating some types of discriminations (art. 28); Act of 10 May 2007 som ändrar 30 July 1981 Act som kriminaliserar vissa handlingar motiverade av rasism eller främlingsfientlighet (art. 29); Act of 10 May 2007 fighting against discrimination between women and men (art. 33), *Moniteur belge*, 30/5 2007.

¹⁶³ V. van der Plancke, "Les tribulations du testing en Belgique: quels enseignements?", *Horizons stratégiques*, 2007, uppl. 5, s. 12; I. Rorive och V. van der Plancke, "Quels dispositifs pour prouver les discriminations?", *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, Ch. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (eds), Brussels, La Chartre, 2008, s. 447.

¹⁶⁴ Dom av den 11 mars 1988, tillgänglig via CECLRs webbsida (www.diversite.be).

¹⁶⁵ Dom (emergency proceedings) av den 3 juni 2005, publ. i *Revue du droit des étrangers*, 2005, uppl. 133, s. 220, tillgänglig via CECLRs webbsida (www.diversite.be).

› *Ghents appellationsdomstol (Court of Appeal) beslutar att diskrimineringstester är en giltig metod för att bevisa diskriminering (2005)*¹⁶⁶

När André D. och hans samkönade partner letade efter en lägenhet att hyra fick de av uthyrningsfirman veta att ägaren inte ville hyra ut sin lägenhet till "två män eller två kvinnor". Några dagar senare upprepades detta yttrande inför en inspektör. Den belgiska likabehandlingsmyndigheten och André D. försökte få ett domstolsföreläggande för att hindra det diskriminerande beteendet.

Den 31 december 2003 bestämde presidenten i Ghents underrätt att inte bifalla talan. Domaren ansåg att den delade bevisbördan som reglerades i 2003 års diskrimineringslag inte var tillämplig då regeln om diskrimineringstester ännu inte antagits.

Den 30 november 2005 ändrade appellationsdomstolen i Ghent domen. Domstolen slog fast att diskrimineringstester och statistiska bevis bara är några exempel på fakta som man kan grunda en delad bevisbördan på. Vidare framförde domstolen att den omständigheten att regeringen inte har antagit nödvändig lagstiftning för att reglera diskrimineringstester inte innebär ett hinder mot att använda metoden.

3. Tjeckien

I Tjeckien använder frivilligorganisationer (NGOs) diskrimineringstester för att bevisa etnisk diskriminering vid tillgång till arbete, service och bostäder.

› *Domstol (Municipal Court) i Prag slår fast att testutförares värdighet kan kränkas trots att det kan finnas en förväntan om diskriminering (2002)*¹⁶⁷

I ett mål där en person nekats service på grund av etniskt ursprung och där diskrimineringstester använts för att samla bevis, argumenterade svaranden att diskrimineringstester kännetecknas av att testutföraren i förväg är beredd på att möta diskriminerande behandling och har frivilligt gått med på att delta i testet. Som en konsekvens av detta går det att påstå att personens värdighet inte kan ha påverkats av diskrimineringen som sker under testet. Domstolen uttalade att "den ifrågasätter inte målsägandens rätt att testa andras reaktioner och när, under testet, en olaglig handling som påverkar kärandens personliga rättigheter sker (t.ex. nekandet av service på grund av ras eller etniskt ursprung) går det inte att utesluta att detta kan påverka hans personliga rättigheter som skyddas inom (...) civilrätten".

¹⁶⁶ Dom av den 30 november 2005, tillgänglig via CECLRs webbsida (www.diversite.be).

¹⁶⁷ Mål 34C 66/2001-42, den 7 mars 2002, rapporterad i P. Boucková, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Czech Republic, State of affairs up to 8 January 2007, s. 16 (finns tillgänglig på EU-kommissionens webbsida). Se även beslut från Prags högsta rättsliga instans (High Court in Prague) Mål 1 Co 321/2003-196, den 17 augusti 2003.

› *Domstol (Municipal Court) i Prag godkänner diskrimineringstester vid tillgång till arbete (2004)*¹⁶⁸

Under 2003 hade käranden, en romsk kvinna, sökt arbete på ett apotek som var en del av den internationella apotekskedjan Rossman. Befattningen hade utannonserats, men hon fick beskedet att befattningen redan tillsatts. Några minuter efter det att hon fått detta besked blev en kvinna i samma ålder, som agerade som testutförare med en gömd bandspelare, erbjuden en intervju och trots att hon sa att hon varken hade utbildning eller yrkeserfarenhet hade den t.f. butikschefen indikerat att hon kanske kunde få jobbet. Käranden informerade domstolen om att hon haft svårigheter att hitta ett nytt arbete och att hon blev avvisad överallt, uppenbarligen på grund av sin etnicitet. Den diskriminerade stöddes av en tjeckisk frivilligorganisation. Rossman som överklagade domstolen i Prags beslut drog senare tillbaka sin överklagan samt bad om ursäkt och betalade ett ideellt skadestånd om 50 000 CZK (motsvarar 1670 €) till den romska kvinnan som blivit diskriminerad.

› *Målet Scorpio Club inför Prags Högsta rättsliga instans (High Court) (2005)*¹⁶⁹

Under 2003 svarade en romsk kvinna på en platsannons om anställning som butiksassistent på Scorpio Club. Hon informerades genast om att befattningen tillsatts. Några minuter senare kallades en "tjeckisk" testutförare till intervju för samma jobb och fick då av butikschefen veta att deras huvudkontor förmodligen skulle kontakta henne eftersom hon med stor sannolikhet skulle få jobbet. I juni 2004 beslutade en domstol (City Court) i Prag att Scorpio Club borde be om ursäkt och betala ett ideellt skadestånd om 25 000 CZK (motsvarar 835 €) till käranden. Efter överklagan till Prags högsta rättsliga instans (High Court) fastställdes denna dom. Käranden stöddes av tjeckiska frivilligorganisationer.

› *Domstol (Regional Court) i Ostrava godtar diskrimineringstest i samband med nekande av service på Diablo bar (2005)*¹⁷⁰

Under 2004 bad en servitris på Diablo bar i Ostrava tre personer av romskt ursprung att lämna stället på grund av att en privat tillställning skulle börja i baren. Flera minuter senare serverades, utan problem, en grupp av aktivister i en tjeckisk frivilligorganisation. De ombads inte att lämna stället på grund av den privata tillställningen. Domstolen fann att ägarna till baren borde be om ursäkt för diskrimineringen och betala ett ideellt skadestånd om 90 000 CZK (motsvarar 3 000 €) till var och en av kärandena.

¹⁶⁸ Mål av den 31 mars 2004, rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 2, s. 50.

¹⁶⁹ Mål av den 22 mars 2005, rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 2, s. 50.

¹⁷⁰ Mål av den 24 mars 2005, rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 2, s. 50.

4. Danmark

I domstol har diskrimineringstester huvudsakligen använts i mål om etnisk diskriminering inom nattlivet. I januari 2005 följdes, med dold kamera, två grupper av ungdomar som försökte komma in på nattklubbar i Köpenhamn av ett tv-program. Gruppen bestående av personer från majoritetsbefolkning fick komma in medan gruppen som bestod av personer med minoritetsursprung inte fick komma in på flera av ställena. Köpenhamns stads brottmålsdomstol fällde dörrvakter från tre olika nattklubbar på grund av bevisen från diskrimineringstesterna. Det verkade inte från domstolens sida finnas någon skepsis mot användningen av diskrimineringstester¹⁷¹.

Bortsett från i rättsprocesser har frivilligorganisationer och journalister ibland använt sig av diskrimineringstester för att öka kunskapen om etniskt diskriminerande handlingssätt hos fastighetsmäklare, taxiföretag eller bemanningsföretag. I detta avseende fastslog Pressrådet (Press Council) den 6 april 2004 ett intressant beslut. Målet rörde ett taxiföretag som klagade över nyhetsartiklar som kritiserade företaget för att kunder kunde beställa en taxi med önskemål om en "vit eller dansk förare". Pressrådet fann att journalisterna agerat i enlighet med gällande pressetik. Journalisten hade rätt att testa taxiföretaget då det låg i det allmännas intresse att belysa diskriminering och att tester var rätt sätt att undersöka saken¹⁷².

5. Finland

I Finland har diskrimineringstester använts för att bygga ett mål från scratch och inte enbart som en metod för att samla bevis för att kunna styrka redan existerande fall av påstådd diskriminering (ex. som *ex-post-facto* bevis).

› *Målet Finska Förbundet för Mänskliga Rättigheter (2002)*

Under hösten 2002 genomförde frivilligorganisationen Finska Förbundet för Mänskliga Rättigheter en del diskrimineringstester i syfte att undersöka om restauranger nekade personer med minoritetsbakgrund inträde. Testutförarna delades in i grupper bestående av personer med minoritetsbakgrund (personer med utländsk bakgrund eller romer) respektive personer från majoritetsbefolkningen. Mot bakgrund av denna undersökning gjordes elva polisanmälningar om diskriminering. I sex av fallen kunde diskriminering fastställas och de åtalade dömdes till böter. I fyra av fallen beslöt åklagaren att inte väcka åtal och ett fall preskriberades¹⁷³.

¹⁷¹ N.-E. Hansen, *Country report on measures to combat discrimination (Direktiv 2000/43/EC och 2000/78/EC)*, Denmark, State of affairs up to 8 January 2007, p. 27 (finns tillgänglig via EU-kommissionens webbsida).

¹⁷² Pressrådet nr. 2003-6-148, KEN nr. 9698.

¹⁷³ T. Makkonen, *Country report on measures to combat discrimination (Direktiv 2000/43/EC och 2000/78/EC)*, Finland, State of affairs up to 8 January 2007, s. 15 (finns tillgänglig via EU-kommissionens webbsida).

› *Målet Pori (2006)*

Den 3 juni 2006 beslutade sig de romer som var bosatta i Pori, en stad med 76 000 invånare vid finska västkusten, för att dra uppmärksamhet till i vilken utsträckning de dagligen utsattes för intolerans av lokalbefolkningen. Tre romska män och en romsk kvinna deltog tillsammans med två vittnen i ett diskrimineringstest. Gruppen med romer lyckades aldrig få tillträde till någon av de 16 restauranger som ingick i testet. Händelsen tilldrog sig stor uppmärksamhet bland allmänheten, både dagstidningar och enskilda individer fördömde det uppenbara bruket av diskriminering. De romer som deltog i testet gjorde anmälningar hos polisen, som påbörjade en utredning¹⁷⁴. Efter tre dagars rättegång i augusti 2007 blev endast 3 av de 13 åtalade dömda att betala böter; övriga frikändes. Enligt underrätten (Court of first Instance) i Pori var orsaken till detta att en del av testutförarna tidigare bevisligen orsakat bråk på de restauranger som de försökte komma in på. De var därför inte diskriminerade på grund av sitt etniska ursprung. Detta fall visar att det är mycket viktigt att gruppen med testutförare sätts samman med stor noggrannhet¹⁷⁵.

6. Frankrike

I slutet på 1990-talet började frivilligorganisationen *SOS Racisme* att genomföra diskrimineringstester i syfte att samla bevis för förekomsten av etnisk diskriminering vid tillträdet till nattklubbar. Sedan dess anordnas de kända "testnätterna" (*nuits du testing*) regelbundet. Metoden utmanades i domstol men erkändes av Högsta domstolen (Highest Court) och kassationsdomstolen (Court of Cassation) på grund av att det inom brottmål råder fri bevisprövning. Efter krisen som satte förörternas i gungning under hösten 2005 infördes, i syfte att stärka lika möjligheter, diskrimineringstester uttryckligen i den straffrättsliga lagstiftningen. Idag är diskrimineringstester ett sätt att bevisa diskriminering (huvudsakligen på grund av etnicitet men också ålder och funktionshinder) som sker i samband med tillgång till varor och tjänster i allmänhet (ex. nattklubbar, campningar, bostad osv.) men också i samband med tillgång till arbete. I dessa fall har det rört sig om brottmål, ännu har diskrimineringstester inte använts i civilrättsliga mål. Med tanke på att bevis som tagits fram på olagliga sätt inte är tillåtna och de strikta kraven på rättvishet som tillämpas inom civilprocessen är franska experter¹⁷⁶ tveksamma till om diskrimineringstester kommer att kunna anses tillåtna i civilrättsliga mål. Emellertid skulle man kunna argumentera för att kraven rörande rättvishet borde vara högre inom straffrätten eftersom det rör statsmakten mot individen. Det inkluderar både statens skyldighet att utreda och verkställa straff dvs. fängelse och böter. Därför tillämpas, i de flesta länder, en högre processuellstandard av rättvishet för att skydda enskilda mot staten. Civilrättsliga mål å andra sidan rör två jämbördiga parter och kräver därför generellt sätt en lägre bevisbörda. Detta borde därför leda till slutsatsen

¹⁷⁴ Rapporterad i *the European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 57.

¹⁷⁵ Information tillhandahållen av Timo Makkonen, Finsk expert i det europeiska nätverket av juridiska experter inom diskrimineringsområdet (the European network of legal experts in the non-discrimination field).

¹⁷⁶ Se S. Latraverse, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, France, State of affairs up to 8 January 2007, s. 20 (finns tillgänglig på EU-kommissionens webbsida).

att de juridiska system som tillåter diskrimineringstester i straffrättsliga mål borde ha liten andledning att inte tillåta testerna som bevis i civilrättsliga mål.

› *Tre beslut från kassationsdomstolen (Court of cassation) (2000, 2002, 2005)*

Det första målet rörde nattklubbschefer som förklarades skyldiga till etnisk diskriminering och dömdes att betala, från 450 € till 1800 € i böter samt skadestånd. I linje med första instansens dom fastställde appellationsdomstolen¹⁷⁷ tre omständigheter. För det första stod det klart genom inspektörens rapport, som innehöll redogörelsen från de två ungdomarna som deltog i testet och en journalists utsaga, att de två testgrupper som bestod av personer med nordafrikanskt ursprung nekades inträde med hänvisning till att det var en privat tillställning medan personerna med europeiskt etniskt ursprung tilläts att komma in utan problem. För det andra tilläts journalisten och inspektören att komma in, trots att de inte var stamgäster. För det tredje var inte förklaringarna som vakterna och cheferna gav samstämmiga ("de passar inte in med våra kunder", "de är inte stamgäster", "de är bara män", "dessa instruktioner är till för att bättre kunna hantera incidenter"). Deras förklaringar höll inte mot de helt samstämmiga utsagor som inspektören, journalisten och testutförarna lämnade. Som en följd av detta fann appellationsdomstolen att vittnesmålen visade att etniskt ursprung hade varit det enda skälet till att neka personerna inträde. Den 12 september 2000¹⁷⁸, avslog kassationsdomstolen "överklagan" (*pourvoi*) med hänvisning till att underrätten haft tillräckligt med bevis för att avgöra målet. Från detta beslut av den franska Högsta domstolen kan man dra slutsatsen att diskrimineringstester inte är lagstridiga. I varje enskilt fall är det upp till domaren att bedöma bevisvärdet av ett sådant test.

Två år senare kom ett liknande mål inför kassationsdomstolen. Denna gång var det *SOS Racisme* som stod för "överklagan" (*pourvoi*) eftersom appellationsdomstolen i Montpellier hade frikänt de dörrvakter som anklagats för att vid ingången till flera nattklubbar i regionen ha sorterat bort respektive beviljat personer inträde på grund av etniskt ursprung. Enligt appellationsdomstolen är metoden med diskrimineringstester som princip partisk och saknar transparens. Domstolen framförde att diskrimineringstestet i målet i fråga hade utförts på ett "ensidigt sätt av frivilligorganisationen som endast vände sig till sina medlemmar (...) vilka var illa informerade om att syftet med operationen var (...) att visa att det förekom segregering vid inträdet till dessa nattklubbar". Denna domstol beslutade också att diskrimineringstestet hade ägt rum "utan medverkan av någon domstolstjänsteman eller domstolsinspektör", "sakande transparens", inte "kännetecknades av den rättvisa som är nödvändig vid framskaffandet av bevis i en brottmålsprocess" och "underminerade svarandes rättigheter"¹⁷⁹. Emellertid avvisade kassationsdomstolen detta förhållningssätt. Efter att ha erinrat om att lagöverträdelse i brottmål kan fastställas genom användande av alla slags bevismedel

¹⁷⁷ Appellationsdomstolen i Orléans (Straffrättsliga avdelningen), den 2 november 1999, n° 832/99; Tribunal of Grand Instance of Tours, den 29 april 1999, no. 1284.

¹⁷⁸ Kassationsdomstolen (Straffrättsliga avdelningen), den 12 september 2000, no. 99-87.251, finns tillgänglig på Légifrance webbsida.

¹⁷⁹ Montpellier Appellationsdomstol (Straffrättsliga avdelningen), den 5 juni 2001 (2 beslut).

(enligt principen om fri bevisprövning) underströk domstolen att "det finns ingen lagregel som tillåter domare att utesluta bevis som lagts fram av parterna av den anledningen att det tagits fram på ett sätt som är olovligt eller orättvist". Domaren bör "värdera bevisningen efter att ha hört båda parter"¹⁸⁰. Enligt rättspraxis från franska kassationsdomstolen kan inte en straffrättsdomare godtyckligt avvisa resultaten från ett diskrimineringstest. Deras bevisvärde måste avgöras från fall till fall. Generaladvokaten underströk att det inte var nödvändigt att en inspektör var närvarande. Han gick så långt som att säga att diskrimineringstester i framtiden bör resultera i ett mer effektivt försvar av minoriteters rätt till likabehandling, inte bara i fall om nekad tillgång till varor och tjänster, utan också i fråga om bostäder och arbetsmarknad.

Det tredje målet inför kassationsdomstolen handlade om ett diskrimineringstest per telefon. Den 7 juni 2005¹⁸¹ beslutade domstolen att inspelningar av telefonkonversationer, som visade att en fastighetsmäklarfirma på uppdrag av ägaren uppgav om en lägenhet var ledig eller inte beroende på om intressentens namn lät "franskt", var tillåtet som bevismedel. Telefonsamtalen gjordes från *SOS Racismes* lokaler efter det att organisationen tagit emot ett klagomål. Återigen, tyngden som ska tillmätas denna typ av bevis beror på domarens bedömning och kassationsdomstolen gav inte någon kommentar eller vägledning om vilken metodik som ska följas för att genomföra ett diskrimineringstest som har ett avgörande bevisvärde. Jurisprudensen består i detta avseende av avgöranden från domstolar och tribunaler. Rättspraxis är otydlig och är beroende av åklagarens och domarens generella mottaglighet för diskrimineringstester.

› *Expresslagstiftning under 2006*

Efter krisen som skakade förorterna under hösten 2005 har regeringen genomfört åtgärder för att stärka lika möjligheter. Bland dessa åtgärder finns artikel 21 i propositionen om lika möjligheter (nr 2787), som regeringen presenterade för general församlingen den 11 januari 2006, som innebar ett lagstöd för diskrimineringstester (även kallat improviserad verifiering) inom straffrätten. Regeln som finns i brottsbalkens artikel 225-3-1 lyder enligt följande: "Diskrimineringsbrott enligt denna lag är belagda med straff även om de begås mot en eller flera personer som söker varor, tjänster eller kontrakt (...) i syfte att påvisa existensen av diskriminering, så länge det senare kan bevisas"¹⁸².

¹⁸⁰ Kassationsdomstolen (Straffrättsliga avdelningen), den 11 juni 2002, no. 01-85.559, finns tillgänglig på Légifrance webbsida. Se även L. Collet-Askri, "Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002)", *Le Dalloz*, 2003, no. 20, Chroniques, s. 1309-1314.

¹⁸¹ Kassationsdomstolen, den 7 juni 2005, no. 04-8735, finns tillgänglig via Légifrance webbsida och rapporterad i *the European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl 3, s. 64-65. Se även Grenoble appellationsdomstol, dom den 18 april 2001, no. 00/00657 (*Mr. Boumaza och SOS Racisme mot Mr. Lafay*).

¹⁸² Lag om lika möjligheter (Equal Opportunities Act) no. 2006-396 av den 31 mars 2006, art. 45, *JORF*, den 2 april 2006.

I samband med antagandet av artikel 225-3-1 i brottsbalken utfärdade Justitiedepartementet instruktioner¹⁸³ till åklagare och presidenterna för varje appellationsdomstol för att dels presentera lagförslaget och dels ge indikationer om förutsättningarna för dess genomförande. Instruktionen förklarar att bevis om diskriminering är tillåtet även om det härrör från en handling som målsäganden begått i syfte att dels provocera fram olika behandling och dels i syfte att samla bevis om diskriminering. Syftet hos den som utsätts för diskrimineringen har ingen betydelse så länge som den diskriminerande personen begick den diskriminerande handlingen avsiktligt. Emellertid kan det inte användas i samband med ett fiktivt erbjudande eller då en person använder falsk identitet eller ett följer ett påhittat scenario. Den som utsätts för diskriminering måste agera under sin egen identitet och därmed verkligen på riktigt bli utsatt för olikabehandlingen. Departementet framför att om nekandet ges under falska förespeglningar har inte något brott begåtts och situationen kan därför inte leda till en fällande dom. Kravet på att det måste finnas ett identifierbart offer kan ibland vara svårt och har kritiserats. Är det relevant att avvisa resultaten av ett diskrimineringstest på grund av att det till att börja med inte finns ett identifierbart offer, när det är allmänt känt att nattklubbar i stan har diskriminerande policy och sedvanor?

Lagen om lika möjligheter från den 31 mars 2006 gav också nya funktioner åt tjänstemännen på den franska likabehandlingsmyndigheten (High Authority against Discrimination and for Equality, Halde)¹⁸⁴. Tjänstemännen har under särskilt bemyndigande från statsåklagaren (prosecutor of the Republic) rätt att skriva rapport om processerna, särskilt de mål där diskrimineringstester har använts. Med andra ord har de bemyndigats med möjligheten att utföra inspektioner och diskrimineringstester såväl som att avge edsvurna uttalanden om existensen av diskriminerande situationer.

Den karismatische presidenten för Halde, Louis Schweitzer, tidigare verkställande direktören för Renault, har vid flera tillfällen pekat på vikten av diskrimineringstester i arbetet mot diskriminering. Så vitt vi känner till har Halde endast gett i uppdrag att låta utföra vetenskapliga tester. Till exempel, den 5 juli 2006 presenterades resultaten av två av dem: en rörde tillgången till den privata bostadsmarknaden (hänsyn togs till etnicitet och ensamstående föräldrar) den andra rörde tillgången till arbete (tester på jämförelse av CV: s som mätte diskriminering på grund av kön, etnicitet, ålder, funktionshinder och fysiska kännetecken)¹⁸⁵. Bland sina opinionsundersökningar genomförde Halde en som var relaterad till diskrimineringstester. Frågan var om diskrimineringstester kan anses vara en effektiv metod för att motverka diskriminering. Undersökningen visade 73,91 % svarade JA (1269 av 1717 deltagare) och 26,09 % svarade NEJ (448 av 1717 deltagare)¹⁸⁶.

¹⁸³ CRIM 2006-16 E8/26-06-2006, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, no. 102 (1st April to 30 June 2006).

¹⁸⁴ Equal Opportunities Act no. 2006-396 of 31 March 2006, art. 41, ändrade art. 2 of the Act no. 2004-1486 of 30 December 2004 som skapade Halde, *JORF*, den 2 april 2006.

¹⁸⁵ För mer information se Haldes webbsida: <http://www.halde.fr/actualit-18/agenda-haute-autorit-38/presentation-resultats-9230.html>.

¹⁸⁶ Se resultaten på Haldes webbsida (www.halde.fr/sondages-19/test-discrimination-8915.html).

› *Beslut av Halde angående nekande av tillgång till hälsovård (2006)*¹⁸⁷

Halde mottog ett yrkande av en grupp läkare kallade *Collectif des médecins généralistes pour l'accès aux soins* (COMEGAS) som hade testat doktorer som nekade att ge besökstid åt personer som var berättigade till det generella hälsovårdsprogrammet (CMU)¹⁸⁸. Programmet omfattar utöver den vanliga täckningen även personer med låga inkomster i sex städer i Val-de-Marne distriktet (en förort till Paris). Inom ramen för detta program behöver patienten inte betala och den legitimerade läkaren erhåller ersättning från staten med en minimitariff. På grund av detta vägrar många legitimerade läkare att behandla personer som omfattas av CMU genom att de helt enkelt vägrar att boka in tider för dem. Testet avslöjade att andelen som omfattades av CMU och som nekades tillgång till tider, här klassificerat som nekande av tillgång till hälsovård, är 4,8 % för allmänläkare och 41 % för specialitläkare.

I sitt beslut uppmärksammade Halde, läkarsällskapet och Hälsoministeriet på avsaknaden av sanktioner för denna vägran att få tillgång till hälsovård, vilket är i strid med nationell rätt. Halde bad om uppmärksamhet på omständigheten att diskrimineringen ifråga är olaglig och borde offentliggöras. Vidare bad Halde om att Hälsoministern borde vidta åtgärder för att genomdriva påföljder gentemot dessa läkare och att en statlig utredning för att identifiera berörda läkare borde genomföras av den nationella myndigheten för social inspektion (*Inspection Générale des Affaires Sociales*).

Nu nämnda beslut grundar sig inte på lagstiftning som genomför EG-direktiven. Utan grundar sig på paragraf 11 i preamblen till konstitutionen från 1946, som skyddar den universella tillgången till hälsovård, och artikel 1110-3 i Hälsovårdslagen, som antogs genom lag nr 2002-303 den 4 mars 2002 om sjukas rätt och kvalitet inom hälsovården, vilka båda genom "öppen lista" förbjuder diskriminering vid tillgång till hälsovård. Hälsovårdslagen anger att det under fransk lag råder ett universellt förbud mot diskriminering vid tillgång till hälsovård. Den anger att ingen kan bli utsatt för diskriminering vid tillgången till förebyggande hälsovård. Artikel R 4127-7 anger också legitimerade läkares universella skyldighet att ge vård.

7. Ungern

Under en lång tid i Ungern var diskrimineringstester ett mycket omdebatterat juridiskt instrument. Frivilligorganisationer, huvudsakligen den *Juridiska Försvarsbyrån för Nationella och Etniska Minoriteter* (NEKI) baserad i Budapest, har försökt att använda sig av diskrimineringstester för att bevisa enskilda fall av diskriminering, särskilt gentemot romer. NEKI har tydligt grundat sin strategi på anti-diskrimineringserfarenheter från USA. Under 1997 tillbringade en av organisationens medlemmar ett år i USA för att samla in praktisk know-how om de mänskliga rättigheterna. Han blev bekant med diskrimineringstester när han arbetade på rådet mot bostadsdiskriminering (Fair Housing Council) i Washington D.C. Rådet prövar sedvanorna hos de fasighetsmäklare och hyresvärdar som nekar att hyra ut

¹⁸⁷ Yttrande lämnat den 6 november 2006, rapporterat i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2007, uppl. 5, s. 74, finns tillgängligt på Haldes webbsida (www.halde.fr).

¹⁸⁸ CMU bildades enligt lag (Act no. 99-641 of 27 July 1999).

lägenheter eller sälja hus till afroamerikaner och andra minoriteter¹⁸⁹. NEKI: s utmaning var att applicera verktyget på ungerska förhållanden¹⁹⁰.

Till att börja med var NEKI: s vanliga tillvägagångssätt att efter det att de mottagit en anmälan (vanligen om nekande av tillgång till varor och tjänster eller inom arbetsmarknad som rörde diskriminering av romer), skickade de genast en väl tränad testutförare till den aktuella platsen. Testresultatet registrerades av testutföraren genom att denne fyllde i ett frågeformulär som i detalj angav alla steg i processen. Med detta som grund kunde testledaren avgöra om en olika-behandling förekommit och besluta om en rättsprocess skulle inledas. Testresultaten användes (tillsammans med vittnesmål från testutförarna) som bevis i den civilrättsliga process som påbörjats å det ursprungliga offrets vägnar. Problemet med detta förfaringsätt var, enligt många domare, att resultatet av det utförda testet inte kunde beaktas som bevis. Detta eftersom endast den ursprungliga kränkningen kunde vara föremål för stämning och testet var för fjärran från den ursprungliga händelsen för att någon slutsats skulle kunna dras av test med avseende på den ursprungliga kränkningen. Detta tvingade NEKI att ändra teststrategi. Den nya metoden innebär att den som ursprungligen utsatts för diskriminering går tillsammans med testutförarna, och om den diskriminerande behandling (t.ex. nekandet att komma in på en bar) upprepas gentemot klaganden och testutförarna som också är romer, medan de icke romska testutförarna får komma in, stämmer NEKI näringsidkaren, inte på grund av den ursprungliga händelsen utan på grund av den andra händelsen i vilken testutförarnas utsagor kan användas som förstahandsbevis. I ett beslut från 2006 från likabehandlingsmyndigheten (se nedan) tilläts, till stöd för enskilds talan, emellertid diskrimineringstester som genomförts per telefon och testutförarna inte var direkta vittnen till den diskriminerande behandlingen ifråga.

En annan kritik som framförts av en del domare är att testutförarna ägnar sig, efter ersättning från klaganden (eller frivilligorganisationen som för dennes talan), åt brottsprovokation vilket skapar allvarliga tvivel om deras tillförlitlighet. Detta övervägande hindrade emellertid inte Högsta domstolen (Supreme Court) från att i flera viktiga diskriminerings mål acceptera vittnesmålen från testutförare (se nedan, särskilt målet *K.L. discotheque*).

Vidare har en statlig kungörelse från 2004 uttryckligen erkänt Likabehandlingsmyndighetens rätt att använda sig av diskrimineringstester i sina utredningar och om lämpligt använda resultaten i domstol¹⁹¹. Den lagliga definitionen av diskrimineringstester är följande: "i förhållande till det beteende, åtgärd, villkor, underlåtenhet, instruktion eller sedvana (...) hos den som är anklagad för diskriminering, sätter myndigheten personer i en identisk situation, med andra kännetecken vad gäller utseende eller status (...) men som är lika vad gäller andra kännetecken och undersöker den anklagades förfaringsättet gentemot dessa personer ur ett likabehandlingsperspektiv"¹⁹².

¹⁸⁹ Se *supra*, del II.2.

¹⁹⁰ B. Bodrogi, *Testing for discrimination. Identifying and prosecuting human rights abuses*, L. Mahony (Notebook Series ed.), Minneapolis, New Tactics Project of the Center for Victims of Torture (publ.), 2003, s. 8.

¹⁹¹ Kungörelse 362/2004 om likabehandlingsmyndighet och dess handläggningsregler (Government Decree 362/2004 on the Equal Treatment Authority and on the Detailed Rules of its Procedure/ETAD), antagen december 2004.

¹⁹² Art. 13(1) i ETAD. För mer information se A. Kadar, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Hungary, State of affairs up to 8 January 2007, s. 16.

› *Högsta domstolens (Supreme Court) dom i målet K.L. discotheque (2002)*¹⁹³

Efter klagomål från det romska minoritetssjälvstyret beslutade NEKI att genomföra diskrimineringstester hos K.L. diskoteket i D.

Den 1 april 2000 reste icke romska (D.M. och D.B.) samt romska (B.B.) volontärer till byn. Hemma hos minoritetssjälvstyrets president mötte de flera romska ungdomar som upprepade klagomålen om diskriminering. De berättade att varje gång de försöker betala entréavgiften skickas de iväg med hänvisning till att de inte är medlemmar. De hade frågat om hur man blir medlem. De hade då fått veta att för att få ett medlemskort krävs referenser från två personer som redan är medlemmar. Vid några tillfällen hade de blivit tillsagda att lämna in en CV som skulle ligga till grund för deras medlemsansökan. Vid andra tillfällen hade de blivit ombudda att betala ett visst kontantbelopp för att erhålla medlemskap.

Klockan 20.30 gick de två icke romska volontärerna till diskoteket. De berättade senare att de utan problem köpte två biljetter vid kassan varvid de blev insläppta. De beställde dryck och satte sig ned vid ett bord. Tjugo minuter senare kom en anställd och frågade om de hade medlemskort. Denne utfärdade därefter korten till dem och registrerade deras namn och adresser i en bok. Undertiden, utan att tillfrågas, berättade den anställde för de icke romska volontärerna att "kortet är nödvändiga för att det är det enda sättet att hindra zigenare från att komma in. Vi har tidigare haft problem med konsumentinspektionen och parlamentariska kommissionären". Trettio minuter senare gick också B.B., en romsk volontär, och P.M., en lokal romsk ungdom, till diskoteket. De ville också köpa två biljetter vid dörren, men nekades då de saknade medlemskort. De frågade då hur de kunde få medlemskap och blev informerade om att de skulle lämna varsin CV tillsammans med rekommendationer från två medlemmar. B.B. frågade då efter medlemsregistret (book of customers). Han fick till svar att detta inte var ett diskotek utan en klubb. Därför hade de inte en sådan bok. Femton minuter senare försökte tre lokala romska ungdomar att komma in, dock utan att lyckas. Efter detta fyllde samtliga volontärer i ett detaljerat frågeformulär och identifierade två lokala polismän som de uppgav hade vaktat diskoteket.

Den 10 maj 2000 gjorde två av de romska ungdomarna som nekats inträde, genom sin advokat som betalades av NEKI, en ansökan om stämning gentemot det företag som drev stället. Domstolarna både i första och andra instans fastställde att kärandenas rätt till värdighet och icke-diskriminering hade kränkts och ålade företaget att betala skadestånd.

Svaranden ansökte om prövningstillstånd hos Högsta domstolen. Högsta domstolen fastställde andra instansens dom och förklarade att denna hade fastställt omständigheterna i målet på all tillgänglig bevisning (inklusive vittnesmålen från testutförarna).

¹⁹³ Detta mål är publicerat som EBH 2002.625 i Högsta domstolens officiella tidskrift (*Complex CD Corpus Iuris*), som återger domar av särskild betydelse. För info om the *White Booklet 2000*, se NEKIs webbsida under "Discotheque in D" (www.neki.hu/indexeng.htm). Se även D. Schiek, L. Waddington och M. Bell (eds), *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, 2006, s. 255-256.

› **Högsta domstolens (Supreme Court) dom i mål om romer som nekats service (2003)**¹⁹⁴

Romska käreand ansökte om stämning mot en pub där de nekats service. Eftersom det var ett mål som byggde på ett test som initierats av en frivilligorganisation yrkade käreandena inte på ideellt skadestånd, utan på att domstolen skulle ålägga pubens ägare en s.k. böter i allmänhetens intresse (sådana böter kan åläggas i civilrättsliga mål om ersättning som skulle ha utbetalats till den enskilde är otillfredsställande i förhållande till kännbarheten av den behandling som orsakade skadan). Domstolen fastställde att omständigheten att käreandena inte yrkade på skadestånd inte uteslöt möjligheten att ålägga böter i allmänhetens intresse. I detta avseende var svaranden skyldig att betala 100 000 HUF (motsvarande 400 €).

› **Budapest stadsdomstol bötfäller populär nattklubb för att ha kränkt romers värdighet (2005)**¹⁹⁵

Den 14 september 2002 försökte två romska män tillsammans med två kvinnor att komma in på en utomhusklubb vid namn Zold Pardon i Budapest. De två kvinnorna – en av dem romsk, men med ljus hy – gick in utan problem, medan männen med mörk hudfärg tillfrågades om identitetshandlingar. De två männen bad om en förklaring till varför de nekades inträde då de samtidigt hade sett flera unga personer gå in på stället utan att tillfrågas om legitimation. Även efter det att en av dem hade visat sin legitimation fick de inte komma in på klubben och de lämnade till slut platsen.

På basis av vittnesmål och videoinspelat bevismaterial ansökte frivilligorganisationen European Roma Rights Centre tillsammans med ett lokalt ombud om stämning rörande brott mot personliga rättigheter genom överträdelse av rätten till likabehandling angiven i civillagen (artikel 76).

Den 16 september 2006 avslog förstainstans domstolen käromålet. Emellertid fastställde Budapest stadsdomstol (Budapest City Court) den 25 augusti 2005, vid överklagan, att Zold Pardon Ltd. och Doorman-Sec Ltd. som drev klubben Zold Pardon Club i Budapest hade kränkt käreandenas rätt till värdighet. Domstolen uttömde 100 000 HUF (motsvarande ca 400 €) i ideellt skadestånd till vardera av käreandena. Svaranden uppmanades också att avhålla sig från ytterligare lagöverträdelser och dömdes att inom 15 dagar skicka ett brev med en ursäkt till de romska männen.

Domstolen fann inte att överträdelsen av kravet på likabehandling var grundat på etnisk (race) diskriminering då det inte kunde bevisas bortom rimligt tvivel att säkerhetsvakternas beteende berodde på käreandenas romska ursprung. Relevant regel i 2003 års lag om lika behandling, inklusive regeln om delad bevisbörda, kunde inte tillämpas då lagen inte var ikraft då överträdelsen begicks. Domaren fastställde emellertid att säkerhetsvakter inte har rätt att kontrollera identitetshandlingarna på möjliga gäster och genom att de trots detta gjorde det kränktes käreandens rätt till mänsklig värdighet – ett viktigt avgörande med implikationer för framtida mål.

¹⁹⁴ Dom i överrätt meddelad den 25 augusti 2005, rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 3, s. 67-68.

¹⁹⁵ Rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 3, s. 67-68.

› *Likabehandlingsmyndighets beslut om diskriminering av romer inom arbetsmarknaden (2006)*¹⁹⁶

Klaganden svarade på en tidningsannons som sökte målare. Han uppfyllde arbetsgivarens krav, men när han informerade arbetsgivaren om sitt romska ursprung fick han inte arbetet. Klaganden vände sig till frivilligorganisationen NEKI som utförde ett diskrimineringstest för att få mer substans till misstanken om diskriminering. Två testutförare ringde arbetsgivaren, både uppgav att de uppfyllde arbetsgivarens krav på kunskaper och erfarenhet. Båda intygade arbetsgivaren att de inte drack alkohol. Den enda skillnaden dem emellan var att den ena presenterade sig vid namnet Kolompár (ett i Ungern typiskt romskt namn) och den andra presenterade sig med ett typiskt Ungerskt namn. Medan den "romska" testutföraren inte informerades om arbetet, fick den icke romska testutföraren veta uppdragets längd, betalning och andra relevanta omständigheter. Baserat på testresultatet lämnade NEKI, på uppdrag av klaganden, in en anmälan till Likabehandlingsmyndigheten.

Med hänsyn till testresultaten och andra bevis (bl.a. specificerad telefonsamtalslista från den institution hos det lokala rådet från vilket kändanden hade gjort telefonsamtalen), fann Likabehandlingsmyndigheten arbetsgivaren skyldig till direkt diskriminering och ålade denne böter om 700 000 HUF (motsvarande 2 800 €).

Detta mål är det första där domstolen har tagit hänsyn till resultaten från ett diskrimineringstest som stödjer ett individuellt klagomål som ägt rum vid ett tidigare tillfälle. Hittills i rättspraxis har vittnesmål från testutförare endast godtagits om testutförarna faktiskt bevitnat att kändandens rätt blivit kränkt.

8. Lettland

I Lettland är diskrimineringstester fortfarande i sin linda. Frivilligorganisationer verkar inte använda metoden. Det framgångsrika Raymond Smagars målet som varit på allas läppar skulle i framtiden kunna ändra saker och ting.

› *Målet Raymond Smagar (2005)*

Den 12 juli 2005 meddelade Rigas regionala domstol dom¹⁹⁷ i det första målet i Lettland om diskriminering på grund av funktionshinder vid tillgång till tjänst. I brist på mer specifika regler beslutade domstolen på grundval av reglerna om ärekränkning i civilagen. Kändanden, brukare av rullstol, blev nekad inträde till en nattklubb vid två tillfällen. Vid det första tillfället

¹⁹⁶ Mål 180/2006. Beskrivning baserad på A. Kadar, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Hungary, State of affairs up to 8 January 2007, s. 18-19. Mål rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 4, s. 63.

¹⁹⁷ *Raimonds Smagars mot SIA "Vernisāžas centrs"*, mål nr. C04386004, rapporterad i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, uppl. 3, s. 73; G. Feldhune, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Latvia, State of affairs up to 8 January 2007, s. 5 & 14. Se även "Justice achieved in court", *Bullet In*, juli 2006, s. 2 (web142.deac.lv/site/pic/docs/konkursudocs/bulletin_engl.pdf).

informerade säkerhetsvakten honom om att det var fullt på klubben, samtidigt som en person som från början varit med käranden tilläts att utan förbehåll komma in. Två veckor senare försökte käranden komma in en ytterligare gång, då i sällskap med en grupp TV-filmare. Denna gång blev käranden nekad inträde med hänvisning till att det den kvällen var en privat fest, men även denna gång fick en annan person lite senare obehindrat komma in.

Efter det att händelsen visats på TV förklarade en representant från nattklubben att käranden flera dagar i förväg borde ha tillkännagett sina intentioner att besöka nattklubben och att orsaken till att han nekats inträde var byggnadens komplicerade arkitektur dvs. en trappa och flera våningar. Senare, i den förklaring som gavs i rätten, hade klubben utvecklat detta resonemang ytterligare genom att förklara att lokalen inte var lämpad för personer med särskilda behov. Därför skulle svaranden vid en eventuell nödsituation vara tvungen att bära en större risk och åta sig ett tyngre ansvar för att säkerställa säkerheten för funktionshindrade, vilket skulle kräva mer förberedelser i förväg. Under huvudförhandlingen förklarade nattklubsrepresentanten också att vid det första tillfället trodde vakterna att käranden hade kommit i sällskap med endast en person och därför inte skulle kunna komma in på klubben. Detta är orsaken till att de för att inte sära kärandens känslor sa att det var fullt på klubben.

Domstolen fann att klubben diskriminerat käranden på grund av dennes funktionshinder genom att kränka hans heder och anseende (ordalydelsen i den tillämpliga ärekränkingsbestämmelsen), och tillerkände käranden kränkingsersättning med 3000 LVL (4 300 €) med bedömningen att detta belopp var adekvat både som kompensation för kränkningen som käranden utsatts för och för att uppfylla den avskräckande funktionen. Svaranden beslutade att inte överklaga.

9. Nederländerna

Domstolar har under många år godkänt diskrimineringstester som en giltig metod för att bevisa diskriminering både i civil- och straffrättsliga rättsprocesser. Emellertid måste diskrimineringstesterna i brottmålsprocesser vara mycket noggrant förberedda för att inte anses utgöra brottsprovokation. Vidare har brottmålsdomstolar tidvis varit ovilliga att ålägga sanktioner med hänvisning till att varken frivilligorganisationen som initierat testet eller den enskilde klaganden har haft något egentligt intresse i de diskriminerande handlingarna som utförts av den anklagade¹⁹⁸.

Likabehandlingskommissionen (The Equal Treatment Commission), den nederländska likabehandlingsmyndigheten med behörighet att undersöka påstådda fall av diskriminering och utfärda juridiskt icke bindande yttranden, accepterar också diskrimineringstester som bevis för diskriminerande beteende. Myndigheten har tidigare gett ut flera yttranden rörande kriterierna för diskrimineringstester. De rör framförallt etnisk diskriminering i samband med

¹⁹⁸ R. Holtmaat, *Country report on measures to combat discrimination (Directive 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, the Netherlands, State of affairs up to 8 January 2007, s. 22-23.

inträde till diskotek¹⁹⁹. Likabehandlingskommissionen betonar särskilt följande kriterier: (1) testgrupperna bör vara jämförbara vad gäller utseende (kläder, frisyrer osv.) med undantag för ras eller etnicitet; (2) grupperna bör försöka komma in under lika förutsättningar (exempelvis bör ingen av dem ha ett "efterfrågat" medlemskort); (3) testgrupperna bör försöka komma in vid samma tidpunkt på kvällen och inom samma tidsram.

För närvarande används diskrimineringstester fortfarande av frivilligorganisationer och är ibland en följd av individuella initiativ. Exempelvis accepterade Likabehandlingskommissionen under 2005 ett sådant diskrimineringstest. En arbetssökande, med utländskt efternamn sökte ett utannonserat arbete via e-post. Några dagar senare skickade en vän till honom, med ett nederländskt efternamn, in ett liknande ansökningsbrev. Medan arbetsgivaren väldigt snabbt kallade den senare till ett möte blev den tidigare aldrig kontaktad. Inför kommissionen framförde svaranden att han faktiskt hade ringt den första arbetssökanden för att informera denne om att hans utbildning och erfarenheter var otillräckliga. Svaranden kunde inte utom allt rimligt tvivel bevisa att telefonsamtalet gjorts och det förklarade inte heller varför den andra arbetssökanden, i jämförelse med den första arbetssökanden, kunde anses ha den efterfrågade arbetsprofilen då de båda hade mycket lika kvalifikationer²⁰⁰.

Huvudsakligen rör diskrimineringstesterna inträde till nattklubbar, barer och restauranger samt även jobbansökningar. Nyligen har debatter om behovet av att använda denna metod spridits. I november 2004 publicerade den Nationella Byrån mot Etnisk Diskriminering och den Nationella Associationen för Anti-diskrimineringsbyråer en rapport om diskriminering i barer och restauranger ("horeca" området). Som en respons på detta publicerade Arbetarpartiet (då i opposition) en plan för att hantera problemen och efterfrågade åtgärder av regeringen. Regeringen svarade med ett brev till Parlamentet i vilket de gav en analys av problemet och diskuterade *inter alia* möjligheterna vid användning av diskrimineringstester. Rekommendationer gjordes som angav att dessa tester ska föreberedas noggrant och genomföras i nära samarbete mellan anti-diskrimineringsbyråerna, åklagarmyndigheten och polisen²⁰¹.

› *Domstol (District Court) i Zutphen beslutar att diskrimineringstester inte utgör provokation (1980)*²⁰²

Herr A., medlem i frivilligorganisationen Open Doors, och flera andra personer av olika etniska ursprung och hudfärg gick vid olika tidpunkter under en kväll till diskoteket X. Deras syfte var att pröva om diskoteket hade en diskriminerande inträdes policy. Personerna med etniskt minoritetsursprung, som var medlemmar i frivilligorganisationen, nekades inträde; skälet som

¹⁹⁹ Se t.ex. yttrande 1997-62, yttrande 1997-64, yttrande 1997-133, yttrande 1998-39 (etnisk diskriminering vid uthyrning av lokal för familjefirande). Dessa yttranden finns tillgängliga på nederländska på webbsidan för *Commissie Gelijke Behandling* (www.cgb.nl).

²⁰⁰ Yttrande 2005-136, yttrandet finns tillgängligt på nederländska på webbsidan för *Commissie Gelijke Behandeling* (www.cgb.nl).

²⁰¹ R. Holtmaat, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, the Netherlands, State of affairs up to 8/1 2007, s. 24-25.

²⁰² Den 26 juni 1980, *N. J.*, 1981, no. 29, så som det återgivits i R. Holtmaat som citerar D. Houtzanger ("Test litigation in the Netherlands"), *ibidem*, s. 23.

angavs för dem var att de inte var medlemmar. Liknande par med nederländskt ursprung beviljades inträde; deras medlemskap kontrollerades inte. Frivilligorganisationen förde målet inför domstolen i Zutphen för att få ett preliminärt avgörande (preliminary ruling).

Efter yrkande från A. och frivilligorganisationen gav domstolens president ett civilrättsligt preliminärt beslut (preliminary decision) att förbjuda diskoteket att neka herr A. inträde på grund av hans ras eller hudfärg eller hans etniska tillhörighet.

Svaranden argumenterade att frivilligorganisationen och dess medlemmar hade provocerat diskoteket att begå lagöverträdelsen. Domstolens president avfärdade detta resonemang och uppgav att "det är inte troligt att kärandena haft ett intresse av att svaranden, i sin tjänsteutövning, skulle diskriminera medlemmarna i organisationen Open Doors på grund av etnisk tillhörighet (race) genom att vägra dem service".

› *Brottmålsdomstol (Local Criminal Court) i Amsterdam beslutar att diskrimineringstest inte utgör medhjälp till straffbar handling (1982)*²⁰³

T. och B., båda med etnisk minoritetsbakgrund, samt H. och B., båda nederländare, försökte var för sig komma in på diskoteket Y. T. och B. nekades inträde med hänvisning till att de inte var medlemmar. Det andra paret, H. och B. fick komma in en stund senare, trots att de saknade medlemskort. T. och B. anmälde detta till polisen som utredde ärendet. Åklagaren väckte åtal vid den lokala domstolen. T. och B. ansökte i samma process om skadestånd.

Försvaret framförde att målsäganden hade medverkat till en straffbelagd handling genom att gå till Y. för att se om Y. diskriminerade, och bevisa det samma genom vittnen.

Domstolen framförde att "vi avfärdar detta försvar". Varken T. och/eller B. eller de andra vittnena har med avsikt framkallat diskrimineringen och det har inte på något sätt gjorts antagligt att de skulle ha haft ett intresse i den tilltalades diskriminerande beteende gentemot T. och/eller B". Den tilltalade dömdes till böter om 240 €. Målsäganden tillerkändes ett symboliskt skadestånd om 0,50 € vardera.

› *Brottmålsdomstol (Criminal District Court) i Amsterdam godkänner diskrimineringstester som utförts utan övervakning av polis (1992)*²⁰⁴

Anti-diskriminerings Byrån (ADB) genomförde diskrimineringstester mot ett flertal diskotek i Hilversum. Försvaret framförde att bevisen var otillåtliga eftersom testerna hade utförts som en del av ADBs utredning och utan vägledning eller övervakning av polis eller åklagare.

Domstolen avfärdade försvaret med hänvisning till att polisen hade skrivit en rapport efter det att ADBn anmält brottet. Argumentet att utredningar utförda av en ADB borde utföras under granskning av åklagare ansågs inte ha stöd i lag.

²⁰³ Den 4 januari 1982, RR no. 36, så som det återgivits i R. Holtmaat som citerar D. Houtzanger ("Test litigation in the Netherlands"), *ibidem*, s. 23-24.

²⁰⁴ Den 20 mars 1992, RR no. 287, så som återgivits i R. Holtmaat som citerar D. Houtzanger ("Test litigation in the Netherlands"), *ibidem*, s. 24.

› *Likabehandlingskommissionen (The Equal Treatment Commission) godkänner diskrimineringstester i syfte att bevisa olikabehandling (1997)*²⁰⁵

Anti-diskriminerings Byrån (ADB) i staden Enschede utförde diskrimineringstester mot ett antal diskotek. De personer med etnisk minoritetsbakgrund som var med i testet nekades inträde, medan de personer som hade nederländskt ursprung tilläts komma in.

I sin anmälan till Likabehandlingskommissionen framförde ADB: n att de grupper av testutförare som deltog i testet kunde antas utgöra den genomsnittliga diskoteksbesökare. De hade ingen relation till ADB: n; de hade inte ett kriminellt förflutet, de kunde inte med avseende på frisyr, kläder, skor osv. särskiljas från den genomsnittliga diskotekbesökaren; och personerna som deltog i testet hade tillräckligt mycket kunskaper i nederländska språket för att kunna kommunicera med dörrvakten.

Likabehandlingskommissionen uppgav att "den ansåg att, beroende på omständigheterna, kan bevis om diskriminering fastställas genom diskrimineringstester". Senare yttranden från Likabehandlingskommissionen har följt denna linje²⁰⁶.

10. Slovakien

Den första frågan när man använder diskrimineringstester i rättsprocesser är frågan om de fall som grundas på testerna är tillåtna inför domstol. Samtida rättspraxis som rör tillgång till varor och tjänster visar att domstolar inte tenderar att ogiltigförklara mål baserade på diskrimineringstester på grund av att de rör "fiktiva rättigheter". Emellertid är domstolarna benägna att ogiltigförklara yrkanden om ekonomisk ersättning till de utsatta. Motiveringen är att testutförarna i diskrimineringstester har att förvänta sig diskrimineringen och därför kan inte deras värdighet anses ha blivit kränkt.

Den andra frågan är huruvida ljudupptagningar är tillåtna som ett sätt att presentera bevis från genomförda diskrimineringstest. I civilprocessen är den juridiska tolkningen av tillåtligheten av inspelningar av privatsamtal delad. Argumentet mot användningen av inspelningar återfinns i civillagen (artikel 11 och 12) enligt vilken "egenpersoner har rätt till skydd av deras person, särskilt vad gäller liv och hälsa, heder och mänsklig värdighet, så väl som till privatliv, anseende och personliga uttryck" (t.ex. bilder, teckningar, litterära produkter, etc.). Dokument av personlig natur, porträtt, bilder samt video- och ljudupptagningar som rör den egna personen eller en manifestation av den egna personen kan framställas eller användas endast efter den enskildes samtycke. Motargumentet är att en ljudupptagning endast i syfte att dokumentera en illegal handling utförd av den i rättsprocessen misstänkte inte kan innebära ett intrång i rätten till skydd för person under artikel 11 i civillagen. Sedan

²⁰⁵ Den 10 juli 1997, no. 1997-65, finns tillgängligt på nederländska på webbsidan för *Commissie Gelijke Behandeling* (www.cgb.nl), som det återgivits i R. Holtmaat som citerar D. Houtzanger ("Test litigation in the Netherlands"), *ibidem*, s. 24.

²⁰⁶ Cf. developments *supra*. Se t.ex. yttrande 1997-62, yttrande 1997-64, yttrande 1997-133, yttrande 1998-39, yttrande 2005-136. Dessa yttranden finns tillgängliga på nederländska på webbsidan för *Commissie Gelijke Behandeling* (www.cgb.nl).

antagandet av den nya strafflagstiftningen, ikraft sedan den 1 januari 2006, har situationen rörande ljudupptagningar som bevismedel blivit ännu mer komplicerad. Enligt en ny regel i artikel 377 ska den som med olaglig inspelning bryter mot förtroendet rörande ett privat samtal eller annan manifestation av personlig natur och delger en annan person denna inspelning eller använder den på ett sådant sätt att allvarlig skada orsakas rätten till person, dömas till fängelse i upp till två år. Denna regel kan säkerligen avskräcka från användningen av diskrimineringstester i samband med rekrytering, arbetsintervjuer etc.

Diskrimineringstester har inte använts i Slovakien förrän under senare år. En frivilligorganisation, i östra Slovakien, som arbetar mot etnisk diskriminering (särskilt diskriminering av romer) genom att driva mål till domstol och genom att utföra diskrimineringstester är *Centret för Civila och Mänskliga Rättigheter* (Poradňa pre občianske ľudské práva). Deras första rättsprocesser rörde framförallt diskriminering av romer vid tillgången till varor och tjänster. Den bevisning som användes inför domstolen bestod av testutförarnas och kändenas vittnesmål samt uppspelning av ljudupptagningar gjorda på plats. De första domstolsprocesserna visade att domarna inte avvisade ljudupptagningarna som framtagits under testet, trots att svaranden vanligen gjorde gällande att de var olagliga som bevismedel²⁰⁷.

› *Domstolen (District Court) i Michalovces timida dom om diskrimineringstester (2006)*²⁰⁸

I april 2005 besökte tre romska aktivister från frivilligorganisationen Nova Cesta (Nya Vägen), baserad i Michalovce, tillsammans med en aktivist från frivilligorganisationen Poradňa pre občianske ľudské práva (Centret för Civila och Mänskliga Rättigheter), baserad i Košice, en lokal bar i Michalovce som var känd för sin ogästvänliga inställning gentemot romska kunder. Gruppen av aktivister beslutade att pröva den lokala baren policy gentemot kunder av romskt ursprung. De tre romska aktivisterna nekades inträde till baren med hänvisning till att de saknade medlemskap (de innehade inte "club kort"). Den "vita" aktivisten från Poradňa som kom några minuter efter dem hade inga problem att komma in på baren. Aktivisterna gjorde en ljudupptagning av kommunikationen mellan dem och barpersonalen. Det fanns därför inga tvivel om att händelsen verkligen inträffat. De romska aktivisterna stämde bärägaren, på grund av baren policy och de anställdas agerande, inför domstolen i Michalovce. De gjorde gällande att de utsatts för diskriminering på grund av etniska tillhörighet samt yrkade att ägaren till baren skulle be dem skriftligen om ursäkt och utge skadestånd till dem. De lämnade in ljudinspelningen av händelsen som bevis. Svaranden nekade inte till att händelsen inträffat. Emellertid gjorde han gällande att han inte diskriminerar romer eftersom han vanligen serverar dem på sin bar. Till stöd för hans påstående hörde domstolen flera romer.

Den 31 augusti 2006 dömde domstolen delvis till förmån för kändena. Den ålade ägaren att ge en skriftlig ursäkt till kändena. Emellertid angav domstolen inte på vilken grund diskrimineringen skett. Domstolen godtog inte kändenas påstående om att de utsatts för

²⁰⁷ Se Z. Dlugosova, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Slovakia, State of affairs up to 8 January 2007, s. 19.

²⁰⁸ Dom nr 12C/139/2005, den 31 augusti 2006, återgiven i *European Anti-Discrimination Law Review*, 2007, uppl. 5, s. 95.

diskriminering på grund av deras etniska tillhörighet. Enligt domstolen hade barägaren med framgång visat att han serverar romska gäster i sin bar och därmed visat att han inte diskriminerar romer generellt. Uppenbarligen misslyckades dock domstolen att tillämpa regeln om delad bevisbörda. I detta avseende anförde domstolen "Förutsättningar för inträde (presentation av klubbkort) som ålades kändarna ålades inte andra kunder. Kändarna vägrades därför tillgång till service på caféet och diskoteket. Detta är ett fall av direkt diskriminering (...). Under rättegången har det dock inte visats att svarandens beteende gentemot kändarna den 14 april 2005 hade rasistiska motiv. Svaranden har genom vittnesmål visat att han serverar romer. Det är klart från dörrvaktens vittnesmål att svaranden inte givit honom instruktioner att neka romer inträde till restaurangen. (...) Detta innebär att den direkta diskrimineringen inte beror på etnisk tillhörighet (race)"²⁰⁹.

Domstolen biföll inte kändarnas yrkande om skadestånd. Domstolens motivering var att testutförarna inte kunde ha orsakats skada eftersom de genom sin medverkan i diskrimineringstestet hade att förvänta sig en diskriminerande behandling av barpersonalen. Detta bör ses i ljuset av att slovakiska domstolar generellt verkar förhålla sig avvaktande till att utdela ersättning i diskrimineringsmål.

Vid överklagan beslutade den regionala domstolen i Košice, i ett bindande yttrande, att etnisk diskriminering hade ägt rum. Den ogiltigförklarade underrättens dom och återförvisade målet.

› *Domstolen (District Court) i Kežmarok om testutförarens förväntan om att nekas service (2006)*²¹⁰

I ett diskrimineringstest nekades två romska barn lika service i en godisbutik. Domstolen beslutade att direkt diskriminering på grund av etnisk tillhörighet hade ägt rum. Domstolen tillerkände dock inte någon ekonomisk ersättning då, enligt domstolen, barnen torde ha förväntat sig att nekas service och som en konsekvens därav hade ingen skada som berättigade till ersättning uppkommit. Domen har överklagats.

²⁰⁹ Återgiven i Z. Dlugosova, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, Slovakia, State of affairs up to 8 January 2007, s. 6.

²¹⁰ Dom nr. 3C 157/05, den 10 november 2006, återgiven i Z. Dlugosova, *ibidem*, s. 6

11. Storbritannien

För närvarande används diskrimineringstester sällan då de former av direkt diskriminering som effektivt kan identifieras genom testerna numera är mindre vanliga. Eftersom det skulle vara väldigt ovanligt med en nattklubb eller en bar som hade ett "totalt förbud mot viss hudfärg" eller som uteslöt personer som tillhör en särskild etnisk grupp ter sig diskrimineringstester mindre lämpliga för att fastställa tydliga fall av direkt diskriminering.

Grupper med olika särintressen använder ändå med jämna mellanrum denna metod för att sätta press på barer och nattklubbar som de upplever begränsar inträdet för etniska minoriteter. Detta leder ofta till en beteendeförändring utan att en rättsprocess är nödvändig. Grupper för funktionshindrades rättigheter använder i viss utsträckning diskrimineringstester för att utvärdera efterlevanden av 1995 års lag om förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder (Disability Discrimination Act 1995), och Kommissionen för Etnisk Jämställdhet (Commission for Racial Equality) har, för sin personal, tagit fram en del intern vägledning om användandet av diskrimineringstester, inklusive exempel på var och när det kan användas²¹¹.

› *Målet Prags flygplats inför överhuset (House of Lords) (2004)*

Det finns litet rättspraxis om användningen av diskrimineringstester och inget som utgör avgörande prejudikat. Emellertid beslutade överhuset (House of Lords) den 9 december 2004 att tillsammans med annan bevisning som relevant och giltigt vittnesmål godta bevis som tillkommit genom diskrimineringstest. *Regina mot Immigrations tjänstemän vid Prags flygplats och andra ex parte European Roma Rights Centre m.fl.*²¹², ett mål som redan nämnts, handlade om en insats som genomfördes av immigrationstjänstemän vid Prags flygplats. Operationen var en följd av att Storbritannien fått en stor tillströmning av romer från Tjeckien. Överhuset slog fast att insatsen utförts på ett olagligt diskriminerande sätt då den behandlade resande med romskt ursprung sämre än icke romska resande. Överhusmedlemmarnas hantering av vittnesmålen och den andra bevisningen som härrörde från diskrimineringstestet illustreras väl av baronessan Hale of Richmonds uttalande:

"92. Herr Vasil, en tjeckisk rom som arbetade för ERRC (European Roma Rights Centre), observerade de flesta flyg som avgick mot Storbritannien under 11 dagar i januari, 13 dagar i februari, 14 dagar i mars och 13 dagar i april 2002. Han kunde, genom sin egen erfarenhet som rom, på grund av deras utseende och klädsel och andra detaljer identifiera de resenärer som hade romskt ursprung. Hans observationer visade att (...) vilken enskild rom som helst hade 400 gånger större sannolikhet att avvisas än de som inte var romer. (...)

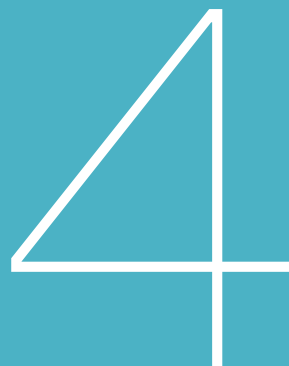
²¹¹ B. Cohen, *Country report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC)*, United Kingdom, State of affairs up to 8 January 2007, s. 27.

²¹² [2004] UKHL 55, tillgänglig via överhusets (House of Lords) webbsida. (www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma.pdf).

93. Herr Vasil observerade också att utfrågningen av romska resenärer tog längre tid än för icke romer och att 80 % av romerna blev förda till ett sämre intervjuområde jämfört med minde än 1 % av de icke romska resenärerna. De observationer som fru Muhic-Dizdarevic, som övervakade insatsen på tjeckiska Helsingforskommitténs vägnar, var i stort de samma. (...)

94. Dessa generella observationer bärs upp av erfarenheterna från de individer vars berättelser förts fram inför domstolen. *ERRC genomförde ett experiment i vilket tre personer försökte resa till Storbritannien för en kortare vistelse. Två var unga kvinnor med liknande inkomster, avsikter och med liknande summa pengar på sig, en icke rom, fru Dedikova, och en rom, fru Grundzova; den tredje personen, fru Polakova, var en mogen professionell gift romsk kvinna som arbetade med media.* Fru Dedikova släpptes igenom efter endast fem minuters frågor, varav vilka hon inte upplevde några som irrelevanta eller påträngande. Hennes berättelse om att hon skulle besöka en väninna som också var student accepterades utan ytterligare ifrågasättande. Fru Grundzova nekades, efter en längre utfrågning som hon upplevde som påträngande och efter önskemål om bekräftelse av de omständigheter som hade tagits med tilltro när de kom från fru Dedikova, att gå. Fru Polakova frågades ut i vad som av henne uppfattades som en halv timma, varpå hon ombads att vänta i ett separat rum. Först därefter fick hon tillåtelse att gå för att komma in i landet. Hon upplevde att intervjuförfarandet var mycket annorlunda från det förfarande som icke romska passagerare, som reste vid samma tidpunkt som henne, genomgått och att den enda orsaken till att hon tilläts att resa in i landet var att hon uppgett att hon var en journalist som intresserade sig för romers rättigheter. *Alla dessa tre personer spelade i någon utsträckning en roll, genom att deras resa hade föranletts och finansierats av ERRC, men de hade genuina avsikter att göra ett kort besök hos en vän eller släkting bosatta här. Tjeckisk television genomförde ett liknande experiment med en romsk man och en icke romsk kvinna som önskade göra ett kort besök i Storbritannien.* Den som inte var rom gavs tillstånd att resa in i landet medan mannen med romskt ursprung, efter en mycket längre intervju, inte tilläts inresa. *Till skillnad från i ERRC: s test har vi en transkription från vilken man kan se vad i den romska mannens svar som kan ha gjort tjänstemännen misstänksamma, även om han inte hade varit rom.* Men frågan om en icke rom som avgivit samma svar skulle ha behandlats på samma sätt kvarstår. Det lilla antal icke romer som nekades inresa kan tyda på att fallet då skulle ha varit ett annat”²¹³.

²¹³ kursivereringen tillförd av författaren.



Del IV

Frivilligorganisationer, Diskrimineringstester i Sverige och domstolarna

1. Diskrimineringstester i Sverige – En översikt

2. Etnisk diskriminering – Fallet med juridikstudenterna

Kicki´s bar & café (Stockholm)

Nattklubben Honey (Göteborg)

Nattklubben Escape (Malmö)

Överenskommelser med nattklubbar

3. Andra exempel på diskrimineringstester och diskriminering

Paul Lappalainen (svensk jur.kand. och juris doktor från USA)

Tidigare huvudsekreterare i den statliga utredningen

”Det blågula glashuset: Strukturell diskriminering i Sverige”

1. Diskrimineringstester i Sverige – En översikt

Under senare år har flera fall av diskriminering i Sverige, i vilka diskrimineringstester spelat en mer eller mindre viktig roll, förts till domstol. De har lett till av domstol utdömda skadestånd såväl som förlikningar.

De mest kända målen kommer här att kallas för fallen med juridikstudenterna. I dessa fall hade ett antal juridikstudenter, som tröttnat på vad de ansåg vara en systematisk diskriminering inom nattlivet i Sveriges största städer (Stockholm, Göteborg och Malmö) och som var ovilliga att acceptera myndigheternas uppenbara brist på makt eller intresse för frågan, beslutat att ta saker i egna händer. De bestämde sig för att videofilma situationen genom ett rad test som tydligt skulle visa på förekomsten av etnisk diskriminering vid Sveriges nattklubbar.

Det finns även andra fall där diskrimineringstester använts. Ett exempel är ett fall där en hyressökande med utländsk bakgrund misstänkte att han var utsatt för diskriminering. Två svenska vänner gick med på att också söka bostaden hos bostadsbolaget. De gavs båda möjlighet att se lägenheten medan deras vän med "invandrarbakgrund" hade nekats samma möjlighet. Även om detta test inte var avgörande hjälpte det bevisningen i målet i sin helhet och skadestånd utdömdes.²¹⁴

Det viktiga är att domstolarna inte har avvisat bevisning som härrör från "tester" som utförs av individer, som antingen agerar själva eller i grupp.

Särskilt när det gäller fallen med juridikstudenterna har testerna i syfte att kunna hantera frågor om dess opartiskhet och validitet varit noggrant genomtänkta i förväg.

Sverige har en lång tradition av att avfärda användningen av "brottsprovokation" med avseende på såväl förebyggande av brott som åtal av brott. Samtidigt är rättspraxis inom området relativt begränsat. Bristen på tydlighet beror särskilt på den omständigheten att det i Sverige som generell regel råder fri bevisprövning, vilket gör att domstolar har möjlighet att beakta all relevant bevisning oavsett hur det införskaffats. Det står dock klart att principen som i teorin avfärdar användningen av provokation är tillämplig på handlingar som utförs av polis och andra myndigheter i deras arbete att upprätthålla lagar, detta även om bevisningen används i domstolar. Samtidigt antas det att medan brottsprovokation inte är tillåtet så är såkallad bevisprovokation tillåten²¹⁵.

²¹⁴ Göteborgs tingsrätt, dom meddelad 2007-11-06 (mål nr T 13077-05).

²¹⁵ Hans-Gunnar Axberger, Brottsprovokation s 15, Juridiska fakulteten i Stockholm; Skriftserien nr 25, Stockholm 1989.

Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) har anfört att det är oklart i vilken utsträckning principer och doktrin rörande brottsprovokation/bevisprovokation kan anses tillämpliga i de fall då diskrimineringstester utförs av andra statliga myndigheter, såsom DO, i syfte att upprätthålla lagar utanför straffrättens område²¹⁶.

Medan myndigheter har svårt att avgöra i vilken utsträckning de skulle kunna utföra diskrimineringstester torde det, med hänsyn till att domstolar tillåtit diskrimineringstester som bevisning i de fall de utförts av enskilda individer/grupper, stå klart att frivilligorganisationer står fria att utföra diskrimineringstester.

Detta innebär inte att frivilligorganisationer ska förhålla sig till diskrimineringstester på ett lättvindigt sätt. Testerna kan vara en metod för att bevisa diskriminering i de fall där detta tidigare verkat omöjligt. Om testerna utförs på ett genomtänkt sätt borde under en rättegång ha ett högt värde som bevis. De kan också fylla en viktig kunskapshöjande funktion i ett samhälle som har domineras av förnekelsen av förekomsten av diskriminering.

I det följande kommer en översiktlig analys att göras av flera svenska rättsfall.

2. Etnisk diskriminering – Fallet med juridikstudenterna

Det mest välkända fallet i Sverige som rör diskrimineringstester, initierades av en grupp juridikstudenter som videofilmade sitt inträde till olika nattklubbar/restauranger i Stockholm, Malmö och Göteborg. Vad de gjorde var att dela in sig i grupper om tre varav den ena gruppen bestod av personer som skulle anses se ut som typiska svenskar och den andra bestod av personer med ett utseende som typiskt sett skulle antas utgöra "icke-svenskt". Det är viktigt att notera att det var nödvändigt att testutförarna i alla andra avseenden var relativt jämförbara. Med andra ord, att testutförarna var i lika utsträckning väl klädda, uppträdde på ett likt respektfullt sätt, talade bra svenska och inte var alkoholpåverkade. Tanken var att den enda egenskap genom vilken det skulle gå att särskilja grupperna skulle vara antagandet – baserat på yttre faktorer såsom hudfärg, hårfärg och ögonfärg – om deras etniska ursprung.

Resultatet av juridikstudenternas diskrimineringstester blev ett flertal anmälningar till DO. I flera av dessa har situationen lösts genom en förlikning eller ett skadestånd utdömt av domstol.

²¹⁶ Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Dnr. 419-2005 ab. 13, Diskrimineringstester som bevismedel – Utredning av DO: s möjlighet att använda diskrimineringstester för att säkra bevisning i diskrimineringsärenden.

› *Kicki's bar & café (Stockholm)*

Huddinge tingsrätt, i dom meddelad 2007-03-02, slog fast att klagandena hade utsatts för diskriminering av Stockholms nattklubben känd som Kickis bar & café. Totalt tillerkändes skadestånd om 240 000 kr. Domen överklagades av svaranden, men återkallades senare efter det att en överenskommelse träffades med kändarna.

Sex män med "utländskt" utseende nekades inträde på en klubb medan deras vänner med "svenskt" utseende tilläts att komma in. En anmälan gjordes till DO som slutligen stämde nattklubben på anmälarnas vägnar. Totalt deltog 12 unga män uppdelade i fyra grupper. Det var två "svenska" grupper och två "utländska" grupper. All de sex män med ljusare hud- och hårfärg släpptes in medan de sex män med mörkare hud- och hårfärg nekades inträde.

Till dem som nekades inträde sa dörrvakterna att det var fullt och att endast medlemmar släpptes in. Till dem som släpptes in sa vakterna inget om att klubben skulle vara full eller att det behövdes medlemskort.

Hela händelseförloppet spelades in på video. Videoinspelningen tilläts som bevisning till stöd för förekomsten av diskriminering.

I sitt försvar anförde nattklubben att de inte släpptes in på grund av att dörrvakterna upplevde att de uppförde sig på ett underligt sätt. Vidare gjorde nattklubben gällande att oavsett hade inget hänt som skulle kunna ge målsäganden rätt till skadestånd eftersom de inte försökte komma in på nattklubben i syfte att ha roligt. Nattklubben gjorde t.o.m. gällande att målsägandena hoppades på att inte få komma in så att de därigenom skulle kunna göra en anmälan och begära skadestånd. Eftersom deras avsikt var affärsmässig, kunde ingen av dem anses ha lidit sådan skada som berättigade till skadestånd.

Domstolen fastställde att diskriminering ägt rum. Domstolen pekade på att det inte hade visats att målsägandena hade haft en affärsmässig avsikt eller att det fanns några andra problem med målsägandenas avsikter. Domstolen fastslog också att även om svaranden hade visat på sådan avsikt hos målsäganden, hade detta inte påverkat bedömningen av förekomsten av diskriminering. Således utdömdes skadestånd.

› *Nattklubben Honey (Göteborg)*

Göteborgs tingsrätt, i dom meddelad 2006-12-14 (mål nr T 4658-05) slog fast att målsägandena utsatts för diskriminering av Honey Nightclub. Domstolen dömde ut totalt 90 000 kr i skadestånd.

De sex män som nekades inträde på Honey var del i en större grupp av juridikstudenter som i november 2004 hade gett sig ut för att pröva om huruvida diskriminering skulle eller inte skulle ske när de försökte komma in på nattklubbar. Sex av deras vänner, som inte såg "utländska" ut tilläts att komma in. Även denna gång videofilmades gruppernas försök att komma in.

Anmälningar gjordes till Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO). DO stämde nattklubben. Strax innan rättegången skulle börja erkände nattklubben att männen utsatts för diskriminering.

› *Nattklubben Escape (Malmö)*

Malmö tingsrätt, i dom meddelad 2006-05-04, fastslogs att målsägandena hade utsatts för diskriminering av Escape nattklubb. Målsägandena tillerkändes 15 000 kr vardera.

Detta fall har vissa likheter med fallen ovan rörande Honey och Kickis. Gruppen med män bestående av personer med "utländskt" ursprung nekades inträde medan gruppen bestående av vännerna med "svenskt" utseende utan vidare tilläts att komma in. Skälen som angavs till de "utländska" grupperna var att de saknade VIP-kort och/eller inte stod på gästlistan. Kvällens händelser videofilmades. En anmälan gjordes till DO. DO stämde nattklubben.

Escape anförde till sitt försvar att de som släpptes in felaktigt hade uppfattats som tillhörande ett väntat sällskap. Escape anförde också att flera av deras gäster så väl som deras anställda har utländsk bakgrund. Vidare påstod Escape att målsägandena inte hade varit ute efter en normal kväll på stan, utan att de hade planerat diskrimineringstesterna i förväg och ville testa sin teori. De var därför inställda på att nekas inträde. Detta borde följaktligen innebära att de inte lidit någon skada.

I domskälen pekade domstolen på att omständigheten att fallet var ett resultat av ett diskrimineringstest på nattklubbar, inte gav anledning att anta att ingen diskriminering eller skada skett. Klubben dömdes därför att utge 60 000 kr till de fyra personer som nekades inträde.

Domen överklagades av både DO och Escape. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Både DO och Escape har överklagat domen till Högsta Domstolen.

› *Överenskommelser med nattklubbar*

I flera andra fall har diskrimineringstesterna som utfördes av juridikstudenterna lett till förlikningar med ett antal nattklubbar i Stockholm, Göteborg och Malmö. Förlikningarna har vanligen inneburit ett erkännande om att etnisk diskriminering ägt rum, en ursäkt och en överenskommelse om att aktivt arbeta för att motverka diskriminering.

Det bör också påpekas att det finns flera liknande ärenden som är pågående.

3. Andra exempel på diskrimineringstester och diskriminering

I ett mål fastslog Göteborgs tingsrätt, i dom meddelad 2007-11-06, att målsäganden hade diskriminerats av bostadsbolaget Västerstaden AB. Västerstaden dömdes att betala 40 000 kr i skadestånd.

En man med invandrarbakgrund nekades möjligheten att se flera lägenheter som hade utannonserats som lediga. Efter ett tag bad han två av sina svenska kollegor att söka lägenheterna för att se om de fortfarande var lediga. Både de svenska kollegorna erbjöds att titta på lägenheterna. Efter det gjorde mannen en anmälan till DO som ansökte om stämning hos tingsrätten.

Användningen av testet med kollegorna var inte, enligt domstolen, ensamt tillräckligt för bevisbördans övergång. Däremot kan det antas att detta bevis tillsammans med andra faktorer, särskilt omständigheten att företaget uppgivit sig vilja ha en lämplig mix av hyresgäster, var till hjälp.

Avslutande kommentarer om diskrimineringstester

Paul Lappalainen (svensk jur.kand. och juris doktor i USA)

Huvudsekreterare i den statliga utredningen

"Det Blå Gula Glashuset: Strukturell Diskriminering i Sverige"

Vikten av att de som utsatts för diskriminering utgör en del av förändringen mot ökade lika rättigheter och möjligheter oavsett omständigheter så som etnisk tillhörighet (race) och kön, kan inte understrykas nog mycket. När det bara finns ett toppstyrt perspektiv, kommer åtgärder endast fungera så långt som policyskaparna väljer att lyssna. Användningen av diskrimineringstester kan på olika sätt bidra till att öka egenmakten hos dem som utsätts för diskriminering. Med tillräckligt mycket egenmakt kan de i sin tur hjälpa till att säkerställa att policyskaparnas löften verkligen infrias. Det är min förhoppning att denna bok kommer att bidra till detta.

För några år sedan ledde jag en statlig utredning med titeln *Det Blå Gula Glashuset: Strukturell Diskriminering i Sverige*. Avsikten var att undersöka frågor relaterade till diskriminering beroende på etnicitet eller religion. Utöver det skulle jag till regeringen föreslå antidiskrimineringsåtgärder. En av de dominerande slutsatserna som kunde dras var djupet av förnekelsen av etnisk diskriminering hos dem som styr samhället, oavsett om inom politiken, bland arbetsgivare, inom fackförbund eller inom forskningsvärlden.

Jag avslutade med att föreslå diskrimineringstester som åtminstone ett delvis svar på denna situation. Jag föreslog användningen av denna metod på tre grundläggande sätt.

Diskrimineringstester behövs som en forskningsmetod. Denna metod gjorde väldigt lite för att förklara orsakerna bakom diskriminering. Trots det är det en metod som gör det svårt för policyskapare att gömma sig bakom den vanliga rökriddan som har använts för att förklara att diskriminering och rasism är problem som förekommer på andra ställen, men inte i Sverige.

Diskrimineringstester behövs som en metod för kvalitetskontroll. Idén bakom denna form av tester är att använda dem i syfte att undersöka behovet av diskrimineringstester såväl som effektiviteten av redan existerande policys. Avsikten är att förbättra det förebyggande arbetet. Generellt utgår myndigheter ifrån att de handlar och fungerar på ett icke-diskriminerande sätt. Många har särskilda policys för detta. Emellertid tar de sällan tid att pröva dessa policys. Jag ansåg att de skulle kunna pröva sig själva, möjligen genom användningen av externa konsulter. Meningen är inte att peka ut individer som problematiska utan att säkerställa en större insikt om såväl problemområdet som möjliga lösningar.

Diskrimineringstester behövs som ett medel för att bevisa diskriminering i mål inför domstol. Flera anti-diskrimineringsmyndigheter runt om i Europa har använt denna metod. Jag pekade på att genomförandet av diskrimineringslagarna kunde och borde förbättras genom användandet av denna metod. Det är svårt att bevisa diskriminering på ett för domstolen tillfredställande sätt. Denna metod skulle kunna ge, om inte oomtvistliga bevis, åtminstone bevis som skulle göra det möjligt för domstolar att tillämpa en delad bevisbörda.

Vid undersökningen av diskrimineringstesters potential var det intressant att notera diskrimineringstesters historia som forskningsmetod i Sverige. Samtidigt som ILO under 1990-talet genomförde diskrimineringstester inom arbetslivet i flera Europeiska länder drog svenska expert och statliga tjänstemän slutsatsen att metoden skulle vara oetisk. Väldigt kreativa juridiska och sociala argument utvecklades om forskarnas möjliga ansvar och den skada som berörda testpersoner skulle kunna behöva utstå. Dessa uttalanden fick till följd

att forskare i Sverige bedömde att sådan forskning skulle anses vara oetisk, vilket i praktiken hindrade all forskning med hjälp av denna metod under en period av 10 år. Det bör nämnas att ingen av den forskning som gjorts i andra delar i Europa har mött de problem som diskuterats i Sverige.

Min slutsats är att det i Sverige helt enkelt varit enklare att hindra sådan forskning än att hantera idén om att etnisk diskriminering även är ett problem i Sverige och att politiker måste agera för att förändra arbetsgivares och fackförbunds beteendemöster. I de flesta länder representerar dessa två grupper enormt mäktiga intressen. Detta är särskilt sant vad gäller Sverige och än mer så när de agerar med ett gemensamt mål.

Parallellt med min utredning, men skild från den, hade en grupp unga män tagit saken i sina egna händer. Rasism och diskriminering inom nattlivet är ett av de första områden inom vilka unga människor först möter exkludering.

Sedan 1970-talet då förbudet mot olaga diskriminering av näringsidkare introducerades i brottsbalken har väldigt få mål lett till fällande dom. Till syvende och sist var den enda möjligheten att nå en fällande dom om den tilltalade på ett eller annat sätt erkände – med andra ord sa att "jag hatar de människorna (afrikaner, muslimer, romer...) och det är därför som jag inte släppte in dem".

Under 2003 introducerades en ny civilrättslig lag som förbjöd näringsidkare att diskriminera på grund av etnisk tillhörighet. Till en början var det inte många ärenden som anmäldes.

Juridikstudenternas handlingar som nämnts ovan ledde till att lagen kunde prövas i praktiken. Detta hände efter en utekväll när de bara hade velat pröva förekomsten av diskriminering vid en specifik klubb. Efter att ha nekats inträde vid klubben gick de vidare till en annan klubb där de också nekades inträde. Det var efter denna misslyckade utekväll som de bestämde sig för att pröva om etnicitet har betydelse i det svenska nattlivet. Det ledde i sin tur till en rad anmälningar och mål som satte frågan i offentlighetens ljus där det blev svårt för de inblandade att förneka förekomsten av diskriminering.

De satte ihop grupper som såg svenska ut respektive icke-svenska. De prövade att gå in på restauranger och nattklubbar i Malmö, Stockholm och Göteborg. Grupperna, bortsett från deras hår- och hudfärg, avsåg att likna varandra så mycket som möjligt vad gäller språk, kläder etc. De var också försiktiga med att inte gå runt i stan i alltför stora grupper då det i sig kunde väcka misstankar. En annan viktig faktor var att testerna videofilmades så att det verkliga händelseförloppet senare både skulle kunna ses och höras. Videospelningen gjordes av personer som inte ingick i testgruppen.

Dessa unga män har hälsats som hjältar av många, särskilt de som själva varit utsatta för diskriminering. Många andra, särskilt restaurang- och nattklubsägare, har försökt att påstå att de bara var ute efter personlig vinning.

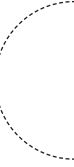
Medan jag tror att det är viktigt att tester används försiktigt, vilket också gjordes i dessa fall, är den väg som visats av dessa unga män på många sätt viktig.

De accepterade inte det som så många andra slutligen gör, med andra ord att etnisk diskriminering förekommer och att det finns litet som kan göras åt det. Medan Sverige under en lång tid har förnekat att diskriminering är ett problem har invandrare och deras barn, särskilt de med hår- och hudfärg som skiljer sig från normen, känt till problemet och antingen bestämt att inget kan göras åt det eller ännu värre anklagat sig själva. Många har utvecklat en misstro exempelvis om att rättsväsendet är något för svenskar och inte för oss²¹⁷.

Istället beslutade dessa unga män att ta systemet på orden. De hjälpte till att implementera lagen. De hjälpte domstolar och policyskapare att leva upp till lagen. De hjälpte till att säkerställa att lokala och nationella politiker inte längre kunde förneka problemen i de större städerna. Och vem vet, kanske kan de hjälpa till att övertyga andra om att systemet fungerar åtminstone när de som utsätts för diskriminering är en del i förändringsprocessen.

Om frivilligorganisationer som representerar dem som utsätts för diskriminering på olika sätt för utvecklingen av diskrimineringstester vidare, kan det vara ett sätt för dem att utveckla sin egen expertis. Detta skulle inte bara vara begränsat till att föra talan i domstol eller att hjälpa till att effektivt vinna eller förlika mål. Detta skulle också kunna öppna möjligheter rörande användningen av diskrimineringstester inom forskning och kunskapshöjande arbete. Detta skulle också kunna öppna vägar för folkrörelser att hjälpa arbetsgivare, den privata och offentliga sektorn med kvalitetskontroller om hur de genomför sitt likabehandlingsarbete och efterlever sina policys

²¹⁷ Reaktionen på diskriminering beskrevs av en av nyckelpersonerna bland de juridikstudenter som utförde diskrimineringstesterna, Homan Hamzeh, i hans magisteruppsats med titeln *Praktikprovning: Tre ljusa killar är ett sällskap – tre mörka killar ett gäng*, Stockholms universitet HT 2005.



Isabelle Rorive

Isabelle Rorive är professor i komparativrätt, anti-diskrimineringsrätt och juridisk metodologi vid Universitetet i Bryssel (ULB). Hon är medlem i det Europeiska Nätverket av Juridiska Experter inom anti-diskrimineringsområdet. Hon är aktiv i flera belgiska frivilligorganisationer (NGOs) som arbetar för att främja de mänskliga rättigheterna och motverka diskriminering.

Paul Lappalainen

*Paul Lappalainen (jur.kand. från Sverige och juris doktor från USA) är expert och chef på främjandeenheten hos Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO). Han är en av de två vetenskapliga rådgivarna till UNESCO:s Europeiska koalition av städer mot rasism. Lappalainen ledde även den statliga utredningen **Det blågula glashuset: strukturell diskriminering i Sverige** (SOU 2005: 56). Hans arbete med denna bok är ett fristående åtagande som inte utgör en del av något av de ovan nämnda arbetena. Åsikterna som uttrycks är endast hans egna.*

Migration Policy Group

Migration Policy Group är en oberoende europeisk organisation som har åtagit sig att bidra till en varaktig och positiv förändring som resulterar i öppna och inkluderande samhällen där alla medlemmar har lika rättigheter, lika ansvar och möjligheter, i utvecklingen av det medborgerliga, sociala och ekonomiska livet i den europeiska mångfalden.

Migration Policy Group stimulerar och formar välinformerade europeiska debatter och åtgärder genom dess tre programområden som omfattar migration och rörlighet, antidiskriminering och jämställdhet, mångfald och integration.

Migration Policy Group huvudsakliga verksamhet omfattar etableringen och övervakningen av en hög standard av jämlikhet när det gäller utformningen och tillämpningen av europeisk och nationell politik. Detta sker genom utbyte av information och analys, kompetensutveckling bland och mellan statliga och icke statliga aktörer samt utgivningen av publikationer. Ett annat betydande verktyg är uppbyggnaden och förvaltningen av nätverk av experter, beslutsfattare och praktiker i båda den statliga och privata sektorn, i likhet med den Europeiska Dialogen om Migrationsfrågor., Det Europeiska Nätverket av oberoende antidiskrimineringsexperter och det Europeiska Näringslivets Forum för Mångfald.

www.migpolgroup.com

Byrån För Lika Rättigheter

Byrån För Lika Rättigheter är en antidiskrimineringsbyrå som arbetar med att förebygga och motverka alla former av diskriminering i samhället som baseras på kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, könsidentitet och könsuttryck, sexuell läggning och ålder (diskrimineringsgrunderna).

Förutom att erbjuda kostnadsfri råd och stöd till enskilda individer som har utsatts för diskriminering så arbetar vi även för att synliggöra, påverka och förändra diskriminerande strukturer i samhället, samt att bidra till en mer effektiv tillämpning av diskrimineringslagstiftningen.

Byrån För Lika Rättigheter lyder under den ideella föreningen Forum För Lika Rättigheter, som bildades 2003 och representerar flertal ideella organisationer.

www.likarattigheter.nu

