

## **Sidan 104, om beviskrav och bevisbörda**

Vi vill börja med att påminna dig om att du kan göra ett egentest av implicita fördomar genom QR-koden på s. 28 i boken.

Vi menar att detta rättsfall visar på flera problem som vart och ett kräver eftertanke:

- Språkkravet.
- Hur implicita fördomar kan ha betydelse i en anställningssituation.
- Hur bevisbördan bör placeras avseende vad som utspelat sig under en anställningsintervju.

När det gäller språkkravet så räcker det egentligen med det som står i boken. I just detta fall var alla överens om att höga språkkrav var befogade.

Det de inte var överens om var hur det hade gått på anställningsintervjun. Hade M.D. klarat intervjun bra eller hade han gjort ett dåligt intryck? Alla var överens om att M.D. skötte sig mycket bra i domstolsförhandlingen. Det var uppenbart att han hade goda språk- och kommunikationskunskaper. Men hur var det vid själva anställningsintervjun just den timme som anställningsintervjun pågick? Det var M.D:s första anställningsintervju efter att han avslutat sin arkitektutbildning. En del människor är så nervösa på sin första anställningsintervju att det påverkar deras prestation. Om M.D. underpresterade så är det inte diskriminering om någon annan får jobbet.

I domen ser vi att MD och intervjuarna har samma objektiva bild av hur intervjun utföll. Det som skilde sig åt var deras sätt att tolka denna verklighet. Till exempel var man överens om att M.D. gjorde pauser när han tänkte, ibland kom med motfrågor och ibland svarade kortfattat. Intervjuarna tolkade detta negativt.

M.D själv menade att han ställde motfrågor för att få kommunens företrädare att konkretisera vad hen verkligen ville veta. En del frågor fick han svara kortfattat på eftersom han saknade arbetslivserfarenhet osv.

Vi kan inte veta hur intervjun verkligen gick. När ord står mot ord på detta sätt måste domstolen använda bevisbörderegler. Den bevisbörderegeln som domstolen här har använt (utan att säga det högt) är att eftersom intervjugruppen var enig (fyra av dem vittnade) medan M.D. bara är en person så är intervjugruppens tolkning mer trovärdig.

Det finns andra saker som domstolen också borde ha vägt in och som gör att vi gärna sett en annan utgång i målet.

- I just denna situation är risken stor att implicita fördomar slår igenom. Om vi ställer en fråga till dig och du svarar med en motfråga kan vi tänka att du inte fattar eller att du är intelligent och ber oss precisera vår fråga för att du upptäckt en viktig oklarhet. Tillhör du en grupp som vi har implicita fördomar mot är risken stor att vi gör den negativa tolkningen. Det som händer i denna intervju kan vara ett typexempel på hur oavsiktlig diskriminering uppstår till följd av att implicita fördomar styr vårt sätt att tolka det vi hör och ser.
- Gruppsykologiska processer gör att intervjugruppen genom inbördes diskussion nått en samsyn om sin tolkning. Om var och en gjort en självständig analys hade deras enighet vägt mycket tungt. Men enighet efter att man har pratat ihop sig är långt mycket mindre värd.
- De flesta regler kring bevisbörda står inte i lagen. Domstolarna skapar reglerna allt efter hur verkligheten ser ut. T.ex. har domstolarna sagt att den som lånar ut pengar måste begära ett kvitto på lånet, eftersom hen bär bevisbördan om en tvist uppstår. Domstolarna har skapat den regeln för att den som lånar ut pengar kan kräva kvittot innan pengarna lämnas över. I juridikens värld ska bevisbördan läggas på den som bäst kan säkra bevisningen. Om anställningsintervjun filmats hade vi vetat om M.D gjort bra ifrån sig eller inte. Arbetsgivaren kan enkelt bestämma att den

filmas men den arbetssökande kan inte ta med sig en kompis som filmar. Arbetsgivaren är alltså den som bäst kan säkra bevisning i denna situation.

- EU-rättens regler om delad bevisbörda innebär att en nationell domstol måste vara beredd att omfördela bevisbördan om det i praktiken visar sig omöjligt för den som eventuellt blivit diskriminerad att uppfylla beviskraven. I M.D:s fall hade det inte spelat någon roll hur mycket bevisning han än lämnat in för att han hade goda språk- och kommunikationskunskaper när han sökte jobbet. Det räcker inte. M.D. ska enligt Arbetsdomstolen även bära bevisbördan för att han lyckades visa det för arbetsgivaren den timme anställningsintervjun pågick. Det beviskravet blir enligt vår mening så högt att vi tror att om frågan ställdes till EU-domstolen så kommer den att svara att den nationella domstolen måste sänka beviskravet.