

## **Bevisbyrderegler indenfor dansk arbejdsret**

- med særlig fokus på forskelsbehandlings- og ligebehandlingsloven

### **Onus of proof within Danish labour legislation**

- with a particular focus on the law of discrimination and equal treatment

af ANNA CHRISTENSEN

*I specialet redegøres der for betydningen af forskelsbehandlings- og ligebehandlingslovens bevisbyrdebestemmelser i forhold til domstolenes bevisvurdering. Bevisbyrdereglerne belyses på baggrund af relevante juridiske teorier, lovgivning og forarbejderne hertil og retspraksis. Under analysen gennemgås udvalgte domme, med særlig fokus på Højesterets afgørelser.*

*Afgørelserne omhandlende overtrædelse af ligebehandlingsloven viser uenighed blandt dommerne ang. brugen af ligebehandlingslovens §§ 16a og 16, stk. 4. Uenigheden angår særligt arbejdsgiverens beviskrav. Gennemgangen af dommene vedrørende overtrædelse af forskelsbehandlingsloven viser, at dommerne er ret enige om, hvorledes § 7a skal benyttes (bevisvurderingen). Kravet til arbejdsgiverens bevis er relativt lavt i forhold til det beviskrav som stilles til arbejdsgiveren i en sag omhandlende overtrædelse af ligebehandlingsloven. Der inddrømmes bl.a. arbejdsgiveren et vist skøn ifm. valget af den person som skal afskediges, hvis der kan påvises økonomiske vanskeligheder, strukturelle ændringer eller andre lign. saglige grunde. Dette på trods af, at ordlyden af forskelsbehandlingslovens § 7a og ligebehandlingslovens § 16a er enslydende.*

*Beskyttelsen efter ligebehandlingsloven er derfor væsentlig højere end beskyttelsen efter forskelsbehandlingen.*

## **Indholdsfortegnelse**

1.0 Indledning.....	3
1.1 Formål og opbygning.....	3
2.0 Teori.....	4
2.1 Forholdet mellem bevisret og materiel ret.....	4
2.2 Bevisret.....	4
2.3 De bevisretlige terminologier.....	5
2.4 Bevisvurdering.....	5
2.5 Bevisbyrdebegrebet og beviskrav.....	6
2.6 De forskellige bevisteorier.....	8
2.6.1 Tybjergs teori.....	8
2.6.2 Sandsynlighedsteorien.....	10
2.6.3 Normativteorien.....	13

2.6.4 Sammenfatning af teorier .....	13
3.0 Bevisbyrdebegrebet i forhold til ligebehandlingsprincippet .....	13
3.1 Delt bevisbyrde .....	14
3.2 Omvendt bevisbyrde .....	15
4.0 Retspraksisbaserede bevisbyrderegler i dansk arbejdsret .....	15
5.0 EU-ret .....	16
5.1 Forskelsbehandling på grundlag af køn .....	17
5.2 Forskelsbehandling på grundlag af andre forhold end køn .....	17
5.3 EU retspraksis .....	18
6.0 Dansk lovgivning .....	19
6.1 Forskelsbehandlingsloven .....	19
6.1.1 Eksempler fra retspraksis .....	20
6.2 Ligebehandlingsloven .....	22
6.2.1 Ligebehandlingslovens § 16 a .....	22
6.2.2 Ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 .....	23
7.0 Metode og valg af empirisk materiale .....	23
8.0 Analyse .....	24
8.1 Højesterets dom af 3. marts 2011 .....	25
8.1.1 Delkonklusion .....	29
8.2 U2012.511H .....	31
8.2.1 Delkonklusion .....	34
8.3 U2010.1415 .....	35
8.3.1 Delkonklusion .....	36
9.0 Konklusion .....	38
10.0 Litteraturliste .....	40

Bilag 1: Højesterets dom af 30. marts 2011

Bilag 2: U2010.1415H

Bilag 3: U2012.890H

Bilag 4: U2005.1265H

Bilag 5: U2012.511H

## 1.0 Indledning

Advokater siger ofte at der er tre ting som er vigtige for en sags udfald: For det første beviser, for det andet beviser og for det tredje beviser. Beviser er måske ofte vigtigere for en sags udfald, end de regler og fortolkningsproblemer, som danner det retlige grundlag for en afgørelse. For i enhver sag ved domstolene, må der tages stilling til, om oplysningsgrundlaget er tilstrækkeligt, og hvorledes der i tvivlstilfælde skal disponeres, og dermed har bevisretten stor betydning for sagens udfald<sup>1</sup>.

Bevisretten omhandler hvorledes domstolene vurderer de fremførte beviser, med henblik på at opnå en antagelse om faktum. Når bevisførelsen er tilvejebragt af sagens parter, skal retten tage stilling til sagens faktiske omstændigheder, og vurdere evt. modstridende beviser. Det er ofte ikke muligt under en sag at få afdækket de faktiske forhold, men dette indebærer ikke, at retsinstansen må afslå fra at træffe en afgørelse, men betyder, at sagen må afgøres efter de almindelige bevisbyrder. Bevistvivl kommer den part til skade, som har bevisbyrden<sup>2</sup>. Bevisbyrden kan dermed få stor betydning for en sags udfald.

Bevisbyrden kan være reguleret i lovgivningen eller være baseret på retspraksis. Som hovedregel er der i dansk ret ligefrem bevisbyrde, dvs. at den som vil igennem med et krav har bevisbyrden for, at de omstændigheder som skal begrunde kravet er til stede<sup>3</sup>.

For visse typer af sager er hovedreglen fraveget ved lov, for at styrke de bagvedliggende materielle reglers formål. I midten af 80'erne dannede der sig f.eks. i retspraksis en formodning for, at opsigelse af gravide eller barslende kvinder, reelt var begrundet i graviditeten eller barslen, medmindre arbejdsgiveren kunne fremføre bevis for det modsatte. Arbejdsgiveren fik dermed reelt bevisbyrden. I 1989 blev det skærpede beviskrav, som var blevet oparbejdet i retspraksis, formelt indført i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. Efterfølgende kom der flere ændringer af bevisbyrdereglerne på ligebehandlingsområdet, f.eks. blev delt bevisbyrde indført i forskelsbehandlingsloven i 2004<sup>4</sup> hvilket betød, at sagsøger måtte godtgøre faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der forelå direkte eller indirekte forskelsbehandling. Hvis dette bevis blev ført, fik arbejdsgiveren bevisbyrden og måtte bevise at ligebehandlingsprincippet ikke var krænket<sup>5</sup>.

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i lovgivningsbestemte bevisbyrderegler indenfor dansk arbejdsret på ligebehandlingsområdet. I afhandlingens teoretiske del, vil de tre former for bevisbyrder: Ligefrem-, delt- og omvendt bevisbyrde, blive behandlet. Derefter lægges fokus på forskelsbehandlingslovens § 7a og ligebehandlingslovens §§ 16a og 16, stk. 4.

Valget af forskelsbehandlingsloven er motiveret i den nyere indførelse af bevisbyrdebestemmelsen, og den særlige problematik der har været i forbindelse med udformningen af § 7a, jf. dommerforeningens kritik af den valgte ordlyd. I forhold til bevisbyrdebestemmelserne i ligebehandlingsloven, er disse en del ældre end den tilsvarende bestemmelse i forskelsbehandlingsloven, og på den baggrund må det antages, at der efterhånden er dannet en retningsangivende retspraksis på området. Bevisbyrdereglerne vil blive belyst ud fra teoretiske betragtninger, domstolens retspraksis og den juridiske teori i øvrigt.

## 1.1 Formål og opbygning

Formålet med afhandlingen er, at redegøre for betydningen af forskelsbehandlingslovens og ligebehandlingslovens bevisbyrdebestemmelser i forhold til domstolenes bevisvurdering. Dette vil blive forsøgt foretaget ud fra et teoretisk og praktisk udgangspunkt. Først vil bevisbyrdereglerne blive gennemgået på baggrund af relevante juridiske teorier. Derefter inddrages lovgivningen og forarbejderne hertil for yderligere

---

<sup>1</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s. 13

<sup>2</sup> Bruun, Usaglig afskedigelse, 1996, s. 68

<sup>3</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s.170

<sup>4</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 1, 2008, s. 128

<sup>5</sup> Den danske arbejdsret, bind 1, s.402

belysning af de pågældende regler. Under analysen gennemgås udvalgte domme, med særlig fokus på Højesterets afgørelser. Dommene vil blive analyseret på baggrund af teorien og forarbejderne til lovgivningen.

## 2.0 Teori

Teori-afsnittet vil indledningsvist indeholde en kort gennemgang af bevisret i forhold til materiel ret. Derefter vil bevisret blive mere indgående beskrevet, med særlig fokus på bevisvurdering, beviskrav og bevisbyrdereregler. Afsnittet vil derudover indeholde en gennemgang af relevante teorier omhandlende brugen af bevisbyrdereregler. Afslutningsvist gennemgås retspraksisbaserede bevisbyrdereregler og bevisbyrder i forhold til ligebehandlingsprincippet. Afsnittet starter således bredt, for til sidst at fokusere på opgavens primære formål – at skabe en bedre forståelse for bevisbyrdereglernes betydning indenfor ligebehandlingsområdet.

### 2.1 Forholdet mellem bevisret og materiel ret

Den materielle ret indeholder en regulering af bl.a. individers, selskabers og foreningers rettigheder og pligter indbyrdes og i forhold til myndigheder, og myndigheders forhold indbyrdes. Yderligere definition af den materielle ret, skal ikke forfølges her. Ved siden af den materielle regulering, findes den procesretlige regulering, som er en nærmere fastlæggelse af vilkårene for gennemførelsen eller håndhævelsen af den materielle regulering. Forenklet sagt, er procesrettens opgave, at bidrage til virkeliggørelsen af den materielle ret. Bevisretten og de dertil knyttede problemstillinger, hører ind under den processuelle del af systemet. Hermed karakteriseres bevisretten som et led i afklaringen af, hvorledes den materielle regulering kan sammenkobles med virkeligheden<sup>6</sup>. Herom skriver Henrik Zahle: *"Det er gennem bevisretten, at vi finder en legitim måde at tilvejebringe denne kobling mellem den materielle rets ideale forudsætninger og den ofte omtvistede og undertiden usikre virkelighed"*<sup>7</sup>. Den grundlæggende målsætning for bevisretten er dermed også sat: *"Bevisretten bør indrettes på en måde, at den materielle ret i vides muligt omfang virkeliggøres"*<sup>8</sup>. Ud fra et retspolitisk eller formålsorienteret synspunkt, kan det på visse områder fremgå særlig tydeligt, at den materielle ret i vides muligt omfang skal virkeliggøres, og den bevismæssige regulering indrettes særligt efter denne målsætning. Der er dermed tale om, at den bevismæssige regulering bliver entydigt bestemt i sit indhold af den materielretlige regulerings formål<sup>9</sup>. Som et eksempel på dette kan nævnes bevisbyrdereglerne i f.eks. forskelsbehandlingsloven og ligebehandlingsloven, som har til formål at give en særlig beskyttelse til visse grupper på arbejdsmarkedet. Bevisretten uddybes yderligere i næste afsnit, og i de efterfølgende afsnit vil de forskellige elementer af bevisretten blive gennemgået.

### 2.2 Bevisret

En afgørelse bygger på et retligt og et faktuel grundlag. Det retlige grundlag er baseret på den pågældende lovgivning, retspraksis m.m. Afgørelsens faktuelle grundlag vedrører det faktum, som afgørelsen bygger på. Er to erhvervsdrivende uenige om, hvorvidt den aftalte pris var 10 kr. pr. kg. eller 11 kr. pr. kg., må retten tage stilling til, hvilken pris der skal lægges til grund for afgørelsen. Grundlaget for denne afgørelse er de beviser, som bliver tilvejebragt under sagen. Bevisretten regulerer analysen af de foreliggende beviser, som retten benytter sig af, for at nå frem til en antagelse af kiloprisen. Bevisretten angår dermed skridtet fra de foreliggende beviser og den eksisterende og tilgængelige viden som retten har, til rettens antagelse om den konkrete sags beskaffenhed. Dette *"skridt"* består af en retligt styret analyse af oplysningsmaterialet. Det er denne retlige styring af bevisanalysen, som bevisretten består af. Denne bevisretlige analyse opdeles som regel i to elementer: Bevisvurdering og bevisbyrde<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s. 19

<sup>7</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s.20

<sup>8</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s.20

<sup>9</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 6

<sup>10</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s.16

Det er omtvistet, hvorvidt man kan sige noget generelt om bevisret, eller om de enkelte juridiske områder er så forskellige, at bevisretten opløses i en række særlige reguleringsområder, tilknyttet hver deres materielle regulering. Bevisretten i straffesager adskiller sig f.eks. fra bevisretten i kontraktssager. Den forskellighed som gør sig gældende for de forskellige juridiske områder hænger bl.a. sammen med forskellen i de materielle regler, deres formål og forudsætning, og tillige forskellen i de bevismidler som er typiske for det pågældende område. På trods af dette, er der gennemgående og fælles problemstillinger, der begrundet en fælles gennemgang af bevisretten<sup>11</sup>.

### 2.3 De bevisretlige terminologier

Ved *bevisdata* eller *bevisfakta* forstås det materiale som forelægges for retten, for at denne kan danne sig en mening om, hvorvidt det fremlagte bevisdata eller bevisfakta, er relevant for afgørelsens faktiske forhold, *bevistemaet*. Retten når frem til bevistemaet ved en *bevisbedømmelse* eller *bevisvurdering* af det pågældende *bevisdata* eller *bevisfakta*. Dette sker ved at retten sammenholder forskellige og muligvis modstridende bevisfakta og vejer dem op mod hinanden, og dermed finder frem til de bevisfakta som vil blive lagt til grund for afgørelsen<sup>12</sup>. De bevisdata som lægges til grund for afgørelsen som et bevist faktum, er *bevistemaet*. Den part som det kommer til skade i en sag, at et bestemt bevis ikke anses for ført, siges at have *bevisbyrden*<sup>13</sup>. Generelt handler bevisbyrde regler om, hvem der bærer risikoen i tilfælde af bevistvivel. Hvis faktum er uklart, kommer det den som har *bevisbyrden* til ugunst<sup>14</sup>. Bevisbyrdebegrebet gennemgås nærmere i afsnittet *bevisbyrdebegrebet og beviskrav*, og selve brugen af terminologierne i praksis vil blive belyst i analysen, hvor deres definition ovenfor, ligeledes vil blive diskuteret.

### 2.4 Bevisvurdering

Det er op til sagens parter at vurdere, hvor omfattende et bevismateriale de ønsker at fremlægge, og i hvilken form – dokumenter, elektronisk dokumentation, vidneforklaringer, partsforklaringer, eller andet<sup>15</sup>. Når parterne har fremført deres beviser for retten, er det retten som afgør hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund for dommens resultat, jf. Retsplejeloven § 344, stk. 1. Der tales i denne forbindelse om rettens *frie bevisbedømmelse* idet der ikke er generelle lovregler, som regulerer bedømmelsen.

Notoriske kendsgerninger og ubestridte oplysninger lægges i almindelighed uden videre til grund og bevisvurderingen bliver dermed relevant, hvis der er omtvistede punkter i parternes sagsfremstilling, altså hvis parterne er uenige om sagens faktiske omstændigheder. Her skal retten som sagt ud fra en *bevisvurdering* finde frem til bevistemaet.

Retten skal ud fra en objektiv vurdering, vurdere de fremførte bevisers vægt. Det er dog ikke kun de fremførte bevisdata som inddrages i bevisvurderingen, men også konstateringen af, hvilke bevisdata som ikke er blevet fremført (modbevis)<sup>16</sup>. Kravet til styrken af de fremlagte bevisdata afhænger af omstændighederne i den pågældende sag<sup>17</sup>. Hvis der er tale om en parts- eller vidneforklaring, bedømmer retten bl.a. en parts eller et vidnets troværdighed på baggrund af det indtryk, som den pågældende giver under sin forklaring<sup>18</sup>. Retten skønner i denne forbindelse frit over parternes og vidnernes troværdighed, og bevisernes vægt i øvrigt<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s.17

<sup>12</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 18

<sup>13</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 1, 2009 s. 401

<sup>14</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 1, 2005, s. 103

<sup>15</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 1, 2009, s. 401

<sup>16</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 265

<sup>17</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 170

<sup>18</sup> Christensen og Rammeskov, Den Civile Retspleje, 2010, s. 467

<sup>19</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s.563

Den enkelte dommers personlige meninger og holdninger bør så vidt muligt ikke påvirke indholdet af afgørelsen, heller ikke den del som vedrører beviset. Det samme bevis bør derfor så vidt muligt blive vurderet ens, uafhængig af dommer eller instans<sup>20</sup>. En dommer kan derfor ikke frit lægge sin egen subjektive vurdering til grund – *"bevisbedømmelsen skal udøves på en objektiv måde, som kan meddeles og forklares omverden"*<sup>21</sup>. Udfaldet af en retssag bør dermed så vidt muligt kunne forudsiges<sup>22</sup>.

Efter bevismaterialet er blevet fremført skal dommeren vurdere hvilken faktisk situation der skal lægges til grund for afgørelsen, og dernæst skal dommeren applicere de gældende materielle retsregler på den pågældende situation. Der er således tale om to led – først skal retten igennem en bevisbedømmelse og fastlægge hvad der er faktum i sagen, og dernæst skal retten applicere gældende retsregler på den nu fastlagte faktiske situation. Det er i forbindelse med rettens bevisbedømmelse, at bevisbyrdefordelingen mellem parterne bliver aktuel<sup>23</sup>. Bevisbyrdefordelingen er således relevant i første led og vil blive gennemgået nedenfor i følgende afsnit.

## 2.5 Bevisbyrdebegrebet og beviskrav

Henrik Zahle skriver i sin doktorafhandling *"Om det juridiske bevis"*, at bevisbyrdereregler efter den klassiske definition, er regler om, hvilken af parterne det skal gå ud over, at der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for et relevant retsfaktum: *"Hvis det fornødne bevis ikke foreligger, kommer det den part til skade som har bevisbyrden"*<sup>24</sup>. Om det fornødne bevis anses for at foreligge eller ikke foreligge, hænger tæt sammen med det krav som stilles til beviset i den pågældende sag. Dette begrundes en fælles gennemgang af bevisbyrdebegrebet og beviskravet.

Som tidligere nævnt, er bevisbedømmelsen som udgangspunkt fri, men i visse tilfælde kan der være angivet forhold i lovgivningen, som retten skal tage hensyn til. Der er dog grænser for hvor detaljerede bevisregler lovgiver kan vedtage, da det i Grundloven er domstolene som er angivet som dømmende magt, jf. GRL § 3. De regler som lovgiver kan vedtage, kan f.eks. angive hvem det skal komme til skade i en sag, at retten ikke anser et bestemt faktum for bevist, dvs. en regulering af bevisbyrden<sup>25</sup>, eller der kan være angivet krav til bevisets styrke. Kravet til beviset får hermed en karakter af en højere eller lavere grad af sandsynlighed – eller formuleret på en anden måde - hvor stærkt skal beviset være, for at dommeren kan anse det pågældende faktum for værende bevist, dvs. hvor sandsynligt skal faktum fremstå?<sup>26</sup>. I forbindelse med definitionen af bevisbyrdebegrebet opstår yderligere ét spørgsmål: Hvilken part har bevisbyrden til at starte med?

For at kunne besvare disse spørgsmål er det nødvendigt at se reglerne om bevisbyrder i sammenhæng med de materielle regler, som finder anvendelse i den pågældende sag. De materielle regler kan enten direkte angive hvem der har bevisbyrden, eller de kan signalere det gennem deres formulering. Såfremt de materielle regler ikke angiver dette, kan der udledes nogle principper som i varierende grad gør sig gældende: Det er som udgangspunkt den part som ønsker at komme igennem med et krav, som skal kunne bevise, at betingelserne for kravet, er til stede. Et andet princip er, at den part som havde anledning til, og mulighed for, at sikre sig bevis, pålægges bevisbyrden. Den der som udgangspunkt har bevisbyrden, kan efter omstændighederne blot sandsynliggøre nogle forhold, som derefter får bevisbyrden til at vælte over på modparten. Bevisbyrden kan således flytte sig.

Det er vanskeligt at opstille generelle retningslinjer for kravene til bevisets styrke. Der kan være tale om en sandsynlighedsovervægt, at et faktum forekommer mere sandsynligt end andet, men ofte kræves der en

<sup>20</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s.566

<sup>21</sup> Christensen og Rammeskov, Den Civile Retspleje, 2010, s. 467

<sup>22</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s.566

<sup>23</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 170

<sup>24</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 251

<sup>25</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 1, 2009, s. 401

<sup>26</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s. 568

højere grad af sandsynlighed. Det må således vurderes konkret i det enkelte tilfælde, og her kan de materielle reglers formål og ordlyd, parternes mulighed for at sikre sig bevis og sagens omstændigheder i øvrigt, inddrages<sup>27</sup>. F.eks. forudsætter domsfældelse i en straffesag et bevis som ikke efterlader tvivl om den tiltaltes skyld (anklageres bevisbyrde). I civilprocessen stilles der sjældent lige så strenge krav til beviset som i straffesager, og kravene til beviset varierer. Det er derfor vanskeligt at opstille en generel regel, som angiver den grad af bevis, som er tilstrækkelig i civile sager. Som eksempel kan nævnes, at for at kunne pålægge ansvar efter culpereglen udenfor kontrakt, kræves der i almindelighed en ret høj grad af sandsynlighed for, at skadevolderen har handlet culpøst, mens der indenfor kontraktsforhold ikke kræves en ligeså høj grad af sandsynlighed for, at skadevolderen har handlet culpøst.

Bevisbyrde og beviskrav hænger nøje sammen, og ordet bevisbyrde bruges også ofte som betegnelse for beviskravet<sup>28</sup>. For hvis en part har bevisbyrden (angivet i lovgivningen eller fremgår af sagens omstændigheder mm.), kan denne bevisbyrde flytte sig til modparten, hvis der fremlægges stærke nok beviser. Man kan derfor også betegne bevisbyrden som, *hvem er parterne der på et givent stadium af bevisførelsen, hvor en vis grad af sandsynlighed for bevistemaet er tilvejebragt, ikke ville kunne få medhold, såfremt der ikke frembringes yderligere bevis*<sup>29</sup>. Dette kan illustreres ved et eksempel som også inddrager begreberne objektiv (ægte) og subjektiv (falsk) bevisbyrde:

En sagsøgt debitor hævder at have betalt det beløb som kreditor ønsker dom for. Han fremlægger til støtte for sin påstand en kvittering, hvorpå der står, at beløbet er betalt. Retten vil på dette tidspunkt formentlig give debitor medhold, medmindre kreditor kan godtgøre, at der ikke er sket betaling f.eks. fordi der er tale om en dækningsløs check. Den sagsøgte debitor har dermed den objektive (ægte) bevisbyrde for, at betaling er sket. Debtors indsigelse overfor kreditors betalingskrav, godtages kun, hvis der er en høj grad af sandsynlighed for, at betalingen er sket. Er der ved bevisførelsen tilvejebragt en høj grad af sandsynlighed for, at betalingen er sket, f.eks. ved fremlagt kvittering på betalingen, lægges dette tilstrækkeligt sandsynliggjort faktum til grund for afgørelsen, medmindre kreditor med sin bevisførelse afsvækker sandsynligheden, således at beviskravet fra debtors side ikke længere er opfyldt, f.eks. ved at fremlægge bevis for, at der var tale om en dækningsløs check og betalingen dermed ikke er sket. Den part, som efter den hidtil fremførte bevisførelse, ikke kan ventes at få medhold i sit krav, siges at have en subjektiv (falsk) bevisbyrde – eller måske mere sigende – en *bevisførelsesbyrde*<sup>30</sup>.

At en part har den subjektive (falske) bevisbyrde betyder, at hvis sagen skulle bedømmes på grundlag af de foreliggende beviser, vil den part som har den falske bevisbyrde tabe, fordi et for denne part ugunstigt faktum vil blive lagt til grund for afgørelsen. Den part som har den falske bevisbyrde kan forbedre sin position ved at fremføre beviser som støtter hans sag, og dermed opnå, at den falske bevisbyrde overgår til modparten. Hvis den sagsøgte debitor i eksemplet ovenfor fremviser en kvittering på, at beløbet er betalt, er det kreditor som har den falske bevisbyrde. Hvis kreditor ikke kan fremlægge bevis som støtter hans påstand (f.eks. at kvitteringen er forfalsket), vil retten formentlig lægge til grund, at betalingen er sket, jf. den fremlagte kvittering. Den konstaterede sandsynlighed for, om betalingen er sket, veksler dermed afhængig af de foreliggende beviser. Når alle beviserne sammenholdes med det gældende beviskrav i sagen, vil dette resultere i, at en af parterne må "føre bevis" for at vinde sagen (falske bevisbyrde)<sup>31</sup>. Von Eyben mener, at man i disse tilfælde snarere skulle tale om skiftende eller vekslende bevisbyrde, men at det bedste formentlig ville være, at holde denne form for bevisbyrde adskilt med det "almindelige" bevisbyrdebegreb for ikke at besværliggøre gennemgangen af bevisbyrdebegrebet – *"man får den klareste begrebsbestemmelse, hvis man reserverer terminologien bevisbyrde for det "tomrum", der konstateres til sidst, når bevisførelsen er afsluttet, uden at denne har kunnet føre til et klart resultat"*<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Christensen og Rammeskov, Den Civile Retspleje, 2010, s. 469

<sup>28</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s. 568

<sup>29</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s. 573

<sup>30</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s. 573

<sup>31</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 259

<sup>32</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 27

I visse tilfælde er det måske endda ikke muligt, at anføre med sikkerhed hvilken part der på det givne tidspunkt i bevisvurderingen bærer bevisbyrden, jf. ovenfor med vekslende/skiftende bevisbyrde. Hvis man på denne situation anvender begreberne vished og uvished, vil dette kunne medføre, at dommeren ud fra en vishedsbegrundelse, fritages for at tage stilling til den ovenfor anførte bevisbyrdeproblematik. Forstået på den måde, at dommeren kan nøjes med at konstatere, at beviset har sådan en styrke, at det pågældende faktum må lægges til grund, uanset hvilken bevisbyrde, der måtte være gældende. Henrik Zahle anfører i tilknytning til denne betragtning, at bedømmelsen af, om der foreligger en juridisk vished, må ske under hensynstagen til, hvilke materielle regler, der gælder på det pågældende område (hvilket krav der stilles til beviset på området)<sup>33</sup>.

Det kan således i visse situationer være unødvendigt at benytte bevisbyrde-reglerne, hvis en af parterne fører et så stærkt bevis, at der ikke foreligger tvivl om faktum (juridisk vished).

Afsnittet ovenfor viser den tætte sammenhæng mellem beviserne, kravene til disse og bevisbyrden. Bevisvurderingen indeholder både en vurdering af, hvem der bærer bevisbyrden og en vurdering af, hvilket beviskrav der stilles til det pågældende bevis. Kun ved at vurdere beviserne i forhold til det gældende beviskrav (medmindre der er ført et bevis som medfører juridisk vished, jf. ovenfor), vil spørgsmålet om, om bevisbyrden er blevet løftet eller ej, kunne blive besvaret<sup>34</sup>.

## 2.6 De forskellige bevisteorier

I det følgende afsnit vil en række relevante bevisteorier blive gennemgået, for at sætte bevisbyrdebegrebet ind i en teoretisk kontekst. Formålet er, at belyse bevisbyrdebegrebet yderligere.

Bevisteorierne er valgt ud fra hvilke teorier, der er mest anerkendte indenfor den juridiske litteratur, dette gælder f.eks. Tybjergs teori og den normative teori. Sandsynlighedsteorien illustrerer bevisbyrdens betydning i forhold til det pågældende beviskrav.

### 2.6.1 Tybjergs teori

I dansk juridisk teori har den opfattelse, der blev gjort gældende af Tybjerg i 1904, været dominerende, og senere fremstillinger har i større eller mindre grad fulgt Tybjergs grundopfattelse.

Teorien handler udelukkende om bevisbyrder. Dette skyldes ikke at Tybjerg opfattede bevisbyrder som det praktisk vigtigste, tværtimod mente han, at det vigtigste var selve det krav der blev stillet til beviset i den pågældende sag. Grunden til, at det således var bevisbyrde-reglerne teorien omhandlede, skyldes, at de samme momenter har betydning for såvel bevisbyrde som bevisvurderingsproblemer<sup>35</sup>.

Hos Tybjerg lægges den overvejende bevisbyrde på sagsøger, men denne hovedregel suppleres af nogle hensyn, bl.a. partens adgang til at sikre sig bevis, og opfordringen til at sikre sig beviset. Angående spørgsmålet om hvilken part som skal sikre sig beviset, anfører Tybjerg, at dette må støttes på en antagelse om den bevissikring, som ordentlige og omhyggelige folk af sig selv ville sørge for. Altså en henvisning til den adfærdsstandard der sættes af ordentlige og fornuftige mennesker<sup>36</sup>.

Ifølge teorien bliver anvendelsen af bevisbyrde-reglerne kun aktualiseret i undtagelsestilfælde, nemlig i tilfælde af, at der ikke er etableret juridisk vished for et faktums eksistens (ikke ført tilstrækkeligt bevis). Det er i den forbindelse relevant at skelne mellem sager som er afgjort på grundlag af juridisk vished eller på grundlag af en bevisbyrde-regel. Om dette anfører Tybjerg<sup>37</sup>:

---

<sup>33</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 270

<sup>34</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 257

<sup>35</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 29

<sup>36</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 447

<sup>37</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 446



*”Et Lands Forbrug af Bevisbyrderegler staar i en vis Forstand i omvendt Forhold til dets Kulturtrin. Jo mere Sanddruehed og Kundskab, forretningsmæssig Orden og fornuftig Forudseenhed et Samfund rummer, jo mere udviklede dets materielle Retregler er, og jo bedre dets Proces, jo mindre hyppig vil Retsplejen se sig nødsaget til at ty til Bevisbyrderegler”.* Zahle oversætter dette til: *”Til den ene side har man den ideale dom, som bygger på en rigtig anvendelse af retsreglerne på det fuldt oplyste faktum, hvor bevisbyrderegler ikke finder anvendelse, og på den anden side har man retsplejens falliterklæring, som indeholdes i en judiciel anvendelse af en bevisbyrderegel, som fortæller dommeren hvilken af parterne manglen på bevis skal gå ud over”.*

Målsætningen er derfor ifølge teorien, at der bliver så få tilfælde af tvivl så muligt, og dermed også så få tilfælde af anvendelse af bevisbyrderegler som muligt. For når en dommer anvender en bevisbyrderegel, forudsætter dette, at faktum ikke er blevet afklaret. Da dette er en uønskværdig situation, jf. ovenfor, må bevisbyrdereglerne indrettes efter det formål, at sådanne situationer bør undgås. Bevisbyrdereglen bør derfor opfattes som en slags staf. Det afgørende i den forbindelse er ikke selve ”straffen” (noget andet lægges til grund for afgørelsen end det ønskede for parten), men selve påvirkningen af folks adfærd, for dermed at afværge en tvivlsituation<sup>38</sup>.

Tybjerg anerkender dermed behovet for brugen af bevisbyrderegler, at der kan opstå situationer, hvor der ikke kan føres fuldt bevis. Dannelsen af bevisbyrdereglerne, skal dog ske på baggrund af de ovenfor anførte synspunkter eller hensyn, som bør indgår i den judicielle dannelse af bevisbyrderegler indenfor specielle retsområder. Disse hensyn eller synspunkter bør støttes på udtrykkelige lovbestemmelser<sup>39</sup>.

Som en uddybelse til de allerede anførte hensyn (opfordringen til at sikre sig bevis, og at det kan være vanskeligt i visse situationer at sikre sig beviset), taler Tybjerg om mulighed for en bevisbegunstigelse eller bevislættelse på visse retsområder. Dette kan dog kun blive relevant hvis bevisførelsen er vanskelig på det pågældende retsområde, og dette skal ske med hensynstagen til faren for misbrug, som en bevislættelse vil kunne medføre<sup>40</sup>. Formålet med en bevisbegunstigelse er, at afpasse kravene til parternes bevisførelse med de muligheder de har for at føre bevis/sikre sig bevis<sup>41</sup>.

Som anført ovenfor, er det ikke kun parternes bevisadgang/sikring, der skal tages hensyn til, men også risikoen for misbrug. Dermed er misbrugsrisikoen det andet moment i hovedsynspunktet for bevisbyrdefordelingen. Faren for misbrug opstår i forbindelse med en bevislættelse, altså en sænkning af det krav, som sagsøgers bevisbyrde stiller til sagsøger, eller i forbindelse med en flytning af bevisbyrden over på sagsøgte.<sup>42</sup> Et eksempel på denne problemstilling kan være, at man fra lovgivers side gerne vil lette beviskravet i forbindelse med seksuel chikane, da bevissikring i sådan en situation kan være vanskelig for offeret, men dette vil ligeledes medføre risiko for misbrug hvis sagsøgte dermed ikke kan bevise sin uskyld.

Teorien giver ikke en løsning, på den ovenfor skitserede problemstilling<sup>43</sup>.

Teorien er efterfølgende blevet suppleret af forskellige forfatter, bl.a. Bernhard Gomard, som skriver at den opfordring der er til at sikre sig bevis, som undertiden følger af reglerne om bevisbyrdens fordeling, så vidt muligt bør rettes mod den, som har den letteste og naturligste adgang til at sikre sig beviset. Han tilføjer yderligere, at beviskravene for de forskellige retsfakta, må udformes ud fra de hensyn, som ligger til grund for retsreglens materielle indhold. Dette synspunkt fremhæves i de fleste fremstillinger af Tybjergs teori<sup>44</sup>. Synspunktet kommer til udtryk flere steder i den nuværende lovgivning, f.eks. fremgår det af lovgivnin-

<sup>38</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 29 ff.

<sup>39</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 449

<sup>40</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 452

<sup>41</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 454

<sup>42</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 458

<sup>43</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 458

<sup>44</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 31

gen/forarbejderne hertil, at visse grupper på arbejdsmarkedet skal have en vis beskyttelse, hvilket sker gennem en bevislættelse for arbejdstageren/søgeren på arbejdsmarkedet.

Tybjergs teori indeholder dermed to elementer: Dels en absolut angivelse af det sikkerhedsniveau, som den judicielle afgørelse skal træffes på grundlag af, dels en relativ opgavefordeling, dvs. en angivelse af, hvilken part der skal tilfredsstille dette sikkerhedsniveau gennem sin bevisførelse. Hertil kommer overvejelserne om bevisadgang og misbrug: Der foretages både en undersøgelse af bevisvanskelighederne, men også en vurdering af, hvor omfattende et bevis der må kræves af den pågældende part, for at man kan være rimelig sikker på, at materielt ikke-berettigede, ikke kan få gennemført deres krav. Bevisbyrden bliver dermed en angivelse af det minimum, som må være tilfredsstillet for at domstolene kan træffe en materiel rigtig beslutning, også selvom der ikke er ført fuldt bevis. Om dette anfører Tybjerg: *"at basere en retsafgørelse på en bevisbyrde-regel, er at anerkende, at der træffes en afgørelse uden tilstrækkelig vished om det faktiske grundlag"*<sup>45</sup>.

På trods af det ovenfor anførte, er Tybjerg modstander af, at anvende bevisbyrde-regler som påvirkningsmidler til opnåelse af et bestemt materielt resultat, f.eks. kan debtors bevisbyrde for betaling opfattes som udtryk for det samfundsmæssige ønske i, at et skyldforhold opfyldes, selvom dette kan indebære at debitor kommer til at betale to gange<sup>46</sup>. Eller at en arbejdsgiver kan risikere at blive dømt for sexchikane, selvom denne er uskyldig.

Tybjergs teori må derfor betegnes som praktisk relevant og da der findes eksempler på hans synspunkter flere steder i lovgivningen. Afslutningsvis kan nævnes, at ifølge Zahle, er Tybjergs teori den bredeste danske bevisretlige teori i dette århundrede, og den har haft væsentlig betydning for dansk retspraksis<sup>47</sup>.

### 2.6.2 Sandsynlighedsteorien

I modsætning til Tybjergs teori, er der navnlig i norsk-svensk retsteori opstillet en teori, som betegnes sandsynlighedsteorien. Nedenfor vil sandsynlighedsteorien blive gennemgået med udgangspunkt i W.E von Eybens og Henrik Zahles fremlægning. Kritikken af teorien vil blive inddraget i fremstillingen, og vil blive taget til efterretning i afsnittets sidste del.

Bevisbyrdebegrebet har en mere nuanceret definition i sandsynlighedsteorien og Henrik Zahle taler i denne forbindelse om en "omfortolkning af bevisbyrde-reglerne"<sup>48</sup>. Ifølge denne teori er det muligt at ansætte ethvert faktum til en sandsynlighedsgrad på en skala mellem 0 til 1. Henrik Zahle mener dog, at sandsynlighedsteoriens forventning om, at det principielt er muligt at ansætte ethvert faktum til en sandsynlighedsgrad på en skala fra 0-1, ikke stemmer overens med praksis<sup>49</sup>. Hvis en debitor hævder at have betalt sin gæld, og har bevisbyrden herfor, hvor stort et sandsynlighedskrav bør der stilles til bevisførelsen for, at betalingen er sket – 0,8?, 0,95? Sandsynlighedsteorien omtolker bevisretten således, at alle bevisretlige termer bliver ækvivalente med sandsynlighedsudtryk, også bevisbyrde-reglerne<sup>50</sup>. Selvom kritikken er berettiget, kan teorien bidrage til at fremme forståelse for bevisbyrde-reglerne og brugen af disse. I følgende afsnit uddybes sandsynlighedsteoriens bevisbyrdebegreb.

Ifølge sandsynlighedsteorien bliver bevisbyrden til en regel om, på hvilket punkt af sandsynlighedsskalaen dikotomiseringspunktet skal ligge. Punktet for dikotomiseringen angiver adskillelsen mellem tilfælde hvor retten f.eks. lægger til grund at debitor har betalt eller at debitor ikke har betalt. Hvis dikotomiseringspunktet

<sup>45</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 462

<sup>46</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 458

<sup>47</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 464

<sup>48</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 251

<sup>49</sup> Zahle, Bevisret Oversigt, 1994, s. 33

<sup>50</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 266

tet er 0,5, er sandsynligheden for, at f.eks. debitor har betalt lige så stor, som sandsynligheden for at debitor ikke har betalt. Såfremt dikotomiseringspunktet ikke er placeret på 0,5, angiver dette, at der kræves en større sandsynlighed for det af den ene part hævdede, end der kræves for det af den anden part hævdede, dvs. den part hvis påstand skal være mere sandsynlig end 0,5, bærer bevisbyrden<sup>51</sup>. Først fastsættes dikotomiseringspunktet (bevisbyrden). Placeringen af punktet afhænger af de pågældende beviskrav i sagen og disse kan f.eks. afklares gennem forarbejderne til loven, hensynene bag bestemmelserne og selve ordlyden i de pågældende materielle bestemmelser. Dette kan angive den grad af sandsynlighed, som der kræves for at retten anser retsfaktum for værende bevist.

I eksemplet med den manglende betaling af gælds brevet, vil dikotomiseringspunktet ligge relativt højt på skalaen, da det gældende beviskrav for betaling af et gælds brev, må være godtgjort med en høj grad af sandsynlighed<sup>52</sup>. Efter at dikotomiseringspunktet er placeret på skalaen, skal sagens enkelte retsfaktum bedømmes (rettens bevisvurdering). Bevisvurderingen resulterer i en konstatering af, hvilken sandsynlighed der er for det enkelte faktum, f.eks. den kvittering debitor har fremlagt som bevis for at betaling er sket. Denne konstaterede sandsynlighed kan udtrykkes som et punkt på sandsynlighedsskalaen, dvs. et tal mellem 0 og 1, som angiver sandsynligheden for det pågældende retsfaktum. Hvis punktet for den konstaterede sandsynlighed ligger til venstre for dikotomiseringspunktet, skal retsfaktum forkastes, og modsat antages, hvis punktet for den konstaterede sandsynlighed ligger til højre for dikotomiseringspunktet<sup>53</sup>. Hvis kvitteringen fremstår ægte vil den få en relativ høj placering på skalaen (f.eks. 0,8), og hvis dikotomiseringspunktet ligger på 0,7, vil kvitteringen blive lagt til grund for afgørelsen, og debitor vil vinde sagen. Han vil dermed have løftet sin bevisbyrde, medmindre at kreditor som modsvar, fremlægger dokumentation for, at debtors kvittering f.eks. er falsk. I så fald vil sandsynligheden for at debitor har betalt være lille, og punktet for sandsynligheden vil ryge ned på skalaen, f.eks. ende på 0,3, dvs. kreditor vil vinde sagen hvis debitor ikke kan fremlægge yderligere bevis end den falske kvittering.

At punktet for sandsynligheden af det relevante retsfaktum kan flytte sig undervejs i sagen, hænger sammen med den ægte contra falske bevisbyrde/ bevisførelsespligten. Når punktet flytter sig, er dette et resultat af, et fremført bevis bestyrker sandsynligheden af et givent retsfaktum. Når punktet flytter sig til ene parts fordel, f.eks. debitor, fordi denne har fremlagt en kvittering på betalingen, vil dette medføre, at kreditor bærer bevisførelsespligten. For nu ligger punktet for sandsynligheden af det relevante retsfaktum (er gælds brevet betalt eller ej), til højre for dikotomiseringspunktet, og hvis ikke kreditor fremlægger yderligere bevis, vil dette retsfaktum blive lagt til grund for afgørelsen, og debitor vil dermed formentlig få medhold i sin påstand<sup>54</sup>.

Den konstaterede sandsynlighed for betaling veksler afhængig af den foreliggende bevissituation, og når beviserne sammenholdes med det pågældende beviskrav – må den ene af parterne føre yderligere bevis for at få lagt sin påstand til grund (bevisførelsespligten/falsk bevisbyrde).

Ud fra eksemplet med debtors manglende betaling kan udledes, at den ægte bevisbyrde under hele sagen påhviler debitor, idet betaling kun antages såfremt der er en betydelig sandsynlighed for, at betaling er sket, mens den falske bevisbyrde veksler under vejs på baggrund af de fremlagte bevisdata<sup>55</sup>. Henrik Zahle skriver, at forholdet mellem den ægte og den falske bevisbyrde kompliceres ved, at der i domsbegrundelsen ofte henvises til den falske bevisbyrde på sådan en måde, at den vanskeligt kan adskilles fra den ægte bevisbyrde<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 252

<sup>52</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 259

<sup>53</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 252

<sup>54</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 259

<sup>55</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 264

<sup>56</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 260

På baggrunden af det ovenstående er spørgsmålet ifølge sandsynlighedsteorien, mere nuanceret end "hvem af parterne bærer bevisbyrden", og det er mere nærliggende at tale om, hvor stor en grad af sandsynlighed der kræves i den pågældende sag, for et retsfaktum kan antages at foreligge. Der må derfor i enhver sag tages stilling til, om den i sagen konstaterede sandsynlighed befinder sig til højre eller venstre for den gældende bevisbyrderegels sandsynlighedskrav. Mange faktorer har betydning for bevisbyrden, og sandsynlighedsteorien forsøger at illustrere sammenhængen mellem disse. Der er tale om en teori som har et empirisk udgangspunkt, hvor det ifølge Henrik Zahle, kan være vanskeligt at bruge teorien i praksis.

Yderligere et kritikpunkt er "*overvægtsprincippet*". Kritikken går på, at bevisbyrdepunktet fikseres som et bestemt punkt på skalaen, og at selv den mindste afvigelse i forhold til dette punkt, altså en overvægt til enten den ene eller den anden side, kan medføre at sagen bevismæssigt er afgjort. Dette på trods af, at der kun er 50,01 % sandsynlighed for et givent faktum, og dermed 49,99 % sandsynlighed for, at faktum ikke eksisterer. Dette anses for værende urimeligt, da domsresultatet således kan komme til at blive baseret på en meget ringe forskel i sandsynlighedsgraderne. Sat lidt på spidsten kan dette vel sammenlignes med, at man trækker lod om resultatet. Kritikken kan sammenfattes i følgende punkter<sup>57</sup>:

- Uden nærmere analyse opfattes den juridiske bevisbedømmelse som analog med en videnskabelig bedømmelse baseret på matematisk sandsynlighed (beviserne omtolkes til en sandsynlighedsgrad). Det kan hævdes at beviser som baserer sig på alkoholpromille, blodprøver, skrifttyper, skydetekniske undersøgelser osv., kan omregnes til en talmæssig sandsynlighed, men dette er ikke muligt i forbindelse med vurdering af parts- og vidneforklaringer. Ethvert forsøg på at fastsætte en persons troværdighed til blot nogenlunde sikre tal, er ikke muligt.
- Den sammenlægger med urette bevisbyrde- og bevisvurderingsproblemer. Denne kritik skal ses i sammenhæng med det ovenfor anførte punkt. Ved at omtolke bevisbyrden til et bestemt punkt på skalaen, være sig 0-punktet eller et andet sted på skalaen, kan man ikke nøjes med uendelig små forskelle i sandsynlighedsgraderne, jf. eksemplet med 50,01 % ctr. 49,99 %. Denne kritik er dog forsøgt anfægtet ved at anføre bevisbyrden som en strækning på skalaen og ikke et punkt<sup>58</sup>.
- Den indeholder ikke blot sandsynlighedsmomenter, men også normative momenter. Dette skal forstås som, at der undertiden fremsættes betragtninger, som går ud over sandsynlighedsfordringerne, da disse som nævnt indeholder normative momenter. Zahle giver et godt eksempel herpå: Ved debtors evt. manglende betaling pålægges bevisbyrden som hovedregel skyldneren, da sanktionstrykket mod debitor ellers ville blive for svagt – "*de skyldnere som forsømmer at skaffe sig kvittering, ofres på kreditors alter*"<sup>59</sup>. Eksemplet viser, at sandsynlighedsteorien ikke kun opererer med sandsynlighedsgrader, men ligeledes inddrager synspunkter, som nærmest er identiske med Tybjergs. Der er altså ikke tale om en ren sandsynlighedsteori.
- Der opstår særlige vanskeligheder, hvis der foreligger mere end to muligheder (contra eksemplet med debitor som enten har betalt, eller ikke har betalt). Her kan tænkes en sag vedrørende ejendomsretten til et jordstykke, hvor den ene støtter sin ret på hævde, den anden på tilskylningsadkomst, og den tredje på overdragelse fra tredjemand. I dette tilfælde vil man ikke kunne nøjes med et enkelt punkt på skalaen, hvilket vil gøre sandsynlighedsberegningerne endnu mere komplicerede.

Ses der bort fra den berettigede kritik, kan visse momenter af sandsynlighedsteorien bruges til at illustrere brugen af bevisbyrdereglerne i praksis. Dette vil blive uddybet i analysen.

---

<sup>57</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 33 ff.

<sup>58</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 36

<sup>59</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 36

### 2.6.3 Normativteorien

Denne teori<sup>60</sup> har en vis lighed med Tybjergs teori, og står i skarp modsætning til sandsynlighedsteorien. I følge teorien skal bevisbyrdeproblemerne løses normativt, idet der lægges afgørende vægt på, om der foreligger forsømmelse fra en parts side. Dette skal afgøres ud fra en objektiv vurdering af, hvad der kan forlanges af en almindelig fornuftig handlende person. Hermed får teorien lighed med den almindelige culperegulering og den vurdering som Tybjerg også anvender.

Forsømmelse kan være udvist ved bevisforberedelsen, formsikringen, bevisopbevaringen eller bevisførelsen. Parten skal altså forberede sig på at sikre bevis, og beviset skal være tilvejebragt på sådan en måde, at det kan benyttes under en retssag. Beviset skal ligeledes opbevares omhyggeligt og det skal fremføres på en forsvarlig måde. Teorien er dermed en videreførelse af ét af Tybjergs hovedsynspunkter: Opføringen til at sikre sig bevis. Dette synspunkt kan være relevant i visse sammenhænge, men det tager ikke højde for, at der kan være tale om en situation, hvor de omstændigheder som der skal føres bevis om, opstår på sådan en måde, at parterne ikke er forberedte herpå og derfor ikke har haft mulighed for at sikre sig bevis. Teorien kommer derfor til kort i de sager, hvor man ikke med rimelighed kan forvente, at en af parterne havde sikret sig bevis. Som et andet kritikpunkt kan næves en situation, hvor en part sikrer sig bevis som vedkommende skal ifølge teorien, men undlader at sikre sig bevis som taler imod hans påstand.

Den normative teori tager dermed afstand fra et systematisk begrebsapparat, og er udelukkende baseret på normative betragtninger.

### 2.6.4 Sammenfatning af teorier

Bevisbyrde regler er et kompliceret begreb, som indeholder mange momenter, og hver teori og dennes kritik, kan være med til at belyse dette emne<sup>61</sup>.

På baggrund af de ovenfor anførte teorier, kan der udledes nogle momenter, som kan have betydning for bevisbyrdebegrebet:

- Opfordring og anledning til at sikre sig bevis. Især hvis der i selve situationen var en opfordring eller anledning hertil.
- Sandsynligheden for et givent retsforhold. Selvom det praktisk taget er umuligt at angive en præcis sandsynlighedsgrad (udover f.eks. i faderskabssager eller i forbindelse med spirituskørsel), kan dette moment indgå i bevisvurdering.
- Formålet med de materielle regler må også sættes i relation til bevisproblemer på det pågældende retsområde. Forstået på den måde, at beviskrav må udformes ud fra de hensyn, som bærer retsreglernes materielle indhold. Dette gælder f.eks. for regler om *omvendt bevisbyrde*.

For at komme en forståelse af bevisbyrdebegrebet nærmere, og dermed opnå en bedre forståelse for teorien, er det nærliggende at se på lovgivningen og retspraksis. Dette vil blive undersøgt i det følgende.

## 3.0 Bevisbyrdebegrebet i forhold til ligebehandlingsprincippet

Efter en teoretisk gennemgang af bevisbyrdebegrebet og betydningen af bevisbyrde regler, vil der i dette afsnit blive taget udgangspunkt i de lovgivningsbaserede bevisbyrde regler indenfor ligebehandlingsområdet på arbejdsmarkedet. Fokus lægges på forskelsbehandlingslovens og ligebehandlingslovens bevisbyrdestemmelser.

I visse tilfælde er hovedregelen om ligefrem bevisbyrde fraveget, og der er indført *delt-* og *omvendt bevisbyrde*<sup>62</sup>. Dvs. at der i lovgivningen er angivet en bestemt fordeling af bevisbyrden indenfor en bestemt re-

---

<sup>60</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 38 ff.

<sup>61</sup> von Eyben, Bevis, 1986, s. 42 ff.

<sup>62</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, 2009, s. 402

gels anvendelsesområde (contra retspraksisbaseret bevisbyrde som ikke har hjemmel i lovgivningen). Hensigten med at kombinere en materiel og en bevismæssig regel er ofte, at øge den materielle regels effektivitet ved at gøre den anvendelig i tilfælde, hvor der ikke er ført fuldt bevis for de omstændigheder, som betinger den materielle regels anvendelse. Dette kan være angivet ved at en person skal "bevise", "oplyse" eller "godtgøre" et bestemt faktum. I disse formuleringer ligger, at den pågældende part har bevisbyrden for et bestemt faktum, eller at kravet til beviset for en bestemt kendsgerning har en vis betydelig størrelse<sup>63</sup>.

Henrik Zahle skriver i sin doktorafhandling, at der undertiden er formuleret en bevisbyrderregel i lovgivningen, som kan opfattes som en "falsk bevisbyrderregel", fordi det er en regel om en byrde til bevisførelse for en af parterne<sup>64</sup>. Yderligere skriver Henrik Zahle, at angivelse af en falsk bevisbyrde (bevisførelsespligt) direkte i lovgivningen, ikke blot kan være en anvisning af, hvilken part som skal føre bevis, men kan tillige angive et bedømmelsesgrundlag for dommeren<sup>65</sup>. Et eksempel herpå i lovgivningen, er delt- og omvendt bevisbyrde i en række love indenfor ligebehandlingsområdet på arbejdsmarkedet.

### 3.1 Delt bevisbyrde

Formuleringen som angiver delt bevisbyrde går igen i flere love, f.eks. forskelsbehandlingslovens § 7a og ligebehandlingslovens § 16a: *Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§..., påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.* Lovgiver har hermed angivet den grad af bevis som er tilstrækkelig for, at et givent retsfaktum antages at foreligge: *Arbejdstageren skal kunne påvise faktisk omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling.* Hvor meget der skal til for at påvise faktiske omstændigheder er op til rettens frie bevisbedømmelse, og kan blive forsøgt udledt af retspraksis.

Som et lidt karikeret eksempel på anvendelsen af delt-bevisbyrde, kan nævnes en ledig chauffør med anden etnisk baggrund end dansk, som har søgt en stilling som taxachauffør, og har fået afslag pr. mail, hvori der står, at virksomheden foretrækker danskere og at de derfor ikke kan tilbyde ham stillingen. Den forskelsbehandlede chauffør kan fremlægge e-mailen som bevis og dermed løfte sin bevisbyrde. Hvis ikke virksomheden kan bevise at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, vil retten lægge til grund, at der er udøvet forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingsloven.

I eksemplet med taxachaufføren er e-mailen et håndfast bevis, men ofte er det vanskeligt i ligebehandlings-sagerne at fremskaffe beviser mod arbejdsgiveren, f.eks. kunne arbejdsgiveren have begrundet afslaget med, at de foretrak en chauffør med mere erfaring, eller en opsigelsen af en gravid medarbejder kunne begrundes med økonomiske vanskeligheder. En e-mail hvori arbejdsgiveren begrunder afslaget med hans etnicitet, ville formentlig være nok til at løfte en ligefrem bevisbyrde, men hvis afslaget var begrundet med manglende erfaring, og den ledige chauffør havde 2 års mere erfaring end danskeren som blev ansat, ville dette måske ikke være nok til at løfte den ligefremme bevisbyrde. Fordi beviskravet til chaufføren er sænket, jf. forskelsbehandlingslovens § 7a, vil den foreliggende situation formentligt medføre en formodning for forskelsbehandling, og arbejdsgiveren skulle dermed forklare sig.

Reglen om det tilstrækkelige bevis bliver identisk med bevisbyrdereglen = *påviser faktiske omstændigheder som giver anledning til at formode at der er udøvet forskelsbehandling.* Bevisbyrdereglen angiver dermed en bestemt grænse for den nødvendige sandsynliggørelse<sup>66</sup>. Tilsvarende gælder for arbejdsgiverens bevisbyrde – *godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.*

<sup>63</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s. 579

<sup>64</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 261

<sup>65</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 263

<sup>66</sup> Zahle, Om Det Juridiske Bevis, 1976, s. 267

### 3.2 Omvendt bevisbyrde

Som et eksempel på omvendt bevisbyrde i forhold til ligebehandlingsprincippet på arbejdsmarkedet, kan nævnes ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. Her har lovgiver fastsat objektive kriterier for, hvornår hele bevisbyrden påhviler arbejdsgiveren (opsigelse af barslende og gravide i det tidsrum som er fastsat i lovgivningen). Efter bestemmelsen skal arbejdsgiveren *godtgøre*, at opsigelsen ikke er begrundet i graviditeten/barslen. Kravet til dette bevis afhænger af de materielle regler, hensynene bag disse, parternes mulighed for at sikre sig bevis og sagens omstændigheder i øvrigt osv. Nogle gange kan sandsynlighedsovervægt, at et faktum anses for mere sandsynligt end et andet, være nok, mens det i andre tilfælde kræves en højere grad af sandsynlighed. Ordlyden i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, at arbejdsgiveren skal "godtgøre" at opsigelsen ikke skyldes graviditet/barsel, medfører formentlig, at der kræves en del mere end blot sandsynlighedsovervægt. Hvis det lykkes arbejdsgiveren at løfte bevisbyrden, f.eks. ved at fremlægge e-mailkorrespondance som viser, at beslutningen om at opsiges den kvindelig medarbejder, er taget lang tid før, at ledelsen får vished om graviditeten, vil dette medføre, at den kvindelige medarbejder får den falske bevisbyrde. Hvis ikke hun kan fremføre yderligere bevis som støtter hendes sag, vil e-mailene formentlig blive langt til grund for afgørelsen, og arbejdsgiveren få medhold. Bevisbyrden er ikke delt på samme måde som i f.eks. ligebehandlingslovens § 16a, men fremføres der relative håndfaste beviser fra arbejdsgiverens side, vil lønmodtageren få bevisførelsespligten.

### 4.0 Retspraksisbaserede bevisbyrderegler i dansk arbejdsret

Bevisbyrderegler kan både være lovgivningsbestemte og retspraksisbaserede. Som tidligere nævnt, er dansk rets almindelige bevisbyrderegler, at den som fremsætter et krav, også må kunne bestyrke at kravet består<sup>67</sup>. Denne hovedregel modificeres både af de lovgivningsbestemte og retspraksisbaserede bevisbyrderegler. Nedenfor vil nogle eksempler på retspraksisbaserede bevisbyrderegler indenfor dansk arbejdsret, med udgangspunkt i usaglig opsigelse, blive gennemgået. De relevante materielle regler i forhold til beskyttelsen mod usaglig afskedigelse er funktionærloven og de kollektive overenskomster<sup>68</sup>.

Hvis en lønmodtager hævder, at der er sket usaglig opsigelse, er det efter hovedreglen, lønmodtageren som har bevisbyrden for de omstændigheder, som giver ham krav på genansættelse eller godtgørelse. Dette udgangspunkt modificeres dog i praksis af bevisbyrdereglernes natur: For at befri sig fra mistanken om, at der ligger usaglige kriterier bag opsigelsen, må arbejdsgiveren indledningsvist kunne redegøre for sine motiver bag opsigelsen, hvis medarbejderens påstand om usaglig afskedigelse ikke åbenlyst savner grundlag. Når arbejdsgiveren har afgivet sin begrundelse, må beviskravet stilles til den af parterne, for hvem det er lettest eller mest naturligt, at sikre sig bevis for de omstændigheder, som der påberåbes i sagen<sup>69</sup>. I denne forbindelse er det relevant at se på selve opsigelsesgrunden. Hvis arbejdsgiveren påberåber sig arbejdsmangel, virksomhedens økonomi, eller andre grunde som relaterer sig til virksomhedens forhold, er det også nærliggende, at det er arbejdsgiveren som skal kunne fremføre bevis for disse forhold. I relation til dette skriver Jørgen Rønnow Bruun, at en sandsynliggørelse ofte vil være tilstrækkelig (f.eks. fremlæggelse af regnskab som viser underskud), da domstolene utvivlsomt føler sig begrænset af manglende indsigt i forhold til virksomhedsdrift<sup>70</sup>. Hvis de fremførte grunde for opsigelsen vedrører medarbejderens forhold, f.eks. manglende samarbejdsevne, dårlig arbejdsinstans og lign., må arbejdsgiveren komme med de oplysninger, som han besidder for at belyse forholdet. Hvis disse oplysninger virker troværdige og overbevisen-

<sup>67</sup> Bruun, Usaglig Afskedigelse – en håndbog, 2006, s. 68

<sup>68</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 924

<sup>69</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 925

<sup>70</sup> Bruun, Usaglig Afskedigelse, 1996, s. 69

de, må medarbejderen herefter sandsynliggøre, at det fremførte ikke er rigtigt. Bevisbyrden kan dermed forskyde sig til medarbejderen<sup>71</sup>.

Selve styrken af bevisbyrden, altså kravene til beviset, afhænger af omstændighederne i den pågældende sag. F.eks. vil kravene til arbejdsgiverens bevisbyrde blive væsentligt skærpet, hvis der er tale om opsigelse af en medarbejder med længerevarende anciennitet. Jo længere anciennitet, jo større krav stilles der til dette bevis. Hvis meget lang anciennitet, vil der være omvendt bevisbyrde for arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren skal kunne bevise at det ikke var muligt fortsat at tilbyde ansættelse<sup>72</sup>. Hvis stillingen genbesættes kort tid efter opsigelsen og opsigelsen var begrundet med arbejdsmangel eller økonomiske problemer, vil dette ligeledes medføre omvendt bevisbyrde for arbejdsgiveren<sup>73</sup>.

Andre eksempler på områder hvor der har dannet sig en retspraksisbaserede bevisbyrderegler er f.eks. i forbindelse med afgivelse af advarsel. En opsigelse af f.eks. en funktionær, begrundet i medarbejderens forhold, vil som altovervejende hovedregel, kun kunne være saglig hvis der afgivet en eller flere advarsler forinden. Bevisbyrden for, at der er givet advarsel og hvilket indhold advarslen har haft, påhviler arbejdsgiveren, jf. AN 103/1982, hvori det hedder: *”Det kan ikke ved de afgivne forklaringer anses for tilstrækkeligt bevist, at A under samtalen med afdelingsleder B i marts 1982 har fået en advarsel om, at han ville blive afskediget, hvis han fortsat havde et stort fravær pga. sygdom”*<sup>74</sup>. Dette falder i tråd med de generelle betragtninger som er skitseret i starten af afsnittet – det er mest nærliggende at placere bevisbyrden hos den part, som havde anledning til og mulighed for, at sikre sig bevis. Derudover skal bevisbyrderegler ses i sammenhæng med de materielle regler som er relevante for den pågældende sag, og bør så vidt muligt støtte hensynene bag disse. På baggrund af dette hensyn er det derfor også mest nærliggende at placere bevisbyrden på arbejdsgiveren, hvis der er mistanke om usaglig opsigelse<sup>75</sup>.

Et andet moment, som har fået betydning for bevisbyrdens placering, er proportionalitet og afhjælpning. Retspraksis viser, at overvejelser angående afskedigelsens rimelighed i forhold til de store følger, den får for arbejdstageren, kan have en betydning. Dette skal sammenholdes med det arbejdsgiveren opnår ved afskedigelse, samt mulighederne for, at kunne afklare problemerne gennem foranstaltninger, som er mindre indgribende for arbejdstageren, f.eks. omplacering<sup>76</sup>. Som et eksempel på dette hensyn, kan nævnes AN 3/1 2007 – en afskedigelse pga. upassende opførsel var uberettiget, da denne var uforholdsmæssig i forhold til arbejdstagerens anciennitet på 26 år.

De ovenforstående retspraksisbaserede angivelser af bevisbyrden, indeholder momenter af Tybjergs teori og den normative teori, f.eks. lægges der vægt på, hvilken part der har lettest ved at sikre sig bevis.

## 5.0 EU-ret

Bevisbyrderegler er som regel baseret på national ret, men på ligebehandlingsområdet er bevisbyrdereglerne i høj grad reguleret af EU-direktiver<sup>77</sup>. Det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv, det etniske ligebehandlingsdirektiv og beskæftigelsesdirektivet foreskriver, at medlemsstaterne skal sikre, at der er delt bevisbyrde i sager om forskelsbehandling, når de kriterier som er anført i direktiverne er opfyldte<sup>78</sup>. Ordlyden af de pågældende direktivers artikler om delt bevisbyrde, er identisk med den valgte formulering i den dan-

<sup>71</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 926

<sup>72</sup> Bruun, Usaglig Afskedigelse, 1996, s. 70

<sup>73</sup> Bruun, Usaglig Afskedigelse, 1996, s. 70

<sup>74</sup> Bruun, Usaglig Afskedigelse, 1996, s. 76

<sup>75</sup> Christensen og Rammeskov, Den Civile Retspleje, 2010, s. 468

<sup>76</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 939 ff.

<sup>77</sup> Nielsen og Roseberry, Dansk Arbejdsret, 2008, s. 83

<sup>78</sup> Nielsen og Roseberry, Dansk Arbejdsret, 2008, s. 349



ske lovgivning, hvilket gør en gennemgang af disse mindre relevant. Derimod er EU-Domstolens retspraksis et væsentligt fortolkningsbidrag til hvordan reglerne skal anvendes i praksis, og i en række principielle afgørelser har Domstolen på visse områder, endda skærpet arbejdsgiverens bevisbyrde<sup>79</sup>. Nedenfor vil de relevante direktiver for ligebehandlingsloven og forskelsbehandlingsloven kort blive gennemgået, og efterfølgende afsnit vil omhandle relevant retspraksis fra EU-domstolen ang. fortolkningen og betydningen af de bevisbyrde-regler som er angivet i direktiverne.

## 5.1 Forskelsbehandling på grundlag af køn

Formålet med bevisbyrdedirektivet fra 1997<sup>80</sup> var, at sikre større effektivitet i de foranstaltninger, medlemslandene traf i forhold til ligebehandlingsprincippet. Indførelsen af delt bevisbyrde skulle gøre det nemmere for lønmodtageren at få medhold<sup>81</sup>. Implementeringen af bevisbyrdedirektivet i dansk lovgivning medførte bl.a. indførelse af delt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16a i 2001. Direktivet blev i 2006 afløst af det omarbejdede ligebehandlingsdirektiv art.19<sup>82</sup>, som foreskriver delt bevisbyrde i de situationer, som er omhandlet i art. 141 EF (efter Lissabon-Traktatens ikrafttræden art. 157/EUF), ligelønsdirektivet<sup>83</sup>, ligebehandlingsdirektivet<sup>84</sup>, graviditetsdirektivet<sup>85</sup> og forældreorlovsdirektivet<sup>86</sup> (de to sidstnævnte direktiver er kun omfattet i det omfang, hvor der er tale om forskelsbehandling pga. køn). Da ordlyden i bevisbyrdedirektivet art. 4 er enslydende med ligebehandlingsdirektivets art. 19, fik implementeringen af det omarbejdede ligebehandlingsdirektiv ingen betydning for bevisbyrde-reglerne<sup>87</sup>.

Det omarbejdede ligebehandlingsdirektiv art. 19 og bevisbyrdedirektivets art. 4<sup>88</sup>: *"Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retssystemer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at når personer, der betragter sig som krænket, fordi ligebehandlingsprincippet ikke er anvendt over for dem, over for en domstol eller en anden kompetent myndighed påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket"*.

Bevisbyrdedirektivet eller det omarbejdede ligebehandlingsdirektiv giver ingen eksempler på, hvad der menes med *faktiske omstændigheder*<sup>89</sup>.

Det er op til domstolene at fastlægge den bevismæssige validitet af lønmodtageren bevisdata, med hensynstagen til, at formålet med direktivet er, at forskyde bevisbyrden mellem lønmodtager og arbejdsgiver<sup>90</sup>.

## 5.2 Forskelsbehandling på grundlag af andre forhold end køn

Inden implementeringen af det etniske ligebehandlingsdirektiv<sup>91</sup> og beskæftigelsesdirektivet<sup>92</sup>, indeholdt forskelsbehandlingsloven ingen regler om bevisbyrde, undtagen forhold som vedrørte løn. Begge direktiver foreskrev delt bevisbyrde i hhv. art. 8 og art. 10, og ved gennemførelsen af det etniske ligebehandlingsdi-

---

<sup>79</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 171

<sup>80</sup> 97/80/EF

<sup>81</sup> U2001B.291

<sup>82</sup> 2006/54/EØF

<sup>83</sup> 75/117/EØF

<sup>84</sup> 76/207/EØF

<sup>85</sup> 92/85/EØF

<sup>86</sup> 96/34/EF

<sup>87</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 169

<sup>88</sup> Den Europæiske Unions tidende, 5. juli 2006, Direktiv 2006/54/EF

<sup>89</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 797

<sup>90</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 170

<sup>91</sup> 2000/43/EF

<sup>92</sup> 2000/78/EF

rektiv, blev § 7a indsat i forskelsbehandlingsloven i april 2004<sup>93</sup>. Formålet med direktiverne er at sikre effektivitet i forhold til de underliggende rettigheder (forbud mod forskelsbehandling på baggrund af etnicitet, alder, seksualitet mm.)<sup>94</sup>.

Hverken direktivet om etnisk ligebehandling, beskæftigelsesdirektivet eller bevisbyrdedirektivet giver eksempler på, hvad der kan anses for, at være *faktiske omstændigheder*<sup>95</sup>. Det er derfor nødvendigt at se nærmere på EU-Domstolens fortolkning af bevisbyrdereglerne.

### 5.3 EU retspraksis

I Jørgensen-sagen<sup>96</sup> lagde Domstolen vægt på behovet for gennemskuelighed, som skulle gøre det muligt at udøve effektiv kontrol med, at ligebehandlingsprincippet ikke blev krænket. Dette kunne kun opnås, hvis der forelå gennemskuelighed omkring hvert enkelt aspekt omkring ligebehandlingsprincippet. En helheds-vurdering af alle elementer under ét, ville ikke være tilstrækkelig, fordi dette kunne medføre, at bevisbyrdereglen angående indirekte forskelsbehandling på baggrund af køn, ville blive illusorisk<sup>97</sup>.

I Bilka-sagen<sup>98</sup> fastlagde EU-domstolen en treleddet test vedrørende indirekte forskelsbehandling. EU-domstolen har efterfølgende henvist til dommen i en række sager. Indirekte forskelsbehandling kan retfærdiggøres hvis der forfølges et lovligt formål og de anvendte midler er egnede og nødvendige for at nå målet. Testen indebærer at en arbejdsgiver, som benytter sig af kriterier som rammer skævt, skal bevise at 1. det valgte kriterium forfølger et lovligt formål, 2. at det er nødvendigt for at nå dette mål, og 3. at der er rimelig proportion mellem mål og middel. EU-domstolen opstiller således kriterier for, hvornår arbejdsgiveren kan retfærdiggøre kønsskæve kriterier<sup>99</sup>.

I Draehmpaehl-sagen<sup>100</sup> understregede Domstolen, at det er arbejdsgiveren som må fremføre beviser for, at der ikke er udøvet forskelsbehandling i forbindelse med ansættelse, da det er arbejdsgiveren som har de relevante informationer. Arbejdsgiveren skal kunne bevise, at ansøgeren ikke ville have fået den ledige stilling, selvom der ikke var udøvet forskelsbehandling<sup>101</sup>.

I Feryn-sagen<sup>102</sup> havde en arbejdsgiver offentligt erklæret ikke at ville ansætte marokkanere. I forhold til bevisbyrden udtalte EU-Domstolen, at det faktum at en arbejdsgiver offentligt erklærer ikke at ville ansætte medarbejdere, der har en bestemt etnisk eller racemæssige oprindelse, er tilstrækkelig til at skabe en for-modning for, at der foreligger en direkte diskriminerende ansættelsespolitik. Det påhviler derefter arbejdsgiveren at bevise at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet tilsidesat, f.eks. ved at godtgøre at erklæringen ikke stemmer overens med den faktiske ansættelsesprocedure.

I Danfoss-sagen<sup>103</sup> blev arbejdsgiveren pålagt bevisbyrden for, at et uigennemskueligt lønfastsættelsessystem, ikke var et udtryk for en kønsdiskriminerende lønpolitik<sup>104</sup>.

---

<sup>93</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 1, 2008, s. 128

<sup>94</sup> Nielsen og Roseberry, Dansk Arbejdsret, 2008, s. 349-350

<sup>95</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 797

<sup>96</sup> Sag C-226/98, Saml. 2000 I-2447

<sup>97</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 171

<sup>98</sup> Sag 170/84, saml 1986 s. 1607

<sup>99</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 1, 2005, s. 60

<sup>100</sup> Sag C-180/95, Saml. 1997 I-2195

<sup>101</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 171

<sup>102</sup> C-54/07

<sup>103</sup> Sag 109/88, Saml. 1989 s.3199

<sup>104</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 2, 2010, s. 171

## 6.0 Dansk lovgivning

Nedenfor vil ligebehandlingslovens og forskelsbehandlingslovens bestemmelser angående bevisbyrden blive gennemgået.

### 6.1 Forskelsbehandlingsloven

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. trådte i kraft d. 1.7.1996<sup>105</sup>. Loven indeholdt på daværende tidspunkt ingen bestemmelser vedrørende bevisbyrde. I forbindelse med implementering af det etniske ligebehandlingsdirektiv blev delt bevisbyrde indført i april 2004<sup>106</sup>. Ved indførelsen af § 7a svarede reglerne på det bevismæssige område, til det som allerede var gældende indenfor kønsdiskriminationsområdet.<sup>107</sup> Det skal i den forbindelse nævnes, at intet tyder på, at bestemmelsen skal være mere vidtgående end den tilsvarende bestemmelse i f.eks. ligebehandlingsloven, jf. forarbejderne til § 7a<sup>108</sup>. Gennemgang af udvalgte domme under analyse-delen viser, at det modsatte nærmest er tilfældet.

I forarbejderne til lovændringen af forskelsbehandlingsloven, gives der ikke eksempler på, hvad der menes med *faktiske omstændigheder, som vil kunne give anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling*. I bemærkningerne til lovforslaget, er der henvist til, at en nærmere forståelse af begrebet *faktiske omstændigheder*, vil komme til at afhænge af retspraksis, jf. princippet om den frie bevisbedømmelse<sup>109</sup>.

For at kunne fastlægge det nærmere indhold af § 7a, vil de tre hovedelementer i bestemmelsen blive gennemgået nedenfor<sup>110</sup>. De tre hovedelementer findes ved at dele bestemmelsen op i tre led, i overensstemmelse med ordlyden:

- 1. Faktiske omstændigheder:** Medarbejderen/ansøgeren har bevisbyrden for, at vedkommende er omfattet af et eller flere af lovens beskyttelseskriterier. Det vil generelt være en forudsætning for påberåbelse af f.eks. beskyttelseskriteriet politisk overbevisning, at arbejdsgiveren i et vist omfang har viden om medarbejderens politiske tilhørssted. Det er ikke et krav, at den pågældende direkte har fortalt om dette til arbejdsgiveren, men hvis medarbejderen har deltaget i diskussioner eller drøftelser på arbejdspladsen og i den forbindelse kommet med tilkendegivelser, som ikke har efterladt tvivl om vedkommendes politiske tilhørssted, vil dette formentlig være nok. I forhold til religion er det nok, at ansøgeren f.eks. kommer til jobsamtalen iført en beklædningsdel som signalerer en bestemt trosretning. Navn, fysisk fremtoning og accent, vil ligeledes være nok til at kunne påvise arbejdsgiverens viden om ansøgerens/medarbejders etnicitet. Fysisk fremtoning kan ligeledes have betydning i forbindelse med handicap. Sagsøger skal altså kunne bevise, at arbejdsgiveren har haft viden om, at vedkommende har været omfattet af et eller flere af beskyttelseskriterierne. Det skal understreges, at det fra medarbejderens/ansøgerens side ikke er tilstrækkeligt blot at påvise, at arbejdsgiveren har viden om vedkommendes seksualitet, etnicitet osv. For at kunne *påvise faktiske omstændigheder*, skal medarbejderen/ansøgeren yderligere kunne dokumentere, at arbejdsgiveren har foretaget en handling eller undladelse som relaterer sig til et eller flere af beskyttelseskriterierne<sup>111</sup>. Kravet til dette bevis er ikke højt.
- 2. Formodning om forskelsbehandling:** Hvis medarbejderen kan bevise, at vedkommende er omfattet af loven jf. ovenfor, skal medarbejderen derudover kunne bevise, at de faktiske omstændigheder

<sup>105</sup> Lov nr.459 af 12. juni 1996

<sup>106</sup> Andersen m.fl., Ligestillingslovene, bind 1, 2008, s. 27

<sup>107</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s.797

<sup>108</sup> Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011, s. 155

<sup>109</sup> Frederiksen og Krarup, Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, 2008, s.154

<sup>110</sup> Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011, s. 152 ff.

<sup>111</sup> Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011, s. 153

medfører en formodning om, at der fra arbejdsgiverens side er udøvet forskelsbehandling. Ved en påstand om direkte forskelsbehandling vil formodningen ofte automatisk være opnået samtidig med påvisning af de faktiske omstændigheder, fordi forskelsbehandlingen er så tydelig, at det ikke er nødvendigt med yderligere bevis for at skabe en formodning for forskelsbehandling. Et eksempel på dette kan være en e-mail, hvori ansøgeren får et afslag begrundet i sin alder, jf. U.2012.890H<sup>112</sup>. Derimod kan det være sværere at løfte bevisbyrden for, at en tilsyneladende neutral praksis eller bestemmelse, udgør indirekte forskelsbehandling. Det er f.eks. ikke nok at en ældre medarbejder gør gældende, at vedkommende er blevet opsagt i strid med loven, i forbindelse med en nedskæringsrunde. Han skal også kunne sandsynliggøre, at der ved udvælgelsen er blevet lagt vægt på hans alder.

- 3. Krænkelse af ligebehandlingsprincippet:** Hvis medarbejderen/ansøgeren formår at løfte sin del af bevisbyrden, jf. ovenfor, pålægges bevisbyrden arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren skal hermed kunne godtgøre, at den givne handling eller undladelse, ikke har udgjort en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven. Det må antages, at den bevisbyrde som pålægges arbejdsgiveren, er identisk med den bevisbyrde, der gælder ved opsigelse af medarbejdere, som er gravide, på barsel eller som er ved at adoptere eller har adopteret, jf. ligebehandlingsloven § 9. Dette fremgår af forarbejderne<sup>113</sup> til forskelsbehandlingsloven: ” *Tilsvarende bevisbyrdebestemmelser... f.eks. i lov om ligebehandling af mænd og kvinder*”. Den bestemmelse som der henvises til, er ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, som dikterer omvendt bevisbyrde, i de ovenfor nævnte opsigelsessituationer. Derfor må der formentlig gælde, at såfremt medarbejderen først har løftet sin del af bevisbyrden, og dermed sandsynliggjort, at der har fundet forskelsbehandling sted, skal arbejdsgiveren løfte en meget tungere bevisbyrde for, at der ikke er sket overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

### 6.1.1 Eksempler fra retspraksis

Domstolene angiver ikke altid systematikken i § 7a i afgørelserne og hvilket gør det vanskeligt at se, hvornår bevisbyrden er gået fra arbejdstager til arbejdsgiver. Nogle domme er tydelige i deres bevisbyrdevurdering, mens andre nærmere er et udtryk for en samlet vurdering af sagens faktiske omstændigheder, hvor den delte bevisbyrde regel holdes i mente<sup>114</sup>. Nedenfor vil udvalgte domme, som kan illustrere brugen af § 7a, kort blive omtalt.

En stor del af de sager, hvor arbejdsgiveren bliver frifundet for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, drejer sig om opsigelser på grund af nedskæringer<sup>115</sup>. De to domme fra SØ- og Handelsretten er eksempler på domstolenes tilbageholdenhed i forhold til virksomhedens skøn i forbindelse med nedskæringer:

SØ- og Handelsrettens dom af 22. november 2007:

Retten kunne ikke tilsidesætte at, virksomheden pga. arbejdsmangel måtte foretage besparelser gennem en reduktion af medarbejderstaben.

Medarbejderen var på opsigelsestidspunktet 62 år og havde 33 års anciennitet. Det måtte på baggrund af vidnernes forklaringer, sammenholdt med de foreliggende notater antages, at virksomheden havde problemer med medarbejderens effektivitet og hans samarbejdsevner.

Retten fandt, at det var godtgjort, at opsigelsen, hverken helt eller delvist skyldes alder. Virksomheden kunne ud fra saglige hensyn fastlægge, hvorledes reduktionen af medarbejderstaben skulle gennemføres.

SØ- og Handelsrettens dom af 10. juli 2008:

---

<sup>112</sup> Gennemgås under analyse-afsnittet

<sup>113</sup> FT 2003-04, Tillæg A, s. 1221

<sup>114</sup> Greisen, Forskelsbehandlingsloven, 2008, s. 91

<sup>115</sup> Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011. s.157ff

Retten fandt, at virksomheden havde godtgjort, at der forelå særdeles alvorlige økonomiske problemer i virksomheden. En reduktion af medarbejderstaben var dermed påkrævet. Den ældste medarbejder, blev opsagt som den første, og efter bevisførelsen lagde retten til grund, at virksomheden havde foretaget en individuel vurdering af de ansattes kvalifikationer i forhold til de opgaver, der skulle løses.

Det kan ikke ses i præmisserne, at Sø- og Handelsretten har foretaget en systematisk gennemgang af de tre hovedelementer i § 7a i de to ovenfor nævnte domme. Dommene kan dog tages til udtryk for, at medarbejderne har formået at påvise faktiske omstændigheder (høj alder og lang anciennitet), men ikke har formået at skabe en formodning for, at der er udøvet ulovlig forskelsbehandling. Baggrunden herfor er, arbejdsgiverens modbevis (økonomiske vanskeligheder), gjorde det vanskeligt for medarbejderen at løfte sin del af bevisbyrden. Medarbejderen fik dermed den falske bevisbyrde/bevisførelsespligten – hvis vedkommende ikke fremkom med yderligere bevis, ville retten lægge nogle andre forhold til grund for afgørelsen, og medarbejderen vil dermed tabe<sup>116</sup>.

En anden dom, som illustrerer det skøn som gives virksomheden, er U2010.1415H:

Sagen omhandlede en virksomhed, der opsagde en hollandsk medarbejder i forbindelse med lukningen af en afdeling, der betjente det engelske marked. En anden medarbejder fra samme afdeling, blev ikke opsagt fordi vedkommende talte flydende dansk og derfor kunne foretage telefonsalg overfor danske kunder.

Højesteret benyttede sig ikke af den ovenfor nævnte systematik, men anvendte lovens forarbejder som argument for afgørelsens udfald. Det lykkedes arbejdsgiveren, at overbevise Højesteret om, at sprogkravet var objektivt begrundet i et sagligt formål og dermed ikke udgjorde en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Dommen er mere et udtryk for en saglighedsvurdering vedrørende indirekte forskelsbehandling, end en systematisk gennemgang af § 7a<sup>117</sup>. Dommen viser, at arbejdsgiveren har et forholdsvist frit skøn, når der skal opsiges medarbejdere i forbindelse med nedskæringer. Dommen vil blive yderligere gennemgået under analyse-afsnittet.

En anden dom, hvor Højesteret fokuserer på spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger ulovlig indirekte forskelsbehandling og ikke kommer ind på selve systematikken i § 7a, er U2005.1265H: Højesteret lagde vægt på forarbejderne til loven, som angiver, at der ikke foreligger ulovlig indirekte forskelsbehandling, hvis de regler, der medfører forskelsbehandlingen, er objektivt begrundet i hensynet til arbejdets udførelse. Som eksempel på lovlig indirekte forskelsbehandling nævnes, at det er tilladt at kræve, at de ansatte bærer uniform eller en bestemt beklædning, hvis dette er en del af virksomhedens præsentation udadtil, og hvis dette er et konsekvent krav. Højesteret fandt, at der ikke forelå ulovlig forskelsbehandling, jf. forarbejderne til forskelsbehandlingsloven.

En dom som tydeligt viser systematikken i § 7a er U2012.890H: Sagen drejede sig om en 55-årig ansøger til en ledig stilling hos en kommune, som begrundede afslaget med, at de stod overfor et generationsskifte, idet de havde mange ældre medarbejdere. Højesteret fandt, at begrundelsen for afslaget, var en faktisk omstændighed som gav anledning til at formode, at der var udøvet indirekte forskelsbehandling. På baggrund af vidneforklaringer lykkedes det kommunen at løfte bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet overtrådt, da der var blevet lagt meget vægt på ansøgernes personlige kvalifikationer. Dommen er et klart eksempel på anvendelsen af fremgangsmåden i § 7a. Dommen gennemgås yderligere under analyse-afsnittet.

U2010.1748V: En handicappet advokatsekretær blev opsagt med den begrundelse, at hun ikke formåede at udføre sine arbejdsopgaver tilfredsstillende. Landsretten anførte, at arbejdsgiveren ikke havde godtgjort, at medarbejderens konkrete behov, var tilstrækkeligt imødekommet.

---

<sup>116</sup>Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011, s 158

<sup>117</sup>Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011, s. 158

Dommen viser, at domstolenes bevisvurdering i de sager som omhandler forskelsbehandling af handicappede, primært fokuserer på tredje led – arbejdsgiverens bevis for, at ligebehandlingsprincippet ikke er krænket.

Selvom begrundelserne i de ovenfor nævnte domme, kun i et vist omfang angiver systematikken i § 7a, må det lægges til grund, at metoden anvendes af de danske domstole. I takt med, at der bliver afsagt flere og flere domme efter forskelsbehandlingsloven, vil det nærmere indhold af bevisbyrderegelen formentlig også blive fastlagt. Det må i den forbindelse nævnes, at der stadig er "gråzoner" indenfor de tre hovedelementer i bevisbyrdereglen<sup>118</sup>.

## 6.2 Ligebehandlingsloven

I 1980'erne dannede der sig en formodning for, at afskedigelse af gravide/barslende kvinder, var begrundet i graviditeten eller barslen, medmindre arbejdsgiveren kunne fremføre bevis for, at afskedigelsen netop ikke var begrundet i dette. Arbejdsgiveren fik derved reelt bevisbyrden for, at afskedigelsen er begrundet i andre forhold. Omvendt bevisbyrde, § 16, stk. 4, blev formelt indført i ligebehandlingsloven i 1989<sup>119</sup>. Delt bevisbyrde blev indført i 2001<sup>120</sup>.

### 6.2.1 Ligebehandlingslovens § 16 a

Betydningen af indførelsen af delt bevisbyrde, er blevet behandlet langt mere indgående i forarbejderne til den i 2001 gennemførte ændring af ligebehandlingsloven, end i forarbejderne til forskelsbehandlingslovens § 7a<sup>121</sup>. Dette hænger sammen med, at indførelsen af delt bevisbyrde i ligebehandlingsloven, medførte en ophedet politisk debat om det nærmere indhold af bevisbyrden og betydningen af denne, særligt i sager om sexchikane. Dette skyldes frygt for, at en medarbejders beskyldninger om f.eks. sexchikane, ville medføre godtgørelse efter loven, fordi det ville blive meget vanskeligt for arbejdsgiveren kunne bevise sin uskyld.

I den forbindelse blev Den Danske Dommerforening anmodet om, at fremkomme med sine bemærkninger til det fremsendte lovforslag<sup>122</sup>. Dommerforeningen anførte at en ændring af bevisbyrden, ikke ville medføre en ændring af retspraksis, da det måtte antages, at domstolene allerede brugte reglen om delt bevisbyrde, på baggrund af retspraksis fra EU-domstolen. Ifølge Dommerforeningen var betydningen af den delte bevisbyrde, at den krænkede skulle bevise, at der forelå faktiske omstændigheder, som i almindelighed måtte anses for en krænkelse, medens det herefter var den krænkende, der skulle godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket. Dommerforeningen tilføjede: *"Efter Foreningens opfattelse bør denne praksis af retssikkerhedsmæssige grunde navnlig i disse sager fastholdes. Da den foreslåede formulering ikke synes dækkende for denne deling af bevisbyrden, finder Foreningen, at lovteksten bør ændres for eksempel således, at ordet "fremfører" erstattes af "godtgør".*

Dommerforeningen støttede dermed ikke ordvalget i lovforslaget angående arbejdstagerens bevisbyrde. Dette blev begrundet med et ønske om en videreførelse af gældende retspraksis, hvilket ifølge foreningen, kun kunne ske med en ændring af lovteksten, jf. *"da den foreslåede formulering ikke synes dækkende for denne deling af bevisbyrden"*. Ordet *denne* må være en henvisning til ovenforstående linje ang. retspraksis.

<sup>118</sup> Hartmann og Schwarz, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 2011, s. 163

<sup>119</sup> Hasselbalch, Dansk Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 771

<sup>120</sup> Hasselbalch, Dansk Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 772

<sup>121</sup> Frederiksen og Krarup, Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer, 2008, s.

155

<sup>122</sup> Brev af 3. maj 2001 fra Den Danske Dommerforening til Arbejdsministeriet. Sag nr. 643-00005, dok.nr. 423

På baggrund af Dommerforeningens svar, blev der efterfølgende fremsat et ændringsforlag i en betænkning afgivet af Arbejdsmarkedsudvalgets flertal<sup>123</sup>. Ændringen gik ud på at ændre ordlyden i lovforslaget fra at lønmodtageren skulle "fremføre faktiske omstændigheder", til at lønmodtageren skulle "påvise faktiske omstændigheder". Ændringsforslaget havde til formål at understrege, at der ikke var tilsigtet nogen ændringer i forhold til allerede gældende retspraksis. Det var efter retspraksis ikke tilstrækkeligt, at den formodet krænkede person, påstod eller gjorde gældende, at der forelå faktiske omstændigheder. Dette måtte tillige underbygges med f.eks. skriftligt bevismateriale, vidneforklaringer el. lign. Formålet med at ændre ordet til "påviser" var at tydeliggøre denne forståelse af lovteksten. Dommerforeningen erklærede sig enige i brugen af "påviser".

### 6.2.2 Ligebehandlingslovens § 16, stk. 4

Sker der opsigelse under graviditeten eller afholdelse af barsel, pålægges arbejdsgiveren hele bevisbyrden. Formålet med omvendt bevisbyrde er, at skærpe ansvaret for arbejdsgiveren<sup>124</sup>.

Bevisbyrde reglen gælder, uanset om arbejdsgiveren er blevet bekendt med graviditeten, men manglende viden om graviditeten, vil være et centralt moment i bedømmelsen af, om arbejdsgiveren kan løfte sin bevisbyrde. Formålet med omvendt bevisbyrde er, at fritage lønmodtageren for at skulle bevise, at graviditeten har haft betydning for afskedigelsen, og det er derfor arbejdsgiveren som skal løfte bevisbyrden for, at denne ikke var klar over graviditeten. En bevisbyrde som kan være tung at løfte, jf. U2004.2701H og Højesterets dom af 30. marts 2011.

Beskyttelsesperioden efter § 16, stk. 4 slutter når arbejdstageren vender tilbage fra orlov uden at have ret til yderligere fravær. Beskyttelsesperioden kan forlænges, hvis beslutningen om afskedigelse er truffet indenfor perioden, jf. retspraksis, bl.a. U1993.782V. Det er således som udgangspunkt ikke afgørende hvornår arbejdstageren modtager meddelelsen som afskedigelsen. Det afgørende er, hvornår den bevisligt er truffet.

## 7.0 Metode og valg af empirisk materiale

I dette afsnit redegøres der for, hvilke metodiske overvejelser der ligger til grund for gennemførelsen af analyseafsnittet.

Ordlyden af bevisbyrdebestemmelserne, forarbejderne til de pågældende love og den juridiske litteratur på området, som blev gennemgået under teorien, vil i det følgende afsnit, blive suppleret med en dybdegående gennemgang af udvalgte domme for opnåelse af en mere indgående forståelse for reglernes brug i praksis.

Ifølge Ole Hasselbalch giver hverken dansk retspraksis eller retspraksis fra EU-Domstolen, en udtømmende vejledning i, hvornår der er påvist faktiske omstændigheder som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling. Hasselbalch tilføjer yderligere, at det op til domstolens frie bevisbedømmelse at fastlægge bevisværdien af det, som sagsøger fremfører i sagen, med hensynstagen til, at lovgivers intention om at forskyde bevisbyrden mellem de to parter<sup>125</sup>.

Det må på den baggrund antages, at en generel gennemgang af retspraksis, ikke vil kunne give en udtømmende vejledning i, hvordan den delte bevisbyrde konkret benyttes i praksis, og en anden tilgang til retspraksis bør derfor findes.

<sup>123</sup> Betænkning afgivet af Arbejdsmarkedsudvalget d. 16. maj 2001

<sup>124</sup> Von Eyben, Bevis, 1986, s. 25

<sup>125</sup> Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, bind 2, 2009, s. 797

I en række sager vedrørende overtrædelse af ligebehandlingsloven, er udfaldet blevet forskelligt i hhv. ligebehandlingsnævnet, byret, landsret og Højesteret, som til sidst har fastlagt retspraksis. Årsagen til de forskellige resultater er dommernes bevisvurdering og brugen af bevisbyrden. Dette på trods af, at der i den juridiske litteratur står skrevet, at bevisvurderingen og dermed brugen af bevisbyrdereglerne, burde være ens og uafhængig af den pågældende dommers personlige holdning: *Den enkelte dommers personlige meninger og holdninger bør så vidt muligt ikke påvirke indholdet af afgørelsen, heller ikke den del som vedrører beviset. Det samme bevis bør derfor så vidt muligt blive vurderet ens, uafhængig af dommer eller instans*<sup>126</sup>.

Forskellen i bevisvurderingen og brugen af bevisbyrdereglerne i de pågældende domme<sup>127</sup>, giver forhåbentlig en bedre forståelse for bevisbyrdereglerne, da man i samme sag, får vist forskellige tilgange til bevisbyrdeproblematikken. Det empiriske materiale vil derfor være et udvalg af domme, hvor Højesteret bruger bevisbyrdereglerne anderledes end de andre instanser. Især Højesteretsbrug af bevisbyrdereglerne, vil blive gennemgået indgående. De to udvalgte domme vedrører brugen af hhv. ligebehandlingslovens §§ 16a og 16, stk. 4.

Vedrørende overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, findes der kun et begrænset antal Højesteretsdomme. En gennemgang af Højesterets retspraksis viser, at instansernes bevisvurdering og brug af § 7a er ens, men sammenlignet med retternes bevisvurdering i forhold til overtrædelse af ligebehandlingsloven, ophører ligheden. Ordlyden af ligebehandlingslovens § 16a og forskelsbehandlingslovens § 7a er ens, og store forskelle i beviskravet til hhv. arbejdstager og arbejdsgiver er derfor en problemstilling, som begrundet en nærmere undersøgelse. To domme som illustrerer brugen af § 7a, er udvalgt. Disse vil blive sammenlignet med en Højesteretsdomme angående overtrædelse af ligebehandlingsloven.

Afgørelserne i deres fulde længde, findes under *bilag (se indholdsfortegnelsen)*.

## 8.0 Analyse

Denne del af opgaven, vil tage udgangspunkt i udvalgte domme. Udvælgelsen af dommene er gennemgået i afsnittet ovenfor. Nedenfor vil systematikken i analyse-afsnittet, blive gennemgået.

Dommernes bevisvurdering analyseres, instans for instans, med særlig fokus på Højesterets brug af bevisbyrdereglen. De nedenfor skitserede spørgsmål vil blive forsøgt besvaret ved gennemgangen af alle afgørelserne, hvilket vil medføre, at alle afgørelserne analyseres ens, hvormed der skabes en rød tråd i analysen.

- Hvilken bevisvurdering foretages der i de forskellige instanser?
- Hvad lægger Højesteret afgørende vægt på ved bevisvurderingen?
- Hvad kan der udledes af Højesterets retspraksis?

Den første sag som vil blive analyseret, er Højesterets dom af 30. marts 2011, som illustrerer brugen af ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. Højesteret ender med at stadfæste ligebehandlingsnævnets afgørelse og dermed gå imod byretten og landsretten, som valgte at frifinde arbejdsgiveren.

Den anden sag som vil blive analyseret er U2012.511H, som omhandler brugen af ligebehandlingslovens § 16a. Sagen viser hvor forskellig bevisvurderingen er, ikke kun mellem domstolene, men også de enkelte dommere. Både landsret og Højesteret deler sig.

---

<sup>126</sup> Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 2007, s. 566

<sup>127</sup> Højesterets dom af 30. marts 2011 og U2012.511H



De to sidste sager som vil blive gennemgået, U2010.1415H og 2012.890H, omhandler brugen af forskelsbehandlingsloven § 7a. Disse to domme vil blive sammenlignet med U2012.511H.

Sagerne gennemgås instans for instans med udgangspunkt i teorien. Efter hver sag anføres en delkonklusion. Afslutningsvist anføres en samlet konklusion.

### **8.1 Højesterets dom af 3. marts 2011**

Nedenfor vil Højesterets dom af 3. marts 2011 blive gennemgået. Først en kortfattet objektiv sagsfremstilling, og dernæst en mere indgående analyse af de forskellige instansers bevisvurdering, med fokus på brugen af bevisbyrderegelen. Til sidst gives en samlet analyse af hele sagen med inddragelse af de juridiske teorier. Fokus lægges på Højesterets afgørelse.

#### **Sagsfremstilling**

En kvindelig salgskonsulent var ansat under Nordjyllands amt. 5 revalideringscentre delte udgifterne til hendes løn.

Kommunalreformen, som trådte i kræft 01.01.07, medførte nedlæggelse af amterne, hvilket betød at kvindens stilling blev flyttet til Aalborg kommune. Kvinden havde forinden kommunalreformen modtaget et tillæg til sin kontrakt, hvorfra det fremgik, at arbejdsopgaverne skulle være de samme efter reformen som før kommunalreformen, men at hendes opgaver efter reformen kun ville omfatte ét af centrene. Kort tid efter modtagelsen af tillægget til kontrakten, opdagede kvinden, at hun var gravid.

Under afholdelsen af barselsorloven, blev kvinden afskediget med begrundelsen, at hendes arbejdsopgaver ville forsvinde som følge af kommunalreformen.

#### **Ligebehandlingsnævnets afgørelse, j.nr. 2007-6294**

Ved behandlingen i Ligebehandlingsnævnet gjorde kvinden gældende, at opsigelsen ikke skyldtes de 4 revideringscentres udtræden af samarbejdet i forbindelse med kommunalreformen, men skyldtes hendes graviditet/barsel. Som bevis for dette, anførte kvinden, at hendes ansættelse ved det pågældende revideringscenter, ikke var betinget af samarbejdet med de øvrige 4 revideringscentre, og at dette fremgik af tillægget til hendes kontrakt, som hun modtog d.12. juni (hun blev først klar over sin graviditet slutningen af juni). Hun gjorde tillige gældende, at kommunen ikke havde gjort tilstrækkeligt for omplacering til anden passende stilling i kommunen.

Kommunen gjorde gældende, at opsigelsen var sagligt begrundet i driftmæssige forhold. Som argument for dette, anførte kommunen, at kvindes arbejdsopgaver bortfaldt, da revalideringscentrene besluttede sig for at opsigte samarbejdet om en fælles salgskonsulent. 4/5 af finansieringen til hendes løn forsvandt hermed.

Kommunen anførte yderligere, at der blev gjort tilstrækkeligt i forhold til forsøg på omplacering, til en anden passende stilling. Da der fandtes personer, som var bedre egnede til de ledige stillinger end kvinden, var det dermed ikke rimeligt at omplacere kvinden til en af disse. Der førtes ikke yderligere bevis fra kommunens side, end det ovenfor skitserede.

Nævnet besluttede, at arbejdsgiveren ikke havde løftet sin bevisbyrde efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. Som begrundelse herfor, udtalte nævnet, at vægten blev lagt på tillægget til kvindes kontrakt. Nævnet fandt dermed ikke de driftmæssige ændringer for værende tilstrækkeligt et grundlag for opsigelsen. Kommunens omplaceringsbestrebelse blev ikke nævnt.

#### **Aalborg Byrets afgørelse**<sup>128</sup>

Byrettens behandling af sagen var mere omfattende end Ligebehandlingsnævnets. Parterne kom bl.a. med supplerende forklaringer og kvinden fremlagde et referat fra et møde to dage efter hun blev sygemeldt. I

<sup>128</sup> Afsagt dom af Retten i Aalborg d. 26. juni 2009

referatet stor der bl.a.: ” *salgskonsulenten er gravid og i den forbindelse p.t. sygemeldt*”. Derudover fremlagde kvinden en liste over samtlige ledige stillinger, der var opslået ved kommunen i perioden 11.05.06 til 23.08.07. Listen omfattede 69 stillinger, herunder 29 sekretær- og assistentstillinger. Kvindes bevisførelse var rettet mod, at få byretten overbevist om, at kommunens omplaceringsbestræbelser var utilstrækkelige.

Kommunen havde i deres bevisførelse både fokus på det driftmæssige aspekt af opsigelsen, og ligesom for kvindes bevisførelse, blev fokus ligeledes rettet mod, det ubestridte faktum, at kvinden ikke blev omplaceret, men opsagt. Flere medarbejder i ledende stillinger indtog vidneskranken og fremførte detaljerede forklaringer omhandlende deres bestræbelser på omplacering.

Bevisførelsen fra begge parter, gav indtryk af, at svaret på netop dette spørgsmål, hvorvidt kommunen havde gjort nok for omplacering, var ensbetydende med dommens afgørelse. Omplaceringsbestræbelserne blev nærmest et bevis for selve sagligheden af opsigelsen.

Retten fandt at opsigelsen af kvinden var saglig begrundet i bortfaldet af samarbejdet mellem de 5 revideringscentre. Finansieringsgrundlaget for kvindens stilling var dermed forsvundet. Derudover lagde retten til grund, at kommunen havde gjort tilstrækkeligt, for at få A omplaceret. I den forbindelse, udtalte retten, at kommunen i samme periode, skulle skære drastisk i antallet af kontoransatte, og at A's kvalifikationer ikke umiddelbart rettede sig mod anden ansættelse. Dette synspunkt uddybes ikke yderligere af retten.

#### **Vestre Landsrets dom**<sup>129</sup>

Landsretten delte sig vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgiveren havde løftet sin bevisbyrde. To landsretsdommere valgte, af de grunde som byretten havde anført, at stadfæste byrettens afgørelse.

Dommerne tilføjede: ”*Den omstændighed, at --- i perioden fra september 2006 til maj 2007 ikke kontaktede A, kan ikke efter vores opfattelse føre til andet resultat*”.

Dommerne uddybede ikke hvorfor dette bevisdata ikke fandtes relevant for afgørelsen. Fordi landsrettens flertal henviste til byrettens begrundelse, må det antages, at de ligeledes lagde vægt på de uomtvistelige omstændigheder, som blev anført af byretten: Kommunalreformens ikrafttræden og dermed bortfaldet af finansiering til A's stilling, plus kommunens nødvendige reducere af kontorpersonele i perioden.

Disse omstændigheder måtte have virket så overbevisende på landsrettens flertal, at kvindens påstand om manglende ihærdighed for at få hende omplaceret/opsigelsen skyldtes hendes graviditet/barsel, ikke havde været overbevisende nok.

Resultatet vidner om en vis margin for arbejdsgiveren, hvis denne kan påvise objektive faktorer som kan berettigge opsigelse, f.eks. økonomiske vanskeligheder og strukturelle ændringer, dog sammenholdt med beviser på tilstrækkelige omplaceringsbestræbelser. Resultatet blev ikke yderligere uddybet.

Mindretallets bevisvurdering blev derimod mere indgående forklaret. Landsretsdommeren Kurt Rasmussen startede med at udtale, at der af kommunen var ført bevis for, at A's stilling skulle nedlægges som følge af, at samarbejdet mellem de 5 jobcentre ophørte. Endvidere fandt han det for bevist, at det ikke var muligt at omplacere A til en af de få ledige administrative stillinger. På baggrund af den indledning, ville det være nærliggende at tro, at han ligesom flertallet, mente at arbejdsgiveren havde løftet sin bevisbyrde. For de ovenfor nævnte omstændigheder er saglige, og ville kunne begrunde frifindelse af arbejdsgiveren, ligesom det skete i byretten og af flertallet i landsretten. Mindretallet nåede dog frem til, at arbejdsgiveren ikke havde løftet sin bevisbyrde.

Forskellen mellem flertallets og mindretallets bevisvurdering vedrører arbejdsgiverens beviskrav. Hvor høj grad af sandsynlighed kræves der for, at det kan lægges til grund, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, jf. ordvalget *godtgør*.

---

<sup>129</sup> Afsagt d. 9. februar 2010 af Vestre Landsrets 6. afdeling.

Kan arbejdsgiverens bevisdata skabe en høj nok grad af sandsynlighed for, at opsigelsen ikke skyldes graviditeten/barslen? Dette er et vanskeligt spørgsmål, hvilket også ses på, at landsrettens mindretal, trods indledningen, ikke fandt at arbejdsgiveren havde løftet sin bevisbyrde. Dette uddybes nedenfor, ved at undersøge den bevisvurdering, hhv. flertal og mindretal foretager, nærmere. For bedre at kunne illustrere rettens bevisvurdering bringes et citat fra teorien:

*”Ved bevisdata eller bevisfakta forstås det materiale som forelægges for retten, for at denne kan danne sig en mening om, hvorvidt det fremlagte bevisdata eller bevisfakta, er **relevant for afgørelsens faktiske forhold, bevistemaet**. Retten når frem til bevistemaet ved en bevisbedømmelse eller bevisvurdering af det pågældende bevisdata eller bevisfakta. Dette sker ved at retten sammenholder **forskellige og muligvis modstridende bevisfakta** og vejer dem op mod hinanden, og dermed finder frem til de bevisfakta som vil blive lagt til grund for afgørelsen. **De bevisdata som lægges til grund for afgørelsen som et bevist faktum, er bevistemaet**<sup>130</sup>”.*

Det fremgår af citatet ovenfor, at bevisdataet ikke nødvendigvis behøves at være modstridende. Det er især denne betragtning som er interessant i forhold til sagen. For parterne var ikke uenige om det faktum, at 4 centre udtrådte af samarbejdet, at de 20 andre tiloversblevne medarbejdere blev omplaceret, eller at A modtog et tillæg til sin kontrakt hvori der stod, at hun skulle fortsætte med at arbejde for Aalborg kommune efter sammenlægningen. Der var således enighed om en lang række bevisdata. Sagen drejede sig derfor om bevisdataets relevans for sagens afgørelse - hvilken tyngde skulle det enkelte bevisdata tillægges? Det er her, flertallet og mindretallet foretager forskellige bevisvurderinger. I den forbindelse er det påfaldende, at definitionen på bevistemaet er - *bevisdata som lægges til grund for afgørelsen som et bevist faktum*. For det er vel næppe rigtigt, at trække parallellen: Bevist faktum = bevistema. Det beviste faktum skal ligeledes være relevant for sagens afgørelse, hvis dette skal være en del af bevistemaet. Både flertallets og mindretallets præmisser understøtter denne betragtning, f.eks. udtalte landsretsdommer Kurt Rasmussens, at han fandt det bevist, at de 4 centre skulle udtræde af samarbejdet og at A ikke var kvalificeret til de to administrative stillinger, flertallet udtalte: *”Efter bevisførelsen finder vi således, at det ikke ville have ændret på resultatet, såfremt A var blevet kontaktet af --- i den nævnte periode”*.

Flertallets citat viser, at et bevist faktum (A er ikke blevet kontaktet i den pågældende periode), ifølge deres bevisvurdering, ingen betydning har for sagens afgørelse. Det er mere vanskeligt, at vurdere mindretallets udtalelse. Enten fandt mindretallet ikke de nævnte bevisdata i indledningen relevante for afgørelsen, eller, var de relevante, men havde ikke nok tyngde i forhold til andre bevisdata, som ligeledes var beviste (f.eks. tillægget til kvindes kontrakt). Dette blev ikke forklaret i dommen.

Forskellen i dommernes bevisvurdering omhandler bevisdata' relevans, og hvilken betydning bevisdataet skal tillægges.

Som ovenfor anført, anså mindretallet en række bevisdata for værende bevist, men ikke værende nok til, at arbejdsgiveren havde *godtgjort*, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Mindretallet udtalte i denne forbindelse:

- A var den eneste ud af ca. 20 medarbejdere, hvor det ikke lykkedes at finde en løsning på en arbejdsplads med 20.000 ansatte.
- Kommunen kontaktede ikke A i perioden fra sommeren 2006 indtil maj 2007, for at sikre, at de havde de rette informationer om hendes kvalifikationer
- Der havde i kommunen været flere ledige stillinger som enten sekreter eller jobkonsulent.
- En af stillingerne skulle tiltrædes relativt hurtigt og helst uden oplæring, jf. kommunens vidne. Til dette udtalte mindretallet: *”Jeg kan derfor ikke befri mig for tanken om, at det i denne situation –*

---

<sup>130</sup> Fra afsnittet De bevisretlige terminologier under teorien, s. 6

*for den lokale chef – har betydet noget, at A ikke kunne tiltræde hurtigt som følge af sin barselsorlov og muligt også ville have behov for omskoling.”*

Summen af disse bevisdata medførte, at kommunens anførte økonomiske og strukturelle grunde, ikke var tungvejende nok til at løfte bevisbyrden. Om selve bevisbyrden anførte mindretallet: *”Da det utvivlsomt er kommunen, der skal bevise, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditet eller barselsorlov, finder jeg under de angivne omstændigheder, at kommunen ikke har løftet den efter retspraksis **strengt bevisbyrde.**”*

De ovenfor skitserede bevisdata, som mindretallet lagde vægt på i sin bevisvurdering, gjorde det ualmindeligt svært for arbejdsgiveren at løfte sin bevisbyrde. For selvom det var arbejdsgiveren som havde bevisbyrden, fremsatte kvinden ligeledes bevisdata som støttede hendes påstand. Hendes bevisdata gjorde det vanskeligt for arbejdsgiveren at godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Havde hun ikke anført, at alle andre overtallige medarbejdere var blevet omplaceret, at der ingen kommunikation havde været mellem dem, at Aalborg kommune er en stor arbejdsplads hvor det burde være muligt at finde en ledig stilling til hende osv., havde disse bevisdata ikke tyngt arbejdsgiverens bevisbyrde, og arbejdsgiveren havde måske fået medhold. At kravet til arbejdsgiverens bevisbyrde kan afhænge af de fremførte bevisdata, uddybes nedenfor.

Flertallet nævnte ikke, de af mindretallet anførte bevisdata, hvilket må forstås som, at de ikke anså dem for værende af betydning for afgørelsen/bevistemaet. Mindretallet og flertallet foretog således to forskellige bevisvurderinger: Mindretallet valgte at inddrage flere bevisdata i bevistemaet end flertallet, jf. afgørelsernes præmisser. Da disse bevisdata støttede kvindes sag, medførte det, at arbejdsgiveren ikke kunne løfte sin bevisbyrde. Flertallets bevistema indeholdt ikke de af kvinden anførte bevisdata, hvilket resulterede i, at arbejdsgiveren kunne løfte sin bevisbyrde.

Forskellen i hhv. mindretallets og flertallets bevistema skyldes dermed dommernes bevisvurdering – hvad dommerne anser for værende relevant og hvilken tyngde det relevante bevisdata skal tillægges. Mindretallet valgte som sagt, at inddrage kvindes bevisdata i bevistemaet, og arbejdsgiverens argumenter begyndte dermed at smuldre. Man fristes til at sige, at mindretallets afgørelse er mere nuanceret end flertallets, da der inddrages flere bevisdata i bevistemaet og disse opvejes mod hinanden, jf. mindretallets præmisser. Det fremgår ikke af flertallets præmisser, at kvindes bevisdata er blevet inddraget i ligeså høj grad. Dette giver indtryk af en snæver afgørelse, som udelukkende fokuserede på arbejdsgiverens argumenter om, at økonomiske og strukturelle ændringer havde nødvendiggjort opsigelse af kvinden. *Hvilke grunde anfører arbejdsgiveren for opsigelsen? Disse er saglige og bevist = frifindelse.*

### **Højesterets dom**

I Højesterets dom af onsdag d.30 marts 2011 startede kvinden med at anføre, at det faktum, at fire centre valgte at udtræde af samarbejdet, ikke udgjorde tilstrækkelig bevis for, at nedlæggelsen af hendes stilling var uden forbindelse med graviditeten/barselen.

Aalborg kommune lagde vægten på de driftmæssige grunde for opsigelsen og bestred ikke, at der fandtes en pligt for arbejdsgiveren, at undersøge muligheden for omplacering til en anden passende stilling. De fremlagde omfattende bevisdata, som skulle overbevise Højesteret om, at ingen af de ledige stillinger kunne besættes af A.

Indledningsvist anførte Højesteret, at det efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, jf. § 9, påhvilede Aalborg kommune at godtgøre, at afskedigelsen ikke – hverken direkte eller indirekte – var begrundet i A's fravær som følge af graviditet og barsel. Det stod dermed klart, at dommen blev baseret på bevisbyrdereglen.

Ligesom mindretallet i landsretten tiltrådte Højesteret, at Aalborg kommune havde godtgjort, at A's stilling blev nedlagt pga. samarbejdsophøret mellem de 5 revalideringscentre. Højesteret tilføjede: "Spørgsmålet er, om kommunen har godtgjort, at der ikke var nogen sammenhæng mellem hendes barselsorlov og det forhold, at hun ikke blev tilbudt omplacering, men i stedet blev afskediget".

Aalborg kommune kunne føre nok så mange vidner, som udtalte, at de holdt møder om situationen og at de var opmærksomme på, at A var kommet i klemme i forbindelse med kommunalreformen. Faktum var, at A ikke blev omplaceret, men det blev de 19 andre tiloversblevne medarbejdere på en arbejdsplads som har 20.000 ansatte. 19 medarbejdere hvoraf ingen var gravide eller på barsel. Dette bevisdata var formentlig det afgørende for Højesteret, suppleret med, at Højesteret ikke fandt det for bevist, at A ikke kunne bestribe en eneste af de ledige stillinger. Kommunen havde derudover ikke sikret sig relevante omlysninger om hendes kvalifikationer.

Flere bevisdata pegede i retning af, at graviditeten og det faktum, at A var væk fra sin arbejdsplads pga. barselen, havde haft betydning for, at hun som den eneste ikke blev omplaceret og dermed opsagt. Denne tvivl var nok til, at arbejdsgiveren ikke havde godtgjort, at graviditeten eller barslen hverken helt eller delvist havde haft betydning for opsigelsen. Hvis dette sammenholdes med kommunens bevisførelse/de saglige grunde som kommunen anførte, og som Højesteret fandt bevist (den strukturelle ændring som medførte nedlæggelsen af A's stilling), viser det, at Højesteret lægger en meget tung bevisbyrde på arbejdsgiveren - det var bevist, at nedlæggelsen af A's stilling ikke skyldes graviditeten, men at selve opsigelsen ikke skyldes graviditeten/barslen, ansås ikke for bevist, på trods af Aalborg Kommunes saglige argumenter. Saglige argumenter, som blev anset for værende tilstrækkelige af landsrettens flertal og byret.

Højesteret valgte ligesom mindretallet i landsretten, at inddrage kvindens bevisdata, hvilket medførte tvivl om arbejdsgiverens reelle grunde bag A's manglende omplacering og dermed opsigelse. A's stærke modbevis medførte formentlig, at beviskravet til arbejdsgiveren steg. Da arbejdsgiveren skal kunne godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, kan dette vanskeliggøres af stærke modbeviser, således at arbejdsgiveren til sidst ikke kan skabe en høj nok grad af sandsynlighed for, at opsigelsen var saglig.

### 8.1.1 Delkonklusion

Som gennemgangen af sagen viser, angik uenigheden mellem parterne, hvilke bevisdata der skulle anses for værende relevante for sagens udfald, og hvilken betydning de forskellige bevisdata skulle tillægges. Det er anført i teori-delen<sup>131</sup>, at kravene til styrken af bevisdataerne afhænger af omstændighederne i den pågældende sag. Overført til Højesterets dom af 30 marts. 2011, er omstændighederne således, at kvinden havde fremført så stærke bevisdata, at arbejdsgiveren ikke kunne *godtgøre*, at grundene bag opsigelsen, var saglige. Kvindens bevisdata såede nemlig tvivl om dette, hvilket medførte at bevisbyrden ikke blev løftet. Dette skyldes, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, ikke kun angiver hvem der bærer bevisbyrden, men tillige kravet til beviset – *godtgør*. Lovgivers valg af ordet *godtgør* indikerer et relativt højt krav til sandsynligheden for, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. I Højesteret (og af landsrettens mindretal) medførte kvindens bevisdata en skærpelse af beviskravet til arbejdsgiveren. Byretten og flertallet i landsretten tillagde ikke kvindens bevisdata nævneværdig betydning i deres bevisvurdering, og dermed blev arbejdsgiverens beviskrav ikke forhøjet.

Ser man på landsrettens mindretal og Højesterets afgørelse, får kvinden formentlig den falske bevisbyrde efter arbejdsgiverens bevisførelse, jf. udtalelsen om, at det var fundet bevist at nedlæggelsen af A's stilling skyldes kommunalreformen, og at denne betød bortfald af finansiering af A's løn. Det er som sagt saglige grunde, hvilket også virker overbevisende på byretten og flertallet i landsretten. Hvis kvinden ikke fremførte modbevis, havde Aalborg kommune formentlig fået medhold.

---

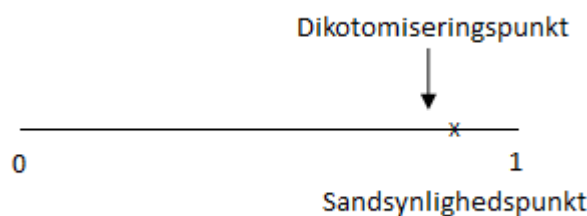
<sup>131</sup> Se afsnittet Bevisvurdering, s. 7

Gennemgangen af sagen viser, at sagen er afgjort på baggrund af en bevisbyrderegel og dennes angivelse af det pågældende bevisskrav. Der er nemlig ikke opnået juridisk vished omkring arbejdsgiverens reelle bevæggrunde. Der foreligger f.eks. ikke en e-mailudveksling mellem personalecheferne hvori der står, at A skal opsiges pga. sin graviditet. Denne betragtning falder i tråd med Tybjergs teori - at bevisbyrderegler kun skal anvendes i undtagelsestilfælde, dvs. i de sager, hvor der ikke er opnået juridisk vished i form af fuldt bevis eller meget tæt på.

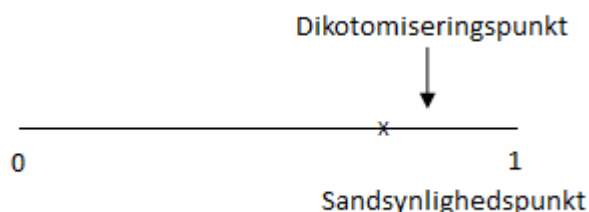
I sager hvor der ikke er opnået juridisk vished, kan sandsynligheden for et givent retsfaktum illustreres vha. sandsynlighedsteorien<sup>132</sup>. Dikotomiseringspunktet (bevisbyrden) angiver den grad af sandsynlighed som der kræves for at et retsfaktum anses for værende bevist. Jo højere dikotomiseringspunktet ligger på sandsynlighedsskalaen, jo højere er kravene til beviset. Dette uddybes i det følgende.

Sandsynlighedsteorien kan bruges, hvis det retsfaktum, som underlægges en undersøgelse, kun har to mulige løsninger. I dette tilfælde: Har arbejdsgiveren krænket ligebehandlingsprincippet eller ej? Sandsynlighedsteorien kan dermed anvendes til illustration af bevisbyrdereglen i sagen. Ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 angiver, som sagt, at arbejdsgiveren har bevisbyrden og at denne kan løftes, hvis arbejdsgiveren kan *godtgøre* at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Ordet *godtgør* = høj grad af sandsynlighed = dikotomiseringspunktet ligger relativt højt på skalaen. Præcist hvor højt, kan ikke angives, jf. kritikken i teori-delen (0,8 eller 0,85?). Teorien kan dog bruges til at illustrere brugen af bevisbyrdereglerne, selvom et præcist punkt ikke kan angives.

Efter at dikotomiseringspunktet er blevet placeret på skalaen, skal sagens retsfaktum bedømmes gennem rettens bevisvurdering. Bevisvurderingen resulterer i en konstatering af, hvilken sandsynlighed der er for, at det pågældende retsfaktum foreligger. Denne sandsynlighed udtrykkes ligeledes som et punkt på sandsynlighedsskalaen (sandsynlighedspunktet). Hvis man udelukkende ser på arbejdsgiverens beviser, vil dette formentlig medføre en høj grad af sandsynlighed for, at opsigelsen ikke skyldtes graviditeten, da de anførte grunde i sig selv er saglige. Dette vil betyde, at sandsynlighedspunktet kommer til at ligge til højre for dikotomiseringspunktet og dermed vil arbejdsgiverens bevisbyrde være løftet.



Hvis kvinden fremlægger bevisdata, som retten anser for værende relevant, rykker sandsynlighedspunktet længere mod venstre, da sandsynligheden for, at ligebehandlingsprincippet er blevet krænket, formindskes. Hvilket resulterer i, at arbejdsgiveren ikke har løftet sin bevisbyrde, da sandsynlighedspunktet efter bevisførelsen ligger til venstre for dikotomiseringspunktet.



<sup>132</sup> Se afsnittet Sandsynlighedsteorien, s. 14

At punktet for sandsynligheden kan flytte sig undervejs, hænger sammen med den ovenfor skitserede bevisførelsespligt, eller også kaldet den falske bevisbyrde. Selvom bevisbyrden er placeret på arbejdsgiveren, jf. § 16, stk. 4, betyder det ikke, at kvinden undgår at fremlægge bevisdata, som støtter hendes sag. Illustrationen af sandsynlighedsteorien i forhold til revalideringscentersagen viser, at placering af bevisbyrden på en af parterne, ikke er ensbetydende med, at bevisbyrden ikke kan veksle (bevisførelsespligt for en af parterne, hvis vedkommende ikke vil tabe sagen).

I forhold til Tybjergs teori, er sandsynlighedsteorien i dette tilfælde bedre til at illustrere brugen af bevisbyrdereglerne, da den viser sammenhængen mellem bevisbyrden og de pågældende beviskrav. Teorien illustrerer ligeledes, at bevisbyrden kan veksle undervejs, afhængig af parternes bevisførelse.

## 8.2 U2012.511H

### **Sagsfremstilling**

A var ansat i en tidsbegrænset stilling som frisørassistent i et barselsvikariat. Efter vikariatets udløb blev A ikke tilbudt en fuldtidsstilling og sagen drejede sig om, hvorvidt A's graviditet havde haft betydning for arbejdsgiverens beslutning om, at stillingen skulle besættes af en anden. Sagen skulle derfor afgøres på baggrund af ligebehandlingslovens § 16a.

### **Byrettens afgørelse**

Retten i Slagelse dom af 13. december 2006 bygger næsten udelukkende på vidne- og partsforklaringer, hvilket gør det nødvendigt at skabe et overblik over de forskellige forklaringer. Disse vil kort blive skitseret nedenfor.

A gjorde gældende, at grunden til, at hun ikke blev tilbudt fortsat ansættelse, skyldtes det faktum, at hun var blevet gravid. Arbejdsgiveren B fortalte A, at hun ikke kunne fortsætte i salonen, da de var for mange ansatte. Ifølge A vidste B på dette tidspunkt, at hun var gravid. Kort tid efter blev B ansat som timelærer på frisørskolen og ansatte i den forbindelse D som sin stedfortræder. A anførte tillige, at B havde sagt til hende, at hvis hun ikke var blevet gravid, ville hun have satset på hende 100 %. A fortalte retten, at hun aldrig havde modtaget advarsler fra B, og at de opgaver som D skulle påtage sig, svarede i det væsentlige til de opgaver, som hun havde i salonen. Hun havde tit ansvaret for salonen, mens arbejdsgiveren B var på ferie.

Arbejdsgiveren gjorde gældende, at det hele tiden havde været planen, at A kun skulle være vikar, indtil K kom tilbage fra barsel. B forklarede yderligere, at efter hendes ansættelse som timelærer på frisørskolen, ansatte hun D, som skulle være hendes stedfortræder. De andre medarbejdere blev skuffede og sure da de hørte dette, men ifølge B kunne ingen af dem bestride stillingen, da de alle havde typiske medarbejderprofiler, som ikke passede til en lederstilling. Kort tid efter ansættelsen af D, sagde G og K op. B troede det skyldtes utilfredsheden med ansættelsen af D.

G havde som vidne forklaret, B skulle have sagt: *"Du kan da nok forstå, at jeg ikke kan satse på en gravid"*.

K havde som vidne forklaret, at B i forbindelse med A's sygdomsmeddelelse, havde udtalt: *"At det var også lige meget, for hun ville alligevel ikke ansætte hende fast, da hun var gravid"*. K fik ansættelse et andet sted, hvor G også var blevet ansat. Hun så A privat.

B gjorde gældende, at hun aldrig havde sagt, at den manglende forlængelse af A's vikariat, skyldtes hendes graviditet. Hun havde sagt til G, at A's ansættelse var tidsbegrænset, og at hun i øvrigt ikke var kvalificeret til at bestride D's stilling.

Retten lagde til grund, at der var tale om en tidsbegrænset ansættelse, som udløb. Retten lagde endvidere til grund, at D's stilling krævede nogle anderledes kvalifikationer, end dem som vikariatet havde krævet. B havde vurderede, at hverken A eller nogen af de andre ansatte, havde disse kvalifikationer. A var derfor i lighed med de andre ansatte, ikke tilbudt stillingen. Retten talte i den forbindelse om arbejdsgiverens skøn til at finde den person, som B ønskede skulle "tegne firmaet" i hendes fravær. De fandt dermed ikke den manglende ansættelse begrundet i A's graviditet.

Retten udtalte sig ikke om påstandene om, at B direkte skulle have sagt, at den manglende ansættelse skyldtes graviditeten. De lagde derimod vægt på B's forklaring omhandlende A's kvalifikationer i forhold til det påkrævede af en stedfortræder.

### **Landsrettens afgørelse**

Der blev i Østre Landsrets dom af 27. juni 2008 afgivet supplerende forklaringer.

A forsøgte at overbevise retten om, at hun kunne have bestridt stillingen som B's stedfortræder. F.eks. anførte hun, at hun tit havde passet salonen alene mens B var på ferie, og at hendes tidligere stilling var stedfortræder.

B forklarede, at laget var fyldt op på de tidspunkter, hvor A passede salonen alene. Hun havde derfor aldrig haft kontakt til leverandørerne. A's humør var meget svingende og en del kunder frabad sig at blive behandlet af A, på den baggrund. Hun turde ikke overlade salonen til A pga. for meget rod i hendes privatliv.

### **Landsrettens flertal**

Flertallet startede med at anføre, at efter bevisførelsen, herunder A's forklaring, som støttes af forklaringerne fra G og K, fandt retten det godtgjort, at B omkring tidspunktet for ansættelsen af D, fortalte, at hun ikke ønskede at fastansætte A pga. hendes graviditet. A havde dermed påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at grunden til hun ikke blev tilbudt stillingen som stedfortræder, skyldtes hendes graviditet, jf. § 16a.

Flertallet lagde yderligere til grund, at det var bevist, at A's arbejde som frisør og de opgaver hun varetog for B, mens denne var på ferie, blev udført uden problemer og de mindede meget om de opgaver, som D udførte.

Systematikken i § 16a blev fulgt nøje af flertallet og efter konstateringen af, at A havde løftet sin bevisbyrde, udtalte retten, at bevisbyrden påhvilede B. Om dette anførte flertallet, at de ikke anså bevisbyrden for været løftet, hverken på baggrund af B's egen forklaring eller C's.

### **Landsrettens mindretal**

Landsretsdommer Taber Rasmussen startede med at opridse sagens problemstilling: *"Dermed er det spørgsmål, som foreligger til bedømmelse, om A blev forbigået til den faste stilling, fordi D var den bedst kvalificerede – i så fald foreligger en sagligt velbegrundet og således lovlig forskelsbehandling af A – eller om A blev forbigået, fordi hun var gravid – i så fald foreligger en usaglig og ulovlig forskelsbehandling, der berettiger hende til godtgørelse".*

Det efterfølgende spørgsmål blev dermed: Hvorfor blev A forbigået? Netop dette spørgsmål fik landsretten til at dele sig.

Minderallet var enige i flertallets begrundelse for brugen af § 16a og anførte om dette: *"A har løftet sin bevisbyrde ved at føre to vidner som understøtter hendes forklaring om, at B har udtalt, at den manglende ansættelse skyldes graviditeten".* Mindretallet pålagde hermed også bevisbyrden på arbejdsgiveren, som skulle godtgøre, at A ikke blev forbigået pga. hendes graviditet, men her ophørte enigheden blandt dommerne.



Efter vidneforklaringerne, lagde mindretallet til grund, at B stod i en situation som gjorde, at der var brug for en ansat som kunne være hendes stedfortræder i salonen. B havde ikke godtgjort, at A var uegnet til opgaven, men at der efter en samlet objektiv bedømmelse af D's og A's erfaring, personlighed, væremåde osv., var godtgjort af B, at D på baggrund af disse saglige kriterier, måtte anses for den bedst kvalificerede til opgaven. Dette blev ligeledes understøttet af det faktum, at ingen af de andre i salonen fik tilbudt stillingen (de var hverken gravide eller på barsel). Ifølge mindretallet pegede disse bevisdata i retning af, at B foretog en saglig vurdering af alles kvalifikationer og fandt en udefra, som hun mente var bedst.

Vurderingen af kvalifikationerne blev vejret op imod de forklaringer, som blev afgivet af G og K, hvor B skulle have sagt, at graviditeten var årsagen til den manglende ansættelse af A. Mindretallet havde dog en mere kritisk tilgang til disse forklaringer end flertallet. Mindretallet bemærkede, at K og G var skuffede over ikke at være tilbudt stillingen, at og de forlod salonen kort tid efter D's ansættelse. Om dette udtalte mindretallet: *"Og at dette kunne have ført til, at ordene er blevet gengivet i mere kategorisk form, end de faldt. Jeg kan således ikke tillægge disse forklaringer afgørende betydning over for det forhold, at D ud fra en objektiv målestok var den bedst kvalificerede, og at arbejdsgiveren må være berettiget til at ansætte den mest egnede person."*

Skuffelsen hos K og G kunne have ført til, at B's ord ikke blev gengivet så præcist.

Mindretallet afvejede disse to faktorer overfor hinanden: Hensynet til arbejdsgiveren, som indrømmes adgang til at ansætte den bedste til stillingen, og forklaringerne. Det interessante i den forbindelse er mindretallets ordvalg: *"Og dette kunne have ført til"*. Der var nemlig ikke opnået sikkerhed for, hvad B rent faktisk havde udtalt. Denne tvivl kom A til skade fordi K og G, muligvis havde været så skuffede, at de gengav B's ord forkert.

Sammenligner man dette synspunkt med ordlyden af § 16a – *arbejdsgiveren skal godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket*, virker det påfaldende, at mindretallet valgte at vurdere, at B havde godtgjort at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. To tidligere ansatte beskyldte trods alt B for direkte at indrømme, at graviditeten var årsagen til den manglende ansættelse. Deres troværdighed afvises i én sætning i begrundelsen for afgørelsen.

I stedet for valgte mindretallet at lægge vægt på A og D's faglige kvalifikationer (der gives arbejdsgiveren et vist spillerum til ansættelse af den bedst egnede).

Flertallet lagde en væsentlig tungere bevisbyrde på arbejdsgiveren end mindretallet – usikkerheden vedrørende sagens faktiske omstændigheder, kom arbejdsgiveren til skade.

### **Højesterets afgørelse**

I U2012.511H lagde B i sin supplerende forklaring vægt på, den meromsætning ansættelsen af D medførte. B fremlagde således endnu et argument, som skulle overbevise retten om, at valget af D udelukkende var baseret på saglige overvejelser. B tilføjede yderligere, at hun aldrig havde sagt til A, at stillingen var hendes, hvis hun ikke var blevet gravid. Ligesom ved de øvrige instanser, var der således tale om påstand mod påstand.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

Tre dommere ud af 5 anførte: Flertallet fandt ingen grund til at tilsidesætte G og K's vidneforklaringer. De tilføjede i den forbindelse: *"Efter karakteren af disse omstændigheder – B's egne udtalelser om, at hun ikke ønskede at fastansætte A på grund af hendes graviditet – må der påhvile B en streng bevisbyrde for, at hun desuagtet ikke har lagt vægt på A's graviditet ved besættelsen af stillingen."*

Udtalelsen blev lagt til grund, hvilket skabte en stærk formodning for, at arbejdsgiveren havde lagt vægt på graviditeten. Det påhvilede dermed B en meget tung bevisbyrde for, at hun på trods af sine udtalelser, ikke havde lagt vægt på A's graviditet.

Flertallet konstaterede derefter, at B ikke havde løftet sin bevisbyrde med sine forklaringer om D og A's kvalifikationer og D's tilførsel af nye kunder. Grunden til dette uddybes ikke. Flertallets bevisvurdering minder om den bevisvurdering, som landsrettens flertal foretog.

To dommere ud af 5 anførte: Indledningsvist konstaterede dommerne, at der var tale om påstand mod påstand – A, K og G's udtalelser mod B's. Modsat flertallet, nåede mindretallet frem til, at de under de foreliggende omstændigheder, ikke fandt, at man med den fornødne sikkerhed kunne lægge til grund, at B havde sagt disse ting. Som begrundelse for denne vurdering, anførte mindretallet, at A, K og G kendte hinanden godt og kunne have talt sammen løbende under sagen, hvilket medførte en risiko for en fejlagtig gengivelse af B's ord.

På den baggrund konkluderede mindretallet, at formodningen for, at B havde inddraget A's graviditet i hendes beslutning om ikke at forlænge A's ansættelse, ikke fandtes for værende særlig stærk. De understøttede denne vurdering med de grunde som landsrettens mindretal havde anført – at D ud fra en objektiv målestok klart var den bedst kvalificerede til stillingen.

### 8.2.1 Delkonklusion

Sagens væsentlige bevisdata var vidneforklaringerne og vurderingen af D's kvalifikationer contra A's. Især K og G's forklaringer har afgørende betydning for sagens udfald. Flertallet i Højesteret valgte at lægge K og G's vidneforklaringer til grund, hvilket betød, at B kunne fremføre nok så mange beviser på det modsatte – at D var bedre kvalificeret, A havde personlige problemer osv., men dette kunne ikke ændre på det faktum, at retten anså det for bevist, at B direkte havde sagt, at hun havde foretaget forskelsbehandling.

Flertallet i Højesteret følger systematikken i § 16a nøje. K og G's vidneforklaringer skaber en formodning for forskelsbehandling. Selve graden af denne formodning, kan variere fra sag til sag, og i dette tilfælde er formodning for forskelsbehandling stærk, jf. Højesterets begrundelse for resultatet. Jo stærkere en formodningen for forskelsbehandling, jo tungere bliver arbejdsgiverens bevisbyrde = jo sværere bliver det for arbejdsgiveren at godtgøre, at formodningen ikke holder stik. Kvindens bevisdata får dikotomiseringspunktet til at ligge så højt på sandsynlighedsskalaen, at B ikke har mulighed for at løfte sin bevisbyrde, på trods for saglige argumenter som f.eks. kvalifikationer.

Hvorfor var dommerne så uenige om, hvorvidt forklaringerne skulle lægges til grund? Der er en usikkerhedsmargin ved vidneforklaringer – måske modererer vidnerne sandheden pga. bagvedliggende interesser, eller måske har de husket forkert? I en sag som primært baseres på vidneforklaringer (påstand mod påstand), vil der ikke kunne opnås juridisk vished for, hvad der blev sagt. Spørgsmålet bliver derfor, hvem skal denne usikkerhed komme til skade? Flertallet i Højesteret fulgte systematikken i § 16a, og nåede frem til, at A på baggrund af vidneforklaringerne havde skabt en formodning for, at der var udøvet forskelsbehandling. I og mod forklaringerne blev lagt til grund, blev det nærmest umuligt for B at godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket. Hvilket heller ikke lykkedes B. Den bevisvurdering som dommerne i byretten og mindretallet i landsret og Højesteret foretog, lagde sig ikke tæt op ad § 16a, men mindede snarere om en helhedsvurdering af de fremlagte bevisdata. Her blev hensynet til arbejdsgiveren i langt højere grad inddraget, og arbejdsgiveren bevisdata, blev ligeledes vægtet tungere end af flertallet i Højesteret.

Det er tankevækkende at retterne er så uenige om udfaldet, og især vurderingen af K og G's forklaringer. Dommernes forskellige indtryk af forklaringerne viser hvor individuel bevisvurderingen er i forhold til vidneforklaringer. Hvem tvivlen angående de faktiske omstændigheder skal pålægges, deler dommerne. Den klassiske definition på bevisbyrdebegrebet illustrerer problemstillingen i denne sag: *"Generelt handler bevisbyrde om, hvem der bærer risikoen i tilfælde af bevistvivl. Hvis faktum er uklart, kommer det den som har bevisbyrden til ugunst"*.

Definitionen af bevisbyrdebegrebet passer med Højesterets bevisvurdering, da flertallet benyttede sig af systematikken i § 16a. Bevistvivlen kom B til skade, fordi B havde bevisbyrden på det pågældende tidspunkt.

Et andet eksempel på, at bevistvivl kommer arbejdsgiveren til skade er 2004.2701H. Arbejdsgiveren forsøgte at bevise, at han intet kendte til graviditeten. I dommen var det efter bevisførelsen uklart om medarbejderen havde underrettet arbejdsgiveren om graviditeten. Højesteret anførte om dette: *"Efter bevisførelsen må det henstå som usikkert, om (A) på afskedigelsestidspunktet var kendt med, at (F) var gravid. Med denne bemærkning (...) finder Højesteret, at arbejdsgiveren ikke har godtgjort, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditeten..."*.

Disse Højesteretsdomme viser, at der pålægges arbejdsgiveren en tung bevisbyrde, når kvindens bevisdata skaber tvivl om de faktiske omstændigheder. Arbejdsgiverens bevisbyrde i forbindelse med evt. overtrædelse af forskelsbehandlingsloven vil blive gennemgået nedenfor.

### 8.3 U2010.1415

#### **Sagsfremstilling**

A var hollænder og ansat i en afdeling i virksomheden V, der betjente det engelske marked. I forbindelse med nedlæggelsen af denne afdelingen, blev A og afdelingens øvrige medarbejdere afskediget, bortset fra afdelingslederen og en medarbejder, der talte flydende dansk. Virksomheden begrundede A's opsigelse med nedlæggelse af afdelingen, og A's mangelfulde dansk i forhold til at kunne bestride en stilling i den danske afdeling.

A anlagde sag mod virksomheden med påstand om godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, da han mente, at opsigelsen var begrundet i hans hollandske baggrund.

#### **Sø- og Handelsrettens dom**

I Sø- og Handelsrettens dom af 12. april 2007 gjorde Virksomheden gældende, at opsigelsen af A ikke var begrundet i hans hollandske baggrund, men derimod i driftmæssige hensyn, da afdelingen skulle flyttes til Hamborg. Grunden til, at afdelingslederen ikke blev opsagt, var hans ledelseserfaring, som kunne bruges i den nye afdeling. Samtidig var der brug for en medarbejder der beherskede flydende dansk, og derfor blev yderligere én medarbejder fra den nu lukkede afdeling, tilbudt fortsat ansættelse. Stillingen krævede flydende dansk pga. et nyt koncept, som skulle forklares præcist og forståeligt til potentielle danske kunder. Alle øvrige medarbejdere i denne afdeling var danskere. Virksomheden understregede vigtigheden af, at medarbejderne talte fejlfrit dansk og havde en god retorik for at komme igennem til beslutningstageren.

A anførte, at begrundelsen for opsigelsen, at han ikke talte flydende dansk, gav anledning til at formode, at der forelå direkte eller indirekte forskelsbehandling, jf. § 7a. A tilføjede, at selvom mediet var anderledes i den nye afdeling, var arbejdsopgaverne de samme: Telefonisk kontakt til mulige kunder og leverandører. Der havde aldrig været problemer med hans sprogkundskaber på arbejdet. Han tilføjede yderligere, at alle opsagte medarbejdere med kundekontakt, var udlændinge.

Retten lagde til grund, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3. Retten fandt endvidere, at virksomheden havde godtgjort, at det stillede sprogkrav i den konkrete situation, var sagligt begrundet.

Retten anførte yderligere, at A talte godt dansk, men at det var overladt til arbejdsgiveren og ikke retten, at vurdere vedkommendes sprogkundskaber i forhold til det pågældende job.

## **Højesterets afgørelse**

I U2010.1415H afgav A supplerende forklaring, hvor han lagde vægt på sit danske sprog. Han forklarede f.eks., at han ingen sproglige problemer havde haft i forbindelse med sit arbejde, heller ikke i de tilfælde, hvor han skulle tage kontakt til danske kunder eller leverandører.

Højesteret nåede, som SØ- og Handelsretten frem til, at der forelå indirekte forskelsbehandling. Herefter blev forarbejderne til loven<sup>133</sup> inddraget. Her er det anført, at uforholdsmæssige høje sprogkrav kan medføre, at der foreligger indirekte forskelsbehandling. Det beror dog på en konkret vurdering, hvornår og i hvilke situationer det er rimeligt for den pågældende arbejdsgiver, at stille krav om et fejlfrit dansk.

Ifølge Højesteret blev det afgørende derfor, om virksomheden i det pågældende tilfælde, har kunnet stille krav om fejlfrit dansk. Højesteret anførte, at der ikke var for grundlag for tilsidesættelse af virksomhedens skøn. Der forelå dermed ikke indirekte forskelsbehandling i strid med loven.

### **8.3.1 Delkonklusion**

Begge retter nåede frem til, at arbejdsgiveren havde løftet sin bevisbyrde: Det var ubestridt at den engelske afdeling skulle nedlægges, og de nye arbejdsopgaver omhandlede salg på det danske marked. Hvilket gjorde det lovligt at opsig A, og beholde en dansk medarbejder.

Bevisvurdering følger ikke systematikken i § 7a, og omhandler udelukkende virksomhedens bevisdata. Disse blev vurderet på baggrund af forarbejderne til loven.

Højesteret skulle vurdere, om der blev forfulgt et lovligt formål af arbejdsgiveren, og om de anvendte midler var egnede og nødvendige for at nå målet. Om dette udtalte Højesteret: *"Under hensyn til de arbejdsopgaver, der skulle varetages med telefonsalg til det danske marked, finder Højesteret, at det sprogkrav, som JS Danmark stillede, var sagligt begrundet. Der er ikke noget grundlag for at tilsidesætte det skøn, som virksomheden i så henseende har foretaget ved at foretrække en anden medarbejder end A til at varetage den nye opgave"*.

Højesteret foretog ikke en konkret vurdering af A's kvalifikationer i forhold til stillingen i den danske afdeling. Derimod blev det anført, at virksomheder gives et vist skøn, hvilket der i dette tilfælde ikke var grundlag for at tilsidesætte. Yderligere begrundelse for dommen, blev ikke givet.

Som gennemgået under U2012.511H og Højesterets dom af 30. marts 2011, kan arbejdstagerens bevisførelse medføre, at beviskravet til arbejdsgiveren forhøjes. Selvom medarbejderen har løftet sin bevisbyrde, kan det være nødvendigt for vedkommende, at fremkomme med yderligere bevisdata for at svække arbejdsgiverens bevisdata. I forhold til denne sag fremlagde A flere bevisdata, som skulle overbevise retten om, at hans dansk var godt nok til, at han kunne bestride stillingen i den danske afdeling. Han havde fået gode karakterer i danskprøver, hans viden om filmmediet osv. Sammenlignes disse bevisdata med hensynet bag forskelsbehandlingsloven, og den strenge bevisbyrde som påhviler arbejdsgiveren i forbindelse med overtrædelse af ligebehandlingsloven, kan det virke påfaldende, at virksomheden ikke fremførte flere bevisdata end de gjorde, og fik medhold. Dommen mere et udtryk for en saglighedsvurdering vedrørende indirekte forskelsbehandling, end en systematisk gennemgang af § 7a.

En anden Højesteretsdom U.2012.890H, vedrørende overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, understøtter påstanden om, at beviskravet til arbejdsgiveren er lavere efter forskelsbehandlingsloven end ligebehandlingsloven.

A var 55 år og søgte en ledig stilling hos borgerservice ved en kommune. Kommunen begrundede afslaget med et forestående generationsskifte i borgerservice. Højesteret fandt, at der forelå omstændigheder, som gav anledning til at formode, at A's alder indgik i begrundelsen for, at A blev fravalgt ved besættelsen af

---

<sup>133</sup> Folketingstidende 2003-2004, L40, tillæg A, s. 1217

den ledige stilling, jf. § 7a. Der forelå direkte forskelsbehandling, og det påhvilede dermed kommunen at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket. Højesteret fandt efter en konkret vurdering, at kommunen havde godtgjort, at fravalget af A var begrundet i, at hun ikke havde de ønskede personlige kvalifikationer, og at der ikke var blevet lagt vægt på A's alder.

A havde påvist faktisk omstændigheder ved at fremlægge et brev af 19. april 2007 hvori afdelingschefen havde skrevet: *"At jeg samtidig, som leder, er forpligtet til at imødekomme det generationsskifte, der indenfor en kort årrække vil komme i gruppen der, som du ved, p.t. primært består af ældre erfarne"*. Derudover havde en personalekonsulent fremkommet med lignende bemærkninger til HK.

Ved vurderingen af, om kommunen havde godtgjort, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænket, fokuserede Højesteret udelukkende på kommunens bevisdata. Højesteret udtalte: *"Ved vurderingen af, om kommunen har løftet denne bevisbyrde, må der lægges vægt på, at det, der foran er anført om den forudgående samtale mellem B og A, og om det **øvrige indhold** af brevet af 19. april 2007, taler imod, at A's alder er blevet tillagt betydning. På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt, herunder navnlig de af **B og D afgivne forklaringer**, tiltræder Højesteret, at det må anses for godtgjort, at fravalget af A var begrundet i, at hun ikke havde de ønskede personlige kvalifikationer, og at der ikke blev lagt vægt på hendes alder"*.

Samtalen som Højesteret henviser til, drejede sig om, at A spurgte B om hendes alder havde haft betydning for afslaget. Dette sagde B nej til. A og B var enige om, at samtalen havde forløbet sådan. Ville en chef indrømme overfor vedkommende, at have lagt på et beskyttelseskriterium ved afslaget? Højesteret udtalte derudover, at der efter bevisførelsen, navnlig lægges vægt på D og B's forklaringer. D er sektionsleder ved et politidistrikt og arbejdsgiver for A, B er den arbejdsgiver, som A blev lånt ud til.

Ligesom i U2010.1415H, gives der arbejdsgiverens et vist skøn over udvælgelse af medarbejdere til enten opsigelse eller afslag på ansættelse. I begge sager lægges fokus på arbejdsgiverens bevisdata, efter at den formodet forskelsbehandlet, har løftet sin bevisbyrde.

I U2012.511H og Højesterets dom af 30. marts 2011, blev arbejdsgiveren blev ikke indrømmet et skøntværtimod kom risikoen for, at usaglige hensyn var blevet inddraget i beslutningen, arbejdsgiveren til skade.

Dette giver indtryk af, at beviskravet til arbejdsgiveren i forhold til overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, er væsentlige lavere end ved overtrædelse af ligebehandlingsloven. I U2012.890H, forelå der som sagt, et brev hvori arbejdsgiveren havde skrevet *"At jeg samtidig, som leder, er forpligtet til at imødekomme det generationsskifte, der indenfor en kort årrække vil komme i gruppen der, som du ved, p.t. primært består af ældre erfarne"*. Og i vurderingen af, om arbejdsgiveren havde inddraget alderen i sin beslutning, blev vægten lagt på arbejdsgiverens egen forklaring og sektionslederens D. Det ses ikke ud fra Højesterets begrundelse for dommen, at brevet havde forhøjet arbejdsgiverens beviskrav, selvom at brevet havde skabt en stærk formodning for, at alderen havde haft en betydning for den manglende ansættelse. Havde dette været et afslag til en gravid kvinde med hentydning til, at graviditeten var årsagen til afslaget, ville arbejdsgiveren formentlig ikke have fået medhold på baggrund af den efter retspraksis strenge bevisbyrde, jf. f.eks. U2012.511 og Højesterets dom af 30. marts 2011.

Afgørelsen står i modsætning til Draehmpaehl-sagen<sup>134</sup>, hvor EU-Domstolen understregede, at arbejdsgiveren må fremføre beviser for, at der ikke er udøvet forskelsbehandling i forbindelse med ansættelse, da det er arbejdsgiveren som har de relevante informationer. Arbejdsgiveren skal kunne bevise, at ansøgeren ikke ville have fået den ledige stilling, selvom der ikke var udøvet forskelsbehandling. I 2010.1415H anførte arbejdsgiveren blot, at A's dansk ikke var godt nok. A fremlagde flere bevisdata, som kunne give indtryk af, at A måske kunne have bestridt stillingen. At dette ikke blev vurderet af Højesteret, står som sagt i modsætning til Draehmpaehl-sagen.

---

<sup>134</sup> Sag C-180/95, Saml. 1997 I-2195

## 9.0 Konklusion

Før at retten kan træffe en afgørelse skal retten fastlægge hvad der er faktum i sagen, og dernæst applicere gældende retsregler på den nu fastlagte faktiske situation. Beviser er måske endda vigtigere for en sags udfald, end de regler og fortolkningsproblemer, som er det retslige grundlag for en retssag.

Det er ofte ikke muligt under en sag at få afdækket de faktiske forhold og dette indebærer naturligvis ikke, at retsinstansen må afslå fra at træffe en afgørelse, men betyder, at sagen må afgøres efter de almindelige bevisbyrderegler. Efter den klassiske definition på en bevisbyrde, kommer bevistvivl den part til skade, som har bevisbyrden.

Ifølge Tybjergs teori var målsætningen, at der blev så få tilfælde af tvivl så muligt, og dermed også så få tilfælde af anvendelse af bevisbyrderegler som muligt. For anvendelsen af en bevisbyrde, forudsatte, at faktum ikke er blevet afklaret. Tybjerg anerkendte dog behovet for brugen af bevisbyrderegler, da der kunne opstå situationer, hvor der ikke kunne føres fuldt bevis. Dannelsen af bevisbyrdereglerne, skulle ske på baggrund af hensynet til de bagvedliggende materielle regler. Dette kunne begrunde en bevisbegunstigelse eller bevislettelse på visse retsområder, hvis bevisførelsen var vanskelig på det pågældende retsområde. Dette skulle ske med hensynstagen til faren for misbrug, som en bevislettelse ville kunne medføre.

Et retsområde hvor Tybjergs teori kommer til udtryk, er indenfor ligebehandlingsområdet på arbejdsmarkedet. Det kan være vanskeligt for arbejdstageren at sikre sig bevis mod arbejdsgiveren, og derudover er visse grupper på arbejdsmarkedet særlig udsatte. Lovgivers hensyn til disse grupper, er kommet til udtryk i en række materielle bestemmelser, som er blevet understøttet af en bevismæssig regulering, til fordel for arbejdstager-partnen. Hensigten med at kombinere en materiel og en bevismæssig regel er ofte, at øge den materielle regels effektivitet. Denne kombination af en bevismæssig regel og en materiel regel ses bl.a. i ligebehandlingslovens og forskelsbehandlingslovens bevisbyrdebestemmelser. Formålet er, at lette beviskravet til arbejdstageren.

Lovenes materielle indhold er klart – arbejdsgiveren må ikke lægge vægt på beskyttelseskriterierne ved opsigelse eller afslag på ansættelse. Sagernes udfald kommer dermed i høj grad til at afhænge af bevisbyrdereglen.

Undersøgelsen af retsområdet, foretaget i denne afhandling viser, at fastlæggelsen af sagens faktum på baggrund af en bevisbyrde, er et vanskeligt område. Dette har vist sig at være tilfældet selv for de dommere som skal afgøre sagerne, og som gennem parternes sagsfremstilling har opnået et indgående kendskab til sagens bevisdata.

Højesterets dom af 30. marts 2011 omhandlede brugen af § 16, stk. 4 i ligebehandlingsloven. De faktiske omstændigheder var ubestridte, og bevisvurderingen drejede sig derfor om, hvilken vægt de faktiske omstændigheder skulle tillægges og dermed om der var opnået den nødvendige sandsynlighed for, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket. Dommerne i de forskelle instanser var uenige om placeringen af dikotomiseringspunktet, og Højesteret slog til sidst fast, at beviskravet til arbejdsgiveren skulle sættes højt - der skulle foreligge en høj grad af sandsynlighed for, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Da kvindens bevisdata medførte tvivl om, hvorvidt arbejdsgiveren havde inddraget hendes graviditet/barsel i beslutningen om opsigelsen, kunne arbejdsgiveren ikke løfte sin bevisbyrde, til trods for saglige argumenter som omstrukturering og nødvendig nedbringelse af kontoransatte.

U2012.511H viser ligeledes dommernes uenighed angående bevisvurderingen. Modsat Højesterets dom af 30. marts 2011, var der tale om påstand mod påstand, og faktum var dermed ikke klarlagt. Højesteret slog fast i U2012.511H, at tvivlen om hvorvidt arbejdsgiveren havde indrømmet forskelsbehandling overfor sine ansatte, kom arbejdsgiveren til skade.

De to Højesterets domme viser, at på trods af saglige argumenter og relative stærke bevisdata fra arbejdsgiverens side, er det vanskeligt for arbejdsgiveren at skabe en stærk nok sandsynlighed for, at ligebehand-

lingsprincippet ikke er blevet krænket. Der påhviler arbejdsgiveren en tung bevisbyrde efter ligebehandlingslovens §§ 16a og 16, stk. 4.

I forhold til forskelsbehandlingsloven, viser en gennemgang af højesteretsafgørelserne, en relativ stor enighed blandt dommerne angående bevisvurderingen – modsat efter ligebehandlingsloven. Systematikken i lovens § 7a følges ikke lige så nøje, som systematikken i ligebehandlingslovens §§ 16a og 16, stk. 4, jf. de to ovenfor nævnte domme. U2010.1415H og U2012.890H viser, at rettens bevisvurdering efter forskelsbehandlingsloven, mere minder en saglighedsvurdering omhandlende arbejdsgiverens skøn i forbindelse med manglende ansættelse eller opsigelse, end en egentlig sandsynlighedsvurdering (hvor sandsynligt er det, at arbejdsgiveren har inddraget et eller flere af beskyttelseskriterierne i sin beslutning om opsigelse/manglende ansættelse, og hvem skal denne tvivl komme til skade).

Gennemgangen af U2010.1415H, U2012.890H og U2005.1265 viser, at der i forhold til forskelsbehandlingsloven, gives arbejdsgiveren et forholdsvis frit skøn, hvis denne kan påvise f.eks. økonomiske vanskeligheder, strukturelle ændringer eller et hensyn til virksomhedens præsentation udadtil. Et skøn som ikke indrømmes arbejdsgiveren efter ligebehandlingsloven, hvis der er skabt en sandsynlighed for, at kvindens graviditet/barsel har haft betydning for arbejdsgiverens beslutning om opsigelse/manglende ansættelse, jf. U2012.511H og Højesterets dom af 30. marts 2011.

Til trods for angivelsen af bevisbyrden og det dertilhørende beviskrav i forskelsbehandlingsloven og ligebehandlingsloven, benyttes bestemmelserne forskelligt ved domstolene, hvilket medfører en betydelig forskel i beskyttelsen af arbejdstageren. Dette kan måske skyldes, at ligebehandlingsloven er en del ældre end forskelsbehandlingsloven, og hensynet til, og vigtigheden af, beskyttelsen af gravide/barslende er efterhånden, på baggrund af den omfangsrige retspraksis, slået fast. En gennemgang af retspraksis viser, at der stadig foreligger tvivl angående bevisbedømmelsen, men efter Højesterets dom af 30. marts 2011 og U2012.511H, må man antage, at Højesterets strenge beviskrav til arbejdsgiveren, vil være retningsangivende for fremtidige afgørelser. Forskelsbehandlingsloven er relativ ung i forhold til ligebehandlingsloven, og der findes ikke samme tradition for beskyttelse af f.eks. homoseksuelle og ældre, som for gravide/barslende. Hensynet til arbejdsgiveren tillægges større betydning og der indrømmes arbejdsgiveren et større skøn og et større råderum til at fastsætte kriterier overfor medarbejderne, jf. bl.a. U2005.1265H. At der i afgørelserne efter forskelsbehandlingsloven tages et større hensyn til arbejdsgiveren, fremgår ligeledes af forarbejderne til loven, hvor lovgiver har angivet et vist hensyn til arbejdsgiveren (sprogkrav og hovedbeklædning). Dette kunne tyde på, at forskellen i beviskravet til arbejdsgiveren, ikke kun afhænger af retstraditionerne, men ligeledes lovgivers intentioner. Det er på denne baggrund nærliggende at konkludere, at gennemførelsen af den delte bevisbyrde, ikke har fået den store betydning for domstolenes bevisbedømmelse. Der er måske mere tale om, at indførelsen af bevisbyrden snarere har en psykologisk betydning for arbejdstageren, således at der vil rejses flere sager mod arbejdsgiveren<sup>135</sup>.

Det kan virke tankevækkende, at lovgiver på den ene side ønsker en beskyttelse af visse grupper på arbejdsmarkedet ved regulering af bevisbyrden, hvilket skal gøre det nemmere og mere attraktivt for arbejdstageren, at anlægge sag, og på den anden side, indrømmer arbejdsgiveren et relativt stort skøn over sine dispositioner, hvilket kan gøre bevisbyrden illusorisk, jf. bevisvurderingen i f.eks. 2010.1415H.

Det virker derfor påfaldende, at selve ordlyden af ligebehandlingslovens § 16a og forskelsbehandlingslovens § 7a, og sidste led i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, er enslydende, men ikke har samme gennemslagskraft i forhold til dommernes bevisvurdering. En mere ensartet brug af bevisbyrdereglerne kunne ske ved en præcisering i forarbejderne til lovene om bevisbyrdereglenes betydning og hensigten bag (en mere dybdegående forklaring end, at formålet med bevisbyrdereglen er, at der skal ske en forrykkelse af bevis-

---

<sup>135</sup> Frederiksen og Krarup, Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer, 2008, s. 157

byrden i forhold til bevisbedømmelsen). Dette ville formentlig også kunne mindske uenigheden blandt dommerne angående bevisvurderingen efter ligebehandlingsloven.

## 10.0 Litteraturliste

Andersen, Agnete m.fl.: "Ligestillingslovene", bind 1, 5. udgave, Jurist og Økonomforlagets Forlag, 2005.

Andersen, Agnete m.fl.: "Ligestillingslovene", bind 1, 6. udgave, Jurist og Økonomforlagets Forlag, 2008.

Andersen, Agnete m.fl.: "Ligestillingslovene", bind 2, 6. udgave, Jurist og Økonomforlagets Forlag, 2010.

Bruun, Jørgen Rønnow: "Usaglig afskedigelse", Gadjura, 1996.

Bruun, Jørgen Rønnow: "Usaglig afskedigelse – en håndbog", 1. udgave, Forlaget Informatics, 2006.

Christensen, Lasse Højlund og Rammeskov, Ulrik Bang Pedersen, "Den Civile Retspleje", 2. udgave, 2010.

Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads: "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer", 1. udgave, forlaget Thomson, 2008.

Gomard, Bernhard og Kistrup, Michael: "Civilprocessen", 6. udgave, Forlaget Thomson, 2007.

Greisen, Linda Rudolph: "Forskelsbehandlingsloven", 2. udgave, DA Forlag, 2008.

Hartmann, Jens Jakob og Schwarz, Finn: "Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedsmarkedet – forskelsbehandlingsloven", 1. udgave, Thomsen Reuters, 2011.

Hasselbalch, Ole: "Den danske arbejdsret. Bind 1: Arbejdsrettens almindelige del", 1. udgave, Jurist og Økonomforlagets Forlag, 2009.

Hasselbalch, Ole: "Den danske arbejdsret. Bind 2: Ansættelsesretten", 1. udgave, Jurist og Økonomforlagets Forlag, 2009.

Marstal, Michael: "Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption", 1. udgave, Thomsen Reuters, 2011.

Nielsen, Ruth og Roseberry, Lynn M.: "Dansk arbejdsret", 1. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2008.

von Eyben, W. E.: "Bevis", GEC Gads Forlag, 1986.

Zahle, Henrik: "Bevisret", Jurist og Økonomforlagets Forlag, 1994.

Zahle, Henrik: "Om det juridiske bevis" Juristforbundets forlag 1976

### **Øvrige dokumenter**

Betænkning afgivet af Arbejdsmarkedsudvalget d. 16. maj 2001

Brev af 3. maj 2001 fra Den Danske Dommerforening til Arbejdsministeriet. Sag nr. 643-00005, dok.nr. 423

Den Europæiske Unions tidende, 5. juli 2006. Direktiv 2006/54/EF

Folketingstidende 2003-2004, L40, tillæg A