

**INSTITUT FOR
MENNESKE
RETTIGHEDER**

LIGE ADGANG

JURIDISK ANALYSE AF
KVINDERS OG MÆNDS
ADGANG TIL VARER OG
TJENESTEYDELSER

EJENDOMME

VVS

FORSIKRIN

FRISØR

BANK

PROFESSOR, DR.JUR.
RUTH NIELSEN, CBS

LIGE ADGANG

JURIDISK ANALYSE AF
KVINDERS OG MÆNDS
ADGANG TIL VARER OG
TJENESTEYDELSER

PROFESSOR, DR.JUR.
RUTH NIELSEN, CBS,
HANDELSHØJSKOLEN I
KØBENHAVN

LIGE ADGANG

– En juridisk analyse af kvinders og mænds adgang til varer og tjenesteydelser

Ligebehandlingsafdelingen

Afdelingsleder: Susanne Nour Magnusson

Forfattere: Ruth Nielsen med bistand af Sandie Nøhr Nielsen (Afsnit 7)

Følgegruppe og tilrettelæggelse: Mandana Zarrehparvar og Kirsten Precht

ISBN 978-87-91836-66-4

EAN 9788791836664

Layout: Hedda Bank

Forsidefoto: Polfoto

Oplag: 500

Tryk: Handy-Print

©2013 Institut for Menneskerettigheder

Danmarks Nationale Menneskerettighedsinstitution

Wilders Plads 8K

DK-1403 København K

Tlf. 3269 8888

www.menneskeret.dk

Institut for Menneskerettigheders (IMR) publikationer kan frit citeres med tydelig angivelse af kilden.

På IMR tilstræber vi, at vores udgivelser bliver så tilgængelige som muligt.

Vi bruger fx store typer, korte linjer, få orddelinger, løs bagkant og stærke kontraster.

Vi arbejder på at få flere tilgængelige pdf'er og letlæste resumeer.

Læs mere om tilgængelighed på www.menneskeret.dk

INDHOLD

| | |
|---|-----------|
| FORORD | 7 |
| RESUME | 9 |
| SUMMARY | 16 |
| 1. INDLEDNING | 21 |
| 2. DANSK LOVGIVNING OM KØNSLIGESTILLING VED ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER | 24 |
| 2.1 Ældre ret | 24 |
| 2.2 Nutidige ligestillingsproblemer | 26 |
| 2.3 Ligestillingsloven fra 2000 med senere ændringer | 30 |
| 2.3.1 Ligestillingslovens hovedregler: forbud mod kønsdiskrimination og pligt til kønsmainstreaming i den offentlige sektor | 31 |
| 2.4 Forbud mod kønsdiskrimination | 31 |
| 2.4.1 Direkte kønsdiskrimination | 33 |
| 2.4.2 Indirekte diskrimination/forskelsbehandling | 35 |
| 2.4.3 Kønschikane | 42 |
| 2.4.4 Sexchikane | 44 |
| 2.4.5 Instruktion om at kønsdiskriminere | 45 |
| 2.5 Mainstreamingpligten i dansk ret | 46 |
| 2.5.1 Baggrunden for ligestillingslovens § 4 | 46 |
| 2.5.2 Idealtypiske forskelle mellem forbud mod kønsdiskrimination og mainstreaming | 50 |
| 2.5.3 Rapporteringspligt, måltal og lignende | 51 |
| 2.5.4 Mainstreaming som et middel til at gøre forbud mod kønsdiskrimination effektivt | 54 |

| | |
|--|-----------|
| 2.5.5 Retspolitiske tiltag til direkte eller indirekte styrkelse af handlepligterne vedrørende ligestilling | 54 |
| 2.6 Legitim forskelsbehandling af kvinder og mænd, herunder på sundhedsområdet | 57 |
| 2.7 Positiv særbehandling | 63 |
| 2.8 Håndhævelse | 65 |
| 3. EU-REGLER OM KØNSLIGESTILLING VED ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER | 67 |
| 3.1 Generelt om EU-udviklingen: Fri bevægelighed og grundretsperspektiv | 67 |
| 3.2 Direktiv 113/2004/EF | 72 |
| 3.3 EU-regler om mainstreaming fra 1990'erne og frem | 75 |
| 3.4 EU-regler om positiv særbehandling | 77 |
| 3.5 EU's charter om grundlæggende rettigheder | 78 |
| 4. INTERNATIONAL RET (FOLKERETLIGE REGLER) OM DISKRIMINATION OG KØNSLIGESTILLING VED ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER | 81 |
| 4.1 Generelt | 81 |
| 4.2 CEDAW (Convention on the Elimination of Discrimination against Women) | 85 |
| 4.3 Art. 14 i EMRK (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention) | 88 |
| 5. PLIGTSUBJEKTER, RETTIGHEDSSUBJEKTER OG DET MATERIELLE ANVENDELSESOMRÅDE FOR FORBUD MOD KØNSDISKRIMINATION VED ADGANG TIL VARER OG TJENESTER OG PLIGTEN TIL MAINSTREAMING | 93 |
| 5.1 Generelt om EU-ret og dansk ret | 93 |

| | |
|---|------------|
| 5.2 Forholdet mellem kønsligestilling og etnisk ligebehandling | 94 |
| 5.3 Den offentlige sektor i Danmark | 99 |
| 5.3.1 Forbud mod kønsdiskrimination ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser | 99 |
| 5.3.2 Mainstreaming | 101 |
| 5.4 Den private sektor i Danmark | 101 |
| 5.5 Rettighedssubjekter | 103 |
| 5.6 Samfundsområder | 104 |
| 6. MULTIPLE DISKRIMINATION. INTERSEKTION MELLE KØNSLIGESTILLING OG FORBUD MOD DISKRIMINATION PGA. ANDET END KØN, FX ETNICITET, SEKSUEL ORIENTERING ELLER ALDER OG HANDICAP | 105 |
| 6.1 Generelt | 105 |
| 6.2 Intersektion mellem køn og etnicitet | 107 |
| 6.3 Kønsdiskrimination, kønsskifte og diskrimination pga. seksuel orientering: lesbiske, homoseksuelle mænd, biseksuelle og transkønnede, der ikke har gennemgået eller er ved at gennemgå et juridisk kønsskifte | 110 |
| 7. LIGEBEHANDLINGSNÆVNETS PRAKSIS VEDRØRENDE ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER | 116 |
| 7.1 Ligebehandlingsnævnets kompetenceområde | 117 |
| 7.1.1 Ligebehandlingsnævnets manglende kompetence | 117 |
| 7.2 Ligestillingslovens anvendelsesområde | 118 |
| 7.3 Forbud mod forskelsbehandling på grund af køn | 119 |
| 7.3.1 Direkte diskrimination | 119 |
| 7.3.2 Indirekte diskrimination | 120 |
| 7.4 Undtagelser fra forbuddet mod forskelsbehandling | 124 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 7.4.1 | Positiv særbehandling | 125 |
| 7.4.2 | Legitime hensyn | 126 |
| 7.5 | Godtgørelsen/Sanktion | 128 |
| 7.6 | Hvem diskrimineres mest i forhold til varer og tjenesteydelser | 129 |
| 7.7 | Køns- og sexchikane i forhold til adgangen til varer og tjenesteydelser | 130 |
| 8. | SÆRLIGT OM DEN FINANSIELLE SEKTOR | 131 |
| 8.1 | Ligestillingsloven | 131 |
| 8.2 | Lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser | 132 |
| 8.3 | Unisex-princippet i direktiv 2004/113 | 133 |
| 8.4 | Aktuarmæssige faktorer | 134 |
| 8.5 | Test-Achats-sagen | 135 |
| 8.6 | Kommissionens retningslinjer | 141 |
| 8.6.1 | Nye kontrakter | 142 |
| 8.6.2 | Kønsrelaterede forsikringspraksisser, der fortsat er mulige | 143 |
| 8.7 | Forslag til ændring af dansk implementering | 145 |
| | KONKLUSION | 146 |
| | ANBEFALINGER | 150 |
| | LITTERATUR | 152 |
| | NOTER | 155 |

FORORD

I samfundsdebatten er ligestillingspolitik og ligestillingsregler på arbejdsmarkedet kendt og accepteret stof, mens det er mindre kendt og mindre accepteret, når det gælder køb af varer og brug af offentlig og privat service. Det er et bredt felt, som har stor praktisk betydning for os alle i hverdagen, fx forsikring, bank, frisør, håndværker, revisor, kommunale tilbud, svømmehal, diskotek og bolig. Men det er også samfundsområder, som ofte er nye eller uprøvede i en ligestillingssammenhæng. De sager, der hidtil er afgjort af Ligebehandlingsnævnet, handler om et lille udsnit af området. Og der er behov for mere detaljeret vejledning og information om pligter og rettigheder.

Institut for Menneskerettigheder har derfor bedt professor, dr.jur. Ruth Nielsen, Juridisk Institut, Copenhagen Business School om at udarbejde en juridisk analyse. Hun giver i denne rapport en juridisk beskrivelse af ligestillingslovens forbud mod kønsdiskrimination i forbindelse med adgang til varer og tjenesteydelser. Det har siden 2000 været gældende i Danmark for alle sælgere og tjenesteydere både i den private og den offentlige sektor. Rapporten giver et overblik over Ligebehandlingsnævnets praksis på området og uddyber den særlige bestemmelse i ligestillingsloven, som pålægger den offentlige sektor at indarbejde kønsligestilling i al planlægning og forvaltning – den såkaldte mainstreamingpligt.

Med denne rapport ønsker Institut for Menneskerettigheder at styrke viden om og forståelse af reglerne og de samfundsmæssige målsætninger bag, til gavn for både håndhævelse og politikudvikling. Institut for Menneskerettigheder vil på grundlag af rapportens konklusioner og anbefalinger udvikle den fremtidige indsats på området vedrørende varer og tjenesteydelser med henblik på at opfylde instituttets opgaver som nationalt ligebehandlingsorgan på kønsligestillingsområdet.

Louise Holck
Vicedirektør

Susanne Nour Magnusson
Afdelingsleder

RESUME

Formålet med denne rapport er at præcisere omfanget og rækkevidden af det forbud mod kønsdiskrimination ved adgang til varer og tjenesteydelser, der i Danmark siden vedtagelsen af ligestillingsloven i 2000 gælder for alle sælgere/tjenesteydere både i den private og offentlige sektor samt af den pligt til at indarbejde kønsligestilling i al planlægning og forvaltning, der gælder i den offentlige sektor (den såkaldte mainstreamingpligt). Det vil også blive diskuteret, i hvilken udstrækning der, hvis der ønskes mere kønsligestilling, kan og bør ske skærpelse af reglerne i dansk ret inden for rammerne af de nugældende EU-regler.

Kønsligestilling og forbud mod diskrimination er grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder). I de seneste år er der i stigende grad udviklet et samspil mellem elementer i dansk ret, der stammer fra EU-niveau, og elementer, der stammer fra folkeretligt eller nationalt niveau, hvilket gør det relevant at opfatte regler af national herkomst, folkeret og regler, der er blevet til i EU-regi, som ét stort system.

Fokus i rapporten er på dansk ret, hvor de vigtigste regler findes i ligestillingsloven fra 2000. Det gælder navnlig § 2 om forbud mod kønsdiskrimination og § 4 om kønsmainstreaming i den offentlige sektor, dvs. inddragelse af hensynet til at fremme kønsligestilling i al administration og planlægning. Disse regler gennemgås i rapportens afsnit 2.

De danske regler er i den form, de har haft siden 2007, hvor ligestillingsloven blev brugt til at implementere EU-direktivet om lige adgang for kvinder og mænd til varer og tjenesteydelser (2004/113), i væsentligt omfang bestemt af de bagvedliggende EU-regler, der har forrang for dansk ret. De danske regler skal fortolkes EU-konformt. De vigtigste EU-regler er direktiv 2004/113/EF om lige adgang for kvinder og mænd til varer og tjenesteydelser og diskriminationsforbuddet i art. 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. De gennemgås i afsnit 3.

I afsnit 4 gennemgås de relevante folkeretlige regler, navnlig CEDAW, dvs. FN's konvention om afskaffelse af alle former for diskrimination af kvinder, og EMRK (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention). EU-reglerne og de danske retskilder om kvinders og mænds lige adgang til varer og tjenesteydelser er gennemgående mere præcise end de folkeretlige regler og giver bedre mulighed for tvangshåndhævelse. I Danmark er den praktiske betydning af de folkeretlige regler om kønsdiskrimination derfor beskednen.

I afsnit 5 gennemgås pligt- og rettighedssubjekterne og det materielle anvendelsesområde for reglerne om kønsligestilling ved adgang til og levering af varer og tjenester. Den danske ligestillingslov forbyder kønsdiskrimination på alle samfundsområder. I forhold til arbejdsmarkedet anvendes loven dog ikke, men viger for de særlige arbejdsretlige regler, navnlig i ligeløns- og ligebehandlingsloven. Forbuddet mod kønsdiskrimination i ligestillingsloven er forpligtende for det offentlige, uanset om det optræder som myndighedsudøver eller tjenesteleverandør, og for private (såvel erhvervsdrivende som ikke-erhvervsdrivende) sælgere og leverandører af varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden. Mainstreamingpligten i ligestillingsloven er kun forpligtende for offentlige myndigheder, ikke for private leverandører af varer og tjenesteydelser.

I forhold til arbejdsmarkedet er det forbudt at forskelsbehandle af mange forskellige grunde (køn, etnicitet, alder, religion, handicap, seksuel orientering, mv.). I forhold til varer og tjenesteydelser er der – bortset fra straffebestemmelsen i racediskriminationsloven vedrørende race, hudfarve, national eller etnisk oprindelse, tro eller seksuel orientering – kun forbud mod kønsdiskrimination i ligestillingsloven og mod etnisk diskrimination i den etniske ligebehandlingslov. I afsnit 6 behandles forholdet mellem reguleringen af kønsligestilling og anden ligestilling, navnlig etnisk ligebehandling, og forholdet mellem kønsdiskrimination og diskrimination af transpersoner.

I afsnit 7 gennemgås de sager, Ligebehandlingsnævnet har behandlet om kønsdiskrimination ved adgang til og levering af varer og tjenester fra nævnets oprettelse 1. januar 2009 til i dag (oktober 2012). Bedømt alene ud fra lov- og direktivteksterne er reglerne om forbud mod kønsdiskrimination i ligestillingsloven meget lig de ældre regler i ligeløns- og ligebehandlingslovene om forbud mod kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet og de underliggende regler i de arbejdsretlige EU-direktiver. Den undersøgelse, vi har foretaget af Ligebehandlingsnævnets praksis til brug for denne rapport, se afsnit 7, viser imidlertid, at der, uanset at reglerne ser ens ud, bedømt alene ud fra lovteksterne er ganske store forskelle mellem de billeder, anvendelsen ved Ligebehandlingsnævnet tegner af forbuddet mod kønsdiskrimination i forhold til varer og tjenester og i forhold til arbejdsmarkedet.

I forhold til varer og tjenester er det mest mænd, der klager. I forhold til arbejdsmarkedet er det mest kvinder, der klager. I forhold til varer og tjenester handler næsten alle sager om direkte diskrimination og næsten ingen om indirekte diskrimination. I forhold til arbejdsmarkedet handler

en stor del af sagerne om indirekte diskrimination. I forhold til varer og tjenester spiller undtagelsen i ligestillingslovens § 3 a om legitime grunde til at behandle kvinder og mænd forskelligt en stor rolle, mens de tilsvarende regler i forhold til arbejdsmarkedet fortolkes meget snævert og næsten aldrig anvendes i praksis.

Afsnit 8 handler om kvinders og mænds lige adgang til pension, forsikring og lignende finansielle ydelser. Indtil 21.12.2012 er det tilladt at tage hensyn til gennemsnitlige forskelle mellem kvinder og mænd, fx forskelle i levealder eller ulykkeshyppighed, ved beregning af individuelle kvinders og mænds præmier og ydelser. Fra 21.12.2012 anses dette som følge af en dom fra EU-Domstolen (Test-Achats-sagen) for stridende mod EU's charter om grundlæggende rettigheder og ændres, således at såkaldte aktuar-mæssige beregninger ikke længere kan legitimere kønsbestemte forskelle i individuelle kvinders og mænds præmier og ydelser.

Til sidst formuleres i afsnit 9 rapportens konklusioner. Her bliver det også vurderet, om resultaterne i denne rapport giver grundlag for at anbefale forbedringer i de danske regler om kønsligestilling ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, herunder hvor der mangler lovgivning, og om der kan og bør ske præcisering af de positive pligter til at fremme ligestilling.

Der er en tendens til, at brug af undtagelsen i ligestillingslovens § 3 a om legitime grunde til at behandle kvinder og mænd forskelligt bliver foretrukket frem for undtagelsen vedrørende positiv særbehandling i ligestillingslovens § 3.

Der synes at være behov for at koble forbuddet mod kønsdiskrimination tættere sammen med varetagelse af mainstreamingpligten i

ligestillingslovens § 4. I forhold til diskotekerne synes den hidtidige praksis klart at vise, at et forbud mod kønsdiskrimination, der står alene, er ineffektivt. Det kunne formentlig afbødes ved at tage alkoholbevillingsmyndighedernes pligt til mainstreaming mere alvorligt.

De nugældende regler om offentlige myndigheders pligt til at indarbejde kønsligestilling i al planlægning og forvaltning, der gælder efter ligestillingslovens § 4, er meget vagt udformede, og deres praktiske betydning er meget afhængig af politisk velvilje. Der pågår en retspolitisk diskussion om styrkelse af ligestilling, bl.a. ved at sikre flere kvinder i ledelse. Der er i Danmark allerede udarbejdet lovforslag herom i forhold til det personelle aspekt af mainstreamingbeføjelsen, hvor der indføres pligt for de største virksomheder både i den offentlige og private sektor til at opstille måltal for ligestilling i ledelse og udarbejde rapporter om, hvordan det går med at opfylde målene. Det er nærliggende i forlængelse heraf at indføre tilsvarende pligter vedrørende serviceområdet og at udvide kredsen af pligtsubjekter i ligestillingslovens § 4 fra offentlige myndigheder til også at omfatte store private virksomheder og børsnoterede virksomheder uanset størrelse.

Mange – blandt andre Institut for Menneskerettigheder – anlægger en horisontal synsvinkel på diskriminationsproblemer og ser kønsdiskrimination og andre former for diskrimination som forskellige aspekter af samme mere generelle problematik. I forhold til denne synsvinkel er det et problem, at reglerne om forskellige diskriminationsgrunde er forskellige. I dansk ret er reglerne vedrørende forskellige diskriminationsgrunde på forskellige samfundsområder spredt i forskellige love, og der er bedre retsbeskyttelse imod visse former for diskrimination end andre. Der er således stærkere retsbeskyttelse af kønsligestilling end af etnisk ligebehandling. Der er

mainstreamingpligt i den offentlige sektor vedrørende kønsligestilling, men ikke vedrørende etnisk ligebehandling. Det vil være nærliggende at bruge ligestillingsloven vedrørende køn som en løftestang for forbedring af retsbeskyttelsen mod etnisk diskrimination. I hidtidig praksis (det tidligere klagenævn for etnisk ligestilling) er det antaget, at forbuddet mod etnisk diskrimination kun forpligter erhvervsdrivende og fx ikke private hushandlere, der ikke vil sælge til visse etniske grupper. Det strider formentlig mod de underliggende EU-regler. Det er derfor en ugyldig fortolkning, men der er behov for at tydeliggøre retsstillingen.

Flere EU-lande, bl.a. Tyskland og Sverige, har i de senere år samlet deres ligestillingslovgivning i én samlet, generel lov, der gælder for alle diskriminationsgrunde og på alle samfundsområder. På lang sigt vil det formentlig være en fordel, hvis dansk ret går i denne retning. Det vil gøre det lettere at tage hensyn til intersektionaliteten mellem forskellige diskriminationsgrunde og gøre problemerne med at afgrænse forskellige diskriminationsgrunde indbyrdes mindre. I dansk ret falder transpersoner i dag mellem forskellige love. Den uklarhed i retsstillingen, det kan give anledning til, ville være mindre, hvis alle var omfattet af samme lov.

SUMMARY

The purpose of this report is to clarify the extent and scope of the prohibition against sex discrimination in access to and supply of goods and services which exists in Denmark since the adoption of the Equality Act in 2000 as mandatory for all sellers/service providers in both the private and public sectors. It is also the purpose of the report to clarify the duty to incorporate gender equality into all planning and management that applies in the public sector (the so-called mainstreaming duty). It will also be discussed to what extent Danish gender equality rules – within framework of existing EU rules – can and should be made stricter to provide better protection of the principle of equality.

Gender equality and non-discrimination are fundamental rights (human rights). In recent years, there is a trend towards increased interaction between elements of Danish law, stemming from EU level, from international law or from the national level. As a result, it is appropriate to regard rules of national origin, rules stemming from the EU and public international law, as one big legal system.

The focus of this report is on Danish law. The most important Danish rules are found in the Equality Act 2000. This applies in particular to § 2 prohibiting gender discrimination and § 4 of gender mainstreaming in the public sector. These rules are discussed in section 2 of the report.

The Danish rules are – in the form they have had since 2007, when the Equality Act was used to implement the EU directive on equal access for women and men to goods and services (2004/113) – significantly determined by underlying EU rules, which take precedence over Danish law. The Danish rules must be interpreted in conformity with the EU provisions. The main EU rules are Directive 2004/113/EC on equal access for women and men to goods and services and the discrimination prohibition in Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights. The EU rules are discussed in section 3

Section 4 reviews the relevant rules of public international law, in particular CEDAW, ie. UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the ECHR (European Convention on Human Rights). EU rules and the Danish legal sources on women's and men's equal access to goods and services are generally more precise than the rules of international law and provide a better opportunity for enforcement. In Denmark, the practical importance of the rules of international law is therefore modest in the areas covered by this report.

In Section 5 we discuss who are obligated and who enjoy rights under the provisions on equal access for men and women to goods and services and what the material scope of these provisions is. The Danish Gender Equality Act prohibits sex discrimination in all areas of society. In relation to the labour market the Gender Equality Act does not apply, but gives way to the special labour laws, in particular the Equal Pay Act and the Equal Treatment Act. The ban on gender discrimination in the Equality Act is binding on public authorities and institutions no matter in which role they are acting, e.g. exercising public authority or delivering services, e.g. health, education or social services. It is also binding upon private sellers and suppliers of goods and services.

In relation to the labour market, it is prohibited to discriminate on grounds of a number of different discrimination criteria (gender, ethnicity, age, religion, disability, sexual orientation, etc.). In relation to goods and services – a part from the criminal provision in the Racial Discrimination Act relating to race, color, national or ethnic origin, religion or sexual orientation – there is only a ban on gender discrimination in the Equality Act and against ethnic discrimination in the ethnic Equal Treatments. There is only a mainstreaming duty in the public sector. In Section 6, the relationship between the regulation of gender equality and other aspects of equality, in particular ethnic equality and the relationship between gender discrimination and discrimination against transpersons, are discussed.

Section 7 examines the cases the Equal Treatment Board has considered on gender discrimination in access to and supply of goods and services from its establishment 1 January 2009 until today (October 2012). Assessed solely on the basis of the legislative texts the rules prohibiting gender discrimination in the Equality Act are very similar to the old rules on equal pay and equal treatment prohibiting gender discrimination in the labour market and the underlying EU rules of the labour law directives. The study we have conducted of the case law of the Equality Board shows, however, that there are a number of differences between the cases on discrimination in relation to goods and services and in the labour market.

In relation to goods and services it is mostly men who complain. In relation to the labour market, it is mostly women who complain. In relation to goods and services almost all cases are about direct discrimination and almost none about indirect discrimination. In relation to the labour market a major part of the cases concerns indirect discrimination. In relation to goods and services the exception of the Gender Equality Act § 3 a on legitimate reasons to treat

women and men differently plays a major role, while the corresponding rules in regard to the labour market on gender as a genuine occupational qualification are interpreted very narrowly and almost never are used in practice.

Section 8 of the report is about women's and men's equal access to pension, insurance and related financial services. Until 21.12.2012 it is permissible to take into account the average differences between women and men, for example, differences in life expectancy or accident frequency, when calculating of individual women and men premiums and benefits. From that date the law will be amended as a consequence of a judgment for CJEU (the Test Achats case).

Finally, the conclusions of the report are formulated in Section 9. Here it is also considered whether the findings of this report provide the basis for recommending improvements in the Danish rules on gender equality in access to and supply of goods and services, including whether there is a lack of legislation and whether clarifications of the positive duties to promote gender equality can and should be made.

There is a tendency to use the exemption in the Equality Act § 3 a on legitimate reasons to treat women and men differently rather than the exemption on positive action in § 3 of the Act.

There seems to be a need to strengthen the link between the ban on gender discrimination and the mainstreaming duty in § 4 of the Equality Act. The case law of the Equality Board on discos clearly shows that a ban on gender discrimination, standing alone, is inefficient. It could probably be made more efficient by taking the mainstreaming duty of the authorities which grant alcohol licenses more seriously.

The current rules on public authorities to incorporate gender equality into all planning and management under the provisions of the Equality Act § 4, are very vague and their practical significance is highly dependent on political goodwill. There is an ongoing legal political discussion on strengthening gender equality, including by ensuring more women in management. Denmark has already prepared draft legislation to this effect in relation to the personal aspect of the mainstreaming competence. The proposed law introduces an obligation for the approximately 1100 largest companies in both the public and private sector to set targets for gender equality in leadership and report on the progress towards attaining the objectives. It seems obvious to impose similar duties relating to the service area and to expand the group of persons who should have a mainstreaming duty from public authorities alone to also include large private companies and listed companies, regardless of size.

Many – among others the Danish Institute for Human Rights – adopt a horizontal approach to discrimination issues and considers sex discrimination and other forms of discrimination as different aspects of the same more general problem. In relation to this point of view it is a problem that rules on different grounds of discrimination are different. Under Danish law, the rules concerning different grounds of discrimination in various areas of society are scattered in different laws and there are better legal protection against certain forms of discrimination than others. Thus, there is stronger legal protection of gender equality than ethnic equality. There is a mainstreaming duty in the public sector for gender equality, but not for ethnic equality. It would be tempting to use the Equality Act relating to sex as a lever for improving legal protection against ethnic discrimination. In current practice (the previously existing complaints body on ethnic equality) it is assumed that the prohibition of ethnic discrimination is the sole responsibility of professional traders, and

not e.g. private sellers of houses that will not sell to certain ethnic groups. That is probably a violation of the underlying EU rules. It is therefore an invalid interpretation, but there is a need for clarification of the legal position.

Several EU countries, including Germany and Sweden, have in recent years gathered their equality legislation into one comprehensive general law applicable for all grounds and in all areas of society. In the long term it will probably be an advantage if Danish law goes in this direction. This will make it easier to take intersectionality between different grounds of discrimination into account and make the problems of distinguishing between different grounds of discrimination smaller. Today, under current Danish law, transpeople fall between different laws. The ambiguities in their legal position, it can cause, would be smaller if all discrimination issues were subject to the same piece of legislation.

INDLEDNING

Formålet med denne rapport er at præcisere omfanget og rækkevidden af det forbud mod kønsdiskrimination ved adgang til varer og tjenesteydelser, der i Danmark siden vedtagelsen af ligestillingsloven i 2000 gælder for alle sælgere/tjenesteydere (ligestillingslovens § 2) både i den private og offentlige sektor samt af den pligt til at indarbejde kønsligestilling i al planlægning og forvaltning, der gælder i den offentlige sektor (den såkaldte mainstreamingpligt) efter ligestillingslovens § 4. Det vil også blive diskuteret, i hvilken udstrækning der, hvis der ønskes mere kønsligestilling, kan og bør ske skærpelse af reglerne i dansk ret inden for rammerne af de nugældende EU-regler. Rapporten er udarbejdet på opdrag af Institut for Menneskerettigheder¹ og er et eksempel på de uvildige rapporter vedrørende forskelsbehandling, instituttet lader udarbejde.

Fokus i rapporten er på dansk ret, hvor de vigtigste regler findes i ligestillingsloven fra 2000 (navnlig § 2 om forbud mod kønsdiskrimination og § 4 om kønsmainstreaming i den offentlige sektor, dvs. inddragelse af hensynet til at fremme kønsligestilling i al administration og planlægning). De danske regler er i den form, de har haft siden 2007, hvor ligestillingsloven blev brugt til at implementere EU-direktivet om lige adgang for kvinder og mænd til varer og tjenesteydelser,² i væsentligt omfang bestemt af de bagvedliggende EU-regler, der har forrang for dansk ret. De danske regler skal under alle omstændigheder fortolkes EU-konformt. Der kan også i et vist omfang blive tale om folkeretskonform fortolkning, se nærmere

nedenfor i afsnit 4. EU-reglerne og de danske retskilder er gennemgående mere præcise end de folkeretlige regler og giver, navnlig for så vidt angår diskriminationsforbuddet, langt bedre mulighed for tvangshåndhævelse.

Forbud mod diskrimination er en grundlæggende ret (menneskerettighed). I EU-retten benyttes normalt terminologien grundlæggende rettigheder, mens folkeretlige retskilder (traktater mv.) ofte benytter menneskerettighedsterminologien. Uanset, om man som i EU-retten foretrækker udtrykket grundlæggende rettighed eller som i folkeretten menneskerettighed, kan retskildegrundlaget være enten national ret, typisk på grundlovsniveau,³ EU-ret eller folkeret, eller, hvilket oftest er tilfældet, en kombination af retskilder fra disse tre niveauer.

Det er omdiskuteret i litteraturen, hvor mange retssystemer der er i EU.⁴ I grove træk er der tre forskellige typer svar. For det første kan man opfatte EU-retten som ét EU-retligt system, der eksisterer adskilt fra folkeretten og i tillæg til de nationale retssystemer (27+1-modellen). For det andet kan man opfatte EU-ret blot som et aspekt af medlemsstaternes nationale retssystemer (27-modellen). Endelig kan man for det tredje tænke EU-retten og folkeretten som ét stort system, som 'de nationale retssystemer' i en vis forstand er delsystemer af (ét stort system-modellen). I de første år af EF/EU's eksistens var de fleste juridiske forskere tilhængere af 27-modellen eller 27+1-modellen. I de seneste år er der i stigende grad udviklet et samspil mellem elementer i dansk ret, der stammer fra EU-niveau, og elementer, der stammer fra folkeretligt eller nationalt niveau, hvilket gør det mere relevant at opfatte regler af national herkomst, folkeret og regler tilblevet i EU-regi som ét stort system.⁵ Retten til kønsligestilling er en grundlæggende ret (menneskeret) i Europa. Hele rapporten kan således siges at handle om en grundlæggende ret (menneskeret). Institut for Menneskerettigheder

fokuserer i deres behandling af menneskerettigheder ofte på de folkeretlige retskilder. Det gør vi ikke i denne rapport, da de vigtigste retskilder om kønsligestilling ved handel med varer og tjenester i Europa findes i nationale og EU-retlige regler.

Rapporten er struktureret på følgende måde: Efter denne indledning gennemgås i afsnit 2 de danske regler, i afsnit 3 de underliggende EU-regler, i afsnit 4 de relevante folkeretlige regler, i afsnit 5 reglernes pligt- og rettighedssubjekter og materielle anvendelsesområde og i afsnit 6 forholdet mellem reguleringen af kønsligestilling og anden ligestilling (etnisk, mv.). I afsnit 7 gennemgås de sager, Ligebehandlingsnævnet har behandlet om kønsdiskrimination ved adgang til og levering af varer og tjenester. Afsnit 8 handler om den finansielle sektor. Til sidst formuleres i afsnit 9 rapportens konklusioner og i afsnit 10 de anbefalinger, som resultaterne i denne rapport giver grundlag for, herunder hvor der mangler lovgivning, og om der kan og bør ske præcisering af de positive pligter til at fremme ligestilling.

Rapporten er udarbejdet af professor, dr.jur. Ruth Nielsen, CBS, Handelshøjskolen i København med bistand af stud.merc.jur. Sandie Nøhr Nielsen, der særlig har stået for undersøgelsen af Ligebehandlingsnævnets praksis (afsnit 7).

2.

DANSK LOVGIVNING OM KØNSLIGESTILLING VED ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER

Eksplícitte regler, der forbyder kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenesteydelser, er et forholdsvis nyt fænomen i dansk ret. Før vedtagelsen af den nugældende ligestillingslov i 2000 fandtes ikke eksplicit sådanne regler i Danmark. Den uskrevne forvaltningsretlige lighedsgrundsætning har dog i mange år forbudt offentlige myndigheder og institutioner ved forvaltningsafgørelser og præstation af tjenesteydelser i offentlig regi at kønsdiskriminere.

Det abstrakte lighedsprincip (det lige skal behandles lige og det forskellige forskelligt) har været velkendt i Europa i hvert fald siden Aristoteles formulerede det i Den Nichomachiske Etik for ca. to et halvt tusinde år siden, og det er anerkendt som et almindeligt princip i EU-retten i talrige domme fra EU-Domstolen. Mange anser princippet for meget formelt og indholdsmæssigt ret tomt, idet det ikke siger noget om, hvad der skal anses for lige, og hvad der skal anses for forskelligt.

2.1 ÆLDRE RET

Familieretlig ligestilling af kvinder og mænd blev i det væsentligste indført i Danmark i perioden fra slutningen af 1800-tallet til begyndelsen af 1900-tallet. Kvinder fik stemmeret til kommunalvalg og parlamentsvalg fra 1908-1915. Der blev vedtaget en lov nr. 100 om lige adgang til offentlige embeder i 1921.

Der er stort set ingen diskriminationsforbud i den danske grundlov, se dog grundlovens § 70, der bestemmer, at ingen på grund af sin trosbekendelse eller afstamning må berøves adgang til den fulde nydelse af borgerlige og politiske rettigheder eller må unddrage sig opfyldelsen af nogen almindelig borgerpligt. Den magtfordeling mellem folketing, domstole og regering, grundloven foreskriver, er ændret gennem Danmarks medlemskab af EU, som flytter væsentlige dele af lovgivningsmagten til EU-institutioner, mens de danske domstole har fået udvidet deres funktioner, idet de ud over fortsat at være nationale domstole nu også er EU-retten's almindelige judicielle instanser ifølge art. 4, stk. 3 TEU.⁶

Siden 1970'erne er der med udgangspunkt i EU-direktiver vedtaget omfattende lovgivning om kønsligestilling på arbejdsmarkedet. Centrale elementer er ligelønsloven, oprindeligt fra 1976, der implementerer ligelønsdirektivet fra 1975, og ligebehandlingsloven, oprindeligt fra 1978, der implementerer ligebehandlingsdirektivet fra 1976. I 1996 vedtoges forskelsbehandlingsloven, der forbyder diskrimination på arbejdsmarkedet pga. race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse. Diskrimination pga. alder og handicap blev dog først forbudt i slutningen af 2004.

Før 2000 havde Danmark – ligesom EU – ikke specifik lovgivning om diskrimination, der gjaldt i forbindelse med handel med varer og tjenesteydelser. I 2000 vedtoges ligestillingsloven og i 2003 den etniske ligebehandlingslov. Kønsligestilling ved handel med varer og tjenester, som er emnet for nærværende rapport, er således først taget op til selvstændig regulering i det 21. århundrede, i Danmark ved ligestillingsloven af 2000 og i EU i 2004 ved vedtagelsen af direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser.⁷

I Danmark og det øvrige Europa var det primære diskriminationsproblem af kontraktretlig relevans i slutningen af det 19. og første halvdel af det 20. århundrede kvinders umyndighed, dvs. spørgsmålet, om kvinder, evt. delgrupper af kvinder, især gifte kvinder, overhovedet skulle have kompetence til at indgå aftaler. I nordisk ret blev ugifte kvinder myndige på samme betingelser som mænd omkring midten af 1800-tallet og gifte kvinder i slutningen af 1800-tallet.⁸ I store dele af det øvrige Europa skete denne udvikling først i 1950'erne, altså nogenlunde samtidig med, at opbygningen af EF/EU begyndte. I dag (2012) er kvinders myndighed ikke længere et aktuelt problem i Europa, men det spiller stadig en rolle i nogle u-lande og udgør en ikke uvæsentlig del af det, der kaldes ligestilling mellem kvinder og mænd i folkeretlige regler, fx CEDAW (FN's kvindekonvention), se nærmere nedenfor i afsnit 4 om folkeret.

2.2 NUTIDIGE LIGESTILLINGSPROBLEMER

Den omstændighed, at kvinder er myndige og gyldigt kan indgå kontrakter, hvis der er nogen, der vil handle med dem, indebærer ikke, at der er kønsligestilling i den forstand, begrebet forstås i Europa i dag (2012). Der findes ikke i nogen bindende retskilde en eksplicit definition af, hvad der menes med ligestilling. Ofte benyttes både i Danmark og i EU-regi følgende definition, der er formuleret i Europarådets regi, altså inden for den folkeretlige ramme. I Europarådets rapport om kønsmainstreaming⁹ indledes med en definition af kønsligestilling. Kønsligestilling defineres således:

Ligestilling betyder lige synlighed, lige beføjelser og deltagelse for begge køn på alle områder i samfundet både i den offentlige og private sfære. Ligestilling er det modsatte af uligestilling, ikke af kønsforskelle og sigter på at fremme kvinders og mænds fulde deltagelse i samfundet.

I det forslag, der førte til direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, omtales en række eksempler på forskelsbehandling pga. køn. Heraf er de fleste fra den finansielle sektor.¹⁰ I Danmark har den tidligere Erhvervsfremmestyrelse (nu Erhvervs- og Byggestyrelsen) foretaget en undersøgelse af bankers forhold til iværksætterkvinder. Her udtalte en af respondenterne (en bankrådgiver) bl.a. helt åbent, at:¹¹

enlige mødre har ikke store chancer for at få lån til virksomheden.

Dengang (før ligestillingsloven af 2000) var det (uden for arbejdsmarkedet) lovligt for en kontraktpart, fx en bank, at sortere mellem potentielle kontraktparter efter køn. Forbuddet mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenesteydelser, der i dansk ret blev indført i 2000 ved ligestillingslovens § 2, begrænser nu potentielle sælgeres/leverandørers aftalefrihed ved at forbyde dem at diskriminere pga. køn, hvilket indebærer, at de ikke har frihed til at fravælge potentielle kontraktparter eller behandle dem ringere pga. køn. I litteraturen¹² har navnlig følgende situationer været fremhævet:

1. Kønsdiskriminerende kontraheringsnægtelse
2. Diskrimination pga. køn ved kontraktforberedelse og -indgåelse (fx ved informationsindsamling og -behandling)
3. Diskrimination pga. køn ved kontraktopfyldelse (fx mht. serviceniveau)
4. Prisdifferentiering efter køn og andre kønsdiskriminerende kontraktvilkår.

I den undersøgelse af Ligebehandlingsnævnets praksis, der er foretaget til brug for denne rapport, se nedenfor i afsnit 7, fandt vi, at navnlig følgende situationer giver anledning til klager:

5. Kønsdiskriminerende kontraheringsnægtelse
6. Prisdifferentiering efter køn og andre kønsdiskriminerende kontraktvilkår.

Sammenlignet med en del andre EU-lande er dansk ligestillingslovgivning fragmenteret med forskellige love for forskellige diskriminationsgrunde og forskellige love for forskellige aspekter af kønsdiskrimination. En række andre EU-lande har i de senere år valgt at vedtage enstrengt lovgivning eller er på vej til at gøre det, således at forskellige diskriminationskriterier reguleres samlet og ensartet, og således at arbejdsmarkedet og beskæftigelse på den ene side og handel med varer og tjenesteydelser (og evt. andre forhold) på den anden side behandles samlet.

Tyskland har efter 2. Verdenskrig udviklet en stærk tradition for grundretsbeskyttelse internt i tysk ret og har som EU's største medlemsland øvet afgørende indflydelse på udviklingen af EU's grundlæggende rettigheder. Den tyske forfatningsdomstol Bundesverfassungsgericht har kun accepteret EU-retten forrang for tysk ret, så længe (So-lange) den EU-retlige grundretsbeskyttelse holder niveau med den tyske.¹³ Tysk rets opfattelse af, hvilke retsvirkninger diskriminationsforbud som grundlæggende ret har – også i private relationer (såkaldt Drittwirkung der Grundrechte) – er derfor af særlig betydning også i Danmark.

Med vedtagelsen i 2006 af den tyske Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)¹⁴ har Tyskland vedtaget en en-strengt ligestillingslovgivning, der dækker et bredt felt både med hensyn til diskriminationsgrunde og typer af kontraktforhold.

Sverige er et andet eksempel på et land, der er gået fra spredt, flerstrengt ligestillingslovgivning til en-strengt lovgivning. Den 1. januar 2009 trådte

en ny tværgående diskrimineringslov i kraft i Sverige.¹⁵ Den blev vedtaget på grundlag af et forslag,¹⁶ der blev forberedt i et udvalg, der afgav en omfattende betænkning.¹⁷ Samtidigt indrettedes en ny myndighed, diskrimineringsombudsmanden,¹⁸ som fører tilsyn med, at loven overholdes og støtter potentielle ofre for diskrimination. Hovedbestemmelsen i loven om varer og tjenesteydelser er 2. kapitel, der handler om forbud mot diskriminering och repressalier 12 §.

Lovens formål er at modvirke diskriminering og på andre måder at fremme lige rettigheder og muligheder uanset køn, kønsoverskridende identitet eller udtryk, etnisk gruppetilhør, religion eller anden trosopfattelse, funktionshindringer (handicap), seksuel orientering eller alder. I forhold til handel med varer og tjenester forbyder loven dog ikke aldersdiskrimination.

Danmark har til forskel fra Tyskland og Sverige valgt at lade ligestillingslovgivningen være flerstrengt og meget spredt. Arbejdsmarkedet og handel med varer og tjenesteydelser behandles i det store og hele i forskellig lovgivning og forskellige diskriminationskriterier hver for sig, ligesom forskellige aspekter spredes ud i anden lovgivning. Det betyder også, at ansvaret for ligestillingsregulering i Danmark hører under flere forskellige ministeriers og myndigheders ressort (navnlig Beskæftigelsesministeriet, Ligestillings- og Kirkeministeriet, Erhvervs- og Vækstministeriet og Social- og Integrationsministeriet), der har varierende sagkundskab på området og i nogle tilfælde meget små og svage fagjuridiske miljøer i relation til ligestilling og diskrimination.

Reglerne om forbud mod kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet står i dansk ret i nogle love (navnlig ligeløns- og ligebehandlingsloven) og reglerne om kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester i en anden lov (navnlig

ligestillingsloven). Bedømt alene ud fra lov- og direktivteksterne er reglerne om forbud mod kønsdiskrimination ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser indholdsmæssigt næsten identiske med de ca. 30 år ældre regler om forbud mod kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet, men de sager om overtrædelse af forbuddet, de giver anledning til, er ret forskellige, se nærmere i det følgende, navnlig afsnit 7 og 9.

Den spredte danske regulering af diskrimination og ligestilling vanskeliggør hensyntagen til intersektionaliteten mellem forskellige diskriminationsgrunde og medfører risiko for, at nogle personer/grupper, fx transpersoner, falder mellem forskellige love. Der kan derfor være grund til at overveje, om Danmark skal gøre som nabolandene (Tyskland og Sverige) og udarbejde en samlet diskriminerings- eller ligestillingslov for alle diskriminationsgrunde og alle (eller de fleste) aspekter af problemerne.

2.3 LIGESTILLINGSLOVEN FRA 2000 MED SENERE ÆNDRINGER

Ligestillingsloven¹⁹ blev vedtaget den 30. maj 2000 med ikrafttræden den 1. juli 2000. Loven afløste den hidtil gældende lov om ligestilling mellem mænd og kvinder,²⁰ udvalgsloven²¹ og bestyrelsesloven.²² Direktiv 2004/113 blev i det væsentligste implementeret i ligestillingsloven i 2007. Reglen om forbud mod kønsdiskrimination ved forsikring i direktivets art. 5 blev implementeret ved lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser efter ændringen af denne lov i 2009.²³ Se nærmere nedenfor i afsnit 8, hvor den igangværende ændring af reglen til opfyldelse af Test-Achats-dommen fra EU-Domstolen²⁴ også er omtalt.

2.3.1 Ligestillingslovens hovedregler: forbud mod kønsdiskrimination og pligt til kønsmainstreaming i den offentlige sektor

Ligestillingsloven indførte to hovedtyper af forpligtelser: et forbud mod kønsdiskrimination og en pligt for offentlige myndigheder/tjenesteydere til mainstreaming, dvs til aktivt at arbejde for ligestilling.

Ligestillingslovens § 2, stk. 1 bestemmer:

Ingen må udsætte en anden person for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af køn. En instruktion om at forskelsbehandle en person på grund af køn betragtes som forskelsbehandling.

2.4 FORBUD MOD KØNSDISKRIMINATION

Overskriften til kap. 2 i ligestillingsloven er 'Forbud mod forskelsbehandling på grund af køn (kønsdiskrimination)'. EU har for tiden (2012) 23 officielle sprog, hvoraf dansk er et af de små. Det, der i de danske versioner af EU-reglerne og (næsten²⁵) tilsvarende i dansk lovsprog kaldes 'forskelsbehandling', hedder 'discrimination' i de franske og engelske versioner af EU-retsakterne og 'Diskriminierung' i de tyske versioner.²⁶ Formuleringerne på engelsk og fransk og i den tyske direktivtekst taler således for, at man skulle have valgt ordet 'diskrimination' eller 'diskriminering' i de danske versioner. I Sverige har man valgt det svenske ord diskriminering. Uanset om man kalder det, der tales om, for forskelsbehandling eller diskrimination, defineres det i lovgivningen og de underliggende EU-regler som ringere behandling, dvs. mindre gunstig behandling (less favourable treatment, weniger günstige Behandlung) relateret til et af beskyttelseskriterierne og ikke som forskellig behandling relateret til et af beskyttelseskriterierne.

Efter vores vurdering havde det været en fordel, hvis Danmark havde valgt ordet 'diskrimination' eller 'diskriminering' i stedet for 'forskelsbehandling'. Udtrykket 'forbud mod forskelsbehandling' kan forlede til misforståelser, hvis man slutter fra sproglige normer for, hvad ord betyder, til gældende ret, hvilket i nogen grad er en del af sædvanlig juridisk fortolkning, hvor man tager udgangspunkt i en naturlig sproglig forståelse af ordlyden. Nogle er fx tilbøjelige til at tro, at forbud mod forskelsbehandling betyder, at forskellig behandling er forbudt, eller at man har gjort, hvad man skal, bare man behandler alle ens på tværs af beskyttelseskriterierne. Det er forkert. Alle de specifikke diskriminationsforbud vedrørende køn, etnisk oprindelse mv. skal fortolkes i overensstemmelse med det abstrakte lighedsprincip ifølge hvilket, det kun er det lige, der skal behandles lige, mens det forskellige skal behandles forskelligt. Diskriminationsforbud forbyder kun ringere, dvs. mindre gunstig behandling pga. et beskyttelseskriterium/ diskriminationskriterium (køn, alder, handicap mv.), mens flere varianter af forskellig behandling, fx forskellig – men ligeværdig – behandling eller forskellig behandling, der tager hensyn til naturlige forskelle, fx kønsbestemte højdeforskelle,²⁷ ikke anses for forskelsbehandling (diskrimination). Det er desuden i stigende grad gældende ret, at diskriminationsforbud indebærer pligt til rimelig hensyntagen til forskelle pga. et beskyttelseskriterium, hvilket kan indebære pligt til forskellig behandling under hensyn til beskyttelseskriteriet.

Det virker formentlig sprogligt mindre selvmodsigende at sige, at diskriminationsforbud ikke altid indebærer forbud mod forskellig behandling og i visse tilfælde indebærer pligt hertil, end at sige, at forbud mod forskelsbehandling ikke (altid) betyder forbud mod forskellig behandling. Det er vigtigt på dette område, at inddrage andre (i princippet alle²⁸) de sproglige versioner af de underliggende EU-regler ved fortolkning af ordet

'forskelsbehandling' i dansk ligestillingslovgivning, hvorved det vil fremgå, at forskelsbehandling i den kontekst, der behandles her, betyder mindre gunstig behandling relateret til et diskriminationskriterium (køn, etnicitet mv.).

Diskrimination retter sig ofte kun mod delgrupper inden for en gruppe, der er bærer af et diskriminationskriterium, fx delgrupper af kvinder, fx gravide eller enlige mødre, eller delgrupper af mænd, fx mænd over eller under en vis alder, og ikke alle personer af det ene eller andet køn. Det er ikke en betingelse for, at der foreligger ulovlig kønsdiskrimination, at samtlige kvinder eller samtlige mænd diskrimineres.

2.4.1 Direkte kønsdiskrimination

Efter ligestillingsdirektiverne²⁹ foreligger der direkte forskelsbehandling, når en person af en eller flere af de forbudte diskriminationsgrunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.

Forbuddet mod direkte diskrimination indebærer et retskrav for den berettigede på at blive behandlet individuelt, uafhængigt af hvilken kønsgruppe den pågældende kan henføres til, og hvilke karakteristika denne gruppe har. Som et eksempel på, at der ikke må tages hensyn til gennemsnitlige kønsforskelle, kan nævnes forsikringssselskabers prisdifferentiering efter køn. I forhold til forsikring er det dog omdiskuteret, om der kan tages hensyn til gruppekarakteristika ved risikoberegninger, se om forsikring og pension nedenfor i afsnit 8.

Mange beslutninger, fx vedrørende kontrakter, træffes ud fra en flerhed af motiver, hvoraf det evt. diskriminerende ofte kun er et enkelt og måske ikke det væsentligste. De direktivforeskrevne diskriminationsforbud

forbyder ikke blot, at der træffes beslutninger, som udelukkende eller i det væsentligste er begrundet i det forbudte kriterium. Forbuddene omfatter også tilfælde, hvor det forbudte kriterium indgår som medvirkende årsag. Sammenligningstilgangen, jf. foran, indebærer dog, at det forbudte kriterium skal have haft så stor betydning, at det må antages, at den diskriminerede ville være blevet behandlet anderledes, hvis hun eller han ikke havde tilhørt den gruppe, som diskriminationskriteriet udpeger. I art. 3, stk. 2 i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser siges det:

2. Dette direktiv berører ikke enkeltpersoners frie valg af aftalepartner, for så vidt enkeltpersoners valg af aftalepartner ikke er baseret på dennes køn.

I punkt 14 i præambelen uddybes bestemmelsen med følgende:

Enhver har frihed til at indgå aftaler, herunder frihed til at vælge en aftalepartner til en given transaktion. En person, der leverer varer eller tjenesteydelser, kan have en række subjektive grunde til at vælge sin aftalepartner. Såfremt valget af aftalepartner ikke skyldes den pågældendes køn, bør dette direktiv ikke berøre friheden til at vælge aftalepartner.

Direkte diskrimination kan enten være åbent indrømmet, hvilket stort set er normalt, så længe det er lovligt at anvende et diskriminationskriterium (i Danmark er aldersdiskrimination ved handel med varer og tjenester fx stadig stort set tilladt), eller skjult, hvilket synes at blive det normale, efterhånden som det bliver forbudt at bruge et diskriminationskriterium. I ældre praksis var der en tendens til at kalde åbent indrømmet diskrimination direkte

diskrimination og skjult diskrimination indirekte, se nedenfor om udviklingen af begrebet indirekte diskrimination.

Enhver form for negativ forskelsbehandling af kvinder i forbindelse med graviditet og barsel inden for graviditetsdirektivets anvendelsesområde udgør direkte forskelsbehandling på grund af køn. Det har i arbejdsretlige sager længe været EU-Domstolens opfattelse, se fx Dekker-sagen.³⁰ Ved ændringen af ligebehandlingsdirektivet i 2002³¹ blev denne praksis kodificeret. I direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser findes en delvis tilsvarende, men bredere formuleret regel i art. 4, der bestemmer:

Når der i dette direktiv henvises til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, betyder det, at

- a) der ikke må finde nogen direkte forskelsbehandling sted på grund af køn, herunder ringere behandling af kvinder på grund af graviditet og moderskab.

De fleste af de sager, Ligebehandlingsnævnet har afgjort, angår direkte diskrimination, se nedenfor i afsnit 7.

2.4.2 Indirekte diskrimination/forskelsbehandling

Forbuddet mod indirekte forskelsbehandling angår spørgsmålet om, i hvilken udstrækning det er forbudt at tage andre hensyn end det direkte regulerede (fx køn, etnisk oprindelse eller andet), fordi de i den sociale virkelighed har sammenhæng med køn, etnicitet etc. Diskrimination direkte pga. alder ved adgang til og levering af varer og tjenester er (endnu) ikke forbudt i dansk ret. Hvis fx en bank er mindre villig til at yde lån, fx i form af en kassekredit,

til ældre kunder, fx kunder over 65 år, kan man spørge om det – fordi der er flere kvinder end mænd i denne aldersgruppe – er ulovlig indirekte kønsdiskrimination i strid med ligestillingslovens § 2.

Ifølge definitionerne i ligestillingsdirektiverne foreligger der ulovlig indirekte kønsdiskrimination, hvis en tilsyneladende kønsneutral bestemmelse, betingelse eller praksis (fx alder) vil stille kvinder eller mænd særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Her skal således ske en afbalancering af modstående hensyn.

Indirekte diskrimination fik i den EU-retlige udvikling sin nuværende formulering i det etniske ligebehandlingsdirektiv.³² Definitionen i dette direktiv er ny sammenlignet med de ældre direktiver om kønsligestilling.

Indirekte diskrimination pga. et af de forbudte kriterier foreligger således, når en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer af den berørte gruppe særlig ufordelagtigt i forhold til personer fra andre grupper, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Den tilsyneladende neutrale betingelse kan fx være deltid. Der findes mange kriterier, som under de nuværende samfundsmæssige forhold er kønsrelaterede, etnisk relaterede, osv.

O'Flynn-sagen³³ har i den retshistoriske udvikling haft afgørende betydning for definitionen af indirekte diskrimination, først for vandrende arbejdstagere i forhold til nationalitetsdiskrimination. Den forståelse af begrebet indirekte diskrimination, Domstolen valgte i O'Flynn-sagen, er senere indført i

direktivet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse. I forslaget til nævnte etniske ligebehandlingsdirektiv henvises direkte til dommen. Definitionen er sidenhen gentaget i en række efterfølgende ligestillingsdirektiver, herunder beskæftigelsesdirektivet,³⁴ direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser³⁵ og det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv på arbejdsmarkedet.³⁶

O' Flynn var irsk statsborger og tidligere vandrende arbejdstager. Han var bosat i England (UK). Hans søn døde i England, men blev begravet i Irland. Efter engelsk ret fandtes der en begravelsesgodtgørelse, der var en transgbetinget social ydelse, som kun udbetaltes under forudsætning af, at begravelsen foregik i England (UK). O'Flynn var som tidligere vandrende arbejdstager rettighedssubjekt efter forordningen om vandrende arbejdskraft,³⁷ hvis art. 7, stk. 2 bestemmer, at vandrende arbejdstagere har ret til samme sociale ydelser som værtslandets borgere. England nægtede ham begravelsesgodtgørelse under henvisning – ikke til at han var irer – men til, at begravelsen ikke var foregået i England. Problemet i sagen var, om det var indirekte diskrimination i strid med forordningen. Ved besvarelsen af dette spørgsmål henviste EU-Domstolen til, at ligebehandlingsprincippet i henhold til såvel art. 45 TEUF som art. 7 i forordningen om arbejdskraftens fri bevægelighed efter dens faste praksis forbyder ikke åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til samme resultat.³⁸ Den fandt derfor, at nationale retsfor skrifter må antages at medføre indirekte forskelsbehandling, når de heri indeholdte betingelser, selv om de gælder uden forskel efter nationalitet, først og fremmest berører vandrende arbejdstagere,³⁹ eller dog overvejende berører sådanne arbejdstagere,⁴⁰ eller når de heri indeholdte betingelser gælder uden forskel,

men lettere kan opfyldes af indenlandske end af vandrende arbejdstagere⁴¹ eller navnlig risikerer at ramme vandrende arbejdstagere.⁴²

Herfra gøres kun undtagelse, hvis de omstridte retsfor skrifter er begrundet i objektive hensyn, som er uafhængige af de pågældende arbejdstageres nationalitet, og hvis de står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt tilstræbes med den pågældende nationale lovgivning.⁴³

Det fremgår således af EU-Domstolens praksis på dette område, at en national retsfor skrift, medmindre den er objektivt begrundet og står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, må anses for at medføre indirekte forskelsbehandling, når den efter sin karakter er egnet (vor fremhævning) til i højere grad at berøre vandrende end indenlandske arbejdstagere og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbejdstagere ringere. Det er i den forbindelse ufor nødent at fastslå, at den pågældende retsfor skrift i praksis berører væsentligt flere vandrende arbejdstagere. Det er tilstrækkeligt at fastslå, at den er egnet til at have denne virkning. Domstolen tilføjede, at der ikke ved vurderingen af, om en national retsfor skrift har en diskriminerende karakter, skal tages hensyn til en vandrende arbejdstagers bevæggrunde til at gøre brug af sin ret til fri bevægelighed inden for EU. Adgangen til at påberåbe sig en så grundlæggende rettighed som den frie bevægelighed for personer bør nemlig ikke begrænses af sådanne hensyn, som er af rent subjektiv karakter.

Første gang der i EU-retten blev vedtaget en legaldefinition af indirekte forskelsbehandling, var i 1997 i bevisbyrdedirektivet.⁴⁴ Art. 2 i bevisbyrdedirektivet fra 1997 lød (vor fremhævning):⁴⁵

1. I dette direktiv forstås ved ligebehandlingsprincippet, at der hverken direkte eller indirekte finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn.
2. Ifølge det i stk. 1 omhandlede ligebehandlingsprincip er der tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral(t), stiller et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere, medmindre denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis er hensigtsmæssig(t) og nødvendig(t) og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer.

Som det ses, lægges der vægt på et kvantitativt kriterium (stiller et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere) og på, at der faktisk er en effekt. Det er ikke nok, at det er en (nærliggende) mulighed. Bevisbyrdedirektivet benyttede ordet 'ringere', der i de senere (og nugældende) EU-retlige definitioner af indirekte diskrimination er forladt til fordel for udtrykket 'særlig ufordelagtigt'.

Sammenlignet med de senere definitioner er de væsentligste forskelle, at der i den 'gamle' definition i bevisbyrdedirektivet lagdes vægt på det kvantitative kriterium, dvs. at et væsentligt større antal personer af det ene køn blev stillet ringere end personer af det andet køn, og på, at der faktisk var en effekt, ligesom man brugte ordet ringere vedrørende indirekte diskrimination. Disse betingelser er ændret i de senere definitioner.

Ifølge de direktiver, der er vedtaget efter 2000 (dvs. det etniske ligebehandlingsdirektiv fra 2000, beskæftigelsesdirektivet fra 2000,⁴⁶ det ændrede ligebehandlingsdirektiv fra 2002,⁴⁷ kønsligestillingsdirektivet

vedrørende varer og tjenester fra 2004⁴⁸ og det omarbejdede direktiv om ligestilling af kvinder og mænd på arbejdsmarkedet fra 2006⁴⁹), foreligger indirekte diskrimination, når en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer fra den beskyttede gruppe (det ene køn, en etnisk gruppe etc.) særlig ufordelagtigt i forhold til personer af den modsatte gruppe, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Definitionerne i kønsligestillingsdirektivet vedrørende varer og tjenester fra 2004 er enslydende med definitionerne i det ændrede ligebehandlingsdirektiv fra 2002 – i hvert fald på de store sprog (engelsk, tysk, fransk). Der er en sproglig fejl i den danske version af direktiv 2002/73/EF, idet udtrykket vil stille (would put i den engelske version) er oversat til stiller, således at ændringen (skiftet fra krav om aktuel effekt til potentiel effekt) i forhold til definitionen i bevisbyrdedirektivet bliver mindre synlig i den danske version.

Der stilles ikke længere formelt kvantitative krav om, at væsentligt flere fra den ene gruppe skal stilles ringere end medlemmer af en anden gruppe. Hvis væsentligt flere fra den beskyttede gruppe rammes, vil det tale for, at de stilles særligt ufordelagtigt i forhold til personer af den modsatte gruppe, men det kan også være tilfældet, uden at der kan føres statistisk bevis. Det er heller ikke længere nødvendigt, at den negative effekt er realiseret, blot det 'suspekte' kriterium er egnet til at have negativ effekt for en beskyttet gruppe. Denne fortolkning understøttes af de andre sproglige versioner. Den engelske version lyder: 'would put at a disadvantage', den franske: 'est susceptible d'entraîner un désavantage' og den tyske: 'können benachteiligen'.

Den nye definition af indirekte diskrimination blev, som nævnt, første gang indført i det etniske ligebehandlingsdirektiv og begrundes i forslaget

hertil med henvisning til EU-Domstolens dom i O'Flynn-sagen. I O'Flynn-sagen⁵⁰ antog EU-Domstolen som nævnt, at art. 7, stk. 2, i forordningen om arbejdskraftens frie bevægelighed er til hinder for en bestemmelse i en medlemsstat, hvorefter tildeling af en godtgørelse til dækning af begravelsesudgifter, som afholdes af en vandrende arbejdstager, er betinget af, at jordfæstelsen eller ligbrændingen finder sted på den pågældende medlemsstats område. Uanset om en national retsforordning gælder uden forskel, må den nemlig, når den efter selve sin karakter er egnet til i højere grad at berøre vandrende end indenlandske arbejdstagere og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbejdstagere ringere, anses for at medføre indirekte forskelsbehandling.

Sammenfattende brugte EU-Domstolen i sin tidligste praksis fra 1970'erne formuleringer, der antydede, at sondringen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling gik på, om der diskrimineres åbent (direkte) eller skjult (indirekte). Begrebet indirekte forskelsbehandling blev først defineret i relation til køn, dvs. et kriterium hvor der er mange personer i hver gruppe. Det er formentlig baggrunden for, at der i definitionerne fra 1980'erne og 1990'erne blev lagt vægt på et kvantitativt kriterium. Da fokus blev ændret til også at omfatte etnisk forskelsbehandling og forskellige andre kriterier (religion, alder mv.), blev det kvantitative element i definitionen opgivet, og kravet om, at der skulle være en aktuel effekt, blev afløst af et krav om, at der skulle være potentiel effekt.

Der kan på grundlag af EU-Domstolens praksis om indirekte kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet udskilles en række tilsyneladende neutrale kriterier, der må anses for suspekter i forhold til forbuddet mod indirekte diskrimination. Det gælder fx forsørgerbegrebet, deltid, faglig uddannelse og anciennitet. De kriterier, mange arbejdsgivere har benyttet til indirekte

diskrimination af kvinder på arbejdsmarkedet, kan formentlig også tænkes benyttet, fx i den finansielle sektor ved kreditvurderinger og lignende.⁵¹

Forbuddet mod indirekte forskelsbehandling betyder ikke, at ethvert kriterium med kønsskæv, etnisk skæv mv. effekt er forbudt, eller at det altid er forbudt at differentiere efter sådanne kriterier, men de er kun lovlige, hvis de kan passere en tre-leddet test, der går ud på at fastslå:

- om de har et tilstrækkeligt tungtvejende lovligt formål
- om de er nødvendige for at realisere dette mål
- om de ikke går længere end nødvendigt for at nå målet

Kriterier med kønsskæv, etnisk skæv mv. effekt skal kunne begrundes (retfærdiggøres) med henvisning til, at de forfølger et legitimt mål, de skal være egnede til at nå det legitime mål, det skal være nødvendigt at anvende dem for at nå det legitime mål, og midlet (anvendelse af det skævt virkende kriterium) må ikke være uforholdsmæssigt indgribende i forhold til målet.

Retfærdiggørelse af kriterier med diskriminationsrelevant skæv effekt kræver både legitime samfundsmæssige formål, og at proportionalitetsprincippet respekteres, idet midlet skal være egnet og nødvendigt. Hvis det bedømt i forhold til den enkelte virksomhed er usagligt, at den benytter et kriterium med skæv effekt, kan det formentlig ikke anses for nødvendigt at benytte det, således at proportionalitetsprincippet ikke er overholdt.

2.4.3 Kønschikane

Chikane som en del af ligestillingsbegrebet kom ind i EU-retten med direktivet om etnisk ligebehandling fra 2000. Definitionen af chikane blev gentaget tilsvarende i forhold til de relevante kriterier (religion, alder,

handicap og seksuel orientering) i beskæftigelsesdirektivet, i forhold til køn i 2002-versionen af direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd på arbejdsmarkedet⁵² og i direktivet fra 2004 om kønsligestilling vedrørende adgang til og levering af varer og tjenesteydelser. Chikane defineres her som:

at der udvises en uønsket adfærd i relation til en persons køn med det formål eller den virkning at krænke denne persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Chikanøs adfærd kan antage forskellige former, herunder adfærd af fysisk eller psykisk karakter, af skreven eller verbal karakter samt af visuel karakter. Chikane kan forekomme, når en person fx bagtales, generes eller isoleres på grund af sit køn, sin etniske gruppe mv. Såvel den tilsigtede chikane (dvs. den chikane, som finder sted med det formål at krænke en persons værdighed,) som den utilsigtede chikane (dvs. den uagtsomme chikane, som ikke finder sted med det formål at krænke en persons værdighed, men imidlertid har denne virkning) er omfattet af forbuddet mod chikane. Det er en betingelse, at den chikanøse adfærd har været uønsket og har det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima. Det beror dels på en subjektiv vurdering af, om den pågældende adfærd har været uønsket af den person, der udsættes for chikane, dels på en mere objektiv vurdering af den pågældende adfærd. Det indgår i den objektive vurdering, om den person, der udøver krænkelser, indså eller burde indse, at adfærden var uønsket. Som eksempler på forhold, der kan indgå i denne vurdering, kan – foruden den krænkende persons eget udsagn – nævnes krænkelsernes grovhed, den krænkedes persons reaktion, og om der er tale om en gentagen adfærd. Det indgår endvidere i den objektive vurdering, om krænkelserne

er af så mild karakter, at adfærden ikke kan karakteriseres som chikane. Chikane kan også begås ved undladelse, fx ved isolation af en person ved at undlade at tale til den pågældende eller i øvrigt ved at undlade kontakt med vedkommende.

I forslaget til direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser siges det, at:⁵³

Chikane på grund af køn består i en kønsrelateret dårlig behandling af en person, dog ikke nødvendigvis med seksuelle undertoner (et eksempel kunne være en mandlig ekspedient, der hele tiden kommer med nedsættende bemærkninger om kvindelige kunder).

Efter handelspraksisdirektivet⁵⁴ omfatter urimelig handelspraksis navnlig vildledende og aggressiv handelspraksis. Efter art. 8 indgår chikane i begrebet aggressiv handelspraksis. Det defineres dog ikke i direktivet om urimelig handelspraksis, og der er ikke altid konsistens i begrebsbrugen i EU-direktiver, så det er ikke givet, at det skal fortolkes som defineret i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser.

2.4.4 Sexchikane

Sexchikane defineres som:

at der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Chikane og sexchikane samt dårligere behandling baseret på en persons afvisning eller accept af en sådan adfærd er forbudt forskelsbehandling. Adfærden kan være af:

- fysisk art (kys, berøringer og lignende), eller af
- verbal art (seksuelle spørgsmål, kommentarer, forslag og lignende), eller af
- non-verbal, fx visuel art (forevisning af seksuelle billeder for den krænkede eller fremvisning af billeder af den krænkede, fx på internettet, og lignende).

Det er ligesom ved kønschikane en betingelse, at den verbale, ikke-verbale eller fysiske adfærd med seksuelle undertoner er uønsket og har det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

I forslaget til direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser siges det, at:⁵⁵

Sexchikane består i uønsket optræden med seksuelle undertoner, som kommer til udtryk fysisk, verbalt eller ikke-verbalt. Det kan f.eks. være chikane af lejere fra værters side eller af sælgere fra indkøbers side, f.eks. seksuelle ydelser til gengæld for tildeling af kontrakter.

2.4.5 Instruktion om at kønsdiskriminere

Hvis en sælger/tjenesteyder giver en instruktion om at forskelsbehandle, anses det for en forbudt forskelsbehandling. Efter art. 4, stk. 4 i direktivet fra 2004 om kønsligestilling ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser betragtes en instruktion om forskelsbehandling af en person pga. køn som forskelsbehandling som defineret i direktivet.

For at der kan foreligge en instruktion kræves, at den person, der afgiver instruktionen, har instruktionsbeføjelse eller tilsynsret over for den person, der modtager instruktionen, således at der består et over- og underordningsforhold. Situationer, hvor der ikke foreligger en instruktionsbeføjelse, vil ikke være omfattet af forbuddet. Fx vil det forhold, at en arbejdstager opfordrer en anden arbejdstager til at forskelsbehandle, ikke være omfattet af forbuddet, idet der ikke består et instruktionsforhold mellem disse parter.

2.5 MAINSTREAMINGPLIGTEN I DANSK RET

Ud over forbuddet mod kønsdiskrimination er den anden hovedbestemmelse i ligestillingsloven § 4 om mainstreaming af kønsligestilling i den offentlige sektor⁵⁶, der bestemmer:

Offentlige myndigheder skal inden for deres område arbejde for ligestilling og indarbejde ligestilling i al planlægning og forvaltning.

Det område, inden for hvilket offentlige myndigheder skal arbejde for ligestilling og indarbejde ligestilling i al planlægning og forvaltning, omfatter både personaleadministrationen i det offentlige (rekruttering, karriereudvikling og fastholdelse/afskedigelse mv.) og varetagelsen af ressortområdet i form af myndighedsudøvelse (beslutning af forvaltningsafgørelser om tilladelser, tildeling af ydelser mv.) og præstation af tjenesteydelser, dvs. offentlig service, fx undervisning, sundhedsydelser, pasning af diverse persongrupper (børn, ældre med flere) og meget andet.

2.5.1 Baggrunden for ligestillingslovens § 4

Det er sædvanlig at sige, at en af de store nyheder i ligestillingsloven af 2000 var, at der blev indført pligt til kønsmainstreaming i det offentlige. Sandra Fredman⁵⁷ antager, at:

... gender mainstreaming exhibits some of the key features of a new human-rights paradigm.

Eksplícitte regler om mainstreaming er af nyere dato og gælder sammen med, dvs. 'oven på' og 'uden om', en række (lidt ældre) forbud mod forskelsbehandling pga. køn. Det synes klart, at et mindstemål for juridisk korrekt mainstreaming er, at reglerne om forbud mod forskelsbehandling, der er ret veldefinerede og i en række henseender relativt konkrete og præcise,⁵⁸ skal gennemføres fuldt ud, og at der derudover sigtes videre i retning af (mere) kønsligestilling, men hvor meget videre eller imod hvilket begreb om kønsligestilling er på det nuværende udviklingstrin ikke præcist angivet i nogen bindende retskilde. Mainstreamingforpligtelsen i ligestillingslovens § 4 har karakter af en retlig standard.⁵⁹ I den nugældende udformning er den meget vagt formuleret.

Ved Amsterdam-Traktaten, der trådte i kraft 1.5.1999, blev mainstreaming-strategien løftet op i retskildehierarkiet fra soft law til traktatniveau, idet princippet om kønsmainstreaming blev traktatfæstet i art. 3, stk. 2 EF, se nu (efter Lissabon-Traktatens ikrafttræden) art. 8 TEUF.

Ved fremsættelsen af forslaget til ligestillingsloven i 2000 omtalte de generelle bemærkninger mainstreaming på følgende måde (vores fremhævelse):⁶⁰

Det vil også være nødvendigt at tage nye redskaber i brug. Ligestillingsarbejdet er en fortløbende proces, og et vigtigt arbejdsredskab, som lovforslaget indfører, er anvendelsen af **mainstreaming-princippet**, som alle offentlige myndigheder ifølge lovforslaget forpligtes til. Princippet kan imidlertid ikke anvendes alene, men bør suppleres med særlige foranstaltninger som nævnt ovenfor.

Ligestillingsloven af 2000 bygger på betænkningen om det fremtidige ligestillingsarbejde og dets organisering. I denne siges det om mainstreaming:⁶¹

En ny strategi i ligestillingsarbejdet er mainstreaming, der i nogle år har været del af EU-Kommissionens strategi på ligestillingsområdet, ligesom der i det fællesnordiske ligestillingssamarbejde er iværksat et mainstreamingprojekt. Intentionen i denne strategi er at indarbejde kønsperspektivet i den almene politik og planlægning fra første færd med henblik på at sikre, at ligestillingsaspektet inddrages.

Der er ikke mange erfaringer at trække på fra det danske ligestillingsarbejde, idet mainstreamingstrategien hidtil kun har været afprøvet i AF-systemet og den danske bistandspolitik, samt forsøgsvis været anvendt i Arbejdsministeriet på visse områder. På grundlag heraf kan Udvalget for eksempel for nærværende identificere følgende redskaber for mainstreaming: vurdering af politiske og administrative initiativers konsekvenser for kønnene, indsamling og udbredelse af kønsopdelte statistikker, stadig overvågning af ligestillingsarbejdet, organisering af motiverende kampagner over for offentlige myndigheder og krav om, at det administrative ansvar for mainstreaming er placeret på højt niveau.

En overordnet forudsætning for mainstreaming er en politisk vilje, som ikke blot udmøntes i et pålæg til offentlige myndigheder om at indarbejde kønsperspektivet i det daglige arbejde, således som det er sket i Danmark med folketingsbeslutningen om mainstreaming, men også kommer til udtryk i en klar formulering om, hvad der skal nås ved hjælp af strategien. Andre forudsætninger er organisatoriske

ressourcer, et veldefineret mandat, en grundlæggende viden om forholdet mellem kvinder og mænd samt de nødvendige, økonomiske midler. Internationale erfaringer har således vist, at indførelse af mainstreaming forudsætter en periode med en opprioritering af ligestillingsarbejdet, hvori disse elementer indgår.

Der synes dog også at være nogle problemer forbundet med anvendelse af mainstreamingstrategien, idet arbejdet med ligestilling mellem kønnene kan blive overladt til personale, som ikke umiddelbart besidder den nødvendige viden. Der kan også ske det, at ligestillingsarbejdet usynliggøres eller nedprioriteres for mere presserende opgaver, ligesom den stærke integration af ligestillingsarbejdet i den offentlige administration, som er et så vigtigt led i anvendelsen af mainstreamingstrategien, kan medføre, at frivillige organisationers indsats på ligestillingsområdet glemmes, eller at særlige kvinde- eller mandegrupper problemer overses.

Danmark har internationalt tilsluttet sig anbefalinger om at gennemføre mainstreaming som led i ligestillingsarbejdet, og det er Udvalgets vurdering, at strategien må ses som et vigtigt omdrejningspunkt for den fremtidige ligestillingsindsats. Udvalget anbefaler, at der afsættes de nødvendige ressourcer til dette arbejde.

Udvalget anbefaler videre, at der skabes en optimal, institutionel forankring af arbejdet med mainstreamingstrategien med henblik på metodisk udvikling af begreber, grundlæggende analyser af emner, formalisering af efteruddannelse af personale og udbredelse af viden og erfaringer om brugen af mainstreaming til centrale og lokale myndigheder.

Endelig indstiller Udvalget, at hvert enkelt ministerområde som led i gennemførelsen af mainstreaming forpligtes til at dække sit eget ressort med ligestillingsstatistik for både personale og relevante fagområder.

2.5.2 Idealtypiske forskelle mellem forbud mod kønsdiskrimination og mainstreaming

Der er et vist overlap og i nogle tilfælde en glidende overgang mellem forbud mod kønsdiskrimination og kønsmainstreaming, men der er også en række (idealtypiske) forskelle. I litteraturen⁶² fremstiller man ofte diskriminationsforbud og mainstreaming som idealtypisk forskellige modeller for ligestilling og fremdrager nogle karakteristiske forskelle mellem dem.

- Gruppe- contra individorientering. Forbud mod forskelsbehandling har fokus på individuelle ofre. Der kan næppe konstateres overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling, uden at det kan påvises, at konkrete individer er blevet krænket eller har en nærliggende risiko for at blive krænket. Mainstreaming er til forskel herfra gruppeorienteret og handler mere om strukturelle og institutionelle skævheder.
- Handlepligt contra undladelsespligt. Mainstreamingpligt indebærer positive handlepligter, mens forbud mod forskelsbehandling først og fremmest indebærer pligt til at undlade at gøre forskel pga. køn. Se nærmere om de enkelte varianter af diskriminationsforbud i afsnit 6 om definitioner.
- Proaktiv contra retrospektiv. I mainstreamingstrategien anlægges et ex ante perspektiv. Mainstreamingpligt er en pligt til fremadrettet, proaktiv handling med henblik på at forebygge ligestillingsproblemer, mens regler om forbud mod forskelsbehandling primært virker efterfølgende (ex post) ved at give

muligheder for bagudskuende, retlig oprejsning til de individer, der har været udsat for diskrimination.

- Systematisk contra ad hoc. Mainstreaming kræver en systematisk indsats, mens anvendelse af diskriminationsforbud typisk sker ad hoc, når nogen har overtrådt det.
- Normal situationer contra særtilfælde. Mainstreaming handler om at gøre normalsituationer ligestillingsretlige, mens forbud mod forskelsbehandling primært retter sig mod diskrimination som en afvigelse fra det normale, der formodes at være fravær af diskrimination.
- Dynamisk contra statisk perspektiv. Ligestillingsbegrebet i EU, EUF-Traktaten og EU-chartret om grundlæggende rettigheder er dynamisk. De, der skal mainstreame, skal ikke blot vogte over, at et eller andet status quo-niveau af ligestilling opretholdes. De skal deltage aktivt i en gendearing proces, hvor ligestilling udvikles videre. Mainstreaming indgår i forandringsstrategier. Til forskel herfra er forbud mod forskelsbehandling mere statisk. Forbuddet vil typisk være overholdt, blot pligtssubjekterne (navnlig arbejdsgivere, myndigheder og erhvervsdrivende) opretholder en tilstand uden kønsdiskrimination.
- Samarbejdsorienteret contra konfliktorienteret. Mainstreaming indebærer en kvalitetsforbedring for de fleste involverede og giver dermed mulighed for win-win-situationer, mens sager om overtrædelse af diskriminationsforbud ofte får karakter af konflikter mellem en potentiel taber og vinder.

2.5.3 Rapporteringspligt, måltal og lignende

Den generelle pligt til kønsmainstreaming i den offentlige sektor efter ligestillingslovens § 4 suppleres i den offentlige sektor af regler om redegørelsespligt vedrørende ligestilling for offentlige myndigheder og institutioner i ligestillingslovens §§ 5-7 samt af regler om

kønssammensætning i offentlige udvalg, bestyrelsesposter i den statslige forvaltning m.v. i ligestillingslovens §§ 8-13.

I den private sektor er årsregnskabslovens § 99 a⁶³ det nærmeste, man kommer en mainstreamingpligt. Denne bestemmelse er dog langt mindre krævende end ligestillingslovens § 4. Årsregnskabslovens § 99 a bestemmer:

§ 99 a. Store virksomheder skal supplere ledelsesberetningen med en redegørelse for samfundsansvar, jf. stk. 2-7. Ved virksomheders samfundsansvar forstås, at virksomheder frivilligt integrerer hensyn til blandt andet menneskerettigheder, sociale forhold, miljø- og klimamæssige forhold samt bekæmpelse af korruption i deres forretningsstrategi og forretningsaktiviteter. Har virksomheden ikke politikker for samfundsansvar, skal dette oplyses i ledelsesberetningen.

Stk. 2. Redegørelsen skal indeholde oplysning om: 1) Virksomhedens politikker for samfundsansvar, herunder eventuelle standarder, retningslinjer eller principper for samfundsansvar, som virksomheden anvender. 2) Hvordan virksomheden omsætter sine politikker for samfundsansvar til handling, herunder eventuelle systemer eller procedurer herfor. 3) Virksomhedens vurdering af, hvad der er opnået som følge af virksomhedens arbejde med samfundsansvar i regnskabsåret, samt virksomhedens eventuelle forventninger til arbejdet fremover.

.....

Stk. 4. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter regler om offentliggørelse af redegørelsen for samfundsansvar i en supplerende

beretning til årsrapporten og revisors pligter i forhold til de oplysninger, som offentliggøres heri, jf. stk. 3, nr. 1. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter regler om offentliggørelse af redegørelsen for samfundsansvar på virksomhedens hjemmeside, herunder regler om virksomhedens opdatering af oplysningerne på hjemmesiden og revisors pligter i forbindelse med de oplysninger, som offentliggøres på hjemmesiden, jf. stk. 3, nr. 2.

.....

Årsregnskabsloven opdeler virksomheder i små, mellemstore og store og inddeler dem i regnskabsklasser (A-D). Små virksomheder er virksomheder, som i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser: a) En balancesum på 36 mio. kr., b) en nettoomsætning på 72 mio. kr. og c) et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 50. Mellemstore virksomheder er virksomheder, der ikke er små virksomheder, og som i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser: a) En balancesum på 143 mio. kr., b) en nettoomsætning på 286 mio. kr. og c) et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 250. Store virksomheder er virksomheder, der ikke er små eller mellemstore virksomheder.

Virksomheder, som ikke har pligt til at aflægge årsrapport, men som frivilligt aflægger årsrapport, skal i det mindste følge reglerne for regnskabsklasse A. Små virksomheder, som har pligt til at aflægge årsrapport, skal i det mindste følge reglerne for regnskabsklasse B. Mellemstore og store virksomheder, som har pligt til at aflægge årsrapport, skal i det mindste følge reglerne for regnskabsklasse C. Statslige aktieselskaber og virksomheder, som har

kapitalandele, gældsinstrumenter eller andre værdipapirer optaget til handel på et reguleret marked i et EU/EØS-land, og som har pligt til at aflægge årsrapport, skal uanset størrelse følge reglerne for regnskabsklasse D.

Årsregnskabslovens § 99 a gælder ud over store virksomheder også – uanset virksomhedens størrelse – virksomheder i regnskabsklasse D (statslige aktieselskaber og børsnoterede virksomheder).

2.5.4 Mainstreaming som et middel til at gøre forbud mod kønsdiskrimination effektivt

Undersøgelsen af Ligebehandlingsnævnets praksis i afsnit 7 viser, at forbuddet mod kønsdiskrimination ikke har været et effektivt middel til at forhindre diskoteker i at kønsdiskriminere ved fastsættelse af priser. Forbuddet overtrædes igen og igen, uanset at reglen, som den fortolkes af Ligebehandlingsnævnet, er klar. Nævnet råder ikke over tilstrækkelige sanktioner til at tvinge diskotekerne til lovlydig adfærd. Det er nærliggende at tro, at det ville gøre større indtryk på dem, hvis politiet ved tildeling af alkoholbevilling tog politiets mainstreamingpligt efter ligestillingslovens § 4 alvorligt, og tog det forhold, at en virksomhed var kendt for at overtræde forbuddet mod kønsdiskrimination, i betragtning som et argument for at nægte alkoholbevilling.

2.5.5 Retspolitiske tiltag til direkte eller indirekte styrkelse af handlepligterne vedrørende ligestilling

Der har i de senere år både på nationalt og EU-niveau været megen diskussion af, hvordan man kan få flere kvinder i ledelse,⁶⁴ både i den offentlige sektor og i det private erhvervsliv. Der er flere formål hermed, bl.a. er god kønsbalance i de grupper, der træffer beslutninger i virksomheder og myndigheder, både en del af målet og midlet i mainstreaming. I Danmark

har ligestillingsministeren i begyndelsen af oktober 2012 fremsat lovforslag om flere kvinder i ledelse.⁶⁵ Erhvervs- og vækstministeren har sendt et lovforslag om samme emne i høring vedrørende den private sektor.⁶⁶ På Erhvervs- og Vækstministeriets område vedrører forslaget de øverste ledelsesorganer i statslige aktieselskaber, børsnoterede selskaber, store erhvervsdrivende virksomheder, store erhvervsdrivende fonde samt en række finansielle virksomheder. Den tilsigtede effekt af lovforslaget er, at der kommer en mere ligelig fordeling af mænd og kvinder i de øverste ledelsesorganer. For at sikre kvinderne den nødvendige erfaring, og dermed det nødvendige rekrutteringsgrundlag, skal fokus ikke alene være på den kønsmæssige sammensætning i virksomhedernes øverste ledelsesorgan, men også på en forbedring af kvindernes repræsentation i virksomhedens ledelsesniveauer generelt. Formålet med lovforslaget er således også at styrke rekrutteringsgrundlaget i virksomhederne. Den samlede udmøntning af regeringens forslag indeholder følgende elementer:

- Det pålægges de ca. 1.100 største virksomheder at opstille måltal for andelen af det underrepræsenterede køn i det øverste ledelsesorgan.
- De ca. 1.100 største virksomheder skal have en politik for at øge andelen af det underrepræsenterede køn i virksomhedens øvrige ledelsesniveauer.
- Virksomhederne skal redegøre for status for opfyldelsen af det opstillede måltal mv. i årsrapporten.
- De statslige institutioner og virksomheder skal uanset størrelse opstille måltal, og virksomheder og institutioner med 50 medarbejdere eller flere skal udarbejde en politik for at få flere kvinder i ledelsen.
- De statslige institutioner og virksomheder skal redegøre for status for opfyldelsen af det opstillede måltal mv. til ressortministeren, som skal indberette til ministeren for ligestilling og kirke.

Disse forslag vedrører navnlig den personaleadministrative side af mainstreaming, men forpligter ikke til at opstille måltal vedrørende ligestilling eller udarbejde redegørelser vedrørende virksomhedernes og myndighedernes præstation af tjenesteydelser. Det er en nærliggende mulighed at udvide de allerede udarbejdede forslag til også at omfatte serviceområdet både i den offentlige og private sektor. Man kunne fx pålægge universiteter i deres strategiplaner at opstille måltal for køns-mainstreaming af forskning, herunder pligt til gender impact assessment af planlagte forskningsaktiviteter.

Erhvervsministerens ovennævnte forslag omfatter de ca. 1.100 største danske virksomheder og dermed samme virksomheder, som i dag er forpligtet til at aflægge en redegørelse for samfundsansvar efter årsregnskabslovens § 99 a, se om denne foran. Forslaget om flere kvinder i ledelse kommer til at gælde for store private virksomheder i regnskabsklasse C og virksomheder i regnskabsklasse D. Det er generelt en nærliggende mulighed at udvide mainstreamingpligten i ligestillingslovens § 4 til også at gælde for disse private virksomheder.

I Norge har et udvalg⁶⁷ foreslået konkretisering af offentlige myndigheders handlepligter vedrørende ligestilling. Det foreslås, at offentlige myndigheder skal arbejde aktivt, målrettet og planmæssigt for ligestilling mellem kønnene på alle samfundsområder. Pligten skal gælde for både myndighedsudøvelse og tjenesteydelser. Offentlige myndigheder skal:

- a) fastsette mål for kønnslikestillingsarbeidet,
- b) kartlegge tilstand og utfordringer når det gjelder barrierer for kønnslikestilling, herunder ha oppmerksomhet på kjønnsdiskriminering i sammenheng med de andre

- diskrimineringsgrunnlagene etnisitet, religion, livssyn, alder, seksuell orientering og nedsatt funksjonsevne,
- c) holde oversikt over ansvar, oppgaver og myndighet når det gjelder kjønnslikestilling,
 - d) der dette er relevant, forebygge diskriminering, seksuell trakassering, trakassering på grunn av kjønn, hatvold og kjønnsrelatert vold,
 - e) motarbeide og bekjempe fordommer og stereotyper,
 - f) sørge for at virksomheten driver systematisk arbeid på områdene a-e.
 - g) dokumentere tiltakene som følger av bokstav a-f.

Departementet, eller det organ departementet delegerer myndigheten til, skal føre tilsyn med og gi veiledning om offentlige myndigheters aktivitetsplikt. Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om innholdet i aktivitetsplikten, og om veiledning og tilsyn med plikten.

Det er nærliggende at overveje, om der bør ske en tilsvarende konkretisering af aktivitetsplikten i ligestillingslovens § 4 i Danmark.

2.6 LEGITIM FORSKELSBEHANDLING AF KVINDER OG MÆND, HERUNDER PÅ SUNDHEDSOMRÅDET⁶⁸

Ligestillingslovens § 3 a bestemmer:

Uanset § 2 er denne lov ikke til hinder for forskelsbehandling af det ene køn, hvis det er begrundet i et legitimt mål og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige.

I bemærkningerne til den første danske ligestillingslov fra 2000 siges det:⁶⁹

Forbudet mod forskelsbehandling gælder på den anden side ikke,

hvis denne er begrundet i saglige og objektive forhold, der ikke er begrundet i køn. Bestemmelsen er f.eks. ikke til hinder for, at der opkræves forskellig betaling for erhvervsmæssig betjening mv. af kvinder og mænd, hvis dette er begrundet i en forskel i omkostninger, eller at betjening af det ene køn afvises med den begrundelse, at den pågældende alene er fagligt kvalificeret til eller særligt specialiseret i behandling mv. af det andet køn. Det vil f.eks. selvsagt ikke være i strid med bestemmelsen, at personer, der er specialiserede i betjening af det ene køn, afviser at betjene det andet, som f.eks. uddannede herre- eller dameskræddere. Det samme synspunkt gør sig gældende for skønhedsklinikker og frisører, der er specialiseret i at betjene det ene køn.

Afgørelsen af, om der i en konkret situation er tale om behandling på lige vilkår eller der foreligger diskrimination i strid med loven, må træffes efter en samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder.

Ved ændringen af ligestillingsloven i 2007⁷⁰ indsattes den nugældende bestemmelse i § 3 a, der bestemmer, at loven ikke er til hinder for forskelsbehandling af det ene køn, hvis det er begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige. I bemærkningerne til bestemmelsen siges det:⁷¹

Der foreslås indsat en ny § 3 a om muligheden for at fravige lovens ligebehandlingsprincip.

Efter stk. 1 er loven ikke til hinder for forskelsbehandling, hvis dette er begrundet i et legitimt mål og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Ifølge bemærkningerne til den

gældende ligestillingslov gælder forbuddet mod forskelsbehandling ikke, hvis denne er begrundet i saglige og objektive forhold, der ikke er begrundet i køn. Ved lovændringen kommer retstilstanden tydeligere frem. I betragtningerne til direktivet udtaler Kommissionen sig om bestemmelsen: Forskelsbehandling kan kun accepteres, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Et legitimt mål kan for eksempel være beskyttelse af ofre for kønsrelateret vold (i tilfælde såsom oprettelse af centre til beskyttelse forbeholdt det ene køn), hensyn til privatlivets fred og blufærdighed (i tilfælde såsom indlogering hos en person af denne persons hjem), fremme af ligestilling mellem mænd og kvinder eller mænds eller kvinders interesser (for eksempel frivillige organisationer, hvor kun det ene køn er repræsenteret) foreningsfrihed (i tilfælde af medlemskab af private klubber, hvor kun det ene køn er repræsenteret) og tilrettelæggelse af sportsaktiviteter (for eksempel sportsbegivenheder, som kun det ene køn har adgang til). Enhver begrænsning bør imidlertid være hensigtsmæssig og nødvendig i overensstemmelse med de kriterier, der kan udledes af EF-domstolens retspraksis. Princippet om ligebehandling i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser kræver ikke, at der altid skal leveres faciliteter til mænd og kvinder på et fælles grundlag, så længe de ikke leveres på gunstigere betingelser til medlemmer af det ene køn.

For ikke at formålet med diskriminationsforbuddet udhules, bør bestemmelsen fortolkes snævert. Grænsen mellem de tilfælde, hvor der skal søges dispensation efter lovens § 3 og de tilfælde, der falder helt uden for loven, er ikke skarp. Retstilstanden svarer hermed til ligebehandlingslovens bestemmelser om undtagelse fra forbuddet mod forskelsbehandling.

Bestemmelsen omfatter ikke ligebehandlingslovens bestemmelser om arbejdsgiveres pligt til at ligebehandle alle uanset køn og muligheden for at fravige disse bestemmelser, jf. ligebehandlingslovens § 13, stk. 1. Spørgsmålet har været aktuelt i sager, hvor der for eksempel har været fremsat ønsker om bestemt køn ved tildeling af hjemmehjælp. Hvis der foreligger saglige grunde for ønsket, skal der søges om dispensation efter lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. hos ressortministeren.

Bestemmelsen gennemfører artikel 4, stk. 5.

Den direktivbestemmelse (art. 4, stk. 5 i det underliggende direktiv 2004/113), der henvises til, lyder:

5. Dette direktiv udelukker ikke forskelsbehandling, hvis leveringen af varer og tjenesteydelser udelukkende eller først og fremmest til personer af det ene køn er begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige.

I følgende formulering fra forslaget til direktiv om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser fremhæves, at forbuddet mod forskelsbehandling kun gælder, når kvinder og mænd befinder sig i en sammenlignelig situation:⁷²

Visse varer og tjenesteydelser er specielt beregnet til at blive anvendt af personer af det ene køn (f.eks. perioder, hvor svømmehaller er forbeholdt personer af det ene køn, eller private klubber). I andre tilfælde praktiseres færdigheder forskelligt, alt efter om kunden er en mand eller en kvinde. Dette direktiv finder ikke anvendelse i forbindelse

med sådanne forskelle, hvor mænd og kvinder ikke befinder sig i en sammenlignelig situation. For at undgå uhensigtsmæssige fortolkninger af forbuddet mod forskelsbehandling gøres det i artiklen klart, at direktivet ikke udelukker forskellig behandling, når det drejer sig om varer og tjenesteydelser, der udelukkende eller først og fremmest er beregnet for personer af det ene køn, eller om færdigheder, som praktiseres forskelligt for de to køns vedkommende

I betragtning nr. 16 til direktivet udtales:

Forskelsbehandling kan kun accepteres, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Et legitimt mål kan for eksempel være beskyttelse af ofre for kønsrelateret vold (i tilfælde såsom oprettelse af centre til beskyttelse forbeholdt det ene køn), hensyn til privatlivets fred og blufærdighed (i tilfælde såsom indlogering hos en person af denne persons hjem), fremme af ligestilling mellem mænd og kvinder eller mænds eller kvinders interesser (for eksempel frivillige organisationer, hvor kun det ene køn er repræsenteret) foreningsfrihed (i tilfælde af medlemskab af private klubber, hvor kun det ene køn er repræsenteret) og tilrettelæggelse af sportsaktiviteter (for eksempel sportsbegivenheder, som kun det ene køn har adgang til). Enhver begrænsning bør imidlertid være hensigtsmæssig og nødvendig i overensstemmelse med de kriterier, der kan udledes af EF-domstolens retspraksis.

I betragtning 17 udtales:

Princippet om ligebehandling i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser kræver ikke, at der altid skal leveres

faciliteter til mænd og kvinder på et fælles grundlag, så længe de ikke leveres på gunstigere betingelser til medlemmer af det ene køn.

Det, direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser tillader, er således, at en erhvervsdrivende kan vælge at sælge varer eller tjenesteydelser, der udelukkende eller mest er rettede mod det ene køn. En herreskræder har fx ikke pligt til også at tilbyde at sy dametøj.

Der er klare kropsforskelle mellem kvinder og mænd, som i en række sammenhænge er helbreds- og sundhedsrelevante og i øvrigt relevante for, hvordan det er passende at behandle patienter. Det følger fx ikke af ligestillingslovens § 2, at kvindelige og mandlige patienter på et hospital skal tilbydes præcis samme slags undertøj, men et hospital må ikke tilbyde det ene køn undertøj i en væsentlig bedre kvalitet end det, man tilbyder det andet køn. Tilsvarende må et hospital ikke i arbejdsgiverrollen tilbyde kvindelige sygeplejersker en uniform, der er billigere eller i øvrigt er mindre hensigtsmæssig til arbejdets udførelse end den, man tilbyder mandlige sygeplejersker,⁷³ men uniformerne må gerne være kønstilpassede, således at de passer til kvindelige, henholdsvis mandlige kroppe.

Vedrørende lægemidler har det i de seneste år været meget kritiseret, at lægemidler godkendes til brug på patienter af begge køn på grundlag af forsøg, hvor kvinder kun udgør en mindre del af forsøgspersonerne, uanset at det pga. de kropslige forskelle mellem kvinder og mænd er nærliggende at forestille sig, at lægemidler virker forskelligt på kvinder og mænd og/eller bør doseres forskelligt. Det er også sådan, at en statslig undersøgelse i USA har vist, at af de lægemidler, der i en periode var godkendt til markedsføring i USA, og som myndighederne derefter krævede trukket tilbage fra markedet, fordi de viste sig at have for mange bivirkninger, udgjorde 8 af 10 en særlig helbredsrisiko for kvinder.⁷⁴

Det strider muligvis mod ligestillingslovens § 2, at der vælges og doseres medicin til kvindelige patienter på grundlag af forsøg primært med mandlige forsøgspersoner. Kønskævhed, hvad enten den er bevidst eller ubevidst, er direkte eller indirekte kønsdiskrimination, som defineret i forbuddet mod kønsdiskrimination.

2.7 POSITIV SÆRBEHANDLING

Positiv særbehandling forekommer i forskellige former. Mange positiv særbehandlingsprojekter sigter mod at give introduktionshjælp til medlemmer af grupper, der har svært ved at opnå reel ligestilling, fx hjælp til at komme i gang med en uddannelse, et job eller lignende. Der kan også være tale om kvotering til slutstillinger. I Danmark bruges positiv særbehandling ikke meget. I den beskedne udstrækning, det sker, er der normalt tale om introduktionshjælp.

Ligestillingslovens § 3 bestemmer:

Ressortministeren kan uanset bestemmelsen i § 2 på eget område tillade foranstaltninger til fremme af ligestilling, der har til formål at forebygge eller opveje forskelsbehandling på grund af køn.

Stk. 2. Ministeren for ligestilling kan fastsætte regler for, i hvilke tilfælde der kan iværksættes foranstaltninger til fremme af ligestilling uden tilladelse efter stk. 1.

Stk. 3. § 13 i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. finder anvendelse på områder, der er omfattet af denne lov.

Det følger af § 6 i bekendtgørelsen om initiativer til fremme af ligestilling, der er udstedt i medfør af ligestillingsloven og ligebehandlingsloven,⁷⁵ at det er tilladt at etablere hold og undervisning mv. for det ene køn inden for idræt, herunder svømning mv. Denne bestemmelse har tidligere været brugt som hjemmel til at tillade særlige åbningstider for kvinder i svømmehaller og særlige afdelinger for kvinder i fitnesscentre. De EU-retlige regler om positiv særbehandling, se nærmere nedenfor i afsnit 3.4, tillader dog kun medlemslandene at anvende positiv særbehandling som en midlertidig løsning for at overvinde virkningen af tidligere kønsrollemønstre eller lære nye færdigheder. De kvinder, der ønsker at benytte en svømmehal eller et fitnesscenter uden at blive set af mænd, har formentlig en varig opfattelse af blufærdighed, der gør dette ønskeligt, hvilket gør ligestillingslovens § 3 a om legitim forskelsbehandling til en mere relevant begrundelse for at tillade forskelsbehandling, se ovenfor i afsnit 2.5. Det synes også at være den vej, tendensen går i Ligebehandlingsnævnets praksis. I en række sager om særlige kvindefaciliteter i et fitnesscenter har Ligebehandlingsnævnet således i en række sager i september 2012⁷⁶ anset sådan forskelsbehandling for lovlig efter ligestillingslovens § 3 a om legitim forskelsbehandling og ikke efter reglerne om positiv særbehandling.

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med handel med varer og tjenesteydelser berører efter art. 4, stk. 2 ikke gunstigere bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab.

I forhold til mænd sker direkte diskrimination ofte i kombination med alder. I England har House of Lords på et tidspunkt, hvor folkepensionsalderen var 60 år for kvinder og 65 for mænd, afgjort en sag, hvor kvinder over 60 og mænd over 65 havde gratis adgang til en svømmehal og fastslået, at det var

ulovlig direkte diskrimination mod mænd og i strid med den engelske Sex Discrimination Act 1975.⁷⁷

2.8 HÅNDHÆVELSE

Forbud mod kønsdiskrimination gennemtvinges primært ex post ved traditionel judiciel (de almindelige domstole) eller quasi-judiciel (Ligebehandlingsnævnet) håndhævelse. Domstolene har kun behandlet meget få sager om kønsdiskrimination ved adgang til varer og tjenester. Højesteret har afgjort en sag om en teletjeneste, der tog forskellige priser af mænd og kvinder,⁷⁸ og et par af Ligebehandlingsnævnets afgørelser vedrørende kvindeværelser på hotel Bella Sky er indbragt for de almindelige domstole.⁷⁹ Den quasi-judicielle håndhævelse af forbuddet mod kønsdiskrimination ved Ligebehandlingsnævnet er mere omfattende. Den er gennemgået nedenfor i afsnit 7.

Ligebehandlingsnævnet har kun kompetence vedrørende forbuddet mod kønsdiskrimination i ligestillingslovens § 2 og ikke vedrørende pligten til mainstreaming i ligestillingslovens § 4, hvorefter alle offentlige myndigheder har pligt til inden for deres område at arbejde for ligestilling og indarbejde ligestilling i al planlægning og forvaltning. Ligebehandlingsnævnet antog således i en sag,⁸⁰ at det ikke havde kompetence til at behandle en klage over påstået forskelsbehandling på grund af køn, som følge af manglende kønsmainstreaming af forældreansvarsloven i det lovforberedende arbejde i 2005-2007. Sagen blev derfor afvist fra nævnet.

Institut for Menneskerettigheder kan som overvågningsorgan i forhold til kønsligestilling komme med henstillinger om, hvordan offentlige myndigheder skal opfylde deres mainstreamingpligt. Det kunne være en nærliggende opgave for Institut for Menneskerettigheder som over-

vågningsorgan for EU's kønsligestillingsregler at arbejde for en ændring af mainstreamingpligtens forankring i vekslende politisk velvilje til forankring i de grundlæggende rettigheder, dvs. det Sandra Fredman kalder 'a new human-rights paradigm' for kønsmainstreaming. Folketingets Ombudsmand kan også inddrage hensyntagen til køn i sin vurdering af, om offentlige myndigheder har handlet korrekt. Der findes så vidt ses ikke sager, hvor Ombudsmanden har gjort dette. Statsforvaltningerne kan også som tilsynsorgan med kommunerne kritisere manglende overholdelse af mainstreamingpligten.

3.

EU-REGLER OM KØNSLIGESTILLING VED ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER

3.1 GENERELT OM EU-UDVIKLINGEN: FRI BEVÆGELIGHED OG GRUNDRETSPERSPEKTIV

Retskildestrukturen vedrørende ligestilling og diskrimination er ændret væsentligt i årene fra EU's oprettelse i 1958 til i dag (2012). Perioden kan opdeles i følgende faser:

1. Fra Rom-Traktaten til Amsterdam-Traktaten (1958-1999)
2. Fra Amsterdam-Traktaten til Lissabon-Traktaten (1999-2009)
3. Efter Lissabon-Traktatens ikrafttræden (1.12.2009)

Retskilderne i EU-retten klassificeres på følgende måde:⁸¹

- primærretten: EU's traktatgrundlag og grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper, dvs. EU- og EUF-Traktaterne og EU's charter om grundlæggende rettigheder samt uskrevne grundrettigheder og almindelige retsprincipper,
- bindende sekundærregulering (afledt ret: forordninger, direktiver, afgørelser mv.),
- soft law: ikke-bindende sekundærregulering og
- praksis, navnlig EU-Domstolens praksis.

Der er over årene sket store ændringer/udvidelser i ligestillings- og diskriminationsreguleringens forankring i EU's primærret. Den første – og i

godt 40 år eneste – bestemmelse i den tidligere EF-Traktat (nu TEUF) om kønsligestilling var art. 119 EF (nu art. 157 TEUF) om ligeløn for kvinder og mænd. Denne regel havde og har karakter af en direkte anvendelig pligtregel, der har forrang for national ret i medlemslandene.

Ved Amsterdam-Traktaten blev ligelønsreglen videreført og suppleret med målsætningsbestemmelser, en mainstreamingbestemmelse vedrørende køn (art. 3, stk. 2 EF [nu art. 8 TEUF]) og en hjemmelsbestemmelse (art. 13 EF [nu art. 19 TEUF]), der ud over kønsdiskrimination omfattede diskrimination pga. etnisk oprindelse, religion og tro, alder og handicap samt seksuel orientering.

Ved de ændringer i EU-Traktaten og EUF-Traktaten (det nugældende navn for den tidligere EF-Traktat), der skete ved Lissabon-Traktaten, blev den primærretlige regulering af ligestilling og diskrimination yderligere væsentligt udbygget. Et nyt bredt diskriminationsforbud (Chartrets art. 21) fik traktatrang, målsætningsbestemmelserne blev udbygget og suppleret med værdiangivelser, hvor ligestilling blev sat højt, og mainstreamingreglen i den 'gamle' art. 3, stk. 2 EF blev afløst af art. 8 TEUF⁸² og suppleret med art. 10 TEUF,⁸³ der handler om alle art. 19 TEUF-kriterierne (køn, etnicitet, religion, alder, handicap og seksuel orientering).

Køn og nationalitet var stort set de eneste beskyttelseskriterier, der eksplicit var genstand for bindende EU-regulering før ca. 2000. Den første bølge af ligestillingsdirektiver, der blev vedtaget i 1970'erne og 1980'erne, supplerede forbuddene i EF-Traktaten mod nationalitetsdiskrimination med et (bredt) forbud mod kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet. Denne regulering er nu i store træk samlet og forenklet i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet fra 2006,⁸⁴ der forbyder kønsdiskrimination i arbejds- og beskæftigelsesforhold, men som ikke vedrører handel

med varer og tjenesteydelser og derfor kun har indirekte betydning for problemstillingen i nærværende rapport. Det er et generelt træk ved EU's ligestillingsregulering, at den startede med udgangspunkt i køn og arbejdsmarked, men – navnlig siden 2000 – er blevet bredt ud til en række andre kriterier og samfundsområder. Det kommer tydeligt til udtryk både i udviklingen af grundlæggende rettigheder, herunder EU's charter om grundlæggende rettigheder, og i vedtagelsen af specifikke direktiver om ligestilling uden for arbejdsmarkedet (det etniske ligebehandlingsdirektiv fra 2000,⁸⁵ kønsligestillingsdirektivet vedrørende handel med varer og tjenesteydelser fra 2004⁸⁶ og forslaget til horisontalt direktiv⁸⁷).

Det etniske ligebehandlingsdirektiv har et bredt anvendelsesområde. Det omfatter både arbejdsmarkedet, handel med varer og tjenesteydelser og en række andre retsområder. EU's kønsligestillingsregler omfatter arbejdsmarkedet og handel med varer og tjenesteydelser og ikke ret meget andet. Diskriminationsforbud som en del af de grundlæggende rettigheder er accessoriske i forhold til alt, hvad der ellers er EU-reguleret. Alt, hvad der findes af EU-regler, har således en diskriminationsretlig side, idet alle EU-regler skal anvendes både på EU-niveau og i medlemsstaterne på en måde, der respekterer EU's grundlæggende rettigheder, herunder bestemmelsen i art. 20 i EU's charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter alle mennesker er lige for loven, og det brede diskriminationsforbud i art. 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder.

Det etniske ligebehandlingsdirektiv og beskæftigelsesdirektivet udvider spektret af forbudte kriterier fra køn til en række andre kriterier (race og etnisk oprindelse, religion og tro, seksuel orientering, alder og handicap). Der er på EU-niveau (og i de fleste europæiske lande) sket en væsentlig udvikling af lovgivningen om ligestilling og forbud mod diskrimination i de sidste ca. 50

år. De ligestillingsdirektiver, der er vedtaget fra år 2000 og fremefter, er led i en almindelig tendens til at forskyde perspektivet i EU-regler om ligestilling fra fokus på det indre marked til at lægge hovedvægten på ligestilling som en grundlæggende ret (menneskeret).

Bestemmelserne i traktaterne om EU's indre marked har, som de fortolkes af EU-Domstolen, i stigende grad siden midten af forrige århundrede foreskrevet et forbud mod både direkte og indirekte nationalitetsdiskrimination inden for EU og restriktioner på samhandlen mellem medlemsstaterne. Den underliggende logik i forbuddet mod nationalitetsdiskrimination i relation til EU's indre marked har haft stor betydning for den nærmere udformning, herunder begrebsudviklingen vedrørende kønsdiskrimination.

Efter indførelsen af unionsborgerskabet ved Maastricht-Traktaten (der trådte i kraft den 1.11.1993) gælder forbuddet mod nationalitetsdiskrimination ikke kun i en indre markeds kontekst, men også i en bredere unionsborgerkontekst. Man taler undertiden om en udvikling fra *homo economicus* til *civis europeus*.⁸⁸ I de første 30-35 år af EF/EU-rettens historie var fokus primært på et økonomisk aktivt retssubjekt (*homo economicus*), der udøvede varernes fri bevægelighed, etableringsfriheden og/eller den fri bevægelighed for arbejdskraft, tjenesteydelser eller kapital. I de sidste 15-20 år er der kommet mere fokus på unionsborgere og deres grundlæggende rettigheder uanset deres økonomiske status. I generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Konstantinidis-sagen udtalte han,⁸⁹ at en statsborger i et EU-land, som i egenskab af arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende udnytter den fri bevægelighed i EU, har krav på at blive behandlet i overensstemmelse med en fælles kodeks af grundlæggende værdier, især de, der er fastsat i EMRK.

Han er med andre ord berettiget til at sige "Civis europeus sum" og påberåbe sig denne status over for krænkelse af sine grundrettigheder.

EU's ligestillingsdirektiver, dvs. det etniske ligebehandlingsdirektiv,⁹⁰ beskæftigelsesdirektivet,⁹¹ kønsligestillingsdirektivet vedrørende varer og tjenesteydelser⁹² og det omarbejdede kønsligebehandlingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet i 2006⁹³ udpeger som nævnt foran i afsnit 2 fem forbudte former for forskelsbehandling/diskrimination:⁹⁴

1. Direkte forskelsbehandling/diskrimination
2. Indirekte forskelsbehandling/diskrimination
3. Chikane (kønschikane, etnisk chikane, alderschikane, mv.)
4. Sexchikane⁹⁵
5. Instruktion om at forskelsbehandle/diskriminere

og definerer disse former for forskelsbehandling/diskrimination (næsten) ens for en række beskyttelseskriterier (køn, etnisk oprindelse, alder, religion, handicap og seksuel orientering). Der er således inden for det direktivregulerede område et fælles begrebsapparat på tværs af diskriminationsgrunde og på tværs af anvendelsesområde (arbejdsmarked, handel med varer og tjenesteydelser, og andre områder)⁹⁶. Se foran i afsnit 2 om det nærmere indhold af begreberne. Definitionerne i den danske ligestillingslov er skrevet af efter det underliggende direktiv. Danmark har under alle omstændigheder pligt til at fortolke begreberne EU-konformt, dvs. i overensstemmelse med den betydning, de har i ligestillingsdirektiverne.

3.2 DIREKTIV 113/2004/EF

Art. 1 i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser bestemmer, at formålet med direktivet er at fastlægge en ramme for bekæmpelse af forskelsbehandling pga. køn i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser med henblik på gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. I præamblen til direktivet⁹⁷ henvises til FN's kvindekonvention, CEDAW, se om denne i afsnit 4, og også til art. 21 og 23 i EU's charter om grundlæggende rettigheder (se nedenfor i afsnit 3.5), der bl.a. forbyder enhver forskelsbehandling pga. køn og kræver, at der sikres ligestilling mellem mænd og kvinder på alle områder.

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser er led i en almindelig tendens til at forskyde perspektivet i EU-regler om ligestilling fra fokus på det indre marked til at lægge hovedvægten på ligestilling som en universel, grundlæggende ret. Det fremhæves i forslaget til direktivet, at EU's tilgang til ligestilling har udviklet sig betydeligt i tidens løb fra oprindeligt at lægge vægt på lige løn og på at undgå konkurrenceforvriddning mellem medlemsstaterne til nu at angå ligestilling som en grundlæggende rettighed.⁹⁸ Direktivet er et bidrag til videreudvikling af dette grundretsperspektiv på kønsligestilling.

Forbud mod forskelsbehandling præciseres i art. 2 i ligestillingsdirektivet vedrørende varer og tjenesteydelser fra 2004 på følgende måde:

'direkte forskelsbehandling': at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation

'indirekte forskelsbehandling': en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis, der vil stille personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige

'chikane': at der udvises en uønsket adfærd i relation til en persons køn med det formål eller den virkning at krænke denne persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima

'sexchikane': at der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.

Hovedreglen i direktivet er art. 4, der bestemmer, at når der i direktivet henvises til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, betyder det, at

- a) der ikke må finde nogen direkte forskelsbehandling sted på grund af køn, herunder ringere behandling af kvinder på grund af graviditet og moderskab
- b) der ikke må finde nogen indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn.

Direktivet berører ikke gunstigere bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab.

Hovedreglen om forbud mod kønsdiskriminerende kontrahering indebærer, at en kontraktpart har pligt til at ligebehandle potentielle og aktuelle kontraktparter uanset køn. Forbuddet mod forskelsbehandling pga. køn er generelt. Det gælder for alle persongrupper og i såvel partsinterne som partseksterne relationer. Forbuddet gælder for alle stadier i kontraheringsprocessen fra forberedelse af kontrakten, over kontraktindgåelse til kontraktens indhold og opfyldelse og evt. eftervirkninger, dog er reklame og medieindhold undtaget fra direktivets anvendelsesområde. Forbuddet gælder næsten alle kontrakttyper, dog ikke ansættelsesforhold, hvor der findes tilsvarende forbud mod kønsdiskriminerende kontrahering i andre regler.

Medlemsstaterne skal efter art. 5 i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser sikre, at anvendelse af køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser i alle nye kontrakter, der er indgået efter den 21. december 2007 (direktivets implementeringsfrist), ikke fører til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser.⁹⁹ Art. 5 var udtryk for en kompromisløsning, der til en vis grad tager hensyn til den finansielle sektors protester mod direktivforslaget. Bestemmelsen må ses i sammenhæng med direktivets art. 7, stk 2, der bestemmer, at gennemførelse af direktivet under ingen omstændigheder berettiger til at forringe det i medlemsstaterne hidtil eksisterende niveau for beskyttelse mod forskelsbehandling på de områder, der er omfattet af direktivet. Hvis et land har valgt et højere niveau mht. ligestilling vedrørende forsikringstjenester end art. 5 kræver, kan det ikke nedsætte dette niveau under henvisning til direktivet.

Der var en vigtig modifikation i direktivets art. 5, stk. 2 vedrørende aktuarmæssige beregninger. Art. 5, stk. 2 blev erklæret ugyldig af EU-

Domstolen med virkning fra den 21.12.2012 i Test-Achats-sagen,¹⁰⁰ se nærmere nedenfor i afsnit 8.

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser fastsætter kun mindstekrav, jf. direktivets art 7. Medlemsstaterne kan indføre eller opretholde bestemmelser, som er gunstigere for beskyttelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder end bestemmelserne i direktivet. Direktivet udelukker efter art. 4, stk. 5 ikke forskelsbehandling, hvis levering af varer og tjenesteydelser udelukkende eller først og fremmest til personer af det ene køn er begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser indeholder regler om sanktions- og processpørgsmål af samme indhold som de øvrige ligestillingsdirektiver.

3.3 EU-REGLER OM MAINSTREAMING FRA 1990'ERNE OG FREM

Art. 8 TEUF lyder:

I alle sine aktiviteter tilstræber Unionen at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder.

I erklæring 19 til Lissabon-Traktaten siges det om art. 8 EU:

Konferencen er enig om, at Unionen i sine forskellige politikker som led i de generelle bestræbelser på at fjerne uligheder mellem kvinder og mænd vil sigte på at bekæmpe alle former for vold i hjemmet. Medlemsstaterne bør træffe alle nødvendige foranstaltninger til at

forebygge og straffe disse kriminelle handlinger og støtte og beskytte ofrene.

I art. 9, stk. 1 EU indsattes en ny bestemmelse af følgende indhold (vores fremhævelse af princippet om lighed):¹⁰¹

Unionen respekterer i alle sine aktiviteter **princippet om lighed mellem dens borgere**, der nyder lige stor opmærksomhed fra EU-institutionernes, -organernes, -kontorenes og agenturernes side. Enhver, der er statsborger i en medlemsstat, har unionsborgerskab. Unionsborgerskabet er et supplement til det nationale statsborgerskab og træder ikke i stedet for dette.

Derudover blev der indført en ny bestemmelse om mainstreaming af diskriminationsforbud i forhold til alle art. 19 TEUF-kriterierne (køn, etnicitet, religion, alder, handicap og seksuel orientering). Art. 10 EUF lyder:

Ved udformningen og gennemførelsen af sine politikker og aktiviteter tilstræber Unionen at bekæmpe enhver form for forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

I sekundærlovgivningen er der en regel om gender mainstreaming i det omarbejdede direktiv vedrørende arbejdsmarkedet,¹⁰² men der er ikke eksplicit pligt til mainstreaming i direktiv 2004/113/EF om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser. Da direktivet kun er et minimumsdirektiv, er det klart, at medlemsstaterne er berettiget til at supplere forbuddet mod kønsdiskrimination med mainstreamingpligt både for offentlige og private tjenesteleverandører.

3.4. EU-REGLER OM POSITIV SÆRBEHANDLING

Art. 157, stk. 4 TEUF giver adgang til positiv særbehandling på arbejdsmarkedet, men formentlig ikke uden for arbejdsmarkedet. Art. 6 i direktiv 2004/113 om positiv særbehandling lyder:

For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis må princippet om ligebehandling ikke afholde nogen medlemsstat fra at opretholde eller vedtage særlige foranstaltninger for at forebygge eller kompensere for ulemper på grund af køn.

Holdningen til positiv særbehandling på nationalt plan varierer en del. Engelsk ret giver kun snæver adgang til positiv særbehandling,¹⁰³ mens hjemmelen hertil er langt bredere i fransk ret.¹⁰⁴ I Tyskland har nogle Länder været meget positive over for positiv særbehandling. Mange af de sager, der har været forelagt EU-Domstolen, kommer fra Tyskland. Sverige og Norge har også benyttet positiv særbehandling en del.

Traditionelt har EU-bestemmelserne om positiv særbehandling ikke pålagt medlemslandene pligt til at indføre positiv særbehandling, men kun indrømmet dem en vis kompetence hertil. Nogle læser CEDAW art. 4 som udtryk for en pligt til at indføre positiv særbehandling. Den stigende tendens til at henvise til CEDAW i EU-regler om ligestilling, kan måske på længere sigt føre til, at der sættes spørgsmålstejn ved, om EU-reglerne stiller medlemsstaterne frit med hensyn til, om de vil indføre positiv særbehandling, eller om der i et vist omfang er EU-retlig pligt hertil.

Spørgsmål vedrørende positiv særbehandling er i de senere år behandlet af EU-Domstolen i flere sager vedrørende arbejdsmarkedet.¹⁰⁵ Det generelle underliggende princip i EU-Domstolens praksis om positiv særbehandling

er, at proportionalitetsprincippet skal overholdes. Det indebærer, at særlige foranstaltninger til fordel for det ene køn skal tjene et lovligt formål, de skal være egnede til at nå dette mål og være nødvendige i så henseende og må ikke være mere vidtgående end nødvendigt. Desuden må en national lovgivning ikke automatisk og ubetinget give en fortrinsstilling til det underrepræsenterede køn.

3.5 EU'S CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

EU's charter om grundlæggende rettigheder blev vedtaget som en soft law-erklæring i 2000 og rykkede ved vedtagelsen af Lissabon-Traktaten op i EU's retskildehierarki og blev en del af EU's primærret. Siden Lissabon-Traktatens ikrafttræden den 1.12.2009 har EU's charter og grundlæggende rettigheder haft samme juridiske værdi som EU- og EUF-Traktaten, jf. art. 6 TEU.

Chartrets art. 20 om lighed for loven bestemmer, at alle mennesker er lige for loven. Ifølge de forklarende bemærkninger til Chartret svarer denne artikel til et princip, der er optaget i alle europæiske forfatninger, og som EU-Domstolen har anerkendt som et grundlæggende princip i EU-retten.¹⁰⁶ I den danske grundlov står der ikke noget om, at alle mennesker er lige for loven.

EU's charter om grundlæggende rettigheder art. 21 indeholder et generelt, open-ended diskriminationsforbud. Den bestemmer:

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.
2. Inden for anvendelsesområdet for traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union og

med forbehold af særlige bestemmelser i disse traktater er enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet forbudt.

I de forklarende bemærkninger¹⁰⁷ til Chartret siges det, at art. 21 bygger på art. 19 TEUF, art. 14 EMRK samt art. 11 i konventionen om menneskerettigheder og biomedicin for så vidt angår arvemassen. I det omfang Chartrets art. 21 falder sammen med art. 14 i EMRK, skal den anvendes i overensstemmelse hermed. Der er ikke nogen modstrid eller uforenelighed mellem Chartrets art. 21 og art. 19 TEUF, der har et andet anvendelsesområde og formål: Art. 19 TEUF tildeler Unionen beføjelser til at vedtage retsakter, herunder harmonisering af medlemsstaternes love og bestemmelser, og til at bekæmpe visse former for diskrimination, der er angivet udtømmende i denne artikel. Sådan lovgivning kan omfatte de nationale myndigheders indsats (samt forbindelserne mellem privatpersoner), der ligger inden for EU's beføjelser. Chartrets art. 21 indeholder ikke hjemmel til at vedtage love mod diskrimination udøvet af medlemsstaterne eller privatpersoner på disse områder, og det indfører heller ikke et omfattende forbud mod forskelsbehandling på disse vidtrækkende områder. I stedet behandler det kun forskelsbehandling fra EU's institutioners og organers side, når de selv udøver beføjelser, de har fået tildelt i henhold til traktaterne, og af medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten. Chartrets art. 21 ændrer således ikke omfanget af de beføjelser, der tildeles i henhold til art. 19 TEUF eller fortolkningen af denne. Art. 21, stk. 2 svarer til art. 18, stk. 1 TEUF, der forbyder diskrimination pga. nationalitet, og skal anvendes i overensstemmelse med denne artikel.

Der sondres ikke i art. 21 mellem direkte og indirekte diskrimination, og gives ingen nærmere definition af, hvad der forstås ved forskelsbehandling. I forhold til de mere præcise begreber, der er defineret i ligestillings-

direktiverne, svarer art. 21-forbuddet formentlig kun til forbuddet mod indirekte diskrimination, således at forskelsbehandling vil kunne retfærdiggøres, hvis den tjener et legitimt mål, og de benyttede midler (forskelsbehandlingen) er egnet til at fremme målet og er nødvendige i så henseende.

Som det ses overlapper art. 21 i Chartret delvis med de direktivregulerede diskriminationsforbud. I den udstrækning den gør det, må direktivreglerne anvendes, da de typisk giver en mere præcis og vidtgående beskyttelse mod diskrimination.

Art. 23 bestemmer om ligestilling mellem kvinder og mænd:

Der skal sikres ligestilling mellem mænd og kvinder på alle områder, herunder i forbindelse med beskæftigelse, arbejde og løn.

Princippet om ligestilling er ikke til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der giver det underrepræsenterede køn specifikke fordele.

Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af deres særlige bestemmelser er enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet forbudt.

EU's grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper, herunder chartret om grundlæggende rettigheder, skal kun anvendes i national ret på EU-regulerede områder.

4.

INTERNATIONAL RET (FOLKERETLIGE REGLER) OM DISKRIMINATION OG KØNSLIGESTILLING VED ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER

4.1 GENERELT

De vigtigste folkeretlige retskilder er traktater (dvs. aftaler mellem folkeretssubjekter, normalt nationalstater, men også enkelte andre, fx EU og den katolske kirke) og domspraksis fra internationale domstole. Der henvises ofte i retspolitiske og retoriske sammenhænge til folkeretlige regler om menneskerettigheder og diskriminationsværn, men i forhold til kønsligestilling og arbejdsmarkedet har gennemslagskraften af disse regler i dansk ret hidtil været beskeden. Der er så vidt ses ingen eksempler på vidtgående ændringer af dansk lovgivning på disse områder for at tilpasse den til traktater eller på, at nogen på arbejdsmarkedet har vundet en sag ved en domstol under påberåbelse af folkeretlige regler. I en dansk sag om en dansk-pakistansk taxi-vognmand ville Vestre Landsret tilkende vognmanden godt 70.000 kr. i erstatning, fordi en dansk lov, der afskar ham fra en taxabevilling, ansås for stridende mod nogle FN-traktater om racediskrimination. Landsretsdommen blev anket og under anke til Højesteret blev Trafikministeriet frifundet.¹⁰⁸

Til forskel herfra er dansk lovgivning, såvel om kønsligestilling som om arbejdsmarkedet, i de senere år blevet grundlæggende ændret for at tilpasse den til EU-regler, ligesom der er mange konkrete retsafgørelser, navnlig på det arbejdsretlige område, hvor EU-regler har spillet en afgørende rolle. Folkeret kan stort set ikke tvangshåndhæves i dansk ret, medmindre det følger af danske eller EU-retlige retskilder, at en regel af samme indhold

kan tvangshåndhæves, se fx den foran nævnte højesteretsdom om en dansk-pakistansk taxi-vognmand. Som et andet eksempel kan nævnes art. 12 i CESCO (FN's International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) om sundhed. Art. 12 i CESCO fastslår 'The right to the highest attainable standard of health'. Stk. 1 lyder:

1. Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity. The realization of the right to health may be pursued through numerous, complementary approaches, such as the formulation of health policies, or the implementation of health programmes developed by the World Health Organization (WHO), or the adoption of specific legal instruments. Moreover, the right to health includes certain components which are legally enforceable.

I FN's Economic and Social Councils kommentar til denne bestemmelse¹⁰⁹ siges det i en note til art. 12, stk. 1:

For example, the principle of non-discrimination in relation to health facilities, goods and services is legally enforceable in numerous national jurisdictions.

Som det fremgår af denne note, kan den folkeretlige regel kun tvangshåndhæves, fordi det er foreskrevet i en række nationale retsordener. EU-direktivet om handel med varer og tjenester¹¹⁰ kræver, at de regler, der foreskrives, skal kunne tvangshåndhæves.

Når Danmark har ratificeret en traktat er Danmark i forhold til andre folkeretssubjekter, typisk stater, der er parter i traktaten, forpligtet til at

overholde den, men traktaten bliver ikke herved en del af dansk ret, der forpligter danske virksomheder til at overholde de rettigheder, fx forbud mod diskrimination, konventionen giver borgerne. Forpligtende virkning mellem to private vil normalt kræve, at konventionen gennemføres i dansk ret, ved at der vedtages en dansk lov, der gør dens indhold til dansk ret.

I juli 1999 nedsatte Justitsministeriet et udvalg om gennemførelse af menneskerettighedskonventioner i dansk lovgivning (Inkorporeringsudvalget), der afgav betænkning om emnet i 2001.¹¹¹

Betænkningen indeholder en beskrivelse af, hvorledes internationale konventioner gennemføres i dansk ret. Det fremhæves, at også konventioner, der ikke er særskilt gennemført, idet der er blevet konstateret normharmonis, vil kunne påberåbes for og anvendes af danske domstole og andre retsanvendende myndigheder. Også ikke-gennemførte konventioner kan således være en relevant retskilde i dansk ret.

Inkorporeringsudvalget vurderede, om følgende af Danmark ratificerede folkeretlige traktater burde gennemføres i dansk ret ved dansk lovgivning:

- FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder med tilhørende protokoller (CCPR),
- FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (CESCR),
- FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination (CERD),
- FN's konvention om afskaffelse af alle former for diskrimination mod kvinder (CEDAW),
- FN's konvention mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (CAT), og
- FN's konvention om barnets rettigheder (CRC)

Udvalget foreslog kun CCPR, CERD og CAT gennemført i dansk ret, men ikke de øvrige konventioner. Forslaget blev ikke fulgt, bl.a. pga. udskrivelse af folketingsvalg.¹¹² Ingen af ovennævnte konventioner er generelt gennemført¹¹³ i dansk ret, så det er stadig noget uklart, med hvilken vægt de kan påberåbes i den horisontale relation mellem private.¹¹⁴ Den generelle tendens mod at national ret, EU-ret og folkeret udgør ét stort system, jf. foran, trækker i retning af, at også ratificerede, ikke-gennemførte konventioner tillægges betydning som retskilder i dansk ret.

Generelt er den folkeretlige tilgang til værn mod kønsdiskrimination asymmetrisk og præget af det synspunkt, at diskriminationsværn mest er til for at beskytte kvinder (navnlig i U-lande). Det gælder uanset, at det ofte i folkeretlige tekster, fx FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder og FN's racediskriminationskonvention, fastslås, at alle mennesker er lige. Bedømt ud fra folkeretlige tekster er kvinder langt bedre beskyttet mod kønsdiskrimination end mænd. FN's kvindekonvention (CEDAW) beskytter således eksplicit kvinder (og kun kvinder) mod kønsdiskrimination, mens der kun er et svagt folkeretligt værn mod kønsdiskrimination af mænd.

Forskellen mellem den store gennemslagskraft af EU-retlige retskilder, både om grundlæggende rettigheder (menneskerettigheder) og om andre spørgsmål, og folkerettens langt mindre gennemslagskraft vedrørende menneskerettigheder og andre spørgsmål i dansk ret i forhold til de emner, der behandles i denne rapport (kønsligestilling ved handel med varer og tjenesteydelser), hænger formentlig sammen med, at Danmark i forhold til folkeretlige retskilder traditionelt har fulgt den dualistiske teori, hvorefter nationale retskilder har forrang for folkeretlige kilder i tilfælde af modstrid,¹¹⁵ mens EU-retlige kilders forrang for national ret i tilfælde af modstrid er et anerkendt princip også i dansk domspraksis.

Efter den dualistiske teori udgør nationale retskilder (lovgivning, domspraksis fra nationale domstole mv.) og folkeretlige retskilder (traktater, domspraksis fra internationale domstole mv.) to adskilte retssystemer, hvor national ret i tilfælde af politisk villet modstrid har forrang for folkeret. Der er dog en formodning for, at det ikke har været en kontraherende stats hensigt at bryde en folkeretlig forpligtelse. Hvis der ikke har været en hensigt til traktatbrud, skal den folkeretlige regel tages i betragtning ved fortolkning af national ret.

4.2 CEDAW (CONVENTION ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN)

CEDAW, dvs. FN-konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination af kvinder, blev vedtaget i 1979.¹¹⁶ Den blev underskrevet af Danmark i 1980 og ratificeret i 1983. CEDAW er ikke gennemført i dansk ret. Der er knyttet en protokol til CEDAW-konventionen.¹¹⁷ Protokollen blev underskrevet af Danmark i 1999 og ratificeret i 2000. Protokollen trådte i kraft den 22.12.2000. Den indebærer, at der kan behandles klager fra individer eller grupper, der føler at deres rettigheder er krænket ved manglende overholdelse af CEDAW. Der er således åbnet en klagevej for forurettede, efter at nationale retsmidler er udtømt.

CEDAW er et hovedeksempel på folkerettens asymmetriske tilgang til kønligestilling. Formålet med CEDAW er at udrydde eller begrænse diskrimination mod kvinder. Ligestilling mellem kvinder og mænd ses til en vis grad som et middel til at modvirke diskrimination mod kvinder.

Efter art. 15, stk. 2 og 3 i CEDAW skal de deltagende stater i borgerlige retsforhold tilstå kvinder samme retlige handleevne som mænd og samme muligheder for at udøve denne. De skal især give kvinder ligeret med hensyn til at indgå aftaler og råde over ejendom. De deltagende stater er enige om,

at alle kontrakter og alle andre private dokumenter, hvis retsvirkning tager sigte på at indskrænke kvinders retlige handleevne, skal anses for ugyldige. Art 13(b) i CEDAW forpligter de deltagende stater til at sikre kvinder de samme rettigheder som mænd, især retten til at optage banklån, belåne fast ejendom og opnå andre former for økonomisk kredit.¹¹⁸

Der er henvisninger til CEDAW i præamblerne til alle de ligestillingsdirektiver, der er vedtaget i EU siden 2000. CEDAW er således i de seneste år blevet inddraget i EU-reglerne om ligestilling – både vedrørende kønsligestilling og ligestilling i forhold til andre beskyttelseskriterier (etnicitet, religion, alder mv.) – og må derfor antages at kunne få betydning for fortolkning af ligestillingsreglerne i de kommende år, både på nationalt og på EU-niveau. Art. 1 i CEDAW definerer diskrimination mod kvinder på følgende måde:

For the purposes of the present Convention, the term 'discrimination against women' shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

I forhold til EU's ligestillingsbegreber er der navnlig to bestemmelser i CEDAW, som kan have betydning som fortolkningsbidrag, nemlig art. 5 om afskaffelse af stereotype kønsroller og art. 4 om positiv særbehandling. Efter CEDAW art. 5, litra a)¹¹⁹ skal kontraherende stater tage alle egnede midler i anvendelse for at afskaffe adfærd, som hviler på den opfattelse, at det ene køn er mere eller mindre værd end det andet, og adfærd, som hviler på stereotype roller for mænd og kvinder. Efter art. 4, stk. 3 i EU's

direktiv om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser¹²⁰ betragtes chikane og sexchikane som defineret i direktivet som forskelsbehandling pga. køn og er derfor forbudt. En persons afvisning eller accept af en sådan adfærd må ikke anvendes som grundlag for en beslutning, der vedrører den pågældende. Ved fortolkningen heraf skal art 5a i FN's kvindekonvention, CEDAW fra 1979,¹²¹ tages i betragtning. Det medfører formentlig, at indgåelse af kontrakter baseret på stereotype kønsroller er forbudt. Efter CEDAW art. 4¹²² skal positiv særbehandling ikke anses for diskrimination. I betragtning af, at konventionens formål er at sikre afskaffelse af diskrimination mod kvinder (og ikke diskrimination mod mænd), dækker bestemmelsen kun positiv særbehandling af kvinder.

Den bestemmelse i CEDAW, der er tættest på at pålægge private et diskriminationsforbud ved handel med varer og tjenesteydelser, er art. 2, litra e), der bestemmer:

De deltagende stater fordømmer alle former for diskrimination imod kvinder, er enige om med alle passende midler og ufortøvet at føre en politik, der går ud på at afskaffe diskrimination imod kvinder, og påtager sig med dette formål for øje

e) at tage alle passende skridt til at afskaffe diskrimination imod kvinder fra enhver persons, organisations eller virksomheds side;

CEDAW kræver således, at de kontraherende stater skal gribe ind over for enkeltpersoner eller erhvervsvirksomheder, der diskriminerer kvinder. Det ses af nogle forfattere som udtryk for at konventionen regulerer privates forpligtelser,¹²³ hvilket efter vor vurdering er en for fri fortolkning

CEDAW¹²⁴ art. 4 bestemmer:

1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.
2. Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory.

CEDAW's ordlyd skal inddrages i fortolkningen af dansk ret, jf foran, men den praktiske betydning af CEDAW i Danmark har hidtil været meget beskedent.¹²⁵

4.3 ART. 14 I EMRK (DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION)

Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK) blev undertegnet i Rom den 4. november 1950. Den er ratificeret af alle EU-lande og udgør en mindstestandard for grundretsbeskyttelsen i EU. EMRK's betydning på ligestillingsområdet er dog meget uklar¹²⁶ og formentlig meget begrænset.¹²⁷ EMRK art. 14 bestemmer:

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14 er ikke et selvstændigt diskriminationsforbud, men er accessorisk i forhold til de rettigheder, EMRK i øvrigt sikrer. Det værn mod diskriminering som følger af EMRK art. 14 er begrænset til livsforhold, som i øvrig er konventionsbeskyttede, herunder ved protokollerne til konventionen, bl.a. om ejendomsretten og ret til uddannelse. Tillægsprotokol nr. 12, der omtales nedenfor, blev vedtaget, fordi værnet efter EMRK art. 14 af mange anses for at være utilstrækkeligt. Art. 14 EMRK kan kun påberåbes i forbindelse med andre, materielle bestemmelser i EMRK. Kun hvis en klage over diskrimination falder inden for rammerne af en af de materielle bestemmelser i EMRK, fx beskyttelsen af privatlivet (art. 8), ytringsfriheden (art. 10), religionsfriheden (art. 9) eller forsamlingsfriheden (art. 11), kan klagen behandles af EMD. Da EMRK stort set ikke beskytter sociale, kulturelle og økonomiske rettigheder, men kun civile (borgerlige) og politiske rettigheder, er EMRK art. 14 ikke en særlig central bestemmelse i forhold til handel med varer og tjenesteydelser.

Tillægsprotokol nr. 12 til EMRK indeholder et generelt diskriminationsforbud i art. 1, der lyder som følger:

Article 1 - General prohibition of discrimination

1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

Tillægsprotokollen blev vedtaget af Europarådet i 2000, og trådte i kraft i 2005 efter at være blevet ratificeret af 10 stater. Protokollen giver et generelt værn mod diskriminering. Den blev udarbejdet, fordi diskrimineringsværnene efter EMRK art. 14 er begrænset til de rettigheder, EMRK i øvrigt beskytter. Tillægsprotokollen blev vedtaget for at sikre, at diskrimineringsforbuddet blev en selvstændig rettighed i konventionen. Hvis Danmark ratificerer protokol nr. 12 til EMRK, som Danmark har underskrevet, kommer den danske tradition¹²⁸ for at diskriminere mellem folkekirkekristne og andre borgere til at stride mod EMRK. Der er formentlig ikke for tiden (2012) politisk flertal for at stoppe denne forskelsbehandling, hvilket er et hovedargument for at Danmark undlader ratifikation af Tillægsprotokollen.¹²⁹

EMRK beskytter primært civile (statsborgerlige) og politiske rettigheder, fx ytringsfrihed, forsamlingsfrihed, straffeprocessretlige og andre procesretlige rettigheder og kun i mindre grad økonomiske og sociale rettigheder.

Individer, der føler sig krænket ved, at EMRK efter deres opfattelse er overtrådt i forhold til dem, kan, hvis de har udtømt de nationale retsmidler, indbringe sagen for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Denne benytter en meget dynamisk fortolkningsstil, der ofte har ført til resultater, der adskiller sig fra, hvad der var meningen med EMRK, da den blev vedtaget. Den formulerede selv i *Pla and Puncernau v. Andorra-sagen*¹³⁰ sin holdning til fortolkning på følgende måde:

1. The Court reiterates that the Convention, which is a dynamic text and entails positive obligations for States, is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions ...

Palmer Olsen¹³¹ fremhæver i en artikel om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol brydningsfeltet mellem traditionel dansk lovforklning og moderne international traktatforklning og peger på den forskellige forfatningsretlige kontekst, danske domstole og EMD indgår i. Han skriver således:

Den retsudvikling, der finder sted gennem EMD's fortolkning af EMRK, er ikke genstand for et organiseret politisk modspil i stil med det, der kendes fra det danske forfatningssystem. I Danmark sker den retlige regulering i vid udstrækning ved almindelig lovgivning og heraf afledte retsakter (bekendtgørelser, cirkulærer m.v.). Da det politiske system, som producerer disse retsakter, hviler på en flertalsdemokratisk legitimitet, har domstolene traditionelt været tilbageholdende med at stille sig hindrende i vejen for den retsudvikling, der er iværksat gennem lovgivningsmagtens løbende tiltag. Danske domstole har i den forbindelse opfattet deres rolle som den at sikre en retssikkerhedsmæssig forsvarlig håndhævelse af gældende lov mv. – ikke selv at drive en politisk udvikling frem. I det internationale forfatningssystem, som udgøres af EMRK, findes der ikke en tilsvarende politisk kontekst. På grund af Europarådets historiske baggrund (oprettet efter 2. verdenskrig som værn mod gentagelser af de mange menneskelige overgreb, som fandt sted i Europa i perioden 1939-1945) har menneskerettighederne i EMRK fået en fremtrædende rolle som overnational ret, der er blevet relativt højt respekteret i medlemslandene. EMD har således udviklet sig i en politisk kontekst der mere har båret præg af at domstolen skulle sætte grænser for medlemsstaternes handlefrihed for dels at beskytte enkeltindividets menneskerettigheder og dels at sikre den løbende respekt for menneskerettighederne – altså en mere aktiv politisk rolle end den

de danske domstole traditionelt har indtaget. I denne kontekst har EMD løbende fortolket indholdet af de enkelte rettigheder dynamisk, således at beskyttelsesområdet har udviklet sig over tid.

I 1992 blev Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) gennemført i dansk ret ved lov.¹³²

5.

PLIGTSUBJEKTER, RETTIGHEDSSUBJEKTER OG DET MATERIELLE ANVENDELSESOMRÅDE FOR FORBUD MOD KØNSDISKRIMINATION VED ADGANG TIL VARER OG TJENESTER OG PLIGTEN TIL MAINSTREAMING

5.1 GENERELT OM EU-RET OG DANSK RET

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser¹³³ finder ifølge art. 3 anvendelse på alle personer, som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden, både inden for den offentlige og den private sektor, samt transaktioner i den forbindelse. Direktivet berører ikke enkeltpersoners frie valg af aftalepartner, for så vidt enkeltpersoners valg af aftalepartner ikke er baseret på dennes køn.

Direktivet finder hverken anvendelse på medieindhold, reklame eller på uddannelse. Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser handler kun om varer og tjenester, som tilbydes uden for privat- og familielivet. Udleje af fast ejendom er en tjenesteydelse i direktivets forstand, men udleje af værelser inden for privat- og familielivet, fx i private boliger, falder uden for direktivet.

EU-direktiverne om ligestilling omfatter kun varer og tjenesteydelser, der normalt leveres mod betaling,¹³⁴ dvs. samme afgrænsning som i art. 34 TEUF (varer) og art. 57 TEUF (tjenesteydelser). Heri ligger, at det ikke er afgørende, om der i det konkrete tilfælde kræves betaling, men om der er tale om en ydelse, der i den sociale kontekst normalt sker mod betaling. Handel på reklamefinansierede internetsider er omfattet af traktatens tjenesteydelsesbegreb og af ligestillingsdirektivernes forbud mod

diskrimination. Begrebet varer og tjenesteydelser har samme betydning i det etniske ligebehandlingsdirektiv¹³⁵ og i kønsligestillingsdirektivet vedrørende handel med varer og tjenesteydelser fra 2004.¹³⁶ Dette siges eksplicit i forslaget til sidstnævnte, hvor der som eksempel på noget, der er omfattet af direktivet, nævnes:¹³⁷

- adgang til lokaliteter, som offentligheden har adgang til
- alle slags boliger, herunder lejede boliger og hotelværelser
- tjenesteydelser, såsom banker, forsikring og andre finansielle tjenesteydelser
- transport og
- tjenesteydelser i forbindelse med ethvert erhverv eller enhver branche.

5.2 FORHOLDET MELLEM KØNSLIGESTILLING OG ETNISK LIGEBEHANDLING

Både kønsligestillingsdirektivet vedrørende handel med varer og tjenesteydelser fra 2004 og det etniske ligebehandlingsdirektiv er minimumsdirektiver, der fastsætter nogle mindstekrav, medlemslandene skal opfylde, samtidig med at det står medlemslandene frit at gå videre i retning af mere ligestilling, fx ved at lade forbuddet mod kønsdiskrimination gælde på et bredere anvendelsesområde (flere pligtssubjekter, flere rettighedssubjekter, flere samfundsområder mv.) end det, det mindst skal gælde på efter EU-retten, og/eller ved at foreskrive andre og større pligter end EU-direktivet kræver, fx ud over forbud mod kønsdiskrimination også mainstreamingpligt.

Den danske ligestillingslov går væsentligt videre end minimumskravene i kønsligestillingsdirektivet vedrørende handel med varer og tjenesteydelser. Kredsen af pligtssubjekter og anvendelsesområdet er – navnlig i den

offentlige sektor – meget bredere end krævet efter EU-retten, og i den danske ligestillingslov er der mainstreamingpligt, hvilket ikke kræves i direktiv 2004/113.

Hvis man sammenligner kønsligestilling og etnisk ligebehandling, er der en væsentlig forskel i de retlige rammer. Den danske etniske ligebehandlingslov opfylder næppe helt minimumskravene i det etniske ligebehandlingsdirektiv og går på ingen punkter videre i retning af mere etnisk ligebehandling, end Danmark er forpligtet til i forhold til EU.

På det etniske område antages det i dansk ret, at private, ikke-erhvervsdrivende husejere er frit stillet til at sælge deres huse til offentligheden på en etnisk diskriminerende måde, mens dette er forbudt for erhvervsdrivende sælgere. Det strider efter vores vurdering mod det etniske ligebehandlingsdirektiv. Det etniske ligebehandlingsdirektiv må antages også at forpligte private ikke-erhvervsdrivende, når de handler med varer og tjenester via markedet eller i øvrigt gør dem tilgængelige for offentligheden, fx sælger deres brugte ting via en online markedsplads på internettet, eller når en privat husejer sælger sin bolig via boligmarkedet.

Den siden 2009 nedlagte klagekomité for etnisk ligebehandling, der nu er afløst af Ligebehandlingsnævnet, mente det modsatte,¹³⁸ der også kom til udtryk i forarbejderne til den etniske ligebehandlingslov. Bemærkningerne til den etniske ligebehandlingslov går tilbage til betænkningen fra det udvalg, der forberedte den etniske ligebehandlingslov. I betænkningen om Gennemførelsen i dansk ret af direktivet om etnisk ligebehandling¹³⁹ erkendes det, at privatpersoner, der agerer inden for direktivets materielle anvendelsesområde, er pligtsubjekter efter det underliggende direktiv, men udvalget syntes ikke, det var hensigtsmæssigt, at de skulle være

pligtssubjekter i den danske lov og tillagde tilsyneladende ikke almindelige principper om EU-rettens forrang og pligt til EU-konform fortolkning af national ret nogen betydning, jf. følgende citat:

6.3.4. Privatpersoner

Udvalget har overvejet, i hvilket omfang enkeltpersoner som privatpersoner, dvs. personer, som handler uden for deres erhverv, er omfattet af direktivet. Hermed sigtes således til enkeltpersoner, der ikke handler som arbejdsgiver eller ansat hos en offentlig myndighed eller privat virksomhed m.v.

Det må antages, at privatpersoner generelt vil være omfattet af direktivet, når de – uden at være ansatte knyttet til en offentlig myndighed eller virksomhed – udøver aktiviteter inden for direktivets anvendelsesområde. Om end udtrykket ”den private sektor” måske ikke efter sædvanlig sprogbrug omfatter privatpersoner, er der ikke grundlag for at antage, at det hermed har været hensigten at udelukke privatpersoner fra direktivets anvendelsesområde.

Det er dog samtidig klart, at de aktiviteter, som er omfattet af direktivets anvendelsesområde, ikke almindeligvis udøves af privatpersoner, og spørgsmålet om privatpersoners ansvar for overtrædelse af direktivet på disse områder vil derfor sjældent opstå. Der kan eksempelvis peges på, at privatpersoner almindeligvis ikke yder social beskyttelse eller leverer sociale goder. Der kan også peges på, at forbudet mod forskelsbehandling i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, herunder bolig, efter EU-rettens almindelige regler om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser omfatter sådanne aktiviteter, når der er tale om erhvervsmæssig drift, jf. afsnit 6.4.

Det er endvidere udvalgets opfattelse, at forbudet mod forskelsbehandling ikke i ny lovgivning bør udvides til at omfatte privatpersoners udøvelse af aktiviteter af mere privat karakter. Udvalget har herved lagt vægt på, at dette er i overensstemmelse med den gældende lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v., der alene omfatter erhvervsmæssige aktiviteter. Dertil kommer, at sådanne forbud kan være vanskelige at håndhæve og under alle omstændigheder skal udformes således, at der tages hensyn til den enkelte persons ret til beskyttelse af privatsfæren.

Udvalget finder dog anledning til at understrege, at forskelsbehandling på grund af race eller etnisk oprindelse i forbindelse med privatpersoners aktiviteter af privat karakter bør modvirkes. Det er imidlertid udvalgets opfattelse, at et forbud i lovgivningen ikke udgør det bedst egnede middel til at modvirke forskelsbehandling i de angivne situationer, og udvalget foreslår derfor, at ny lovgivning ikke omfatter enkeltpersoners udøvelse af aktiviteter af privat karakter.

Den gældende lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v., der henvises til i ovennævnte citat, er den danske racediskriminationslov af 1971,¹⁴⁰ der forpligter:

Den, som inden for erhvervsmæssig eller almennyttig virksomhed på grund af en persons race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering nægter at betjene den pågældende på samme vilkår som andre.

Den lov vedtog Danmark i forbindelse med ratifikationen af den folkeretlige FN-konvention mod racediskrimination (CERD). Hvor lidt, en kontraherende

stat kan nøjes med i forhold til et folkeretligt diskriminationsforbud,¹⁴¹ er ikke noget godt argument for, at man skulle kunne implementere en EU-retlig forpligtelse til at forpligte 'alle' ved kun at forpligte erhvervsdrivende.

Til sammenligning kan nævnes, at der ved de tilsvarende forbud på arbejdsmarkedet ikke gælder en begrænsning af kredsen af pligtssubjekter til erhvervsdrivende. En hvilken som helst arbejdsgiver, også meget uprofessionelle, ikke-erhvervsdrivende arbejdsgivere, som fx en person med handicap, der har arbejdsgiverrollen over for sin handicaphjælper, skal respektere de arbejdsretlige diskriminationsforbud. Det er fx forekommet, at en person med handicap i rollen som arbejdsgiver for sin handicaphjælper har fyret handicaphjælperen, da denne blev gravid.¹⁴² Personen med handicap blev pålagt samme godtgørelse (ni måneders løn) som en erhvervsdrivende ville være blevet pålagt.

Det nu nedlagte Integrationsministerium lagde på baggrund af ovennævnte forslag i betænkningen om Gennemførelsen i dansk ret af direktivet om etnisk ligebehandling ved vedtagelsen af den etniske ligebehandlingslov til grund, at den danske etniske ligebehandlingslov kun skulle forpligte erhvervsdrivende og ikke andre, der efter de underliggende EU-regler er pligtssubjekter, til at undlade etnisk diskrimination i forbindelse med handel med varer og tjenester, fx hushandel. Privat hushandel er formentlig et relativt praktisk eksempel på en situation, hvor etnisk diskrimination forekommer, idet nogle 'gamle' beboere i et kvarter ikke ønsker romaer, grønlandere eller andre udvalgte grupper som naboer, og en sælger måske for at bevare venskab med gamle naboer tilpasser sig deres ønsker.

Hvis man sammenligner ligestillingsloven vedrørende køn og den etniske ligebehandlingslov, er der således stærkere retsbeskyttelse

af kønsligestillingen i Danmark end af den etniske ligebehandling. Kredsen af pligtsubjekter er bredere i forhold til kønsligestilling, og der er mainstreamingpligt i den offentlige sektor vedrørende kønsligestilling, hvilket der ikke er vedrørende etnisk ligebehandling. Hvis man ønsker at styrke intersektionaliteten mellem forskellige former for diskrimination, kan disse forskelle være et problem, se nærmere nedenfor i afsnit 6, og det synes i det hele at være en nærliggende udviklingsmulighed at lade dansk ret give etniske minoriteter en lige så god beskyttelse mod etnisk diskrimination ved handel med varer og tjenesteydelser, som man giver kvinder og mænd mod kønsdiskrimination. Det var der ikke politisk flertal for under VKO-flertallet fra 2001-2011.

5.3 DEN OFFENTLIGE SEKTOR I DANMARK

5.3.1 Forbud mod kønsdiskrimination ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser

Forbuddet mod kønsdiskrimination gælder efter ligestillingslovens § 1 a for

1. enhver arbejdsgiver, myndighed og organisation inden for offentlig forvaltning og almen virksomhed og
2. myndigheder og organisationer og alle personer, som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden inden for både den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, og som tilbydes uden for privat- og familielivet, samt transaktioner i den forbindelse.

I den danske offentlige sektor er forbuddet mod kønsdiskrimination ved adgang til varer og tjenesteydelser således forpligtende for en bred kreds af offentlige (statslige, regionale og kommunale) myndigheder og institutioner,

ligegyldigt hvilken rolle de optræder i, fx myndighedsudøvelse, anskaffelse af varer og tjenesteydelser eller præstation/levering af tjenesteydelser.

Det danske forbud i den offentlige sektor er forpligtende for en bredere kreds end de underliggende EU-regler kræver. De underliggende EU-regler finder kun anvendelse på levering af varer og tjenesteydelser via et marked, mens nationale myndigheders myndighedsudøvelse er nationalt anliggende. Den danske ligestillingslov forpligter alle offentlige myndigheder og institutioner, uanset hvad de laver, fx træffer forvaltningsafgørelser som led i deres myndighedsudøvelse eller præsterer tjenesteydelser.

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser handler derimod kun om varer og tjenesteydelser i EUF-Traktatens forstand og finder ifølge art. 3 anvendelse på alle personer, som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden, både inden for den offentlige og den private sektor, samt transaktioner i den forbindelse. EU-reglerne forpligter til forskel fra den danske ligestillingslov ikke medlemslandene i forbindelse med deres myndighedsudøvelse, men kun når de leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden, hvilket er det samme som, at de er omfattet af de EU-retlige regler om fri bevægelighed.

En række offentlige serviceydelser, fx hospitalsbehandling, anses for en tjenesteydelse, der er omfattet af EU's fri bevægelighedsregler, og ikke kun af de danske regler, men også af de underliggende EU-regler. Princippet om fri bevægelighed for tjenesteydelser giver både leverandører af tjenesteydelser fri bevægelighed og modtagere af tjenesteydelser, fx patienter i sundhedssektoren. I forbindelse hermed har de krav på ikke at blive kønsdiskrimineret.

Offentligretlige pligtsubjekter er forpligtede til ikke at kønsdiskriminere både i sælger/leverandørrollen og i anskaffer/køberrollen.

En privat borger, fx en patient, der ønsker at blive behandlet enten af en kvindelig eller mandlig læge, er ikke pligtsubjekt efter ligestillingsloven og overtræder ingen retsregler ved at give udtryk for sine kønspræferencer, men hospitalet må ikke overtræde forbuddet mod kønsdiskrimination for at imødekomme kønsrelaterede krav.

5.3.2 Mainstreaming

Som pligtsubjekter for mainstreaming vælger man typisk nogle, der har ressourcer til at gøre forskel, mens pligtsubjekterne for diskriminationsforbud er alle, der kan tænkes at overtræde forbuddet, også ressourcetsvage lovovertredere. I Danmark er det for tiden (2012) kun offentlige myndigheder, der har mainstreamingpligt, ikke private erhvervsvirksomheder. Det er en nærliggende mulighed at overveje, om pligten bør udvides til store, ressourcestærke virksomheder, evt. til alle virksomheder.

Sandra Fredman argumenterer, som nævnt foran, for, at 'The challenge is therefore to ensure that proactive strategies are firmly centred on fundamental rights rather than political discretion.' I nugældende dansk ret er det, som det siges i den bag ligestillingsloven liggende betænkning, se citatet foran,¹⁴³ en overordnet forudsætning for mainstreaming, at der er en politisk vilje hertil.

5.4 DEN PRIVATE SEKTOR I DANMARK

I den private sektor er kredsen af pligtsubjekter i dansk ret den samme som i de underliggende EU-regler, nemlig alle personer, som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden, og som tilbydes uden for privat- og familielivet, samt transaktioner i den

forbindelse. Bestemmelsen indebærer, at aktiviteter af rent privat karakter, fx udleje af værelser i private boliger, ikke er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling. Bestemmelsen afspejler ifølge forarbejderne til den danske ligestillingslov dels et hensyn til privatsfæren, dels at et sådant forbud kan være vanskeligt at håndhæve.

I den private sektor er det kun sælger/leverandørsiden, der er forpligtet af forbuddet mod kønsdiskrimination. En privat køber er som udgangspunkt berettiget til at fravælge sælgere/leverandører pga. deres køn efter forgodtbefindende. En kunde, der foretrækker at modtage rådgivning af fx en mandlig arkitekt eller læge, kan frit gå udenom selvstændigt næringsdrivende kvindelige arkitekter eller læger. Hvis der er tale om ansatte læger eller arkitekter eller andre, der præsterer serviceydelser, kan deres arbejdsgivere ikke fravælge dem under hensyn til, at kunderne evt. foretrækker at blive betjent af det ene eller det andet køn. Hverken private eller offentlige sælgere/tjenesteydere må afgrænse den kundekreds, han/hun vil modtage, efter køn.

Private erhvervsvirksomheder drives normalt med det formål at tjene profit til ejerne. EU's charter om grundlæggende rettigheder beskytter mange forskellige rettigheder, bl.a. også retten til erhvervsudøvelse. Erhvervsfrihed er reguleret i art. 15.¹⁴⁴ Art. 16 i Chartret bestemmer:

Friheden til at oprette og drive egen virksomhed anerkendes i overensstemmelse med fællesskabsretten og national lovgivning og praksis.

I de forklarende bemærkninger til art. 16 om frihed til at oprette og drive egen virksomhed nævnes aftalefriheden udtrykkeligt som en grundlæggende rettighed.

Ejerne af virksomheder har frihed til at vælge, hvad de vil handle med, også selv om det indebærer, at de enten vælger at imødekomme nogle kvindelige eller mandlige gruppers behov eller vælger ikke at ville handle med varer og tjenesteydelser, der har særlig interesse for nogle kønsgrupper. De erhvervsdrivende må derimod som hovedregel ikke afgrænse gruppen af medkontrahenter efter køn, en sælger af herreundertøj må fx ikke nægte at sælge det til kvindelige købere.

5.5 RETTIGHEDSSUBJEKTER

Det er formentlig både fysiske personer og juridiske personer, der har ret til ikke at blive kønsdiskrimineret. Det praktisk mest relevante problem i forhold til diskrimination af juridiske personer i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenester er formentlig adgang til kredit og risikovillig kapital. På kønsområdet er det formentlig et reelt problem, at virksomheder diskrimineres, fordi de har kvinder i ledelsen. DJØF udgav i 2008 en rapport om køn og ledelse. Her kan man læse (noter udeladt i det citerede):¹⁴⁵

Således refererer "Nyhedsbrev for Bestyrelser" en undersøgelse ... Den omhandler 300 MBA-studerendes vurdering af to børsprospekter, hvis eneste forskelle var hhv. topdirektørens køn hhv. kønsmæssig sammensætning af lederne i laget lige under den administrerende direktør. Bedømmelserne var slående: Når den administrerende direktør var en mand, ville deltagerne investere tre gange mere i firmaet, give direktøren 16 procent mere i løn og havde langt færre kritiske forventninger til krisehåndtering, interne konflikter og mediepositionering. De MBA-studerende var ikke investorer eller konsulenter, men en gruppe af erhvervslivets fremtidige aktører med en gennemsnitsalder på 28 år. Undersøgelsen konkluderer, at deltagerne næppe var bevidste om deres meget forskellige vurderinger. Både de

mandlige og kvindelige deltagere favoriserede ubevidst de mandligt ledede virksomheder, men tendensen var tydeligst blandt de mandlige bedømmere.

5.6 SAMFUNDSOMRÅDER

Direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser finder som nævnt foran hverken anvendelse på medieindhold, reklame eller på uddannelse. Disse begrænsninger gælder ikke for den danske ligestillingslov, der gælder alle samfundsområder, herunder medieindhold, reklame og uddannelse.

6.

MUIPEL DISKRIMINATION. INTERSEKTION MELLEK KØNSLIGESTILLING OG FORBUD MOD DISKRIMINATION PGA. ANDET END KØN, FX ETNICITET, SEKSUEL ORIENTERING ELLER ALDER OG HANDICAP

6.1 GENERELT

Diskrimination retter sig, som omtalt foran i afsnit 2, ofte mod delgrupper af kvinder eller mænd, fx gravide kvinder, ugifte kvinder eller kvinder eller mænd i en vis alder, kvinder eller mænd fra en vis etnisk gruppe eller med en vis religion. Man taler undertiden om multipel diskrimination og intersektionalitet. Der findes ikke eksplicite regler om multipel diskrimination¹⁴⁶ i dansk ret, men forbud mod kønsdiskrimination gælder klart også i situationer, hvor kun en delgruppe af kvinder eller mænd rammes af diskriminationen. Man kan aldrig legitimere kønsdiskrimination med, at man ikke diskriminerer alle kvinder eller alle mænd, men kun en delgruppe af kvinder eller en delgruppe af mænd. Herved bliver en del tilfælde af intersektionalitet mellem forskellige diskriminationsgrunde, fx køn og etnicitet, omfattet af forbuddet mod kønsdiskrimination.

I forhold til forbud mod diskrimination ved levering af varer og tjenesteydelser er der i dansk ret tre love, der er særlig relevante:

- Ligestillingsloven,¹⁴⁷ der forbyder kønsdiskrimination
- Den etniske ligebehandlingslov,¹⁴⁸ der forbyder etnisk diskrimination
- Racediskriminationsloven af 1971,¹⁴⁹ der forbyder diskrimination pga. race, hudfarve, national eller etnisk oprindelse, tro eller seksuel orientering

På EU-niveau er der to direktiver, der eksplicit forbyder diskrimination ved levering af varer og tjenesteydelser:

- Det etniske ligebehandlingsdirektiv¹⁵⁰
- Kønsigestillingsdirektivet vedrørende varer og tjenesteydelser¹⁵¹

Andre diskriminationskriterier som alder, handicap, religion og seksuel orientering er endnu ikke omfattet af noget direktiv. Der behandles, som nævnt foran, for tiden i EU et forslag til horisontalt direktiv, der, hvis det vedtages, vil udstrække diskriminationsforbuddet vedrørende varer og tjenesteydelser til også at gælde for diskrimination pga. religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.¹⁵²

Der er ikke på nuværende tidspunkt (2012) forbud i dansk ret mod diskrimination pga. alder og handicap ved handel med varer og tjenesteydelser. I FN-regi blev der indgået en handicapkonvention i 2006 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities).¹⁵³ Såvel EU som medlemsstaterne i EU underskrev konventionen i 2007. I EU's handlingsprogram vedrørende handicappede¹⁵⁴ henvises også til denne konvention, der er den første menneskeretskonvention, EU har tiltrådt. Konventionen trådte i kraft i de lande, der på det tidspunkt havde ratificeret den, den 3.5.2008. Den 24. juli 2009 ratificerede Danmark konventionen, der trådte i kraft i Danmark en måned efter.

Almindelige EU-retlige principper og de EU-retlige grundrettigheder (menneskerettigheder), herunder det brede diskriminationsforbud i art. 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder, skal som nævnt respekteres i national ret på EU-regulerede områder.

Danmarks folkeretlige pligter skal generelt tages i betragtning ved fortolkning af dansk ret.

Den omstændighed, at diskriminationsforbud er reguleret i (mange) forskellige retskilder med noget varierende afgrænsning af pligt- og rettighedssubjekter og anvendelsesområde, kan gøre det vanskeligt at tage hensyn til intersektionen mellem forskellige former for diskrimination, se om samspillet (eller mangel på samme) mellem den danske ligestillingslov og etniske ligebehandlingslov foran i afsnit 5.2 og nedenfor.

6.2 INTERSEKTION MELLE KØN OG ETNICITET

Betragtning 14 i den danske version af det etniske ligebehandlingsdirektiv¹⁵⁵ bestemmer under henvisning til mainstreamingpligten i art. 8 TEUF:

Når Fællesskabet gennemfører princippet om ligebehandling uanset race eller etnisk oprindelse, bør det i henhold til traktatens artikel 3, stk. 2 [nu art. 8 TEUF], tilstræbe at fjerne uligheder og at fremme ligestilling mellem mænd og kvinder, da kvinder ofte er ofre for dobbelt diskrimination.

På engelsk lyder den samme betragtning:

(14) In implementing the principle of equal treatment irrespective of racial or ethnic origin, the Community should, in accordance with Article 3(2) of the EC Treaty, aim to eliminate inequalities, and to promote equality between men and women, especially since women are often the victims of multiple discrimination.

Multipel diskrimination kan fx være samtidig diskrimination pga. køn, etnicitet og religion. Det forekommer uhensigtsmæssigt, at det kaldes dobbelt diskrimination i den danske version af det etniske ligebehandlingsdirektiv.

Sager om diskrimination relateret til det muslimske tørklæde kan fx rejses såvel efter regler om kønsdiskrimination som efter regler om diskrimination pga. etnicitet og religion. Den ledende danske dom om emnet i forhold til arbejdsmarkedet er FØTEX-sagen,¹⁵⁶ der udelukkende blev ført som en sag om (indirekte) religionsdiskrimination, muligvis fordi den konkrete kvinde, der var af tyrkisk afstamning, i flere år havde været ansat hos den pågældende arbejdsgiver (FØTEX), og alt var gået godt, indtil hun på et tidspunkt efter at have deltaget i nogle religiøse kurser begyndte at bære tørklæde på jobbet, hvilket stred mod virksomhedens uniformsreglement og udløste en afskedigelse. Højesteret fandt énstemmigt, at et forbud mod hovedbeklædning, der var fastsat af arbejdsgiveren efter aftale med de kollektive repræsentanter for personalet (forbuddet i sagen gjaldt en hvilken som helst hovedbeklædning, ikke specielt det muslimske tørklæde), var et tilsyneladende neutralt kriterium, der ville stille kvindelige medlemmer af en bestemt religion (islam) ringere end andre. Det ramte således en delgruppe af kvinder. Højesteret anså i den konkrete sag forbuddet mod hovedbeklædning for retfærdiggjort i et sagligt/legitimt hensyn (virksomhedens ønske om over for kunder og ansatte at fremtræde politisk og religiøst neutralt) og mente, at det var et egnet middel hertil og ikke gik videre end nødvendigt (virksomheden havde tilbudt den ansatte, at hun iført sit tørklæde kunne arbejde på et lager, hvor kun få personer ville kunne se hende og hendes religiøse signaler, men hun krævede at beholde sin funktion i frontlinjen, hvor en bred kreds af kunder og ansatte kunne se hende og hendes tørklæde). Der forelå derfor ikke en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven.¹⁵⁷

Ligebehandlingsnævnet har behandlet en sag,¹⁵⁸ der drejede sig om forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse i forbindelse med en anholdelse på Nørreport Station, hvor metrovagter havde tilkaldt politiet på grund af mistanke om lommetyveri. Klager påstod, at han var blevet udsat for etnisk diskrimination i forbindelse med anholdelsen. Ligebehandlingsnævnet afviste at behandle sagen med den begrundelse, at der var tale om myndighedsudøvelse, jf. følgende:

Det fremgår af lov om etnisk ligebehandling, at man ikke må udsætte en anden person for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af vedkommendes race eller etniske oprindelse. Forbuddet mod forskelsbehandling gælder for al offentlig og privat virksomhed, for så vidt angår social beskyttelse, herunder social sikring og sundhedspleje, sociale goder, uddannelse samt adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, herunder bolig, der er tilgængelige for offentligheden. I denne sag er der klaget over politiets opførsel i forbindelse med, at klageren på en metrostation blev afhørt som mistænkt for lommetyveri. Nævnet opfatter klagen som en klage over politiets myndighedsudøvelse i forbindelse med efterforskning, der efter ordlyden af lov om etnisk ligebehandling ikke findes omfattet af lovens regler. Ligebehandlingsnævnet kan derfor ikke behandle klagen.

Ligebehandlingsnævnet anså, som det fremgår, ikke politiets myndighedsudøvelse for omfattet af den etniske ligebehandlingslov. Det offentlige som tjenesteleverandør vedrørende social beskyttelse, herunder social sikring og sundhedspleje, sociale goder og uddannelse, er klart pligtssubjekt i loven, men det offentlige som varetager af politimæssige myndighedsopgaver blev ikke anset for pligtssubjekt i loven. Som omtalt foran i afsnit 5 er det offentlige som myndighedsudøver pligtssubjekt i forhold til

ligestillingsloven. Hvis der i ovennævnte sag havde været klaget både over køns- og sexchikane og etnisk chikane, hvis en betjent fx havde gramset på klager og sagt et eller andet seksuelt, og klager havde klaget både over overtrædelse af ligestillingsloven og den etniske ligebehandlingslov, ville det være en hindring for at tage hensyn til intersektionen mellem køns- og etnisk diskrimination, at de to love har forskellige pligtssubjekter.

6.3 KØNSDISKRIMINATION, KØNSSKIFTE OG DISKRIMINATION PGA. SEKSUEL ORIENTERING: LESBISKE, HOMOSEKSUELLE MÆND, BISEKSUELLE OG TRANSKØNNEDE, DER IKKE HAR GENNEMGÅET ELLER ER VED AT GENNEMGÅ ET JURIDISK KØNSSKIFTE

I den svenske diskrimineringslag¹⁵⁹ siges det i 1. kapitel 5 §:

I denna lag avses med

1. kön: att någon är kvinna eller man,
2. könsöverskridande identitet eller uttryck: att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön,

Den danske lovgiver har ikke eksplicit defineret, hvad der forstås ved køn, men der er efter praksis ikke tvivl om, at det i relation til kønsdiskrimination skal forstås ligesom i den svenske diskrimineringslag. At en person bliver kønsdiskrimineret indebærer, at den pågældende bliver ringere behandlet end andre, fordi hun eller han er kvinde eller mand. Personer, der har gennemgået et juridisk kønsskifte fra mand til kvinde eller fra kvinde til mand, og som bliver ringere behandlet, fordi vedkommende tidligere har været en mand eller kvinde, behandles også efter reglerne om kønsdiskrimination, mens dette ikke gælder andre transpersoner, der i nogen grad falder mellem forskellige love, se nærmere nedenfor.

Der er i Danmark ingen specifik lov, der direkte vedrører juridisk kønsskifte, som i dansk ret kun kan ske, hvis den pågældende undergår biologisk kønsskifte, dvs. en lægelig (psykiatrisk, hormonal og plastikoperativ) behandling, der væsentligt modificerer det biologiske køn. Tilladelse til indgreb, der kan ændre kønnet, gives i henhold til sundhedsloven.¹⁶⁰ Ved bekendtgørelse¹⁶¹ og vejledning¹⁶² er der fastsat nærmere regler om kastration og sterilisation med henblik på kønsskifte. Af sundhedslovens § 116 fremgår det, at det er Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, der giver tilladelse hertil. Denne kompetence er overdraget til Sundhedsstyrelsen.

EU-Domstolen har fastslået,¹⁶³ at reglerne om forbud mod kønsdiskrimination også indebærer, at det er forbudt at diskriminere en person, fordi den pågældende planlægger at gennemføre eller har gennemført et juridisk kønsskifte. Sagen vedrørte afskedigelse af en ledende medarbejder, fordi den pågældende gennemgik et juridisk kønsskifte fra mand til kvinde. EU-Domstolen udtalte bl.a.:

Som fastslået af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol bemærkes indledningsvis: »The term 'transsexual' is usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly welldefined and identifiable group« (Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 17.10.1986, Rees mod Det Forenede Kongerige, Series A, nr. 106, præmis 38).

.....

[ligebehandlings] direktivets anvendelsesområde [kan] ikke skulle indskrænkes til blot at omfatte forskelsbehandling, som følger af, at den pågældende tilhører det ene eller det andet køn. Når henses til direktivets formål og karakteren af de rettigheder, det skal beskytte, må direktivet også finde anvendelse på den forskelsbehandling, der — som i dette tilfælde — udspringer af den pågældendes kønsskifte.

En sådan forskelsbehandling finder nemlig væsentligst, hvis ikke udelukkende, sted på grundlag af den pågældendes køn. Når en person således afskediges med den begrundelse, at den pågældende har til hensigt at gennemgå eller har gennemgået et kønsskifte, udsættes vedkommende for en behandling, som er mindre gunstig set i forhold til personer af det køn, som vedkommende ansås for at tilhøre før operationen.

Hvis en køber af varer og tjenester bliver diskrimineret pga. kønsskifte, skal sagen således behandles efter reglerne om kønsdiskrimination, i Danmark vil det sige ligestillingsloven.

Diskrimination af personer, fordi de er lesbiske, homoseksuelle mænd, biseksuelle eller transpersoner, der ikke har gennemgået eller er ved at gennemgå et juridisk kønsskifte, behandles i dansk ret efter reglerne om diskrimination pga. seksuel orientering. Som omtalt foran, er der på EU-niveau fremsat forslag til forslag til horisontalt direktiv,¹⁶⁴ der vil forbyde diskrimination ved handel med varer og tjenesteydelser af alle pga. religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Dette forslag er dog endnu ikke vedtaget, og er således ikke gældende ret. Forslaget omfatter ikke direkte beskyttelse mod diskrimination af transkønnede, herunder beskyttelse mod diskrimination pga. kønsoverskridende identitet eller udtryk.

Racediskriminationsloven af 1971¹⁶⁵ forbyder bl.a. diskrimination pga. seksuel orientering. Loven, hvis officielle navn er lov om forbud mod forskelsbehandling pga. race mv., er en strafferegel, der fastsætter straf for den, som inden for erhvervsmæssig eller almennyttig virksomhed pga. en persons race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering nægter at betjene den pågældende på samme vilkår som andre. Straffen er bøde eller fængsel indtil seks måneder. Racediskriminationsloven kan ikke bruges mod kønsdiskrimination, men det er den eneste nugældende danske lov, der ved handel med varer og tjenesteydelser, dvs. uden for arbejdsmarkedet,¹⁶⁶ kan bruges mod diskrimination pga. seksuel orientering, herunder diskrimination af transpersoner, der ikke er ved eller har skiftet køn. Racediskriminationsloven af 1971 blev således i 2007 brugt i en sag om en mand, der gik i kjole (Kjole-Ole-sagen). Han blev afvist i en B&O-forretning. Forhandleren fik et bødeforlæg på 3.000 kr. for overtrædelse af racediskriminationsloven, som han vedtog.¹⁶⁷

Den danske ligestillingslov gælder ikke for diskrimination pga. seksuel orientering. Terminologien vedrørende transpersoner er undertiden uskarp. I Beskæftigelsesministeriets brev af 9. februar 2012 om høringen om den seneste revision af loven om Ligebehandlingsnævnet anføres følgende:

Flere har fremsat ønske om en udvidelse af nævnets kompetence, så nævnet gives mulighed for at behandle klager over samtlige diskriminationsgrunde og på alle samfundsområder. Endvidere er det foreslået, at der indsættes en særlig beskyttelse af transkønnede.

Beskæftigelsesministeriet har valgt ikke at imødekomme disse ønsker. Nævnets kompetence følger den lovgivning, hvor der i dag gælder et forbud mod forskelsbehandling. Det betyder i praksis og i forhold

til gældende ret, at beskyttelsen mod forskelsbehandling ikke er ens for alle kriterierne. Det er ministeriets opfattelse, at en ændring af beskyttelsen i forhold til de enkelte kriterier ikke bør ske ved en ændring af lov om Ligebehandlingsnævnet, der alene bør afspejle det bagvedliggende lovgrundlag.

I forhold til en særlig beskyttelse af de transkønnede bemærkes, at diskrimination af transkønnede i Danmark betragtes som diskrimination på grund af køn, og at der derfor allerede efter gældende ret gælder et forbud mod forskelsbehandling både på arbejdsmarkedet og uden for arbejdsmarkedet.

Her forudsætter Beskæftigelsesministeriet formentlig, at 'transkønnede' er personer, der har skiftet køn eller er ved at skifte køn, ellers er det ikke rigtigt at sige, at de er omfattet af forbuddet mod kønsdiskrimination, jf. foran om Kjole-Ole-sagen, hvor en mand, der gik i dametøj, blev anset for beskyttet af racediskriminationsloven, der bl.a. forbyder diskrimination pga. seksuel orientering, men ikke kønsdiskrimination. Som det fremgår af foranstående, behandles diskrimination pga. kønsskifte som kønsdiskrimination, men der findes så vidt ses ingen afgørelser, der behandler diskrimination af transpersoner, fx mænd der går i dametøj, men ikke har gennemgået eller er ved at gennemgå et juridisk kønsskifte, som kønsdiskrimination. Ligebehandlingsnævnet har i en sag¹⁶⁸ fastslået, at det var i strid med ligestillingslovens § 2, at en pornoklub opkrævede entrépriser, der var højere for enlige mænd, der ikke var transvestitter, end for kvinder, par og transvestitter. LGBT Danmark, Landsforeningen for bøsser, lesbiske, biseksuelle og transpersoner fortolker i deres høringssvar¹⁶⁹ om den seneste ændring af loven om Ligebehandlingsnævnet denne afgørelse som udtryk for, at ligestillingsloven forbyder diskrimination af transvestitter. Det er en

fejlfortolkning. Det, der i den pågældende sag stred mod ligestillingsloven, var, at en delgruppe af mænd, nemlig dem, der ikke var en del af et par eller transvestitter, skulle betale mere end kvinder. Som omtalt foran i afsnit 2 vedrører forbud mod kønsdiskrimination ofte kun delgrupper af mænd eller delgrupper af kvinder og ikke alle personer af det ene eller andet køn.

LIGEBEHANDLINGSNÆVNETS PRAKSIS VEDRØRENDE ADGANG TIL OG LEVERING AF VARER OG TJENESTER

Det ses ved gennemgang af Ligebehandlingsnævnets afgørelser inden for forskelsbehandling af kvinder og mænd ved adgang til varer og tjenesteydelser, at nævnets afgørelser har gennemgående træk. Nævnet henviser i alle sager til følgende retsregler til underbyggelse af argumentation for eller imod afgørelsen:

Lov nr. 387 af 27. maj 2008 om Ligebehandlingsnævnet

- § 1, stk. 1, og stk. 2, nr. 1, om nævnets kompetence

Lov om ligestilling af kvinder og mænd som senest bekendtgjort ved lovbekendtgørelse nr. 1095 af 19. september 2007 (Ligestillingsloven)

- § 1a om lovens anvendelsesområde
- § 2 om forbud mod direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af køn, samt om bevisbyrde
- § 3, stk. 2, om undtagelser fra forbuddet mod forskelsbehandling

I det følgende vil de enkelte problemfelter, som nævnet har behandlet, og som knytter sig til nævnets gennemgående procedure, blive behandlet.

7.1 LIGEBEHANDLINGSNÆVNETS KOMPETENCEOMRÅDE

Det følger af loven om ligebehandlingsnævnet¹⁷⁰ § 1, stk. 1 og 2, at Ligebehandlingsnævnet behandler klager over forskelsbehandling på grund af køn, race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse. Nævnet behandler klager over forskelsbehandling på grund af køn efter:

- 1) §§ 2, 2 a og 2 b i lov om ligestilling af kvinder og mænd.
- 2) Lov om lige løn til mænd og kvinder.
- 3) Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.
- 4) Lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger.
- 5) Lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel.

Ligebehandlingsnævnet har således kompetence vedrørende alle de forbudte diskriminationsgrunde og vedrørende kønsdiskrimination på alle samfundsområder, bl.a. både arbejdsmarkedet og det område, der behandles i denne rapport (adgang til og levering af varer og tjenesteydelser).

7.1.1 Ligebehandlingsnævnets manglende kompetence

Som omtalt foran i afsnit 5 gælder ligestillingslovens anvendelsesområde for enhver arbejdsgiver, myndighed og organisation inden for offentlig forvaltning og almen virksomhed jf. loven § 1a, stk. 1, samt for myndigheder og organisationer og alle personer, som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden for både den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, og som tilbydes uden for privat- og familieliv, samt transaktioner i den forbindelse jf. lovens § 1a, stk.2.

Det følger af forarbejderne til ligestillingsloven, at varer og tjenesteydelser, der ikke normalt leveres mod betaling, som udgangspunkt ikke er omfattet af loven. Dette kan forstås således, at der åbnes for en diskussion i de enkelte sager, som rammes af dette, af om der kan ske afvisning fra nævnets side. Det er ikke sket i praksis, at denne diskussion er blevet taget, da sagerne har haft et yderligere element imod sig, navnlig at indklagedes forhold ikke er omfattet af lovens udtryk 'offentlig forvaltning' eller 'almen virksomhed'. Dette ses blandt andet i Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 111/2011, hvor et offentligt bibliotek ikke var omfattet af lovens udtryk 'offentlig forvaltning' eller 'almen virksomhed', da biblioteket udlejede lokaler, uden at være medarrangør, til en politisk-religiøs organisation, hvor der var adskilte tilhører- og adgangsforhold for mænd og kvinder, og hvor der ikke var tale om en tjenesteydelse, som blev leveret mod betaling. Samt i Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 113/2011, hvor en klinik tilbød gratis hiv-test til bøsser og mænd, der havde haft sex med andre mænd, hvor klager ikke fik medhold i, at der var tale om diskrimination over for kvinder og heteroseksuelle mænd, da ydelsen, som klinikken tilbød, var gratis, og da klinikken ikke kunne anses for omfattet af lovens udtryk 'offentlig forvaltning' eller 'almen virksomhed'.

7.2 LIGESTILLINGSLOVENS ANVENDELSESOMRÅDE

Ligestillingslovens formål er at fremme ligestilling mellem kvinder og mænd, og dermed modvirke direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af køn, jf. lovens § 1. Dette gælder for enhver myndighed eller organisation, samt alle personer som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelig for offentligheden inden for både den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, og som tilbydes uden for privat- og familielivet, samt transaktioner i den forbindelse, jf. lovens § 1a, stk. 2.

7.3 FORBUD MOD FORSKELSBEHANDLING PÅ GRUND AF KØN

Ligestillingslovens § 2, foreskriver, at ingen må udsætte en anden person for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af køn. Det følger af loven § 2, stk. 2, at der er tale om direkte forskelsbehandling, når en person på grund af køn behandles ringere, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation, samt af loven § 2, stk. 3, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium, eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af det ene køn særligt ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, se nærmere foran i afsnit 2.4.

7.3.1 Direkte diskrimination

De fleste af Ligebehandlingsnævnets afgørelser omhandler direkte diskrimination, selvom det i afgørelsesmaterialet ikke står nævnt direkte. Nævnets praksis om anvendelsen af ligestillingslovens § 2, dvs. det generelle forbud i § 2, stk. 1, det direkte diskriminationsforbud i § 2, stk. 2 og det indirekte diskriminationsforbud i § 2, stk. 3, er meget flydende og præciseres ikke nævneværdigt i afgørelserne. Dette ses fx ved afgørelsen, hvor Ligebehandlingsnævnet fandt, at det var i strid med ligestillingsloven, at et diskotek gav to gratis cocktails til kvinder, der købte 'fri fadøl', uden at have samme tilbud til mænd.¹⁷¹ I afgørelsesmaterialet står det ikke anført, om der i denne sag var tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, men blot at afgørelsen var afgjort efter lovens § 2, selvom der i sagen var en klar indikation på, at der var tale om direkte forskelsbehandling, som kunne være afgjort mere præcist efter § 2, stk. 2. Dette kan yderligere begrundes efter en anden afgørelse, hvor Ligebehandlingsnævnet fandt, at det var i strid med ligestillingsloven, at et diskotek gav tre gratis drinksbilletter til kvinder ved entré til diskoteket og ikke havde samme tilbud til mænd.¹⁷² I denne sag fandt nævnet, at der var tale om direkte forskelsbehandling, dog stadig ikke anført i

afgørelsen, der blot henviste til det generelle diskriminationsforbud, jf. lovens § 2.

Det ses af afgørelserne, at det er tilladt, at en annonce i princippet kun retter sig mod det ene køn, såfremt det er anført, at begge køn har lige adgang og mulighed for køb,¹⁷³ samt at en vare/tjenesteydelse gerne må henvender sig direkte til det enkelte køn, hvis det andet køn har samme betingelser i form af en tilsvarende appellerende vare/tjenesteydelse, og at fordelene er de samme. Herunder kan der henvises til afgørelsen, hvor klager ikke fik medhold i sin klage over direkte forskelsbehandling, ved at et diskotek udstedte guldkort til kvinder og ikke til mænd, da mænd i stedet for fik tildelt et VIP-armbånd med de samme gældende fordele.¹⁷⁴

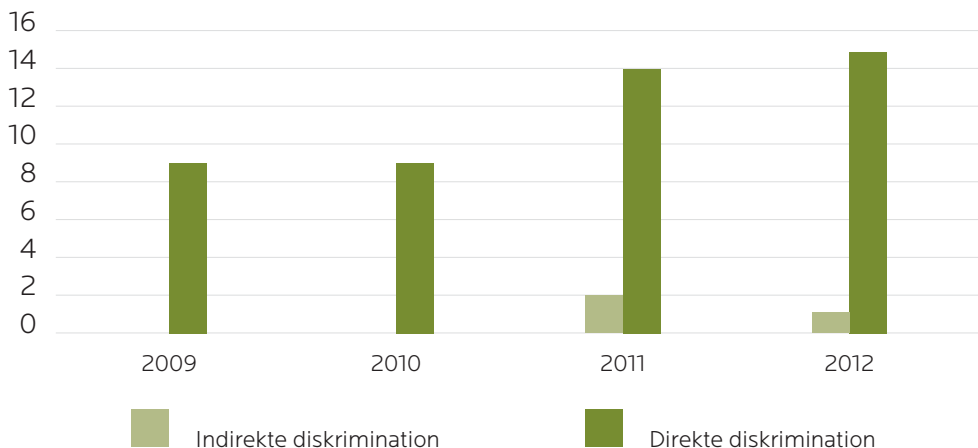
7.3.2 Indirekte diskrimination

Hvad angår afgørelser, der er behandlet efter ligestillingslovens § 2, stk. 3 om indirekte forskelsbehandling, findes der ikke nogen sager, hvor afgørelsen har været truffet alene under henvisning til § 2, stk. 3, såfremt kun afgørelsesmaterialet tages i betragtning. Der henvises i afgørelserne, hvor der er en indikation af indirekte forskelsbehandling, til lovens § 2, stk. 1-3. Dette ses bl.a. i Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 6/2011,¹⁷⁵ hvor det var i strid med ligestillingsloven ikke at give samme tilbud om drinksbilletter til mænd og kvinder, herunder fik kvinder tilbudt drinksbilletter, mens mænd fik tilbudt ølbilletter. Drinksbilletterne repræsenterede en potentiel højere værdi end ølbilletterne, og diskoteket overtrådte loven ved ikke at oplyse de mandlige gæster om, at de havde mulighed for at få drinksbilletter i stedet for ølbilletter. I denne afgørelse blev der – bedømt ud fra hvad der fremgår af afgørelsesmaterialet – ikke anvendt ordene direkte eller indirekte forskelsbehandling, men henvist til bestemmelsen i lovens § 2, stk. 1-3. Det ville i denne afgørelse have været muligt at præcisere og dermed anvende lovens § 2, stk. 3 om indirekte forskelsbehandling.

Det kan derfor diskuteres, hvorvidt ligestillingslovens § 2, stk. 2-3 fungerer. Der er en generel tendens i Ligebehandlingsnævnets praksis til, at der kun afgøres efter § 2, stk. 1, da denne i sin helhed foreskriver et forbud mod direkte og indirekte virkning, og at der ikke sker en præcisering, herunder henvisning til stk. 2-3, i afgørelserne.

Ved en opregning af afgørelserne vedrørende sager om forskelsbehandling af kvinder og mænd ved adgang til varer og tjenesteydelser fra 2009-2012, kan det klart påvises, at de sager, som afgøres af nævnet, omhandler direkte diskrimination. Se nedenstående figur.

Afgørelse vedr. sager om forskelsbehandling



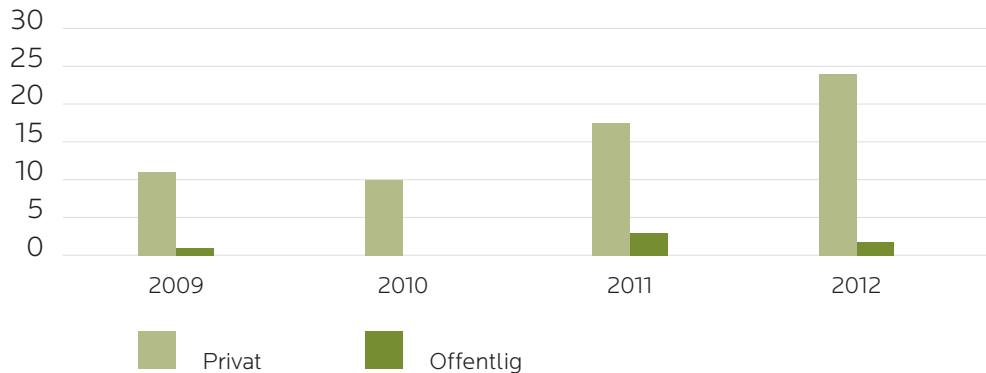
Yderligere kan det opregnes, at næsten alle sager omhandler mænds adgang til tjenesteydelser, hvor kvinder har fortrin i form af lavere priser. På nær en enkelt sag, vedrørende et socialt arrangement for mænd og kvinder, der lever alene, hvor indklagede tilbød mænd at deltage gratis i arrangementet, mens kvinder skulle betale for deres deltagelse, kan det understreges, at der er et klart billede af, at det er mænd, som anvender klagemuligheden hos Ligebehandlingsnævnet, når det drejer sig om kvinder og mænds adgang til varer og tjenesteydelser.

Der ses også ved opregningen, at størstedelen af de indbragte klagesager omhandler den private sektor. Der er en klar tendens til, at det er priser på diskoteker, klubber, arrangementer m.fl., der klages over, og ikke i samme væsentlige omfang adgangen til hold, arrangementer mv., som kun er forbeholdt kvinder (herunder findes der ingen indbragte sager, hvor det kun er forbeholdt mænd). Der er en klar overvægt af diskotekssager, hvor diskoteker tager højere entrepriser for mænd end kvinder, samt har mere fordelagtige tilbud for kvinder end for mænd, herunder kan nævnes Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 69/2009,¹⁷⁶ hvor indklagede gav tre gratis drinksbilletter til kvinderne, mens der ikke var samme tilbud til mændene.

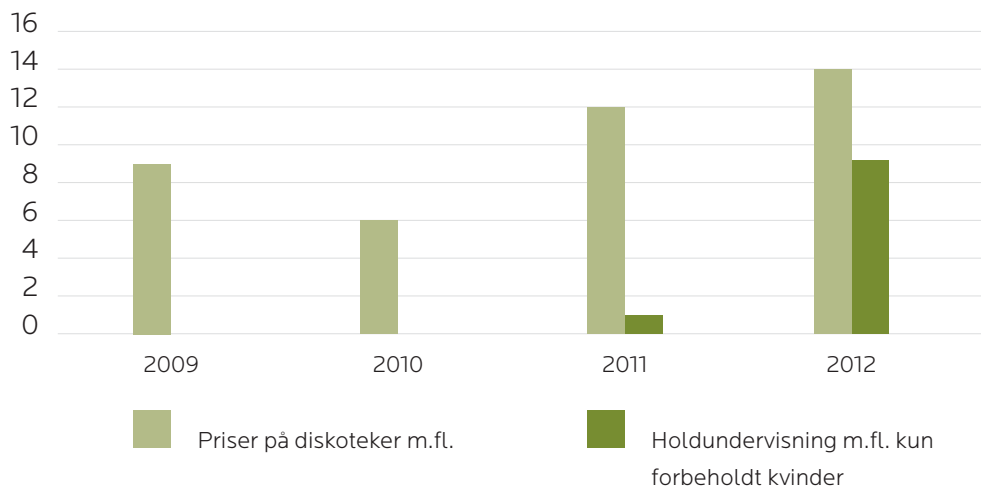
Figuren øverst på næste side viser antallet af klagesager rettet mod hhv. det offentlige og det private. Det skal bemærkes, at der ikke tages hensyn til, om klager fik medhold eller ej. Det offentlige optræder her i rollen som leverandør af varer og tjenesteydelser, ikke som myndighedsudøver.

Figuren nederst på næste side viser antallet af klagesager, der kønsdiskriminerer i forhold til priser (ikke branchebestemt) og adgangen til tjenesteydelser. Det skal bemærkes, at der ikke er taget hensyn til, om klager har fået medhold eller ej.

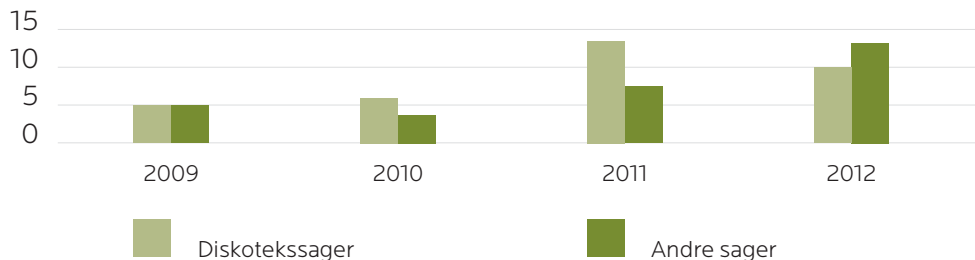
Klagesager 2009-2012 (private v. offentlige)



Antal klagesager, der kønsdiskriminerer i forhold til priser



Klagesager 2009-2012



Ovenstående figur viser antallet af klagesager, som drejer sig om diskotekernes forskelsbehandling, herunder priser og andre foranstaltninger der kun tilgodeser det kvindelige publikum, sammenlignet med øvrige klagesager omhandlende køndiskrimination af varer og tjenesteydelser, der blev indgivet det samme år. Det skal bemærkes, at der ikke tages hensyn til, om klager fik medhold eller ej.

De klagesager, som er indbragt for Ligebehandlingsnævnet i årene 2009-2012, som omhandler køndiskrimination ved adgangen til varer og tjenesteydelser, omhandler alle tjenesteydelser og ikke varer.

7.4 UNDTAGELSER FRA FORBUDET MOD FORSKELSBEHANDLING

Ligestillingsloven foreskriver at:

§ 3. Ressortministeren kan uanset bestemmelsen i § 2 på eget område tillade foranstaltninger til fremme af ligestilling, der har til formål at forebygge eller opveje forskelsbehandling på grund af køn.

Stk. 2. Ministeren for ligestilling kan fastsætte regler for, i hvilke tilfælde der kan iværksættes foranstaltninger til fremme af ligestilling uden tilladelse efter stk.1.

(...)

§ 3a. Uanset § 2 er denne lov ikke til hindre for forskelsbehandling af det ene køn, hvis der er begrundet et legitimt mål og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige.

7.4.1 Positiv særbehandling

Princippet om positiv særbehandling, jf. foran i afsnit 2.7, skal afhjælpe forskelsbehandling i sager, hvor fx mindre repræsenterede grupper ønskes at fremmes med det formål at opnå ligestilling. Et sådan princip anses i praksis som værende en midlertidig undtagelse (fx introduktionshjælp) fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn og er hjemlet i ligestillingsloven § 3, stk. 2. Dermed er det muligt at iværksætte foranstaltninger, der fremmer ligestillingen, såfremt det følger af bekendtgørelsen om initiativ til fremme af ligestilling¹⁷⁷ eller tillades af ressortministeren. Dette princip ses anvendt i Ligebehandlingsnævnets afgørelser af sager, hvor offentlige svømmehaller holder særåbent kun for kvinder,¹⁷⁸ og er hidtil blevet tilladt efter bekendtgørelsens § 6, hvor det er tilladt at etablere hold og undervisning mv. for det ene køn inden for idræt, herunder svømning mv. Det er samtidig anvendt i sager, hvor virksomheder i forbindelse med afholdelse af konferencer enten giver rabat til deltagende selvstændige erhvervsdrivende kvinder¹⁷⁹ eller tillader, at betalende deltagere gratis kan invitere en deltager af det modsatte køn med.¹⁸⁰ Nævnet fandt, at der i begge sager ikke var tale om direkte eller indirekte omgåelse af ligestillingsloven, da det kunne dokumenteres, at der ved disse normale konferencer var en overvægt af mænd, og at tilbuddene kunne tillades med hjemmel i bekendtgørelsen § 2, stk. 1, hvormed det

er tilladt at etablere kursus- eller uddannelsesvirksomhed af op til seks måneders varighed for det ene køn, hvis formålet er at fremme ligestilling af kvinder og mænd eller fremme kvinders og mænds lige adgang til beskæftigelse, uddannelse og ledelse, samt § 2, stk. 2 at annoncere efter et bestemt køn til kurser etableret efter stk. 1. Som omtalt foran i afsnit 2.7 har Ligebehandlingsnævnet i en række sager om særlige kvindefaciliteter i et fitnesscenter i september 2012 anset sådan forskelsbehandling for lovlig efter ligestillingslovens § 3 a om legitim forskelsbehandling og ikke efter reglerne om positiv særbehandling.

Undtagelsesbestemmelsen om positiv særbehandling ses ikke som den typisk anvendte fravigelsesbestemmelse for forbuddet mod kønsdiskriminering, hvad angår adgangen for kvinder og mænd til varer og tjenesteydelser, hos Ligebehandlingsnævnet. Der er en klar tendens til, at nævnet anvender ligestillingslovens § 3 a om legitime hensyn som fravigelsesbestemmelse.

7.4.2 Legitime hensyn

Det følger af ligestillingslovens § 3 a, at en foranstaltning ikke er til hindre for forskelsbehandlingen af det ene køn, hvis denne er begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Denne undtagelsesbestemmelse ses ofte prøvet i Ligebehandlingsnævnets afgørelser, hvad angår kvinders og mænds adgang til varer og tjenesteydelser, og fortolkes strengt. Nævnet har i en række afgørelser afgjort, hvad der ikke er legitime hensyn, herunder foranstaltninger der ikke er saglige begrundelser for forskelsbehandling:

Det er ikke en saglig begrundelse, at der tages højere priser for mænd end for kvinder, hvad angår:

- Fri bar, hvis begrundelsen er, at mænd indtager større mængder alkohol end kvinder, og kvinder derfor ønsker at betale lavere pris,¹⁸¹ eller begrundet i sundhedsstyrelsens anbefaling for kvinders indtag af alkohol.¹⁸²
- Buffet, hvis begrundelsen er, at mænd støjer mere, og at det, i det omfang der er kvindelige deltagere, lægger en dæmper på selskabet, hvormed prisdifferencen er til for at tiltrække flere kvinder, samt at sikre minimum 25 % kvindelige deltagere som sikkerhedsgrund.¹⁸³

Det er ikke en saglig begrundelse, at der etableres;

- Hoteletage kun for kvinder, hvis begrundelsen er, at der har været et stort ønske fra kvinder om en kvindeetage, hvor kvinder kan møde andre kvinder, der rejser alene. Samt et stort ønske om ekstra tilbehør i form af toiletartikler, dufte, modemagasin, blomster mv. ('Hotelsagerne').¹⁸⁴

Det kan i henhold til ovenstående begrundelse diskuteres, hvorvidt argumenterne i Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 319/2012,¹⁸⁵ som omhandler tilladelsen til, at et rejseselskab arrangerede og annoncerede om en rejse til Burma kun for kvinder ('Burmasagen'), kan anvendes i 'hotelsagerne', da det synes at være de samme hensyn, som ligger til grund for begge foranstaltninger. Nævnet fandt i 'Burmasagen', at hensynet til privatlivets fred og blufærdigheden var et legitimt mål, og at de midler, som indklagede brugte for at opnå dette mål, ikke gik udover, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Det kan derfor diskuteres, om dette ikke også er formålet med en kvindeetage på et hotel, idet et hotel må antages at være andet end nationalt anvendt og dermed skal kunne rumme mange forskellige nationaliteter og religioner. Det synes yderligere ikke at gå ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt, idet hotellet kun havde indrettet 20 værelser udelukkende forbeholdt kvinder, ud af hotellets i alt 814 værelser. I skrivende stund verserer et par af sagerne for domstolene.

7.5 GODTGØRELSEN/SANKTION

Det følger af Rådets Direktiv 2004/113/EF, artikel 14,

at Medlemsstaterne skal fortsætte de sanktioner, der skal anvendes ved overtrædelse af de nationale bestemmelser, der er vedtaget i henhold til dette direktiv og træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at sanktionerne bliver anvendt. De iværksatte sanktioner, der skal omfatte udbetaling af erstatning til ofret, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Det fremgår af Ligebehandlingsnævnets afgørelser, at kun den, der har lidt et tab, kan få godtgørelse, såfremt der er handlet i strid med forbuddet om forskelsbehandling. Dette ses i sagen, hvor et diskotek gav kvinder tre gratis drinksbilletter oven i entréprisen til diskoteket, uden at dette også tilfaldt de mandelige gæster. Indklagede fandtes at have overtrådt lov om ligestilling, men klager opnåede ikke godtgørelse, da nævnet fandt, at klager ikke selv havde været udsat for krænkelse, da han ikke havde været på diskoteket.¹⁸⁶ Det fremgår ydermere, at kun den, som reelt har kunnet lide et tab, kan få godtgørelse (samt få sagen vurderet). Dette fremgår i sagen, hvor en mands klage over, at der blev afholdt en traditionel herrefrokost, hvor kvinder ikke havde adgang, ikke fandtes at have en konkret retlig interesse i forholdet til spørgsmålet om forskelsbehandling af kvinder, og han derfor ikke selv havde eller kunne have lidt et tab og derfor ikke kunne godtgøres eller få sagen behandlet af Ligebehandlingsnævnet.¹⁸⁷

Der har været en klar tendens til overtrædelse af lov om ligestilling, hvad angår diskoteker og deres entrépriser for kvinder og mænd, jf. ovenstående. Dermed kan det diskuteres, om disse afgørelser reelt har nogen virkning, eller om der sanktioneres for lidt i forhold til den stigende tendens. Fra

2011, afgørelse nr. 1/2011,¹⁸⁸ fandt Ligebehandlingsnævnet, at hensynet til en effektiv overholdelse af reglerne kunne begrunde en højere godtgørelse, end hvad der hidtil havde været praksis i nævnet. De efterfølgende sager om diskotekers forskelsbehandling i priser viser nu, at der bliver sanktioneret således, at indklagede skal betale 2.500 kr. til klager, hvis denne har pligt til godtgørelse. Dette har måske haft virkning i forhold til antallet af sager, da det ikke vides, om antallet ville have været højere, hvis ikke der var sket hårdere sanktionering end blot den reelle godtgørelse til klager (billetprisens værdi). Men det ses stadig, at sanktionering på 2.500 kr. ikke har afholdt diskotekerne fra fortsat at forskelsbehandle i pris. Der kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, om det stadig er en bedre forretning for diskotekerne at forsætte overtrædelsen, trods en mulig sanktion på 2.500 kr., idet ikke alle gæster indgiver klage til Ligebehandlingsnævnet, end at følge ligestillingslovens diskriminationsforbud. Det kan diskuteres, om der skal tages strengere regler i brug og fx nægte diskotekerne alkoholbevilling, hvis en overtrædelse af ligebehandlingen sker.

Det ses også i Ligebehandlingsnævnets afgørelser, at der i mange af de sager, som indbringes, ikke ønskes godtgørelse fra klager. Dette kan måske være en indikator på, enten at Ligebehandlingsnævnet optager for mange sager, som ikke har en væsentlig værdi, eller at Ligebehandlingsnævnet optager mange præjudicielle sager, som kan danne præcedens for det private såvel som for det offentliges adfærd. Dette stilles som et åbent spørgsmål.

7.6 HVEM DISKRIMINERES MEST I FORHOLD TIL VARER OG TJENESTEYDELSER

Der er en meget klar tendens til, at det oftere er mænd, der føler sig diskrimineret i adgangen til varer og tjenesteydelser end kvinder. Gennemgang af samtlige afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet om

kvinders og mænds adgang til varer og tjenesteydelser, drejer sig om, på nær én,¹⁸⁹ at mænd føler sig diskrimineret i forhold til kvinder. Herunder kan næves prisforskellen på diskoteker, fitnesscentre og swingerklubber, rabat/tilbudsordninger, arrangementer mv., jf. ovenstående.

Dette kan skyldes, at der i de brancher, hvor der diskrimineres, ønskes en overvægt af det kvindelige publikum, som tiltrækning for det mandelige, herunder specielt for diskotekernes og swingerklubbernes vedkommende. De anlagte sager om diskrimination i forhold til det offentlige, fx svømmehaller, har alle en legitim grund til at ønske at fremme det kvindelige køn, for dermed at opnå en ligestilling, i modsætning til diskotekerne, som må antage at diskriminere for egen vinding skyld.

7.7 KØNS- OG SEXCHIKANE I FORHOLD TIL ADGANGEN TIL VARER OG TJENESTEYDELSER

Ved opregning af afgørelser for sager inden for diskrimination af kvinder og mænds adgang til varer og tjenesteydelser ses der ikke nogen afgørelser, som omfatter køns- og sexchikane.

8.

SÆRLIGT OM DEN FINANSIELLE SEKTOR

Det danske pensionssystem og socialsikringssystem i øvrigt beskrives ofte som opdelt i tre såkaldte søjler:¹⁹⁰

1. offentlige eller sociale pensions- og socialsikringsordninger, der i Danmark udelukkende eller i det væsentligste er skattefinansierede, fx kontanthjælp, sygedagpenge, arbejdsløshedsdagpenge, folkepension, førtidspension og lignende,
2. erhvervstilknyttet social sikring, fx arbejdsmarkedspension og sundhedsforsikringer, der finansieres af bidrag fra arbejdsgivere og arbejdstagere eller selvstændige, og
3. individuelle forsikringer, herunder skadesforsikringer, livsforsikringer og kapital- og ratepensioner.

8.1 LIGESTILLINGSLOVEN

Ligestillingslovens § 1 a, stk. 2 i den udformning, den har indtil 21.12.2012, bestemmer:

Stk. 2. Kapitel 2 gælder ikke for anvendelse af køn som faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser, hvis anvendelse af køn er en afgørende faktor ved beregningen.

Fra 21.12.2012 ophæves ligestillingslovens § 1 a, stk. 2¹⁹¹ for at tilpasse dansk ret til Test-Achats-sagen, se om denne nedenfor i afsnit 8.5.

8.2 LOV OM LIGEBEHANDLING AF MÆND OG KVINDER I FORBINDELSE MED FORSIKRING, PENSION OG LIGNENDE FINANSIELLE YDELSER

I Danmark handler lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser efter ændringen i 2009,¹⁹² der trådte i kraft 21.12.2009, om de to sidste af de foran nævnte tre søjler. Ved ændringen i 2009, der trådte i kraft den 21.12.2009, hvilket var sidste frist for implementering af art. 5 i det underliggende direktiv om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser,¹⁹³ indsattes en ny bestemmelse i lovens § 18 b. Den lyder (indtil 21.12.2012):

§ 18 b. Anvendelse af køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser i alle nye kontrakter, der indgås efter den 21. december 2009, må ikke føre til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. Uanset stk. 1 kan den enkelte udbyder af forsikring og lignende finansielle ydelser dog beslutte at anvende forholdsmæssigt afpassede forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende aktuarmæssig faktor ved risikovurderingen. Den enkelte udbyder skal sikre, at vurderingen af, hvorvidt anvendelsen af køn er en afgørende aktuarmæssig faktor ved risikovurderingen, er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data.

Stk. 3. Udbydere af forsikring og lignende finansielle ydelser, der benytter muligheden i stk. 2, skal regelmæssigt indsamle, offentliggøre og ajourføre de nøjagtige data, der er relevante for anvendelse af køn som en afgørende aktuarmæssig faktor. Finanstilsynet fastsætter nærmere bestemmelser herom.

Stk. 4. Uanset stk. 2 må omkostninger i forbindelse med graviditet og moderskab ikke føre til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser.

Forbuddet mod kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenester gælder efter ligestillingslovens § 1 a, stk. 2 ikke for anvendelse af køn som faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser, hvis anvendelse af køn er en afgørende faktor ved beregningen. Ligestillingslovens § 1 a, stk. 2 ophæves fra 21.12.2012.

8.3 UNISEX-PRINCIPPET I DIREKTIV 2004/113

Før vedtagelsen af direktiv 2004/113/EF var den finansielle sektor og mediesektoren de to sektorer, der lobbyede kraftigst imod, at direktivet blev vedtaget, eller for selv at blive undtaget fra direktivet. Mediesektoren slap ud af direktivets anvendelsesområde, således at mediebilledet af kvinder og mænd, og den kønsdiskrimination, der måtte være i den forbindelse, fortsat ikke er EU-regulerede, mens den finansielle sektor principielt er omfattet. Efter tilpasningen af dansk ret til Test-Achats-dommen fra 21.12.2012 vil den finansielle sektor i fuldt omfang være omfattet, se nedenfor.

Hovedreglen på forsikringsområdet er efter direktivets art. 5, stk. 1, at unisex-princippet skal respekteres. Bestemmelsen lyder:

1. Medlemsstaterne skal sikre, at anvendelse af køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser i alle nye kontrakter, der senest er indgået efter den 21. december 2007,¹⁹⁴ ikke fører til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser.

8.4 AKTUARMÆSSIGE FAKTORER

Man opnåede dog i forhold til forsikringstjenester en vigtig modifikation i direktivets art. 5, stk. 2 vedrørende aktuarmæssige beregninger, der ifølge Test-Achats-dommen fra 21.12.2012 er ugyldig. Art. 5, stk. 2 lyder:

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne inden den 21. december 2007 beslutte at tillade forholdsmæssigt afpassede forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. De pågældende medlemsstater underretter Kommissionen og sikrer, at de nøjagtige data, der er relevante for anvendelse af køn som en afgørende aktuarmæssig faktor, indsamles, offentliggøres og ajourføres regelmæssigt. Disse medlemsstater tager deres beslutning op til revision fem år efter den 21. december 2007 på baggrund af den rapport fra Kommissionen, der er nævnt i artikel 16, og forelægger Kommissionen resultatet af denne fornyede gennemgang.

Aktuarmæssige beregninger er statistiske beregninger, fx af sandsynlighed for død, sygdom og ulykker. Medlemsstaterne skal som udgangspunkt sikre, at anvendelse af køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser i alle nye kontrakter, der senest er indgået efter den 21. december 2007, ikke fører til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser. Uanset denne bestemmelse kan medlemsstaterne ifølge art. 5 i direktivet beslutte at tillade forholdsmæssigt afpassede forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. Kvinder og mænd kan fx behandles forskelligt ved beregning af præmier og ydelser, fordi kvinder og mænd gennemsnitligt har forskellig livslængde,

og unge mandlige bilister kan afkræves højere præmier, fordi denne køns/aldersgruppe statistisk set er indblandet i flere ulykker end andre grupper. De pågældende medlemsstater skal underrette Kommissionen og sikre, at de nøjagtige data, der er relevante for anvendelse af køn som en afgørende aktuarmæssig faktor, indsamles, offentliggøres og ajourføres regelmæssigt. Under alle omstændigheder må omkostninger i forbindelse med graviditet og moderskab ikke føre til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser.

Direktivets udgangspunkt er således, at det er forbudt at anvende køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser i forsikringer, uanset om der er tale om tegning af skadesforsikringer eller private livsforsikringer. Direktivet giver dog medlemsstaterne mulighed for at tillade anvendelse af køn, hvis det er en afgørende faktor ved risikovurderingen. Det er et krav, at dette kan dokumenteres med relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data, som skal indsamles, offentliggøres og ajourføres regelmæssigt. Herved fastslås, at forsikringssselskaberne skal respektere proportionalitetsprincippet, men også at risikominimering er et legitimt hensyn. Dokumentationskravene er strammet, således at selskaberne ikke frit kan skønne over, om de synes, at køn er en relevant og afgørende faktor ved risikovurderingen. Denne mulighed er blevet underkendt af EU-Domstolen, se nedenfor.

8.5 TEST-ACHATS-SAGEN

Art. 5, stk. 2 blev erklæret ugyldig af EU-Domstolen med virkning fra den 21.12.2012 i Test-Achats-sagen.¹⁹⁵ Test-Achats-dommen er en præjudiciel sag efter art. 267 TEUF forelagt af den belgiske forfatningsdomstol for EU-Domstolen. Sagen blev rejst for de belgiske domstole af en belgisk forbrugerorganisation (Test-Achats), der gjorde gældende, at en belgisk lov, der implementerede art. 5, stk. 2 i direktiv 2004/113/EF, var ugyldig. Den belgiske forfatningsdomstol stillede to spørgsmål til EU-Domstolen:

Er artikel 5, stk. 2, i [...] direktiv 2004/113[...] [...] forenelig med artikel 6, stk. 2, [EU] og mere specifikt med det princip om ligestilling og forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i denne bestemmelse?

Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, er direktivets artikel 5, stk. 2, også uforenelig med artikel 6, stk. 2, [EU], hvis bestemmelsens anvendelsesområde begrænses til livsforsikringsaftaler?

EU-Domstolen besvarede det første spørgsmål på følgende måde:

Art. 5, stk. 2, i direktiv 2004/113/EF om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser er ugyldig med virkning fra den 21. december 2012.

Herefter blev det anset for overflødigt at besvare det andet spørgsmål.

I det første spørgsmål spurgte den forelæggende ret, om art. 5, stk. 2 i direktiv 2004/113 er gyldig under hensyn til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. Art. 6, stk. 2 TEU, som den forelæggende ret henviste til i de præjudicielle spørgsmål, og som er nævnt i første betragtning til direktiv 2004/113, bestemmer, at EU respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for EU-retten. Disse grundlæggende rettigheder er inkorporeret i EU's charter om grundlæggende rettigheder, som fra Lissabon-Traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 har haft samme juridiske værdi som traktaterne (EU- og EUF-Traktaten).

I Chartrets art. 21 og 23 foreskrives, dels at enhver forskelsbehandling på grund af køn er forbudt, dels at der skal sikres ligestilling mellem kvinder og

mænd på alle områder. Eftersom der i fjerde betragtning til direktiv 2004/113 udtrykkeligt henvises til disse artikler, skal gyldigheden af direktivets art. 5, stk. 2, vurderes på baggrund af Chartrets bestemmelser.¹⁹⁶

Retten til ligebehandling af mænd og kvinder er omfattet af EU-traktatens bestemmelser. For det første skal enhver medlemsstat i henhold til art. 157, stk. 1 TEUF gennemføre princippet om lige løn til kvinder og mænd for samme arbejde eller arbejde af samme værdi. For det andet bestemmer art. 19, stk. 1 TEUF, at Rådet efter Parlamentets godkendelse kan træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Art. 157, stk. 1 TEUF fastsætter princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for et givent område, hvorimod art. 19, stk. 1 TEUF tillægger Rådet en bemyndigelse, der bl.a. skal udøves i overensstemmelse med art. 3, stk. 3 andet afsnit TEU, der bestemmer, at EU bekæmper social udstødelse og forskelsbehandling og fremmer social retfærdighed og beskyttelse, ligestilling mellem kvinder og mænd, solidaritet mellem generationerne og beskyttelse af børns rettigheder, og den såkaldte mainstreamingbestemmelse i art. 8 TEUF, hvorefter EU i alle sine aktiviteter skal tilstræbe at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder. Ved den gradvise gennemførelse af denne lighed er det EU-lovgiver, der – i lyset af den opgave, EU er pålagt i medfør af art. 3, stk. 3, andet afsnit, TEU og art. 8 TEUF – bestemmer tidspunktet for, hvornår denne skal gribe ind under hensyn til udviklingen i de økonomiske og sociale forhold i EU.

Flere af procesdeltagerne i Test-Achats-sagen gjorde gældende, at formålet med art. 5, stk. 2 i direktiv 2004/113 er at tage hensyn til særlige træk ved forsikringsvirksomhed. Forsikringselskaber tilbyder tjenesteydelser, om hvilke det ved indgåelse af aftalen ikke med sikkerhed kan siges, om, hvornår og i hvilket omfang forsikringstageren kommer til at gøre brug af dem.

For at kunne beregne sandsynligheden/risikoen er det nødvendigt at anvende prognoser ved den aktuarmæssige beregning af præmier og ydelser. Ved risikolivsforsikringer og pensionsforsikringer kommer det fx an på forsikringstagerens forventede levetid, ved ansvarsforsikring for motorkøretøjer på sandsynligheden for, at forsikringstageren vil forårsage et uheld i trafikken, og ved privat sygeforsikring på sandsynligheden for, at forsikringstageren får brug for bestemte lægelige ydelser. Normalt opstiller man ikke individuelle prognoser om den enkelte forsikringstager. Det er lovligt ved risikovurderingen at anlægge en gruppebetragtning i stedet for – eller ved siden af – en individuel betragtning, forudsat at valget af sammenligningsgrupper ikke strider mod et diskriminationsforbud, i Test-Achats-sagen forbuddet mod direkte og indirekte kønsdiskrimination.

Formålet med direktiv 2004/113 i forhold til forsikring er, således som det fremgår af direktivets art. 5, stk. 1, at reglen om ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser skal anvendes. I 18. betragtning til direktivet er det udtrykkelig anført, at for at sikre ligebehandling af mænd og kvinder bør anvendelse af køn som en aktuarmæssig faktor ikke medføre forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser. I 19. betragtning til direktivet er det angivet, at medlemsstaterne som en 'undtagelse' har mulighed for ikke at anvende reglen om ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser. Direktiv 2004/113 er således baseret på en forudsætning om, at med henblik på anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i Chartrets art. 21 og 23 er kvinders og mænds situationer, for så vidt angår forsikringspræmier og forsikringsydelser, som de har indgået en aftale om, sammenlignelige. Under sådanne omstændigheder foreligger der en risiko for, at den undtagelse til reglen om ligebehandling af mænd og kvinder, som foreskrives i art. 5, stk. 2 i direktiv 2004/113, tillades på ubestemt tid ved EU-retten. En sådan bestemmelse, hvorefter de berørte medlemsstater uden tidsbegrænsning

kan opretholde en undtagelse til reglen om ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser, er i strid med det formål om ligebehandling af mænd og kvinder, som forfølges med direktiv 2004/113, og uforenelige med Chartrets art. 21 og 23. EU-Domstolen anså følgelig bestemmelsen for ugyldig efter udløbet af en passende overgangsperiode. Under hensyn til det ovenfor anførte besvarede EU-Domstolen med, at art. 5, stk. 2 i direktiv 2004/113 er ugyldig med virkning fra den 21. december 2012.

EU-Domstolen har ikke før *Test-Achats*-sagen klart taget stilling til, om forskelle mellem personer, der kun statistisk kan sættes i forbindelse med deres køn, ved udformning af forsikringsprodukter kan legitimere forskellig behandling af mænd og kvinder. Inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige forbud mod forskelsbehandling er det fast retspraksis, at statistiske data kan tyde på, at der foreligger indirekte forskelsbehandling. Men EU-Domstolen har aldrig accepteret statistikker som eneste holdepunkt – og dermed i sidste ende som begrundelse/retfærdiggørelse af direkte forskelsbehandling.

Som beskrevet foran i afsnit 2.4 er forbuddene mod direkte og indirekte diskrimination af forskellig karakter.¹⁹⁷ Forbud mod indirekte diskrimination er en afvejningsnorm (rimelighedsstandard). Det er kun forbudt at bruge indirekte diskriminerende kriterier, hvis de ikke er objektivt begrundede i et legitimt formål, eller hvis de midler, der benyttes til at nå et legitimt formål, ikke kan anses for egnede og nødvendige, dvs. ikke lever op til proportionalitetsprincippet.

Forbuddet mod direkte diskrimination ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser er derimod ikke en afvejningsnorm. Direkte forskelsbehandling pga. køn er – bortset fra positiv særbehandling

(ligestillingslovens § 3), tilfælde, hvor forskelsbehandling er begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige (ligestillingslovens § 3 a, stk. 1), samt beskyttelse af gravide (ligestillingslovens § 3 a, stk. 2) – ikke tilladt. Formålet med forbud mod direkte diskrimination er at sikre, at den enkelte bliver behandlet på grundlag af egne fortrin og mangler og ikke på grundlag af gennemsnitlige fortrin og mangler ved en gruppe, den pågældende tilhører.

Når forsikringspræmier og -ydelser beregnes forskelligt for mænd og kvinder udelukkende eller hovedsageligt på basis af statistikker, forudsættes det, at de – kun statistisk optrædende – forskelle i forventet levetid for mandlige og kvindelige forsikringstagere, i deres risikovillighed i trafikken og i deres tilbøjelighed til at gøre brug af lægelige ydelser i afgørende grad kan tilskrives deres køn. Det synes oplagt, at også mange andre faktorer spiller en vigtig rolle for de nævnte forsikringsrisici. Således påvirkes en forsikringstagers forventede levetid ud over af køn også af hans/hendes økonomiske og sociale forhold samt levevis. I betragtning af det betydningsstab, de traditionelle kønsroller i en årrække har været udsat for, kan adfærdsbetingede faktorer indflydelse på en persons helbred og forventede levetid ikke (længere) entydigt sættes i forbindelse med køn.

Som anført i 18. betragtning til direktiv 2004/113, var anvendelse af kønsrelaterede aktuariemæssige faktorer almindeligt udbredt for så vidt angår forsikringsydelser på tidspunktet for vedtagelsen af direktivet. EU-lovgiver kunne dermed frit med passende overgangsperioder gradvist gennemføre princippet om lighed mellem mænd og kvinder, nærmere bestemt ved anvendelse af reglen om ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser. Det er i denne sammenhæng, at EU-lovgiver i art. 5, stk. 1 i direktiv 2004/113 har bestemt, at de forskelle i præmier og ydelser, som følger af anvendelse

af køn som en faktor ved beregningen heraf, skal afskaffes senest den 21. december 2007. Som en fravigelse af den generelle regel om ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser, der er indført ved art. 5, stk. 1, forskrives det i artikel 5, stk. 2, at de medlemsstater, som endnu ikke anvendte reglen i deres nationale ret på tidspunktet for vedtagelsen af direktiv 2004/113, inden den 21. december 2007 kunne beslutte at tillade forholdsmæssigt afpassede forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. I art. 5, stk. 2 forskrives det desuden, at denne mulighed skal tages op til revision fem år efter den 21. december 2007 på baggrund af en rapport fra Kommissionen. Eftersom direktiv 2004/113 ikke indeholder nogen bestemmelse om, hvor længe det er muligt at anvende disse forskelle, kan de medlemsstater, som har benyttet sig af denne mulighed, tillade forsikringsgivere at anvende denne ulige behandling uden tidsbegrænsning.

8.6 KOMMISSIONENS RETNINGSLINJER

EU-Kommissionen har i 2012 udsendt Retningslinjer¹⁹⁸ for anvendelsen af Rådets direktiv 2004/113/EF på forsikringsområdet i lyset af Den Europæiske Unions Domstols dom i sag C-236/09 (Test-Achats). Her slår Kommissionen fast, at fra den 21. december 2012 skal unisex-reglen i direktivets art. 5, stk. 1 anvendes uden undtagelse ved beregning af enkeltpersoners præmier og ydelser i nye kontrakter.

Kommissionen fremhæver, at direktivets art. 5, stk. 1 kun gælder for nye kontrakter.

8.6.1 Nye kontrakter

Begrebet 'nye kontrakter' er et selvstændigt begreb i EU-lovgivningen, der skal fortolkes ensartet over hele EU. Denne ensartede fortolkning afspejler direktivets formål på forsikringsområdet, som er at gennemføre unisex-reglen efter overgangsperiodens udløb. Begrebet 'ny kontrakt', som der henvises til i art. 5, stk. 1, er vigtigt for den praktiske gennemførelse af denne bestemmelse. Hvis der fandtes forskelligartede fortolkninger af dette begreb baseret på den nationale aftaleret, ville man risikere at få forskellige overgangsperioder, der kunne forsinke den generelle anvendelse af unisex-reglen, og ligeledes at skabe uensartede regler for forsikringsselskaberne. Dette ville undergrave direktivets formål om at sikre generelle garantier for ligebehandling af kvinder og mænd i alle medlemsstater i forbindelse med enkeltpersoners forsikringspræmier og -ydelse pr. samme dato som angivet i dets art. 5, stk. 1.

Gennemførelsen af direktivets art. 5, stk. 1 kræver en sondring mellem eksisterende og nye kontraktforhold. Denne sondring skal opfylde behovet for juridisk sikkerhed og være baseret på kriterier, der gør det muligt at undgå at gribe ind i eksisterende rettigheder og opfylde alle parteres legitime forventninger. Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med direktivets mål om at forhindre en pludselig omlægning af markedet ved at begrænse anvendelsen af unisex-reglen til kun at gælde nye kontrakter. Efter Kommissionens opfattelse skal følgende anses for nye kontraktforhold og skal derfor overholde unisex-reglen:

- a) kontrakter, der indgås for første gang efter den 21. december 2012 (2). Derfor vil tilbud, der fremsættes inden den 21. december 2012, men som accepteres efter denne dato, skulle overholde unisex-reglen

- b) aftaler mellem parter, der indgås efter den 21. december 2012, om at forlænge kontrakter, der er indgået før denne dato, som ellers ville være udløbet.

Derimod skal følgende situationer ikke betragtes som et nyt kontraktforhold:

- a) en automatisk forlængelse af en allerede eksisterende kontrakt, hvis den ikke opsiges, f.eks. i form af en skriftlig opsigelse, inden for en bestemt frist i henhold til bestemmelserne i den allerede eksisterende kontrakt
- b) tilpasninger af enkelte dele af en eksisterende kontrakt, som f.eks. præmieændringer, på grundlag af foruddefinerede parametre, som ikke kræver forsikringstagerens samtykke (4)
- c) hvis forsikringstager tegner supplerende forsikringer eller forsikringsforlængelser på vilkår, der er aftalt inden den 21. december 2012, når disse policer aktiveres ved en ensidig beslutning fra forsikringstagers side (5)
- d) når en forsikringsportefølje overføres fra et forsikringselskab til et andet, som ikke ændrer status for de kontrakter, der er indeholdt i porteføljen.

8.6.2 Kønsrelaterede forsikringspraksisser, der fortsat er mulige

I art. 5, stk. 1, forbydes resultater, hvor der opstår forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser som følge af brugen af køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser. Der indføres ikke noget forbud mod brugen af køn som risikovurderingsfaktor i almindelighed. Det er tilladt at bruge denne faktor til beregning af præmier og ydelser på aggregeret niveau, så længe det ikke fører til forskelsbehandling på individuelt niveau. Efter Test-Achats-dommen er det således fortsat muligt at indsamle, oplagre og bruge kønsstatus eller kønsrelateret information inden for disse grænser, dvs.:

- reservation og intern prissætning: Forsikringselskaberne kan fortsat indsamle og bruge kønsstatus til intern risikovurdering, navnlig til at beregne tekniske bestemmelser i henhold til reglerne for forsikringselskabers solvens og til at overvåge deres porteføljemiks set ud fra et aggregeret prissætningsniveau
- prissætning af genforsikring: Genforsikringskontrakter er kontrakter mellem et forsikringselskab og et genforsikringselskab. Det er fortsat muligt at bruge køn ved prissætningen af disse produkter, så længe det ikke fører til kønsdifferentiering på individuelt niveau
- markedsføring og reklame: I henhold til art. 3, stk. 3 finder direktivet ikke anvendelse på indholdet af medier og reklamer, og art. 5, stk. 1 vedrører kun beregning af enkeltpersoners præmier og ydelser. Dermed er det fortsat muligt for forsikringselskaberne at bruge markedsføring og reklame til at påvirke deres porteføljemiks, fx ved at målrette reklamer mod henholdsvis mænd eller kvinder. Men forsikringselskaberne må imidlertid ikke nægte adgang til et specifikt
- produkt på grund af en persons køn, medmindre betingelserne i art. 4, stk. 5 er opfyldt.
- risikovurdering ved livs- og sundhedsforsikringer: Unisex-reglen betyder, at præmier og ydelser for den samme forsikringspolice ikke må være forskellige for to enkeltpersoner, blot fordi de ikke er af samme køn. Der findes imidlertid andre risikofaktorer, som fx sundhedstilstand eller familiens sygdomshistorie, der giver mulighed for differentiering og for den vurdering, som forsikringselskaberne skal foretage for at tage hensyn til kønsstatus som følge af visse fysiologiske forskelle mellem mænd og kvinder.

Kommissionen mener ligeledes, at det i henhold til art. 4, stk. 5 i direktivet fortsat er muligt for forsikringselskaber at tilbyde kønsspecifikke forsikringsprodukter (eller muligheder inden for kontrakter) for at dække

situationer, der udelukkende eller primært vedrører mænd eller kvinder, fx sundhedsforsikringer for brystkræft eller prostatakræft. Denne mulighed er imidlertid udelukket for svangerskab og barsel som følge af den særlige solidaritetsmekanisme, der indføres i art. 5, stk. 3 i direktiv 2004/113.

8.7 FORSLAG TIL ÆNDRING AF DANSK IMPLEMENTERING

Fra 21.12.2012 ophæves ligestillingslovens § 1 a, stk. 2¹⁹⁹ som nævnt i afsnit 8.1. § 18 b, stk. 2 og 3 i den danske lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser skal også ændres/ophæves inden den 21.12.2012, ellers vil de være ugyldige efter princippet om EU-rettens forrang. Det vil da påhvile domstole og andre retsanvendende myndigheder at undlade at anvende den. Erhvervs- og vækstministeren har sendt et lovforslag i høring.²⁰⁰ Det lyder:

I lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser, jf. lovbekendtgørelse nr. 775 af 29. august 2001, som senest ændret ved § 2 i lov nr. 133 af 24. februar 2009, foretages følgende ændring:

1. § 18 b, stk. 2-4, ophæves.
2. I § 19, stk. 1, udgår »og 4«.

KONKLUSION

Udtrykket 'forbud mod forskelsbehandling' kan forlede til misforståelser, hvis man slutter fra sproglige normer for, hvad ord betyder, til gældende ret. Man kan fx tro, at forbud mod forskelsbehandling betyder, at forskellig behandling er forbudt, eller at de forpligtede har gjort, hvad de skal, bare de behandler alle ens. Det er forkert. Der foreligger kun kønsdiskrimination, hvis der sker ringere behandling pga. køn. I nogle tilfælde er forskellig behandling ikke diskrimination, og i nogle tilfælde vil en vis forskellig behandling være nødvendig for at undgå diskrimination.

I denne rapport har vi præciseret omfanget og rækkevidden af det forbud mod kønsdiskrimination ved adgang til varer og tjenesteydelser, der i Danmark, siden vedtagelsen af ligestillingsloven i 2000, gælder for alle sælgere/tjenesteydere efter ligestillingslovens § 2.

Bedømt alene ud fra lov- og direktivteksterne er reglerne om forbud mod kønsdiskrimination i ligestillingsloven meget lig de ældre regler i ligeløns- og ligebehandlingslovene om forbud mod kønsdiskrimination på arbejdsmarkedet og de underliggende regler i de arbejdsretlige EU-direktiver. Den undersøgelse, vi har foretaget af Ligebehandlingsnævnets praksis til brug for denne rapport, se afsnit 7, viser imidlertid, at der, uanset at reglerne ser ens ud bedømt alene ud fra lovteksterne, er ganske store forskelle mellem de billeder, anvendelsen ved Ligebehandlingsnævnet tegner af forbuddet mod kønsdiskrimination i forhold til varer og tjenester og i forhold til arbejdsmarkedet.

I forhold til varer og tjenester er det mest mænd, der klager. I forhold til arbejdsmarkedet er det mest kvinder, der klager. I forhold til varer og tjenester handler næsten alle sager om direkte diskrimination og næsten ingen om indirekte diskrimination. I forhold til arbejdsmarkedet handler en stor del af sagerne om indirekte diskrimination. I forhold til varer og tjenester spiller undtagelsen i ligestillingslovens § 3 a om legitime grunde til at behandle kvinder og mænd forskelligt en stor rolle, mens de tilsvarende regler i relation til arbejdsmarkedet fortolkes meget snævert og næsten aldrig anvendes i praksis.

Der synes at være en tendens til, at brug af undtagelsen i ligestillingslovens § 3 a om legitime grunde til at behandle kvinder og mænd forskelligt bliver foretrukket frem for undtagelsen vedrørende positiv særbehandling.

Der synes at være behov for at koble forbuddet mod kønsdiskrimination tættere sammen med varetagelse af mainstreamingpligten i ligestillingslovens § 4. I forhold til diskotekerne viser den hidtidige praksis fra Ligebehandlingsnævnet klart, at et forbud mod kønsdiskrimination, der står alene, er ineffektivt. Det kunne formentlig afbødes ved, at alkoholbevillingsmyndighederne tog deres pligt til mainstreaming mere alvorligt.

De nugældende regler om offentlige myndigheders pligt til at indarbejde kønsligestilling i al planlægning og forvaltning, der gælder efter ligestillingslovens § 4, er meget vagt udformede, og deres praktiske betydning er meget afhængig af politisk velvilje.

Institut for Menneskerettigheder kan som nævnt som overvågningsorgan i forhold til kønsligestilling komme med henstillinger om, hvordan offentlige myndigheder skal opfylde deres mainstreamingpligt. Det kunne være en nærliggende opgave for Institut for Menneskerettigheder

som overvågningsorgan for EU's kønsligestillingsregler at arbejde for en ændring af mainstreamingpligtens forankring i vekslende politisk velvilje til forankring i de grundlæggende rettigheder, dvs. det Sandra Fredman kalder 'a new human-rights paradigm' for kønsmainstreaming. Folketinget Ombudsmand kan også inddrage hensyntagen til køn i sin vurdering af, om offentlige myndigheder har handlet korrekt. Der findes så vidt ses ikke sager, hvor Ombudsmanden har gjort dette. Statsforvaltningerne kan også som tilsynsorgan med kommunerne kritisere manglende overholdelse af mainstreamingspligten.

Der pågår en retspolitisk diskussion om styrkelse af ligestilling, bl.a. ved at sikre flere kvinder i ledelse. Der er i Danmark allerede udarbejdet lovforslag herom i forhold til det personelle aspekt af mainstreamingsbeføjelsen, hvor der indføres pligt for de ca. 1100 største virksomheder både i den offentlige og private sektor til at opstille måltal for ligestilling vedrørende kvinder i ledelse og udarbejde rapporter om, hvordan det går med opfyldelse af målene. Det er nærliggende i forlængelse heraf at indføre tilsvarende pligter vedrørende serviceområdet i den offentlige sektor og at udvide kredsen af pligtsubjekter i ligestillingslovens § 4 fra offentlige myndigheder til også at omfatter store private virksomheder og børsnoterede virksomheder uanset størrelse.

Mange – blandt andre Institut for Menneskerettigheder – anlægger en horisontal synsvinkel på diskriminationsproblemer og ser kønsdiskrimination og andre former for diskrimination som forskellige aspekter af samme mere generelle problematik. I forhold til denne synsvinkel er det et problem, hvis reglerne om forskellige diskriminationsgrunde er forskellige. I dansk ret er reglerne vedrørende forskellige diskriminationsgrunde på forskellige samfundsområder spredt i forskellige love, og der er bedre retsbeskyttelse imod visse former for diskrimination end andre.

Der er stærkere retsbeskyttelse af kønsligestilling end af etnisk ligebehandling. Der er mainstreamingpligt i den offentlige sektor vedrørende kønsligestilling, men ikke vedrørende etnisk ligebehandling. I hidtidig praksis (det tidligere klagenævn for etnisk ligestilling) er det antaget, at forbuddet mod etnisk diskrimination kun forpligter erhvervsdrivende og fx ikke private hushandlere, der ikke vil sælge til visse etniske grupper. Det strider formentlig mod de underliggende EU-regler. Det er derfor en ugyldig fortolkning, men der er behov for at tydeliggøre retsstillingen. Efter Ligebehandlingsnævnets praksis omfatter den etniske ligebehandlingslov ikke myndighedsudøvelse. Kredsen af pligtsubjekter er således bredere i ligestillingsloven end i den etniske ligebehandlingslov. Det vil være nærliggende at bruge ligestillingsloven vedrørende køn som en løftestang for forbedring af retsbeskyttelsen mod etnisk diskrimination.

Flere EU-lande, bl.a. Tyskland og Sverige, har i de senere år samlet deres ligestillingslovgivning i én samlet, generel lov, der gælder for alle diskriminationsgrunde og på alle samfundsområder. På lang sigt vil det formentlig være en fordel, hvis dansk ret går i denne retning. Det vil gøre det lettere at tage hensyn til intersektionaliteten mellem forskellige diskriminationsgrunde og gøre problemerne med at afgrænse forskellige diskriminationsgrunde indbyrdes mindre. I dansk ret falder transpersoner i dag mellem forskellige love. Den uklarhed i retsstillingen, det kan give anledning til, ville formentlig være mindre, hvis alle var omfattet af samme lov.

ANBEFALINGER

Det anbefales, at Danmark i fremtidig ligestillingslovgivning vælger en terminologi, der ligger tættere på den internationalt brugte, og kalder forskelsbehandling i direktiv 2004/113/EF's forstand, der kaldes discrimination på engelsk og discrimination på fransk for diskrimination, og dobbelt diskrimination i det etniske ligebehandlingsdirektivs (2000/43/EF) forstand, der kaldes multiple discrimination på engelsk for multipel diskrimination.

Det anbefales, at sammenhængen mellem mainstreamingpligten i ligestillingslovens § 4 og forbuddet mod kønsdiskrimination i ligestillingslovens § 2 styrkes ved at konstatere ineffektivitet i diskriminationsforbuddet følges op med aktiv brug af mainstreamingbeføjelsen. I denne rapport er det påvist, at forbuddet mod kønsdiskrimination vedrørende entrepriser på diskoteker er ineffektivt, det burde få Justitsministeriet til at pålægge politiet ved administration af alkoholbevillinger efter restaurationsloven at nægte bevilling til diskoteker, der har overtrådt diskriminationsforbuddet.

Det anbefales, at de positive pligter, der er indeholdt i mainstreamingpligten, præciseres og konkretiseres, fx ved at der indføres pligt til at opstille kønsrelaterede måltal vedrørende serviceområdet og informations- og rapporteringspligt vedrørende udviklingen.

Det anbefales, at hæve beskyttelsesniveauet for etnisk ligebehandling til samme niveau, som det der efter ligestillingsloven gælder for kønsligestilling. Det indebærer, at kredsen af pligtsubjekter i forhold til etnisk ligestilling skal udvides til i den offentlige sektor ud over levering af varer og tjenesteydelser at omfatte myndighedsudøvelse og i den private sektor både erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende, der stiller varer og tjenesteydelser til rådighed for offentligheden. Desuden bør der indføres mainstreamingpligt vedrørende etnisk ligebehandling i samme omfang, som det gælder vedrørende køn. Mere ensartet regulering af køn og etnicitet vil gøre det lettere at modarbejde multipel diskrimination.

Det anbefales, at Danmark på lang sigt samler de spredte love om ligestilling i en generel ligestillingslov. Herved kan det undgås, at nogle grupper og problemer falder mellem lovene.



LITTERATUR

- Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind I og II, Kbh. 2008 og 2010
- Andersen, Agnete og Ruth Nielsen: Mainstreaming i juridisk belysning, Kbh. 2007
- Arnardóttir, Oddny Mjöll: Equality and Non-discrimination under the European Convention on Human Rights, The Hague, London, New York, 2003
- Betænkning nr. 1370 om det fremtidige ligestillingsarbejde og dets organisering
- Betænkning 1407/2001 om inkorporering af konventioner i dansk ret
- Chege, Victoria and Dagmer Schiek (eds.): European Union Discrimination Law: Comparative Aspects on Multidimensional Equality Law, London 2008
- Christoffersen, Jonas: Lov om etnisk ligebehandling - med kommentarer, Kbh. 2009
- Dickson, Julie: How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations Between, Legal Systems in the European Union, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612
- DJØF: Vi kan ikke bare vente! Rapport fra DJØF om Køn & Ledelse - November 2008 s. 19, på internettet på <http://www.djoef.dk/OmDJOeF/DJOeFspolitikker/~media/Documents/Djoef/V/VikanikkebareventeRapportfraDJOeF.ashx>

- Erhvervsfremme-Styrelsens analyse 'Iværksætterkvinder nu og i fremtiden'. Bankers relationer til iværksætterkvinder, Kbh. september 2000, på www.ebst.dk/publikationer/rapporter/bankers.dk/hele.pdf
- Fredman, Sandra: Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space, *European Law Journal* 2006 p. 41
- Group of Specialists on Mainstreaming: Gender Mainstreaming. Conceptual framework, methodology and presentation of good practices, Strasbourg, May 1998, <http://www.unhcr.org/3c160b06a.html>
- Grossot, Xavier: General Principles of Community Law, Amsterdam 2006
- Hellum, Anne: CEDAW and the Discipline of Women's Law: Continuity and Change in the Understanding of Gender and Law i Nielsen, Ruth and Christina Tvarnø (eds.): *Scandinavian Women's Law in the 21st Century*, Copenhagen 2012
- Hellum, Anne og Kirsten Ketscher (red.): *Diskriminerings- og ligestillingsrett*, Oslo 2008
- Lorenzen, Peer, Jens Vedsted-Hansen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing og Sten Schaumburg-Müller: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, Bd. 1-2, Kbh. 2011
- Neergård, Ulla og Ruth Nielsen: *EU Ret*, Kbh. 2010
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 3. udgave, Kbh. 2011
- Nielsen, Ruth: *Civilretlige diskriminationsforbud*, Kbhvn. 2010
- Nørregaard, Marianne: *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private*, Kbh. 2004
- NOU 2011: 18, *Struktur for ligestilling*
- Olsen, Henrik Palmer: *Magtfordelingslæren og menneskerettighederne*, *EU-ret & Menneskeret* nr. 3, 2007 s. 143
- Rees, Teresa: *Mainstreaming equality in the European Union*, London 1998

Schiek, Dagmar: Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2000 p 251

Schiek, Dagmar (Hrsg): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München 2007

Toebes, Brigit, Mette Hartlev, Aart Hendriks and Janne Rothmar Herrmann (eds.): *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia 2012



NOTER

- 1 Siden 15.3.2011 har ligestillingsloven indeholdt følgende bestemmelse i § 14: 'Institut for Menneskerettigheder har til opgave at fremme, evaluere og overvåge samt støtte ligebehandling af kvinder og mænd uden forskelsbehandling på grund af køn, herunder ved at give ofre for forskelsbehandling uvildig bistand til at få behandlet deres klager over forskelsbehandling under hensyntagen til ofrenes, foreningernes, organisationernes og andre juridiske personers rettigheder, foretage uvildige undersøgelser af forskelsbehandling og offentliggøre uvildige rapporter og fremsætte henstillinger om ethvert spørgsmål vedrørende forskelsbehandling.'

Institut for Menneskerettigheder er for tiden (2012) reguleret ved lov nr. 411 af 6. juni 2002. Med ikrafttræden den 1.1.2013 vil der gælde en ny lov nr. 553 af 18.6.2012 om Institut for Menneskerettigheder – Danmarks Nationale Menneskerettighedsinstitution. § 2, stk. 2 i denne lov bestemmer:

Institut for Menneskerettigheder – Danmarks Nationale Menneskerettighedsinstitution skal fremme ligebehandling af alle uden forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, herunder ved at

1) bistå ofre for forskelsbehandling med at få behandlet deres klager over forskelsbehandling under hensyntagen til ofrenes, foreningernes, organisationernes og andre juridiske personers rettigheder,

- 2) foretage uafhængige undersøgelser af forskelsbehandling og
3) offentliggøre rapporter og fremsætte henstillinger om
spørgsmål vedrørende forskelsbehandling.
- 2 2004/113/EF, se nærmere nedenfor i afsnit 3.
- 3 Den tyske Grundgesetz indeholder fx vidtgående regler om Grundrechte, der i væsentlig grad har inspireret EU's charter om grundlæggende rettigheder.
- 4 Se Dickson, Julie: How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations Between, Legal Systems in the European Union, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612 (University of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No 40/2008). Se også Hesselink, Martijn: A Toolbox for European Judges i Ulla Neergaard, Ruth Nielsen and Lynn Roseberry (eds.): European Legal Method – Paradoxes and Revitalisation, Copenhagen 2011.
- 5 Se nærmere Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø: Retskilder og Retsteorier, 3. udgave, Kbh. 2011 kap. 14.
- 6 Se for samme opfattelse Lang, John Temple: Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty, Common Market Law Review 1990 p. 645.
- 7 2004/113/EF.
- 8 Se for en oversigt Blom, Ida og Anne Tranberg (red.): Nordisk lovoversigt. Viktige lover for kvinder ca. 1810-1980, Nordisk Ministerråd 1985.
- 9 Group of Specialists on Mainstreaming: Gender Mainstreaming. Conceptual framework, methodology and presentation of good practices, Strasbourg, May 1998 p. 7, findes på <http://www.unhcr.org/3c160b06a.html>, besøgt 24.10.2012.
- 10 Se KOM(2003)657 og den underliggende SEC(2003)1213. Som eksempler fra UK og Irland nævnes bl.a. 'Refusal to provide a mortgage to pregnant women. Refusal to offer loans to people working part-time.

- Requirement for a woman to have a guarantor for a loan, where a man with a similar credit rating would not face a similar requirement.'
- 11 Bankers relationer til iværksætterkvinder. Erhvervsfremme-Styrelsens analyse 'Iværksætterkvinder nu og i fremtiden', Kbh. september 2000, på www.ebst.dk/publikationer/rapporter/bankers.dk/hele.pdf s. 8.
- 12 Se nærmere Nielsen, Ruth: Civilretlige diskriminationsforbud, Kbh. 2011 kap. 1.
- 13 Se nærmere Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2010 kap. 4.
- 14 Se nærmere Schiek, Dagmar (Hrsg): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007.
- 15 Diskrimineringslag, SFS 2008:567.
- 16 Prop. 2007/08:95.
- 17 Ett starkare skydd mot diskriminering SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.
- 18 Lag om Diskrimineringsombudsmannen, SFS 2008:568.
- 19 Lov nr. 388 af 2000. Den gældende lovbekendtgørelse er nr. 1095 af 19. september 2007 med senere ændringer.
- 20 Lov nr. 238 af 20. april 1988 med senere ændringer. Loven indeholdt en regel om Ligestillingsrådet, men ikke noget forbud mod kønsdiskrimination eller nogen mainstreamingregel.
- 21 Lov nr. 157 af 24. april 1985.
- 22 Lov nr. 427 af 13. juni 1990.
- 23 Lov nr. 133 af 24. februar 2009.
- 24 Sag C-236/09, Test-Achats, endnu ikke trykt, dom af 1.marts 2011.
- 25 Sprogbrugen i dansk lovgivning er ikke helt konsekvent. Det forekommer, at både ordet forskelsbehandling og ordet diskrimination benyttes. Overskriften til kap. 2 i ligestillingsloven er som nævnt: 'Forbud mod forskelsbehandling på grund af køn (kønsdiskrimination)'.

- 26 I den tyske Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) har man valgt at kalde det, der kaldes Diskriminierung i den underliggende tyske version af direktivteksterne, for Benachteiligung, og diskriminationsforbud for Benachteiligungsverbote, se fx § 19 AGG, der under overskriften Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot (civilretligt diskriminationsforbud) indeholder hovedbestemmelsen i tysk ret om diskriminationsforbud ved handel med varer og tjenesteydelser.
- 27 Se afgørelse nr. 25/2004 fra det tidligere Ligestillingsnævn, der anser forskellige højdekrav til kvindelige og mandlige politibetjente for lovlige.
- 28 Jf. sag 283/81, Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Ministry of Health, Saml. 1982 s. 3415. Se nærmere Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø: Retskilder og Retsteorier, Kbh. 2011 kap. 5.
- 29 Se definitionerne i art. 2 i det etniske ligebehandlingsdirektiv (2000/43/EF) og i art. 2 i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved adgang til og levering af varer og tjenesteydelser (2004/113/EF). Tilsvarende definitioner findes i art. 2 i beskæftigelsesdirektivet (2000/78/EF) og i art. 2 i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet (2006/54/EF).
- 30 Sag C-177/88, Saml. 1990 I- 3941.
- 31 2002/73/EF, se nu 2006/54/EF.
- 32 2000/43/EF.
- 33 Sag C-237/94, John O'Flynn mod Adjudication Officer, Saml. 1996 I-2617.
- 34 2000/78/EF.
- 35 2004/113/EF.
- 36 2006/54/EF.
- 37 EF/1612/68.

- 38 Den henviste herved til sag 152/73, Sotgiu, Saml. 1974 s. 153, præmis 11, af 21.11.1991, sag C-27/91, Le Manoir, Saml. I, s. 5531, præmis 10, af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Saml. I, s. 817, præmis 9, og af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Saml. I, s. 505, præmis 7).
- 39 jf. dom af 15.1.1986, sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, præmis 24, af 30.5.1989, sag 33/88, Allué og Coonan, Sml. s. 1591, præmis 12, og førnævnte dom i sagen Le Manoir, præmis 11)
- 40 jf. dom af 17.11.1992, sag C-279/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 5785, præmis 42, og af 20.10.1993, sag C-272/92, Spotti, Sml. I, s. 5185, præmis 18).
- 41 jf. førnævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 10, og dom af 4.10.1991, sag C-349/87, Paraschi, Sml. I, s. 4501, præmis 23.
- 42 jf. dom af 8.5.1990, sag C-175/88, Biehl, Sml. I, s. 1779, præmis 14, og af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 9).
- 43 jf. Bachmann-dom, præmis 27, dom i førnævnte sag Kommissionen mod Luxembourg, præmis 12, og dom af 2.8.1993, forenede sager C-259/91, C-331/91 og C-332/91, Allué m.fl., Sml. I, s. 4309, præmis 15).
- 44 97/80/EF, nu afløst af og ophævet ved det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet 2006/54/EF.
- 45 I den engelske version: 2. For purposes of the principle of equal treatment referred to in paragraph 1, indirect discrimination shall exist where an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex.
- 46 2000/78/EF.
- 47 2002/73/EF.
- 48 2004/113/EF.

- 49 2006/54/EF.
- 50 Sag C-237/94 O'Flynn mod Chief Adjudication Officer, Saml. 1996 I-2617.
- 51 Se KOM(2003)657 (forslaget til direktiv 2004/113/EF) og den underliggende SEC(2003)1213. Som eksempler fra UK og Irland nævnes bl.a. 'Refusal to provide a mortgage to pregnant women. Refusal to offer loans to people working part-time. Requirement for a woman to have a guarantor for a loan, where a man with a similar credit rating would not face a similar requirement.'
- 52 2002/73/EF.
- 53 KOM(2003)657 p. 14.
- 54 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis).
- 55 KOM(2003)657 p. 14.
- 56 Se nærmere Andersen, Agnete og Ruth Nielsen: Mainstreaming i juridisk perspektiv, Kbh. 2007.
- 57 Fredman, Sandra: Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space, *European Law Journal* 2006 p. 41. Abstract: This article argues that in developing social rights to counterbalance economic freedoms, the EU has begun to reformulate traditional notions of rights. Instead of creating rights in their traditional individualised, negative, judicially enforceable, and faultbased form, a new proactive model is emerging, which aims at institutional change, based on the notion of the active citizen and the centrality of participation in both rule formation and enforcement. It is argued that

while this model has important advantages, its weakness lies in its dependence on political will. The challenge is therefore to ensure that proactive strategies are firmly centred on fundamental rights rather than political discretion.

- 58 Se nærmere Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind I og II, Kbh. 2008 og 2010.
- 59 Se nærmere Andersen, Agnete og Ruth Nielsen: Mainstreaming i juridisk perspektiv, Kbh. 2007.
- 60 Se <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=88372>
- 61 Betænkning nr. 1370 om det fremtidige ligestillingsarbejde og dets organisering afsnit 5.4.4.
- 62 Se fx Rees, Teresa: Mainstreaming equality in the European Union, London 1998 p. 4. Henvisningerne til EU-reglerne er opdateret til status efter Lissabon-Traktatens ikrafttræden (1.12.2009).
- 63 Se Karin Buhmann, Danske lovkrav om CSR-rapportering, NTS (Nordisk Tidsskrift for Selskabsret) 2009:3, s. 77.
- 64 Se Tvarnø, Christina D.: Women Quotas on Company Boards in Scandinavia and EU i Nielsen, Ruth and Christina D. Tvarnø: Scandinavian Women's Law in the 21st Century, Copenhagen 2012.
- 65 L 2, 2012-13.
- 66 Ligger på Høringsportalen på borger.dk.
- 67 NOU 2011: 18, Struktur for ligestilling p. 57.
- 68 Se om sundhedsområdet Brigit Toebes, Mette Hartlev, Aart Hendriks and Janne Rothmar Herrmann (eds.): Health and Human Rights in Europe, Intersentia 2012.
- 69 http://webarkiv.ft.dk/Samling/19991/lovforslag_som_fremsat/L193.htm
- 70 Ved lov nr. 434 af 11. maj 2007, der implementerede dele af direktiv 2004/113/EF.

- 71 <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=90429>
- 72 KOM(2003)657. Forslag til direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser s. 13.
- 73 Det er der faktisk hospitaler, der gør, se Ligestillingsnævnets afgørelse 22/2004.
- 74 Se <http://www.gao.gov/new.items/d01286r.pdf>
- 75 Bekendtgørelse nr. 340 af 10. april 2007 om initiativer til fremme af ligestilling giver adgang til at iværksætte ligestillingsfremmende initiativer uden dispensation. § 6 handler om etablering af hold og undervisning inden for idræt.
- 76 J.nr. 7100276-12. Klagen drejede sig om forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at en kæde af fitnesscentre havde afdelinger, der var forbeholdt kvinder. Forskelsbehandling kan være lovlige, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Nævnet fandt, at hensynet til blufærdighed samt hensynet til tilrettelæggelse af sportslige aktiviteter er et legitimt mål, og at de midler, som indklagede havde brugt for at opnå dette mål, ikke gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet fandt herefter, at indklagede ikke havde handlet i strid med ligestillingsloven. J.nr. 7100250-12. Klagen drejede sig om forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at en kæde af fitnesscentre havde afdelinger, der var forbeholdt kvinder. Forskelsbehandling kan være lovlige, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Nævnet fandt, at hensynet til blufærdighed samt hensynet til tilrettelæggelse af sportslige aktiviteter er et legitimt mål, og at de midler, som indklagede havde brugt for at opnå dette mål, ikke gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet fandt herefter, at indklagede ikke havde handlet i strid med ligestillingsloven. J.nr. 7100238-12. Klagen drejede sig om forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at en kæde af fitnesscentre havde afdelinger, der

var forbeholdt kvinder. Forskelsbehandling kan være lovlig, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Nævnet fandt, at hensynet til blufærdighed samt hensynet til tilrettelæggelse af sportslige aktiviteter er et legitimt mål, og at de midler, som indklagede havde brugt for at opnå dette mål, ikke gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet fandt herefter, at indklagede ikke havde handlet i strid med ligestillingsloven.

J.nr. 7100237-12. Klagen drejede sig om forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at en kæde af fitnesscentre havde afdelinger, der var forbeholdt kvinder. Forskelsbehandling kan være lovlig, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Nævnet fandt, at hensynet til blufærdighed samt hensynet til tilrettelæggelse af sportslige aktiviteter er et legitimt mål, og at de midler, som indklagede havde brugt for at opnå dette mål, ikke gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet fandt herefter, at indklagede ikke havde handlet i strid med ligestillingsloven.

J.nr. 7100234-12. Klagen drejede sig om forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at en kæde af fitnesscentre havde afdelinger, der var forbeholdt kvinder. Forskelsbehandling kan være lovlig, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Nævnet fandt, at hensynet til blufærdighed samt hensynet til tilrettelæggelse af sportslige aktiviteter er et legitimt mål, og at de midler, som indklagede havde brugt for at opnå dette mål, ikke gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet fandt herefter, at indklagede ikke havde handlet i strid med ligestillingsloven.

J.nr. 7100271-12. Klagen drejede sig om forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at en kæde af fitnesscentre havde holdtræning, der var forbeholdt kvinder. Forskelsbehandling kan være lovlig, hvis den er begrundet i et legitimt mål. Nævnet fandt, at hensynet til blufærdighed samt hensynet til tilrettelæggelse af sportslige aktiviteter

er et legitimt mål, og at de midler, som indklagede havde brugt for at opnå dette mål, ikke gik ud over, hvad der var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet fandt herefter, at indklagede ikke havde handlet i strid med ligestillingsloven.

- 77 Se nærmere McCrudden, Christopher: Equality in Law between Men and Women in the European Community, United Kingdom, Luxembourg 1994 p. 15.
- 78 H.D. 9. oktober 2012 i sag 188/2009 (1. afd.). En teletjeneste formidlede telefonkontakt primært mellem mænd og kvinder. Tjenesten var tilrettelagt på den måde, at der kunne ringes på et betalingsnummer eller et gratisnummer. Personer, som ringede på betalingsnummeret kunne alene komme i kontakt med personer, som ringede på gratisnummeret, og omvendt. Højesteret lagde efter bevisførelsen til grund, at denne tilrettelæggelse af teletjenesten førte til, at kvinder benyttede gratisnummeret og mænd betalingsnummeret, således at mænd, der ønskede kontakt med kvinder, var nødt til at benytte betalingsnummeret, mens kvinder, der ønskede kontakt med mænd, kunne benytte gratisnummeret. Der blev herved for samme ydelse opkrævet forskellige takster hos mænd og kvinder, og der forelå forskelsbehandling på grund af køn. Der var ikke et legitimt formål, der kunne begrunde forskelsbehandlingen, og forskelsbehandlingen var derfor i strid med ligestillingslovens § 2. Ligestillingsnævnet var tidligere kommet til samme resultat.
- 79 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 167/2011 og 247/2012.
- 80 J.nr. 7100301-12.
- 81 Se nærmere Neergård, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2010 kap. 3.
- 82 Art. 8 TEUF lyder: I alle sine aktiviteter tilstræber Unionen at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder.

- 83 Art. 10 TEUF lyder: Ved udformningen og gennemførelsen af sine politikker og aktiviteter tilstræber Unionen at bekæmpe enhver form for forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.
- 84 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).
- 85 2000/43/EF.
- 86 2000/43/EF.
- 87 KOM(2008)426, Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Se også SEC(2008) 2180, Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. Impact Assessment.
- 88 Se Groussot, Xavier: Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum?, Lund 2005 s. 188 (svensk jur.dr.-afhandling), en forkortet version er publiceret i bogform under titlen General Principles of Community Law, Amsterdam 2006.
- 89 Sag C-168/91, Konstantinidis, Saml. 1993 I-1191.
- 90 2000/43/EF.
- 91 2000/78/EF.
- 92 2004/113/EF.
- 93 2006/54/EF.
- 94 Se om begreberne Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind

- I - Forskelsbehandlingsloven, den etniske ligebehandlingslov, ligestillingsloven, loven om ligebehandlingsnævnet, håndhævelse og generelle spørgsmål, Kbh 2008 kap. VI.
- 95 Sexchikane er kun relevant i forhold til køn, ikke i forhold til de andre beskyttelseskriterier (alder, religion, mv.).
- 96 Det etniske ligebehandlingsdirektiv har et bredere anvendelsesområde end de andre ligestillingsdirektiver og gælder ikke kun på arbejdsmarkedet og ved handel med varer og tjenesteydelser.
- 97 Se betragtning 2.
- 98 Se KOM(2003)657 p. 2.
- 99 Direktivet bestemmer, at medlemsstaterne inden den 21. december 2007 kan beslutte at tillade forholdsmæssigt afpassede forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. Under alle omstændigheder må omkostninger i forbindelse med graviditet og moderskab ikke føre til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser. Medlemsstaterne kan udskyde gennemførelsen af de foranstaltninger, der er nødvendige for at efterkomme art 5 i direktivet, til senest to år efter den 21. december 2007. Danmark har udskudt gennemførelsen så længe som muligt, dvs. til 21.12.2009, se nærmere i kap. 6 om lov nr. 133 af 24.2.2009 § 2 (der med ikrafttræden 21.12.2009 implementerede art. 5 i 2004/113/EF). Se for en kommentar til loven Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, 6. udgave, Bind II - Ligebehandlingsloven, ligelønsloven, barselloven, barselsudligningsloven og loven om ligebehandling med hensyn til forsikring og pension, Kbh. 2010.
- 100 Sag C-236/09.
- 101 1. punktum er ny. 2. og 3. punktum er den 'gamle' art. 17 EF, der er flyttet over i EU-Traktaten.

- 102 Se 2006/54 art. 29.
- 103 Se nærmere Thüsing, Gregor: Following the US Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2003 p 187.
- 104 Art. L 123-2 Code du travail bestemmer: (1) Les dispositions des articles L 123-1 et L 123-2 ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. (2) Les mesures ci-dessus prévues résultent soit de dispositions réglementaires prises dans les domaines de l'embauche, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail, soit en application des dispositions du 9^o de l'article L. 133-5, de stipulations de conventions collectives étendues ou d'accords collectifs étendus, soit de l'application des dispositions de l'article L. 123-4'.
- 105 Se nærmere Schiek, Dagmar: 'Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2000 p 251 og Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: *Ligestillingslovene med kommentarer*, bind I, Kbh 2008.
- 106 Der henvises herved til sag 283/83, Racke, Saml. 1984 s. 3791, sag C-15/95, EARL, Saml. 1997 I-1961, og sag C-292/97, Karlsson, Saml. 2000 I-2737.
- 107 Chartret og de forklarende bemærkninger i 2007-versionen er optrykt i *EU-Tidende* 2007 C 303.
- 108 U 2002.1789 H. Se også Nielsen, Ruth: *Civilretlige diskriminationsforbud*, Kbhvn. 2010 kap. 3.

- 109 Se [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En#1](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En#1).
- 110 Se direktiv 2004/113/EF.
- 111 Se nærmere betænkning 1407/2001 om inkorporering af konventioner i dansk ret.
- 112 Valget i 2001, der førte til den tidligere VK-regering.
- 113 CERD (Racediskriminationskonventionen) er dog punktvis gennemført på flere delområder, bl.a. ved racediskriminationsloven af 1987, forskelsbehandlingsloven og straffelovens §266 b.
- 114 Se generelt om folkerettens virkning i private relationer Nørregaard, Marianne: Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private, Kbh. 2004.
- 115 Se nærmere Nielsen, Ruth og Christina Tvarnø: Retskilder og Retsteorier, Kbh. 2011 kap. 3.
- 116 <http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw.htm>
- 117 Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/>
- 118 CEDAW (FN's kvindekonvention), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, findes på FN's hjemmeside <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>, se om CEDAW nedenfor i kap. 2 om folkeretlige diskriminationsforbud.
- 119 Bestemmelsen lyder på engelsk, som til forskel fra dansk er et af de autentiske sprog: States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women;
- 120 2004/113/EF.

- 121 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, findes på <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/e1cedaw.htm>
- 122 Bestemmelsen lyder: 1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.
- 123 Se i denne retning Anne Hellums artikel om CEDAW i Hellum, Anne og Kirsten Ketscher (red.): Diskriminerings- og ligestillingsrett, Oslo 2008.
- 124 <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/e1cedaw.htm>
- 125 CEDAW har formentlig større betydning i norsk ret, hvor den er inkorporeret, se nærmere Anne Hellum: CEDAW and the Discipline of Women's Law: Continuity and Change in the Understanding of Gender and Law i Nielsen, Ruth and Christina Tvarnø (eds.): Scandinavian Women's Law in the 21st Century, Copenhagen 2012.
- 126 Se generelt Arnardóttir, Oddny Mjöll: Equality and Non-discrimination under the European Convention on Human Rights, The Hague, London, New York, 2003.
- 127 Se for samme opfattelse Schiek, Dagmar (Hrsg): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007.
- 128 Se fx U 2008.342H.
- 129 Protokol 12 antages at have samme rækkevidde som CCPR (FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder) art. 26, der er ratificeret af Danmark, men en væsentlig forskel mellem EMRK og FN-traktater er håndhævelsen af EMRK ved EMD.
- 130 Application no. 69498/01.

- 131 Olsen, Henrik Palmer: Magtfordelingslæren og menneskerettighederne, EU-ret & Menneskeret nr. 3, 2007 s. 143. Se også Lorenzen, Peer, Jens Vedsted-Hansen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing og Sten Schaumburg-Müller: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, Bd. 1-2, Kbh. 2011.
- 132 Lovbekendtgørelse nr. 750 af 19.10.1998.
- 133 2004/113/EF.
- 134 Se om begreberne varer og tjenesteydelser Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: EU Ret, Kbh. 2010 kap. 7 og 8.
- 135 2000/43/EF.
- 136 2004/113/EF.
- 137 KOM(2003)657 p. 13.
- 138 Se Christoffersen, Jonas: Lov om etnisk ligebehandling - med kommentarer, Kbh. 2009 s. 35, der refererer en sag, hvor klagekomitéen antager, at private, ikke-erhvervsdrivende, der sælger deres hus, selv må bestemme, om de vil begå etnisk diskrimination og sælge via markedet til alle og enhver uden persons anseelse, dog ikke til visse etniske grupper.
- 139 Betænkning 1422/2002 kap. 7 afsnit 6.3.4.
- 140 Nu lovbekendtgørelse nr. 626 af 29.9. 1987.
- 141 Se Nielsen, Ruth: Civilretlige diskriminationsforbud, Kbh 2010 kap. 3, hvor det fremhæves, at folkeretlige diskriminationsforbud i det hele er svagere end EU-retlige.
- 142 Ligestillingsnævnets afgørelse nr. 19/2007.
- 143 Betænkning nr. 1370 om det fremtidige ligestillingsarbejde og dets organisering afsnit 5.4.4.
- 144 Art. 15 bestemmer under overskriften 'Erhvervsfrihed og ret til at arbejde':

1. Enhver har ret til at arbejde og til at udøve et frit valgt eller accepteret erhverv.

2. Enhver unionsborger har frihed til at søge beskæftigelse, arbejde, etablere sig og levere tjenesteydelser i alle medlemsstaterne.

Forklaringen ad artikel 15, stk. 2: Erhvervsfrihed og ret til at arbejde lyder:

Erhvervsfrihed som fastsat i artikel 151, stk. 1, anerkendes i Domstolens retspraksis (se bl.a. dom af 14. maj 1974, sag 4/73, Nold, Sml. 1974, s. 491, præmis 12-14, dom af 13. december 1979, sag 44/79, Hauer, Sml. 1979, s. 3727, og dom af 8. oktober 1986, sag 234/85, Keller, Sml. 1986, s. 2897, præmis 8). Dette stykke bygger også på artikel 1, stk. 2, i den europæiske socialpakt, der blev undertegnet den 18. oktober 1961 og er ratificeret af alle medlemsstaterne, og på punkt 4 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder af 9. december 1989. Begrebet »arbejdsvilkår« skal forstås som i artikel 156 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

Stk. 2 omhandler de tre friheder, der er sikret ved artikel 26, 45, 49 og 56 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, dvs. arbejdskraftens frie bevægelighed, etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

- 145 Vi kan ikke bare vente! Rapport fra DJØF om Køn & Ledelse - November 2008 s. 19, på internettet på <http://www.djoef.dk/OmDJOeF/DJOeFspolitikker/~media/Documents/Djoef/V/VikanikkebareventeRapportfraDJOeF.ashx>
- 146 Se generelt om multipel discrimination Chege, Victoria and Dagmer Schiek (eds.): European Union Discrimination Law: Comparative Aspects on Multidimensional Equality Law, London 2008.
- 147 Lobekg. nr. 1095 af 19.9.2007 med senere ændringer.

- 148 Lovbekg. nr. 438 af 16.5.2012 med senere ændringer.
- 149 Lovbekg. nr. 626 af 29.9.1987 med senere ændringer.
- 150 2000/43/EF.
- 151 2004/113/EF.
- 152 KOM(2008)426, Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Se også SEC(2008) 2180, Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. Impact Assessment.
- 153 <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>
- 154 KOM(2007)738. Handicappedes forhold i EU: EU-handlingsplanen for 2008-2009.
- 155 2000/43/EF.
- 156 U 2005. 1265 H.
- 157 Der forbyder diskrimination på arbejdsmarkedet pga. race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.
- 158 95/2011.
- 159 SFS 2008:567.
- 160 Lovbekendtgørelse nr. 95 af 7. februar 2008, Sundhedsloven, afsnit VIII (kap. 29 - 33) om sterilisation og kastration.
- 161 Bekendtgørelse nr. 14 af 10. januar 2006 om sterilisation og kastration, herunder med henblik på kønsskifte.
- 162 Vejledning nr. 10077 af 27. november 2006 om kastration med henblik på kønsskifte.
- 163 Se sag C-13/94, P. mod S. og Cornwall County Council, Saml. 1996 I-2143.

- 164 KOM(2008)426, Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Se også SEC(2008) 2180, Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. Impact Assessment.
- 165 Lovbekendtgørelse nr. 626 af 29.9.1987.
- 166 Inden for arbejdsmarkedet er diskrimination pga. seksuel orientering forbudt ved forskelsbehandlingsloven.
- 167 Se Rigsadvokatens redegørelse - J.nr. RA-2006-120-0033 - af april 2008 om anvendelse af straffelovens § 81, nr. 6 og nr. 7, samt sager om overtrædelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v., refereret på <http://www.thranesen.dk/default.asp?cat=1078&aid=8834#bm8834>
- 168 Sag 14/2009.
- 169 http://www.lgbt.dk/uploads/media/20110610_LGBTdk_Ligebehandlingsnaevn.pdf
- 170 Lovbekendtgørelse nr. 905 af 3. september 2012 af lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012.
- 171 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 7/2009 - J.nr. 2500119-09
- 172 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 69/2009 – J.nr. 2500175-09
- 173 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 86/2012 – J.nr. 2500243-10
- 174 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 321/2012 – J.nr. 710021-12
- 175 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 6/2011 – J.nr. 2500236-10
- 176 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 308/2012, J.nr 7100154-12
- 177 Bekendtgørelse om initiativer til fremme af ligestilling, BEK nr. 340 af 10. april 2007

- 178 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 303/2012 – J.nr. 7100122-12
Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 304/2012 – J.nr. 7100123-12
Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 305/2012 – J.nr. 7100138-12
- 179 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 323/2012 – J.nr. 7100204-12
- 180 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 41/2010 – J.nr. 2500176-09
- 181 Id.
- 182 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 13/2009 – J.nr. 2500023-09
- 183 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 5/2009 – J.nr. 2500010-09
- 184 Ligebehandlingsnævnets afgørelser nr. 247/2012, nr. 246/2012, nr. 245/2012, nr. 167/2011, nr. 159/2011 og nr. 84/2011.
- 185 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 319/2012 – J.nr. 7100345-12
- 186 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 7/2011 – J.nr. 2500153-10
- 187 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 168/2011 – J.nr. 2500233-11
- 188 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 1/2011 – J.nr. 2500261-10, senere erstattet af J.nr. 2500261-10a
- 189 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 207/2012 – J.nr. 7100164-12
- 190 Se generelt Andersen, Mads Bryde og Jens Kristiansen: Arbejdsmarkedspension, Kbh. 2009 s. 17 ff.
- 191 Se lovforslag 2012/2 om ændring af ligestillingsloven.
- 192 Lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser som formuleret efter ændring ved lov nr. 133 af 24. februar 2009.
- 193 2004/113/EF.
- 194 Direktivet muliggjorde, at medlemsstater kunne få udsættelse med gennemførelse af art. 5. Danmark fik udsættelse til 21.12.2009.
- 195 Sag C-236/09, Test-Achats, endnu ikke trykt, dom af 1. marts 2011.
- 196 I Test-Achats-sagen henvises i denne forbindelse til dom af 9.11.2010, forenede sager C-92/09 og C-93/09, Volker und Markus Schecke og Eifert, endnu ikke trykt i Samlingen, præmis 46.

- 197 Se nærmere Nielsen, Ruth: Civilretlige Diskriminationsforbud, Kbh. 2010 kap. 2 og 5.
- 198 Kommissionens Retningslinjer for anvendelsen af Rådets direktiv 2004/113/EF på forsikringsområdet i lyset af Den Europæiske Unions Domstols dom i sag C-236/09 (Test-Achats), EU-Tidende 2012 C 11.
- 199 Se lovforslag 2012/2 om ændring af ligestillingsloven.
- 200 Lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., lov om betalingstjenester og elektroniske penge, lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme, lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser og forskellige andre love (indberetningspligt for holdingvirksomheder, udveksling af oplysninger med anklagemyndighed og politi, administrative bødeforelæg, short selling, credit default swaps, OTC-derivater, centrale modparter, centrale handelsregistre, fælles betalingsområde i Europa, administrative bødeforelæg, anvendelse af køn ved beregning af præmier og ydelser m.v.), kan ses på høringsportalen på borger.dk, <https://bdkv2.borger.dk/Lovgivning/Hoeringsportalen/Sider/Fakta.aspx?hpid=2146003669>

Med denne rapport ønsker Institut for Menneskerettigheder at sætte fokus på ligestillingslovens regler om kønsligestilling i forbindelse med køb af varer og brug af såvel offentlig som privat service. Reglerne, som har været gældende siden 2000, favner bredt og har stor praktisk betydning i hverdagens mange gøremål. Rapporten giver et overblik over Ligebehandlingsnævnets praksis på området og den uddyber hvad det vil sige at indarbejde kønsligestilling i al planlægning og forvaltning i det offentlige – den såkaldte "mainstreamingspligt".

Institut for Menneskerettigheder skal som nationalt ligebehandlingsorgan på kønsligestillingsområdet fremme ligebehandling uanset køn. Det gør vi blandt andet ved at gennemføre analyser og undersøgelser som denne og give anbefalinger til fx ministerier og myndigheder. Vi bistår også individer i konkrete sager om forskelsbehandling.

