

RUTH NIELSEN

CIVILRETLIGE DISKRIMINATIONS FORBUD

Jurist- og
Økonomforbundets Forlag

Civilretlige diskriminationsforbud

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Ruth Nielsen

Civilretlige diskriminationsforbud



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2010

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Ruth Nielsen
*Civilretlige
diskriminationsforbud*

1. udgave, 1. oplag

© 2010 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk: ScandinavianBook, Aarhus
Printed in Denmark 2010
ISBN 978-87-574-1683-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Indhold

Forord	15
Kapitel 1. Emne og problemstilling	17
1. Bogens emne og hovedspørgsmål	17
2. Baggrund.....	20
2.1. Retsudviklingen vedrørende ligestilling siden oprettelsen af EF/EU	20
2.2. From Status to Contract to Statute og fra industrisamfund til videnøkonomi	25
3. Fokus	30
3.1. Fokus på handel med varer og tjenesteydelser	30
3.2. Fokus på diskriminationskriterierne i art. 19 EUF (køn, etnicitet, religion, alder, handicap og seksuel orientering) og det abstrakte lighedsprincip (det lige skal behandles lige og det forskellige forskelligt)	31
3.3. Fokus på private aftaler og ikke på (udbud af) offentlige kontrakter	32
3.4. Fokus på civilretlig regulering frem for forfatningsret og strafferet	33
3.5. Fokus på rettigheder og pligter for personer med retsevne, ikke på spørgsmålet, hvem der har retsevne	33
3.6. Både kollisionsperspektiv og integrationsperspektiv på forholdet mellem principperne om ligebehandling og aftalefrihed	34
4. Underliggende retsteori.....	35
4.1. Gældebegrebet i et flerniveau-retssystem (EU-retten i samspil med medlemsstaternes nationale ret). EU-Domstolens rolle	36
4.2. Normer, regler, principper, mv.....	40
4.3. Institutionelle teorier.....	44

Indhold

4.3.1.	Institutionelle teorier i økonomi og politologi	45
4.3.2.	Institutionel retsteori	48
4.3.3.	Institutionelle fakta og »rå« fakta	49
4.3.4.	Kontekstuelte orienterede varianter af retspositivismen	50
4.4.	Kritisk retspositivisme og retssystemets lagdeling	53
5.	Metode.....	56
5.1.	Retsdogmatisk metode (fortolkning af retskilder) som en samfundsvidskabelig metode sui generis	56
5.1.1.	Juridisk metode i civil law og common law traditionerne	56
5.1.2.	Ændringer af hensyn til EU	57
5.1.3.	EU-retlig metode.....	58
5.1.4.	Konstitutionelt demokrati og flertalsdemokrati	59
5.2.	Komparativt perspektiv	62
Kapitel 2. EU-retten og principperne om ligebehandling og aftalefrihed.....		67
1.	Indledning	67
2.	Overordnet sammenhæng: Social bæredygtighed, fri bevægelighed for økonomiske aktører og individuelle grundrettigheder	68
2.1.	Konkurrencedygtig social markedsøkonomi	70
2.2.	Fri bevægelighed for økonomiske aktører på EU's indre marked.....	72
2.3.	Diskriminationsforbud og aftalefrihed som individuelle unionsborgerlige grundrettigheder	75
3.	Ligebehandlingsprincippet	76
3.1.	Generelt om retsudviklingen siden oprettelsen af EF/EU	77
3.2.	Fra Rom-Traktaten til Amsterdam-Traktaten (1958-1999)....	84
3.3.	Fra Amsterdam-Traktaten til Lissabon-Traktaten (1999- 2009)	87
3.3.1.	Ligestilling mellem mænd og kvinder som målsætning for EU. Art. 2 EF	87
3.3.2.	Kønsmainstreaming, art. 3, stk. 2 EF	88
3.3.3.	Hjemmelsbestemmelsen i art. 13 EF	88
3.3.4.	Arbejdsmarkedet bredt.....	89
3.3.5.	Grundlæggende retigheder	89
3.4.	Efter Lissabon-Traktatens ikrafttræden (1.12.2009).....	89
3.4.1.	EU's værdier	90

3.4.2.	EU's målsætning	90
3.4.3.	Mainstreaming	90
3.4.4.	Hjemmelen til at vedtage direktiver til bekæmpelse af diskrimination i art. 19 EUF	91
3.4.5.	Princippet om den tildelte kompetence: Fuld harmonisering og minimumsharmonisering	92
3.4.6.	Grundlæggende rettigheder	96
3.5.	EU's Charter om grundlæggende rettigheder	96
3.5.1.	Gradvis kodifikation af grundrettighederne	97
3.5.2.	Chartrets struktur og indhold	100
3.5.3.	Afsnit III om Ligestilling	101
3.5.4.	Andre bestemmelser	103
3.5.5.	Chartrets retsvirkninger	103
3.6.	Ulovbestemte grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper	109
3.6.1.	EU's grundlæggerettigheder som løftestang for EU-rettens forrang	111
3.6.2.	EU-Domstolens praksis om det generelle lighedsprincip	113
3.6.3.	Anvendelsesområdet for EU's almindelige principper: EU-regulerede områder	115
3.6.3.1.	Implementering af direktiver	118
3.6.3.2.	Restriktioner på fri bevægelighed	119
3.6.3.3.	Unionsborgeres rettigheder	120
3.7.	Ligestillingsdirektiver	120
3.7.1.	Det etniske ligebehandlingsdirektiv	120
3.7.2.	Direktivet om ligestilling mellem kvinder og mænd ved handel med varer og tjenester	122
3.7.3.	Forslaget til horisontalt direktiv	125
3.7.4.	Andre direktiver	130
3.8.	Soft law. Åben koordinering. Lissabon-strategien. Agenda 2020	130
4.	EU-ret og aftalefrihed	132
4.1.	EU's kompetence på det aftaleretlige område. Princippet om den tildelte kompetence	132
4.2.	Aftalefrihed og fri bevægelighed	135
4.3.	Aftalefrihed som grundlæggende rettighed og almindeligt retsprincip	137
4.4.	Aftalefriheden og sekundærreguleringen	139

Indhold

5.	Den akademiske og retspolitiske debat om forbedring af EU-retten på det aftaleretlige område.....	141
5.1.	EU-lovgivers holdning til en fælles referenceramme for europæisk aftaleret/obligationsret	142
5.2.	Akademiske udkast til en fælles referenceramme. Aftalefrihed og diskriminationsforbud heri	145
6.	Konklusion	152

Kapitel 3. Folkeretten og principperne om aftalefrihed og ligebehandling	155
1. Indledning	155
2. Forholdet mellem folkeret og national ret/EU-ret.....	156
2.1. Gennemslagskraft	157
2.2. Den asymmetriske folkeretlige tilgang til diskriminationsværn	157
2.3. Begreberne direkte og indirekte diskrimination	162
2.4. Objective and Reasonable Justification Test	164
2.5. Traktatkompentence	166
2.6. Monistisk og dualistisk teori	167
2.7. Inkorporering af folkeret i national ret	168
2.7.1. Normharmoni. Fortolkningsreglen.....	168
2.7.2. Inkorporering ved lov	169
2.8. Folkeretlige reglers privatretlige virkninger	169
2.8.1. Positive pligter	171
2.8.2. Indirekte horisontal virkning mellem private	172
2.9. Brug af folkeret som inspirations- og legitimationsgrundlag i EU-retten og national ret	175
3. Aftalefrihed og diskriminationsforbud i Europarådets traktater.....	178
3.1. EMRK	179
3.1.1. Torturforbuddet i EMRK art. 3	181
3.1.2. Uskyldsformodningen i EMRK art. 6, stk. 2	182
3.1.3. Ret til respekt for privatlivet og familielivet i EMRK art. 8	183
3.1.4. Religionsfrihed efter EMRK art. 9	184
3.1.5. Det accessoriske diskriminationsforbud i EMRK art. 14	185
3.2. Tillægsprotokol nr. 1 til EMRK	186
3.3. Tillægsprotokol nr. 4 til EMRK	189
3.4. Tillægsprotokol nr. 12 til EMRK	189

3.5.	Den europæiske Socialpagt 1961 og Europarådets reviderede Socialpagt 1996	190
4.	Aftalefrihed og diskriminationsforbud i FN-retsakter om menneskerettigheder	191
4.1.	FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder 1948.....	191
4.2.	FN-Konventionerne om borgerlige og politiske rettigheder (1966) og om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (1966).....	192
4.3.	Etnisk diskrimination/Racediskrimination (CERD, 1965)....	194
4.4.	Diskrimination af kvinder, FN's kvindekonvention (CEDAW 1979).....	197
4.5.	FN's handicapkonvention.....	200
5.	Folkeret som benchmark for CSR (corporate social responsibility) .	205
6.	Konklusion	208
Kapitel 4. National ligestillings- og diskriminationslovgivning		211
1.	Indledning	211
2.	Dansk ret	211
2.1.	Forholdet til EU-retten og folkeretten.....	212
2.2.	En-strenget regulering eller spredt lovgivning.....	216
2.3.	Kønsligestilling ved handel med varer og tjenesteydelser: Ligestillingsloven	218
2.3.1.	Lovens baggrund.....	218
2.3.2.	Lovens hovedindhold.....	219
2.4.	Etnisk ligestilling ved handel med varer og tjenesteydelser: Den etniske ligebehandlingslov	221
2.5.	Særlige ligestillingsorganer	223
2.5.1.	Loven om ligebehandlingsnævnet.....	223
2.5.2.	Institut for Menneskerettigheder som tilsyns- og støtteorgan vedrørende ligestilling	224
2.6.	Sanktioner og processpørgsmål.....	224
3.	Svensk ret	224
3.1.	Grundlovsbestemmelser	224
3.2.	Forholdet til EU-retten og folkeretten.....	225
3.3.	Flerstrenget eller en-strenget regulering: Den svenske diskrimineringslag 2009	226
3.4.	Særlige ligestillingsorganer	231
3.5.	Sanktioner og processpørgsmål.....	232
4.	Norsk ret.....	233
4.1.	Grundlovssikret diskrimineringsværn.....	234

Indhold

4.2.	Forholdet til EU-retten og folkeretten	235
4.3.	En-strengt lovgivning eller spredt lovgivning: Forslaget til samlet diskrimineringslov i 2009	238
4.4.	Likestillingsloven (køn).....	240
4.5.	Diskrimineringsloven (race, etnisk oprindelse og lignende) ..	240
4.6.	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (handicap)	241
4.7.	Særlige ligestillingsorganer	241
4.8.	Sanktioner og processpørgsmål.....	241
5.	Tyskland	242
5.1.	Grundlovsbestemmelser	243
5.1.1.	Weimarforfatningen 1919.....	243
5.1.2.	Den tyske Grundgesetz 1949	244
5.2.	Tysk gennemførelse af de EU-retlige diskriminationsforbud	247
5.3.	En-strengt eller spredt lovgivning: Den tyske AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).....	249
5.3.1.	Definitionerne af diskriminationsbegreberne.....	250
5.3.2.	Civilretligt diskriminationsforbud	251
5.3.3.	Tilladt forskelsbehandling	253
5.4.	Særlige ligestillingsorganer	254
5.5.	Delt bevisbyrde	255
5.6.	Sanktioner	255
6.	England	256
6.1.	Forholdet til EU-retten og folkeretten	257
6.2.	En-strengt eller spredt lovgivning	258
6.2.1.	Equality Bill 2009	258
6.2.2.	Kønsligestilling: Sex Discrimination Act	260
6.2.3.	Race eller etnisk oprindelse	261
6.2.4.	Disability Discrimination Act.....	261
6.2.5.	Alder	262
6.3.	Religion	263
6.3.1.	Seksuel orientering.....	263
6.4.	Særlige ligestillingsorganer	263
	Kapitel 5. Grundliggende begreber om ligestilling og diskrimination	265
1.	Indledning	265
2.	Aftalefrihed, ligestilling og diskrimination	266
2.1.	»Forskelsbehandling/diskrimination« på dansk, »discrimination« på fransk og engelsk, »Diskriminierung« på tysk	268

2.2.	Kompetence til at ligebehandle contra forbud mod diskrimination	270
2.3.	Sammenlignelige situationer: Beskyttelseskriteriet som ægte erhvervsrelevant kriterium.....	272
2.4.	»Ringere« versus »særligt ufordelagtigt«. Bagatelgrænse	273
3.	Direktivdefinerede diskriminationsbegreber. Sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination	275
3.1.	Regler og retningslinjer. Forbud mod direkte og indirekte diskrimination	276
3.2.	Forbud mod at tage hensyn til diskriminationskriteriet (forbud mod direkte diskrimination og chikane) versus pligt hertil (forbud mod indirekte diskrimination)	277
3.3.	Retfærdiggørelse af direkte og indirekte diskrimination	278
3.4.	Den danske ligestillingslov § 3 a.....	280
4.	Direkte diskrimination	283
4.1.	Krav på individuel behandling	283
4.2.	Kausalitetstilgang og/eller sammenligningstilgang	284
4.3.	Flere begrundelser. »but for-testen«.....	284
4.4.	Åben eller skjult diskrimination	285
4.5.	Apartheid. Adskillelse som diskrimination.....	285
4.6.	Det lige skal behandles lige og det forskellige forskelligt.....	286
4.7.	Diskriminationskriteriet+	287
	4.7.1.. Graviditet og barsel.....	289
	4.7.2. Mænd eller kvinder i visse aldersgrupper	289
4.8.	Retfærdiggørelse af direkte diskrimination, særlig diskrimination pga. alder og handicap	290
4.9.	Individuelt identificerbare ofre eller mangel på samme	292
4.10.	Rimelig tilpasning (til handicappede)	293
5.	Indirekte diskrimination/forskelsbehandling.....	294
5.1.	Den nugældende EU-retlige definition	297
5.2.	Den historiske udvikling.....	298
5.3.	Tilsyneladende neutral bestemmelse, kriterium eller praksis. Suspekte kriterier.....	301
5.4.	Retfærdiggørelse af kriterier med potentiel kønsskæv, etnisk skæv, mv. effekt.....	302
5.5.	Legitimt formål contra sagligt formål	303
	5.5.1. Problemstilling.....	303
	5.5.2. Lovudviklingen.....	305
	5.5.3. Grunde til at diskriminere i forbindelse med kontrahering	307

Indhold

5.5.4. Individuelle hensyn til enkeltvirksomheder versus samfundsmaessige hensyn.....	308
6. Chikane	310
7. Sexchikane	312
8. Instruktion om at diskriminere	313
9. Mainstreaming og positive foranstaltninger.....	313
9.1. Mainstreaming og forbud mod direkte og indirekte diskrimination	314
9.2. Positiv særbehandling.....	318
9.2.1. EU-Domstolens praksis om positiv særbehandling: Proportionalitetsprincippet.....	319
9.2.2. Er positiv særbehandling en undtagelse fra ligebehandlingsprincippet eller en afklaring af begrebet ligestilling?	320
10. Beskyttelseskriterier/diskriminationskriterier	321
10.1. Køn.....	323
10.2. Race eller etnisk oprindelse	324
10.3. Religion eller tro	325
10.4. Handicap	329
10.4.1. Interaktivt begreb	329
10.4.2. Sygdom og handicap.....	330
10.4.3. Varigheden af funktionshindringen	330
10.5. Alder.....	331
10.6. Seksuel orientering	331
10.7. Nationalitet.....	332
10.8. Andre kriterier, art. 9 EU og art. 21 i Chartret om grundlæggende rettigheder	334
Kapitel 6. Anvendelsesområde	337
1. Indledning	337
2. Pligtsubjekter	338
2.1. Regelgrundlaget.....	338
2.2. Erhvervsvirksomheder contra private som pligtsubjekter	342
2.2.1. Tilgængelige for offentligheden	343
2.2.2. Uden persons anseelse	344
2.2.3. Uden for privat- og familielivet.....	345
2.2.4. Begrensningen til erhvervsmæssig virksomhed i forarbejderne til dansk lovgivning.....	347
2.2.5. Massengeschäfte i tysk ret	351
2.2.6. Diskussionen i svensk ret.....	352

2.3.	Tjenesteyderes ansvar for ansatte.....	353
2.3.1.	Arbejdstageres eget ansvar	354
2.3.2.	Arbejdsgiveres hæftelsesansvar for personalets handlinger.....	356
2.4.	Tjenesteyderes ansvar for kunder, klienter, patienter mv., der diskriminerer/chikanerer andre kunder mv.....	357
3.	Rettighedssubjekter.....	357
3.1.	Personer tilknyttet andre, der omfattes af et beskyttelseskriterium	359
3.2.	Juridiske personer	361
3.3.	Tredjelandsstatsborgere.....	363
3.4.	Forbrugere og andre.....	364
4.	Varer og tjenesteydelser, herunder bolig.....	364
4.1.	Tjenesteydelsesbegrebet i EU-retten.....	364
4.2.	Bolig.....	366
4.3.	Forsikring og pension	369
4.3.1.	Aktuarmæssige faktorer.....	374
4.3.2.	Graviditet og moderskab.....	377
4.4.	Medieindhold og reklame.....	378
4.5.	Uddannelse.....	379
4.6.	Arbejdsmarkedet.....	379
5.	Diskriminerende kontrahering.....	379
5.1.	Diskriminerende kontraheringsnægtelse.....	382
5.2.	Markedsføringsret (urimelig handelspraksis/god markedsføringsskik) og kontraktret	384
5.2.1.	Fuld harmonisering eller minimumsharmonisering	385
5.2.2.	Tilgift.....	386
5.2.3.	Medietjenester	388
5.3.	Diskriminerende kontraktindgåelse	388
5.4.	Forbrugerkaution	388
5.5.	Diskriminerende kontrakttopfyldelse	389
5.6.	Diskriminerende kontraktvilkår. Ugyldighed/uvirksomhed af aftaler	390
Kapitel 7. Håndhævelse.....	393	
1.	Indledning	393
2.	Generelt om de EU-retlige rammer	394

Indhold

2.1.	Almene EU-retlige principper vedr. sanktions- og processpørgsmål: Ækvivalens-, effektivitets- og proportionalitetsprincippet	394
2.2.	Victimisering/repressalier	398
2.3.	Præventionshensyn	399
2.4.	Acquis Principles og Draft Common Frame of Reference.....	401
3.	Sanktioner	402
3.1.	Naturalopfyldelse.....	403
3.2.	Økonomisk kompensation	405
3.3.	Mindstekrav til sanktionerne	407
3.3.1.	Rent symbolske sanktioner	407
3.3.2.	Ansvarsgrundlag strengere end culpa.....	408
3.3.3.	Kompensation for økonomisk tab	410
3.3.4.	Renter og maksimum for kompensation	411
3.4.	Statsligt erstatningsansvar	413
4.	Processpørgsmål	416
4.1.	Adgang til en domstol.....	417
4.2.	Søgsmålskompetence/Retlig interesse	418
4.3.	Uafhængig og upartisk domstol	419
4.4.	Forhandlingsprincippet.....	419
4.5.	Frister	420
5.	Bevisspørgsmål – delt bevisbyrde	421
5.1.	EU-baggrunden.....	422
5.1.1.	EU-Domstolens praksis	423
5.1.2.	EU-lovgivning og praksis.....	424
5.2.	National lovgivning og praksis.....	426
5.3.	Den delte bevisbyrdes første fase: Påvisning af faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode diskrimination	427
5.4.	Den delte bevisbyrdes anden fase: Bevis for, at der ikke er sket diskrimination.....	427
6.	Nye ligestillingorganer	427
6.1.	Uafhængige organer til fremme af ligestilling.....	428
6.2.	Ligebehandlingsnævnet.....	431