

1. Bogens struktur og terminologi, materiale og metode

1.1. Struktur

Bogen er struktureret på følgende måde. Den er opdelt i tre dele. I Del I gives generelle kommentarer til hele loven og de folkeretlige, EU-retlige og danske ligestillingsretlige sammenhænge, den indgår i.

Del II indeholder kommentarer til de enkelte §'er i ligebehandlingsloven.

Del III er en bilagsdel. Bilag 1 indeholder den første ligebehandlingslov fra 1978. bilag 2 det første ligebehandlingsdirektiv (76/207/EØF), bilag 3 ændringsdirektivet til ligebehandlingsdirektivet fra 2002 (2002/73/EF), bilag 4 det nugældende direktiv om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd (2006/54/EF), bilag 5 forældreorlovsdirektivet (2010/18/EU), bilag 6 graviditetsdirektivet (92/85/EØF), bilag 7. ILO-konvention nr. 111 om diskrimination i beskæftigelse og erhverv, bilag 8 FN's kvindekonvention CEDAW. Bilag 9 indeholder resuméer af domme fra EU-Domstolen om kønsligestilling og bilag 10 indeholder den svenske diskrimineringslag.

1.2. Terminologi: forskelsbehandling eller diskrimination, EU-ret eller EF-ret

Hovedreglen i de kommenterede regler er forbud mod direkte og indirekte diskrimination pga. race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse. Disse diskriminationsforbud gennemfører EU-retlige og folkeretlige diskriminationsforbud. På de store EU-sprog kaldes det, der er tale om, »discrimination« (engelsk), »discrimination« (fransk) og »Diskriminierung« (tysk). Den svenske version af beskæftigelsesdirektivet taler om »diskriminering«. Jeg har i overensstemmelse hermed valgt at tale om diskrimination.

I de danske versioner af EU-direktiverne om diskriminationsforbud oversættes »discrimination« i de engelsksprogede versioner til forskelsbehandling i de danske versioner. Det skete første gang i det oprindelige

1. Bogens struktur og terminologi, materiale og metode

ligelønsdirektiv fra 1975,¹ hvis artikel 1 i den engelske version lyder (min kursivering):

The principle of equal pay for men and women outlined in Article 119 of the Treaty, hereinafter called 'principle of equal pay', means, for the same work or for work to which equal value is attributed, the elimination of all *discrimination* on grounds of sex with regard to all aspects and conditions of remuneration.

og i den danske version lyder (min kursivering):

Det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt »ligelønsprincippet«, indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver *forskelsbehandling* med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.

Dette træk ved de danske sprogversioner genfindes i alle senere EU-direktiver om ligestilling/anti-diskrimination.

ILO-konvention nr. 111 blev vedtaget i 1958 og ratificeret af Danmark i 1960, se nærmere nedenfor i afsnit 3 om den folkeretlige baggrund. Konventionens engelske titel er »Convention (Employment and Occupation) on Discrimination«. Bekendtgørelsen om Danmarks ratifikation af konventionen har titlen Bekendtgørelse af konvention om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.²

Den danske lovgiver har i snart 50 år kaldt lovgivning om diskrimination for lovgivning om forskelsbehandling. Danske domstole følger den danske lovgivers sprogbrug.

Brug af ordet forskelsbehandling i en lov, der forbyder diskrimination, kan give anledning til den misforståelse, at det, der forbydes, er forskellig behandling, hvilket er forkert. Det, der forbydes ved et EU-baseret diskriminationsforbud, er ringere behandling af nogen pga. det forbudte diskriminationskriterium, i relation til ligebehandlingsloven køn. Forskellig,

1. 1975/117/EEC, på dansk 1975/117/EØF.

2. Konventionens engelske titel er Convention (Employment and Occupation) on Discrimination. BKI nr. 8 fra 1961 om Danmarks ratifikation af konventionen har titlen Bekendtgørelse af konvention om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

men ligeværdig behandling af kvinder og mænd er ikke diskrimination, se nærmere nedenfor i kommentaren til lovens § 1.

Jeg har derfor valgt at lægge mig tættere op ad den internationale og EU-retlige terminologi end den, der sædvanligvis benyttes i dansk lov- og domssprog, og kalde forbudt diskrimination for diskrimination. I direkte citat af lovbestemmelser eller retsafgørelser, der anvender ordet forskelsbehandling, gengiver jeg dog dette, men når jeg selv siger noget om diskrimination, bruger jeg ordet diskrimination.³

Ved Rom-traktaten, der trådte i kraft den 1. januar 1958, oprettedes Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF), sædvanligvis kaldet EF.⁴ Ved Maastricht-traktaten, der trådte i kraft den 1. november 1993, oprettedes Den Europæiske Union (EU), idet den første version af EU-traktaten (TEU) blev vedtaget. I perioden fra Maastricht-traktaten til Lissabon-traktaten, der trådte i kraft den 1. december 2009, fandtes både EF og EU.

Efter Lissabon-traktatens gennemførelse er terminologien ændret, så man i EU-retskilder er holdt op med at tale om EF og fællesskabsret. Det hele kaldes nu EU og EU-ret. Artikel 1, stk. 3 TEU in fine lyder:

Unionen træder i stedet for og efterfølger Det Europæiske Fællesskab

-
3. Se for samme terminologivalg Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht og Christina D. Tværnø: *Ligestillingslovene med kommentarer*, bd. 1 – *Forskelsbehandlingsloven, den etniske ligebehandlingslov, ligestillingsloven, kønsbalance i ledelse, særlige ligebehandlingsorganer (Ligebehandlingsnævnet og Institut for Menneskerettigheder) og Grundlæggende regler, begreber og principper*, Kbh. 2015 og Agnete L. Andersen, Trine Hougaard, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen og Christina D. Tværnø: *Ligestillingslovene med kommentarer*, bd. 2 – *Ligebehandlingsloven, ligelønsloven, barselsloven, barselsudligningsloven, lov om barselsudligning for selvstændigt erhvervsdrivende og lov om ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser*, Kbh. 2016.
 4. EU (den Europæiske Union) begyndte som EØF (det Europæiske Økonomiske Fællesskab) den 1. januar 1958. Ved Maastricht-traktatens ikrafttræden den 1. november 1993, hvor EU blev oprettet, ændredes navnet EØF til EF (det Europæiske Fællesskab). I Danmark omtales både EØF og EF af politikere og praktikere normalt som EF. I denne bog vil jeg følge denne terminologi, uanset at den korrekte juridiske betegnelse fra 1. januar 1958 til 1. november 1993 var EØF (det Europæiske Økonomiske Fællesskab). Ved Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 udgik betegnelsen EF og fællesskabsret af den fremtidige EU-retlige terminologi. Nu hedder det hele EU og EU-ret. Retsakter, fx direktiver fra før 1. december 2009, benævnes dog stadig med henvisning til EØF eller EF. Se nærmere om den historiske udvikling Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: *EU Ret*, Kbh. 2016 kapitel 1.

1. Bogens struktur og terminologi, materiale og metode

I denne bog benytter jeg betegnelsen EU-ret både om den ret, der er udviklet før og efter Lissabon-traktaten. Jeg kalder således, det, der tidligere kaldtes for EF-ret, for EU-ret, undtagen i tilfælde, hvor det har særlig betydning at markere forskellen mellem EF-ret og EU-ret. Mange traktatbestemmelser, der går tilbage til Rom-traktaten, har skiftet numre – ofte flere gange – gennem årene. Jeg henviser til de aktuelle numre, også når jeg omtaler de gamle versioner af en bestemmelse.

1.3. Materiale, metode og retsteori

Nærværende kommentar bygger på et traditionelt retskildemateriale, dvs. lovgivning i vid forstand på dansk, EU-retligt og folkeretligt niveau, retspraksis og den juridiske litteratur. Den metode, der anvendes, er en til EU-retten tilpasset version af den retsdogmatiske metode, der benyttes til at finde det relevante kildemateriale, vurdere dets relevans og afveje forskellige retskildeelementer over for hinanden, herunder belyse samspillet mellem retskilder af dansk, EU-retlig og folkeretlig oprindelse i gældende dansk ligestillingsret. De relevante folkeretlige og EU-retlige retskilder⁵ er tilgængelige på internettet uden brugerbetaling. Det samme gælder dansk lovgivning.⁶ Danske domme er stadig primært tilgængelige gennem betalingsdatabaser. Ved udarbejdelsen af nærværende kommentar har jeg benyttet Karnov Online og Arbejdsretsportalen+. Ligebehandlingsnævnets afgørelser er tilgængelige på retsinfo.dk og på nævnets hjemmeside.⁷ Der er ikke foretaget selvstændige undersøgelser af utrykte afgørelser. Her støtter jeg mig på den eksisterende litteratur. De utrykte domme fremgår af domsoversigten i Agnete L. Andersen, Trine Hougaard, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 2, Kbh. 2016, tilgængelig på Arbejdsretsportalen+, bilag A 4. De trykte domme fremgår af bilag A 5. Se i det hele for en gennemgang af afgørelsesmaterialet kapitel II.

Ved fortolkning af retskildematerialet benyttes i den retsdogmatiske metode stort set fire fortolkningsmetoder:⁸

-
5. EMD's domme kan findes på <http://hudoc.echr.coe.int/eng>. EU-retlige retskilder på eur-lex.europa.eu. EU-Domstolens hjemmeside ligger på curia.europa.eu.
 6. Love og forarbejderne til danske love kan findes via Retsinformation retsinfo.dk og Folketingets database ft.dk.
 7. <https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet>.
 8. Jan Komárek: Legal Reasoning in EU Law in Anthony Arnall and Damian Chalmers (eds): *The Oxford Handbook of European Union Law*. Oxford 2015.

- 1) ordlydsfortolkning (tekstfortolkning),
- 2) systematisk fortolkning, hvor der tages hensyn til den kontekst, en retskilde indgår i, om det fx udelukkende er national ret eller en blanding af dansk ret, EU-ret og folkeret,
- 3) historisk fortolkning, se nedenfor i afsnit 4.1 om den historiske udvikling i EU, og
- 4) formålsfortolkning (teleologisk fortolkning), herunder om formålet er at realisere det indre marked gennem øget fri bevægelighed eller om formålet er at realisere ØMU'en, se nærmere nedenfor i afsnit 4 om EU-konteksten.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og EU-Domstolen anvender en dynamisk fortolkningsstil. EMD udtalte fx i Sigurjónsson-sagen⁹ om EMRK's beskyttelse af den negative organisationsfrihed (forbud mod eksklusivklausuler):

it should be recalled that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst other authorities, the Soering v. the United Kingdom judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 40, para. 102). Accordingly, Article 11 (artikel 11) must be viewed as encompassing a negative right of association.

Dynamisk fortolkning¹⁰ indebærer, at retlige tekster, der er vedtaget for nogle år siden, skal fortolkes i lyset af de aktuelle forhold på fortolknings-tidspunktet. Systematisk, historisk og teleologisk fortolkning bliver derfor en væsentlig del af den retsdogmatiske fortolkning til supplement af tekstfortolkning. I nærværende lovkommentar anvender jeg ligesom EMD og EU-Domstolen en dynamisk fortolkning, hvor jeg kombinerer de fire foran nævnte fortolkningsmetoder.

Ved tekstfortolkning fastslår fortolkeren ordenes mening. Ligebehandlingsloven implementerer EU-direktiver og skal fortolkes EU-konformt. I EU-retten er der 23 forskellige sprogversioner, som alle er gyldige i hele EU-området. Den danske ligebehandlingslov skal derfor ikke fortolkes EU-konformt udelukkende i forhold til de danske versioner af de under-

9. Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, Application No. 16130/90. Se om organisationsfrihed og eksklusivklausuler Ruth Nielsen: Dansk Arbejdsret, Kbh. 2016 kapitel 3.

10. Se for en kritisk holdning til dynamisk fortolkning Jørgen Steen Sørensen: Aktivistiske domstole – Et blik på Europa og Danmark, Juristen nr. 3 2017 s. 73.

liggende direktiver, men principielt i forhold til samtlige sprogversioner. I praksis lægges hovedvægten på den franske, engelske og tyske version.¹¹

Ved systematisk fortolkning fortolkes en retskilde i lyset af, hvor i retssystemet den findes. Der findes flere love, der handler om det samme eller næsten det samme som ligebehandlingsloven, fx ligestillingsloven og selskabslovens regler om kønsbalance i ledelsen af store selskaber. Forskellige love om ligestilling skal fortolkes i lyset af hinanden.

Ved historisk fortolkning fortolkes en retskilde i et evolutionært perspektiv. Den første version af ligebehandlingsloven er fra 1978. Der er sket en betydelig udvikling både i den underliggende EU-ret og i dansk ligestillingsret i de seneste 40 år.

Ved formålsfortolkning (teleologisk fortolkning) fortolkes reglen i lyset af formålet med den. Det er sædvanligt at se EU-Domstolens fortolkninger som udtryk for teleologisk fortolkning.

På det retsteoretiske plan er fremstillingen baseret på europæisk, realistisk retspositivisme. Europæisk, realistisk retspositivisme er en syntese af retspositivismen som udformet af Hans Kelsen og videreudviklet af Tuori i »Critical legal positivism« og Ross' realistiske retsteori. Retten ansues ud fra en monistisk synsvinkel, hvor danske retskilder, EU-retlige retskilder og folkeretlige retskilder ses som ét stort, integreret retssystem. Gyldig ret (gældende ret) defineres som regler, der anvendes i juridisk praksis, fordi anvenderne på grundlag af en retsdogmatisk analyse, der behandler national ret, EU-ret og folkeret som et integreret system, finder, at de hører til retssystemet.

11. Se nærmere Tvarnø & Nielsen: *Retskilder og Retsteorier*, Kbh. 2017.

Del I

Generelle kommentarer til hele loven
og de folkeretlige, EU-retlige og
danske ligestillingsretlige sammenhænge,
den indgår i

2. Danske ligestillingsregler

2.1. De vigtigste love

I Danmark er hovedlovene om kønsligestilling:¹

- ligelønsloven
- ligebehandlingsloven
- lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til forsikring, pension og lignende finansielle ydelser
- ligestillingsloven
- barselsloven
- barseludligningsloven

Arbejdsmiljøregler om det psyko-sociale arbejdsmiljø overlapper chikarenereglerne i ligebehandlingsloven. Nutidig dansk ligestillingslovgivning startede i 1970'erne efter Danmarks indtræden i EF/EU den 1. januar 1973.

Det første EU-direktiv om ligebehandling fra 1976² blev gennemført ved ligebehandlingsloven i 1978. Ligebehandlingsloven blev samarbejdet med loven om barselsorlov i 1989 og ændret flere gange i de følgende år. Graviditetsdirektivet,³ der er et særdirektiv inden for rammedirektivet om arbejdsmiljø,⁴ indeholder dels regler om beskyttelse af gravide mod udsættelse for farer (kemikalier, natarbejde, mv.), dels regler om barselsorlov. Direktivet blev oprindeligt implementeret i Danmark på det ansættelsesretlige område i ligebehandlingsloven. Det er nu implementeret dels i ligebehandlingsloven, dels i barselsloven.

-
1. Se for en kommentar til alle ligestillingslovene Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 1, Kbh. 2015, tilgængelig på Arbejdsretsportalen+ og Agnete L. Andersen, Trine Hougaard, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 2, Kbh. 2016, tilgængelig på Arbejdsretsportalen+.
 2. 76/207/EØF, ændret ved 2002/73/EF. Nu ophævet og afløst af direktiv 2006/54/EF om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd i beskæftigelse og erhverv.
 3. 92/85/EØF.
 4. 89/391/EØF.

2. Danske ligestillingsregler

Samtidig med ligebehandlingsloven af 1978 vedtoges i 1978 en lov om Ligestillingsrådet, der er en forløber for ligestillingsloven. I 2000 vedtoges den nugældende lov om ligestilling af kvinder og mænd. Loven⁵ afløste lov om ligestilling mellem mænd og kvinder, fra 1988,⁶ udvalgsloven⁷ og bestyrelsesloven.⁸

2.2. Ligestillingsloven som tilbagefaldsregel for ligebehandlingsloven, der er tilbagefaldsregel for ligelønsloven

Ligelønsloven er *lex specialis* i forhold til ligebehandlingsloven, der er *lex specialis* i forhold til ligestillingsloven. Generelt virker tilbagefaldsregler således, at hvis en sag fx vedrører et aspekt af ligeløn, som er specifikt nævnt i ligelønsloven, bliver loven brugt som retsgrundlag for afgørelsen. Hvis en sag vedrører et aspekt af ligeløn, som ikke er nævnt i ligelønsloven, vil ligebehandlingsloven, der handler om arbejdsvilkår, blive anvendt som tilbagefaldsregel, idet løn er et arbejdsvilkår. Såfremt ligebehandlingsloven ligeledes ikke omfatter aspektet, anvendes ligestillingsloven som tilbagefaldslov og dermed som retsgrundlag.

Som eksempel kan nævnes godtgørelse som sanktion for kønsdiskrimination vedrørende ligeløn. Før 2008, da det nugældende direktiv om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder⁹ blev implementeret i ligelønsloven, var der ikke hjemmel til at tilkende godtgørelse i ligelønsloven. I årene før 2008 blev godtgørelse for kønsdiskrimination vedrørende ligeløn tilkendt efter ligebehandlingsloven.¹⁰

Som et andet eksempel kan nævnes forbuddet i ligebehandlingslovens § 5 a mod, at arbejdsmarkedsorganisationer (fagforbund, arbejdsgiverorganisationer og lignende) diskriminerer pga. køn. I ligebehandlingslovens § 14, der hjemler godtgørelse, henvises der kun til overtrædelse af §§ 2-5 og ikke til § 5 a. Tilsvarende er § 5 a ikke nævnt i lovens § 16 a om

5. Se for en kommentar til ligestillingsloven Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 1, Kbh. 2015, tilgængelig på Arbejdsretsportalen+ kapitel III.

6. Lov nr. 238 af 20. april 1988 med ændringer.

7. Lov nr. 157 af 24 april 1985.

8. Lov nr. 427 af 13. juni 1990.

9. 200/54/EF.

10. Se nærmere Agnete L. Andersen, Trine Hougaard, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 2, Kbh. 2016, tilgængelig på Arbejdsretsportalen+ kapitel II, afsnit 1 om ligelønsloven.

2.2. Ligestillingsloven som tilbagefaldsregel for ligebehandlingsloven

delt bevisbyrde. Man kan derfor spørge, om Danmark har fejlimplementeret direktivet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i beskæftigelse og erhverv, idet der ikke i ligebehandlingsloven er hjemmel til godtgørelse eller delt bevisbyrde ved overtrædelse af § 5 a. Svaret er nej. Hvis en arbejdsmarkedsorganisation overtræder ligebehandlingslovens § 5 a, kan et krænket individ kræve godtgørelse efter ligestillingslovens § 3 c og delt bevisbyrde efter ligestillingslovens § 2, stk. 4, idet ligestillingsloven er opsamlingslov eller tilbagefaldslov i forhold til ligebehandlingsloven.

Det er vigtigt at inddrage ligestillingsloven i forståelsen af dansk ret om ligebehandling, og nødvendigt for at Danmark opfylder de underliggende EU-regler, da ligebehandlingsloven på flere punkter er for snæver i forhold til det underliggende direktiv om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd. Eksempelvis er et jobcenter ikke omfattet af forbuddet mod kønsdiskrimination i ligebehandlingsloven, da jobcentre er offentlige instanser, og ligebehandlingsloven ikke generelt forbyder offentlige myndigheder at kønsdiskriminere, men kun når de optræder i visse roller, især som arbejdsgivere. Derfor vil tilbagefaldsreglen, hvis en person bliver diskrimineret af et jobcenter, være at finde i ligestillingsloven, der i § 2 indeholder et meget bredt forbud mod kønsdiskrimination, der bl.a. omfatter alle offentlige myndigheder. Ligestillingslovens forbud mod kønsdiskrimination er bredere end ligebehandlingslovens forbud mod kønsdiskrimination vedrørende pligtsubjekter, godtgørelse og delt bevisbyrde samt viktimisering.

Forbuddet mod kønsdiskrimination i ligestillingslovens § 2 forpligter enhver arbejdsgiver, myndighed og organisation inden for offentlig forvaltning og almen virksomhed og myndigheder og organisationer og alle personer, som leverer varer og tjenesteydelser, der er tilgængelige for offentligheden til ikke at kønsdiskriminere.

Ligebehandlingsloven (§§ 2-5 a) forpligter arbejdsgivere, enhver, der driver erhvervsvejlednings- og uddannelsesvirksomhed, enhver, der fastsætter bestemmelser og træffer afgørelse om adgang til at udøve et selvstændigt erhverv og om vilkår for udøvelse af et sådant erhverv, enhver, der fastsætter bestemmelser og træffer afgørelse om erhvervsuddannelse mv. og enhver, der træffer beslutning om medlemskab af og deltagelse i en lønmodtager- eller arbejdsgiverorganisation eller i organisationer, hvis medlemmer udøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisationer giver medlemmerne.

Ligestillingsloven hjemler godtgørelse (§ 3 c) og delt bevisbyrde (§ 2, stk. 4) i forhold til alle lovens pligtsubjekter, ligebehandlingsloven hjem-

2. Danske ligestillingsregler

ler ikke godtgørelse og delt bevisbyrde ved kønsdiskrimination begået af arbejdsmarkedsorganisationer.

Ligestillingslovens § 2 b forbyder viktimisering for alle lovens pligtsubjekter. Ligebehandlingslovens § 15 forbyder kun arbejdsgivere at begå viktimisering, mens problemet ikke nævnes i relation til lovens øvrige pligtsubjekter.

Ud over det brede diskriminationsforbud i lovens § 2 har ligestillingsloven i § 1 en definition af ligestilling, der også er væsentlig i forhold til ligebehandlingsloven. Ligestillingslovens § 1 lyder:

§ 1. Lovens formål er at fremme ligestilling mellem kvinder og mænd, herunder lige integration, lige indflydelse og lige muligheder i alle samfundets funktioner med udgangspunkt i kvinders og mænds lige værd. Lovens formål er desuden at modvirke direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af køn samt at modvirke seksuel chikane.

Se nærmere om ligestillingsbegrebet nedenfor i kommentaren til ligebehandlingslovens § 1, der anvender ordet ligestilling, men ikke definerer det.

2.3. Særlige klageorganer vedrørende diskrimination (Ligebehandlingsnævnet og Institut for Menneskerettigheder)¹¹

Da ligestillingsloven blev vedtaget i 2000, indeholdt den i kapitel 6 (§§ 18-23) regler om oprettelse af et klagenævn (Ligestillingsnævn) til behandling af tvister om diskrimination pga. køn. Ligebehandlingsnævnet blev oprettet ved lov i 2008 og trådte i funktion den 1. januar 2009. Fra denne dato blev Ligestillingsnævnet nedlagt og dets kompetenceområde overtaget af Ligebehandlingsnævnet, der tillige fik kompetence til at behandle klager over overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, dvs. sager om diskrimination i arbejdslivet pga. race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse, og loven om etnisk ligebehandling, dvs. sager om etnisk diskrimination uden for arbejdsmarkedet.

11. Se nærmere Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht og Christina D. Tvarnø: Ligestillingslovene med kommentarer, bd. 1, 7. udgave, Kbh. 2015 kapitel 5, også online på Arbejdsretsportalen.

Institut for Menneskerettigheder blev i 2003 udpeget til at være særligt EU-ligebehandlingsorgan vedrørende etnicitet i Danmark. Instituttets kompetence blev i 2011 udvidet til også at omfatte køn. Kompetencen vedrørende køn, race eller etnicitet fremgår af § 2, stk. 2, i lov om Institut for Menneskerettigheder.

2.4. Anden lovgivning

2.4.1. Grundloven

Grundlovens tekst er ikke ændret siden 1953. Hvis man holder sig til en ordlydsfortolkning, gælder der ikke et forbud mod kønsdiskrimination af forfatningsrang i Danmark.

Den kontekst, grundloven indgår i, er imidlertid meget væsentligt ændret, navnlig som følge af Danmarks medlemskab af EU og den fremadskridende integration mellem dansk ret og EU-ret. Gældende dansk ret om den forfatningsretlige beskyttelse mod diskrimination er derfor væsentlig anderledes i dag (2019) end i 1953. Store dele af lovgivningsmagten i Danmark er overført til EU, og domstolsstrukturen er ændret. Almindelige EU-retlige principper bl.a. om forbud mod diskrimination har direkte virkning i Danmark. Hvis man anlægger en monistisk synsvinkel og ser på det integrerede system, danske retskilder, EMRK og EU-retlige retskilder udgør, gælder der et generelt diskriminationsforbud af forfatningsrang i Danmark, og forfatningen er ændret.¹²

2.4.2. Lov nr. 100

I 1875 fik kvinder adgang til at aflægge juridisk embedseksamen ved Københavns Universitet,¹³ men det indebar ikke adgang til studiestøtte eller til stillinger, end ikke kompetence for arbejdsgivere, der måtte ønske det, til at ansætte kvinder. Først ved lov nr. 100 af 4. marts 1921 blev der generelt givet offentlige myndigheder kompetence til at ansætte kvinder, hvilket efterhånden blev fortolket som et forbud mod at tage hensyn til køn ved offentlig ansættelse.

12. Se herom Ruth Nielsen: EU-arbejdsret, Kbh. 2019 kapitel 3.

13. Se herom Inger Dübeck: »Lærde damer«, kvindelige akademikere og kvindelige jurister i Inger Dübeck, Jytte Lindgård og Ruth Nielsen (red.): Jura og kvinder. Festskrift i anledning af 100-året for kvinders adgang til juridisk embedseksamen, Kbh. 1975 s. 11.

2. Danske ligestillingsregler

2.4.3. Loven om inkorporering af Menneskeretskonventionen

I 1992 blev Den europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) inkorporeret i dansk ret ved lov. I Føtex-sagen,¹⁴ der blev afgjort af Højesteret i januar 2005, fandt Højesteret, at artikel 9 i EMRK om religionsfrihed ikke var overtrådt ved en arbejdsgivers forbud mod, at ansatte bar det muslimske tørklæde. Se om de i forhold til ligestillingslovgivningen relevante bestemmelser i EMRK nedenfor i afsnittet om folkeret.

2.4.4. Markedsføringsloven, navnlig § 3 om god markedsføringskik

Køns- og etnisk diskrimination i reklame er omfattet af markedsføringslovens § 3. Kønsdiskriminerende reklame indebærer en overtrædelse af såvel markedsføringsloven som ligestillingsloven. Forbrugerombudsmanden udsendte i 1993 retningslinjer om kønsdiskriminerende reklame. Forbrugerombudsmanden fremlagde nye »Retningslinjer om kønsrelateret reklame« den 1. april 2012. Retningslinjerne er opdateret til det medie- og modebillede, som er en del af hverdagen, som giver et betydeligt spillerum for brug af nøgenhed og erotik i kønsrelaterede reklamer. Retningslinjerne fastslår god markedsføringskik, jf. markedsføringslovens § 3, stk. 1, i forhold til kønsrelateret reklame og skal skabe mere klare og præcise anvisninger med det formål dels at sikre konkurrence, dels at beskytte forbrugerne imod ulovlig kønsrelateret reklame.

2.4.5. Erstatningsansvarslovens § 26

Efter erstatningsansvarslovens § 26 skal den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person, betale den forurettede godtgørelse for tort. I retspraksis er der i visse tilfælde givet tortgodtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26 i kombination med godtgørelse efter ligebehandlingsloven, se fx en sag,¹⁵ hvor en arbejdsgiver (et rederi) og en ansat blev dømt til solidarisk at betale en godtgørelse på 25.000 kr. for seksuel chikane begået af en hovmester over for en stewardesse. Rederiet hæftede efter ligebehandlingslovens § 14, jf. § 4, den ansatte efter erstatningsansvarslovens § 26.

14. U 2005.1265 H.

15. U 1993.331 SH.

2.5. Kollektive overenskomster

Til Samarbejdsaftalen mellem LO og DA¹⁶ er der knyttet en tillægsaftale om ligebehandling og integration. Tillægsaftalen omfatter alle forhold, der fremmer ligebehandling af kvinder og mænd, samt integration mellem danske arbejdstagere og arbejdstagere med anden etnisk baggrund. Der findes tilsvarende regler på det offentlige område.

Ligeløns- og ligebehandlingsloven er subsidiære i forhold til kollektive overenskomster, som sikrer det samme niveau som de pågældende love. Ligestillingsloven er ikke subsidiær i forhold til regulering ved kollektiv overenskomst.

2.6. Praksis

Der findes omfattende praksis om kønsdiskrimination både fra EU-Domstolen og danske domstole og Ligebehandlingsnævnet. Resumeer af afgørelserne fra EU-Domstolen er optrykt som bilag 9.

2.7. Forvaltningsretlig og arbejdsretlig lighedsgrundsætning, saglighedskrav og lignende

Der var frihed for private arbejdsgivere til at diskriminere pga. køn før EF/EU-medlemskabet den 1. januar 1973. Det var fx lovligt for en privat arbejdsgiver at fyre en arbejdstager pga. graviditet. For offentlige myndigheder/arbejdsgivere gælder der visse grænser for udøvelsen af ledelsesretten, herunder legalitetsprincippet, saglighedskrav og proportionalitetsprincippet. Offentlige arbejdsgivere, jobcentre og alle andre offentligtretlige organer er bundet af den almindelige forvaltningsretlige lighedsgrundsætning og må allerede af den grund ikke diskriminere pga. køn.

EU-rettens integration i dansk ret giver formentlig grundlag for at opstille et almindeligt saglighedskrav til både offentlige og private arbejdsgivere i individuelle ansættelsesforhold. På traditionelle kollektivarbejdsretlige områder, som fx i forhold til spørgsmålet om konflikters lovlige formål eller en arbejdsgivers ret til at indføre kontrolforanstaltninger, har princippet i mange år været anerkendt i dansk ret.

Saglighedskravet indebærer,¹⁷ at arbejdsgiveren på EU-regulerede områder skal have et lovligt formål, og at de anvendte midler skal være eg-

16. Samarbejdsaftalen af 9. juni 1986, som ændret ved aftale af 27. oktober 2006.

17. Se nærmere Ruth Nielsen: EU-arbejdsret, Kbh. 2019 kapitel 7.

2. Danske ligestillingsregler

nede til at realisere målet og ikke må være mere vidtgående end nødvendigt. Proportionalitetsprincippet skal således respekteres.

Hverken det kollektiv arbejdsretlige eller det forvaltningsretlige saglighedskrav indeholdt før implementeringen af EU-reglerne om ligestilling forbud mod kønsdiskrimination og fremme af lige muligheder, der var lige så vidtgående som EU-kravene.

2.8. Ændringer af ligebehandlingsloven fra 1978 til i dag (2019)

2.8.1. Generelt

Efter vedtagelsen af ligebehandlingsdirektivet i 1976¹⁸ vedtog Danmark til gennemførelse heraf lov nr. 161 af 12. april 1978 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse. Den første version af ligebehandlingsloven er optrykt som bilag 1. Den oprindelige lov er stort set bevaret, idet senere ændringer af loven er gennemført ved, at der er tilføjet nye paragraffer som fx § 5 a mellem de oprindelige paragraffer eller i slutningen af loven. I 2002 vedtog EU en ændring til ligebehandlingsdirektivet,¹⁹ hvor især definitionerne blev ændret. Graviditetsdirektivet,²⁰ der blev vedtaget i 1992, er også (delvis) implementeret i ligebehandlingsloven. Det samme gælder forældreorlovsdirektivet.²¹

Det forhold at ligebehandlingsloven implementerer EU-direktiver betyder, ud over at ligebehandlingsloven skal fortolkes i overensstemmelse med de underliggende direktiver, at EU's almindelige principper og grundlæggende rettigheder skal respekteres i dansk ret i forbindelse med gennemførelse af ligebehandlingsloven, se nærmere nedenfor i afsnit 4 om den EU-retlige kontekst.

EU's Charter om grundlæggende rettigheder indeholder i artikel 21 et generelt diskriminationsforbud, der eksplicit nævner køn plus alle de diskriminationsgrunde, der er nævnt i forskelsbehandlingsloven, dvs. religion eller tro, alder og handicap samt national, social og etnisk oprindelse, og udover disse diskriminationsgrunde tillige forbyder diskrimination på grund af fødsel, sprog, formueforhold og »enhver anden grund«. Artikel 23 i Chartret forpligter til at sikre ligestilling mellem kvinder og mænd på alle områder, herunder i forbindelse med beskæftigelse, arbejde

18. 76/207/EØF, ændret ved 2002/73/EF. Nu ophævet og afløst af direktiv 2006/54/EF om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd i beskæftigelse og erhverv.

19. 2002/73/EØF.

20. 92/85/EØF.

21. 2010/18/EU.

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

2.8.2. De enkelte ændringslove

Loven blev ændret i 1984 efter trussel om traktatbrudssag mod Danmark, lov nr. 117 af 28. marts 1984, hvorefter betingelsen om, at diskriminationen skulle have fundet sted på samme arbejdsplads, udgik.

I 1989 ved lov nr. 244 af 19. april 1989 blev lov om barselsorlov nr. 234 af 4. juni 1980 indarbejdet i ligestillingsloven.

Loven blev igen ændret med lov nr. 268 af 2. maj 1990 med det formål at ændre retten til at placere fraværet i forbindelse med barsel.

I lov nr. 412 af 1. juni 1994 gennemførtes graviditetsdirektivet.

I lov nr. 416 af 1. juni 1994 gennemførtes regler i § 7 a om arbejdstagerens ret til at genoptage arbejdet under fravær pga. barsel.

I lov nr. 1111 af 29. december 1997 om ændring af lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel og lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov mv. gennemførtes i § 7, stk. 1, en ret til fravær for barnets far i indtil 2 uger efter den 24. uge efter fødslen. Denne ret kunne alene udnyttes af faderen.

I lov nr. 388 af 30. maj 2000 om ligestilling af kvinder og mænd er ligestillingslovens § 13 om positive særforanstaltninger ændret, og reglen om Ligestillingsrådet er ophævet som følge af Ligestillingsrådets nedlæggelse.

Ved lov nr. 440 af 7. juni 2001 er der i § 1, stk. 2, indarbejdet en definition af indirekte diskrimination og i § 16 a indført en bestemmelse om delt bevisbyrde. Loven er en gennemførelse af bevisbyrdedirektivet,²² der nu er ophævet og afløst af direktivet om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd i beskæftigelse og erhverv.²³

I lov nr. 141 af 25. marts 2002 om ændring af lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel og lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov og udfasning af lov om børnepasningsorlov blev barselsorloven udvidet og gjort mere fleksibel. Loven ophævede lov nr. 1111 af 29. december 1997.

22. 97/80/EF om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn, nu ophævet og afløst af 2006/54/EF, direktivet om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd i beskæftigelse og erhverv.

23. 2006/54/EF.

2. Danske ligestillingsregler

Ved lov nr. 1385 af 21. december 2005 gennemførtes²⁴ ændring af ligebehandlingsdirektivet, således at definitionerne af direkte og indirekte diskrimination og chikane er bragt i overensstemmelse med andre ligestillingsdirektiver. Desuden er sexchikane defineret. Samtidig indførtes en bestemmelse om retten til at vende tilbage til arbejdet efter endt fravær i forbindelse med barsel og forældreorlov. Endelig er lovens maksimumsgrænser for godtgørelse ophævet.

I 2006 blev fire ligestillingsdirektiver sammenskrevet i det omarbejdede direktiv om ligebehandling og lige muligheder i beskæftigelse og erhverv.²⁵ Fra 1. august 2009 gælder alene det omarbejdede direktiv om ligebehandling og lige muligheder i beskæftigelse og erhverv, og fire ligestillingsdirektiver er ophævet. Det drejer sig om ligelønsdirektivet fra 1975,²⁶ ligebehandlingsdirektivet fra 1976, direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger²⁷ og bevisbyrdedirektivet.²⁸

Med barselsloven²⁹ blev reglerne om fravær og varsling i forbindelse med graviditet, barsel og adoption flyttet fra ligebehandlingsloven til barselsloven, kapitel III.

I forbindelse med gennemførelsen af det ændrede direktiv om forældreorlov fra 2010³⁰ blev loven ændret, således at forældre fik ret til at bede om fleksible arbejdsordninger ved tilbagevenden efter orlov, jf. lov nr. 217 af 5. marts 2013. I samme lov blev lovens beskyttelse ved graviditet, barsel eller adoption præciseret, således at det nu fremgår, at beskyttelsen ikke alene omfatter afskedigelse, men også omfatter mindre gunstig behandling, samt at reglerne om omvendt bevisbyrde også gælder for dette forhold. Endelig blev det præciseret, at en mindre gunstig behandling kan medføre, at arbejdsgiveren skal betale en godtgørelse.

I lov nr. 182 af 8. marts 2011 blev Institut for Menneskerettigheders kompetence udvidet til også at omfatte køn. I den forbindelse blev der i ligebehandlingslovens § 18 indsat en ny bestemmelse, der skulle sikre, at

24. 2002/73/EF.

25. 2006/54/EF.

26. 1975/117/EØF.

27. 86/378/EØF.

28. 97/80/EF.

29. Lov nr. 566 af 9. juni 2006 om ret til orlov og dagpenge ved barsel med senere ændringer.

30. Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af arbejdsmarkedets parter på europæisk plan.

det tydeligt fremgik af lovgivningen, at Institut for Menneskerettigheder har kompetence til at fremme ligestilling på arbejdsmarkedet på kønsområdet og dermed sikre, at varetagelsen af forpligtelserne i artikel 20 i det omarbejdede direktiv om ligestilling og lige muligheder i beskæftigelse og erhverv og i artikel 12 i direktivet om lige adgang for mænd og kvinder til varer og tjenesteydelser.³¹

Ved lov nr. 553 af 18. juni 2012 blev Institut for Menneskerettigheder gjort til en selvstændig institution, og institutionens stilling som Danmarks Nationale Menneskerettighedsinstitution blev tydeliggjort. Ligestillingslovens § 18 blev ændret som konsekvens heraf, således at det også af denne lov fremgår, at Institut for Menneskerettigheder er Danmarks Nationale Menneskerettighedsinstitution.

Ved lov nr. 217 af 5. marts 2013 indførtes ret til at anmode om fleksible arbejdsordninger efter forældreorlov og præcisering af beskyttelsen ved mindre gunstig behandling.

Ved lov nr. 1709 af 27. december 2018 indførtes styrket fokus på omgangstonen på arbejdspladsen i sager om seksuel chikane og forhøjelse af godtgørelsesniveauet i sager om seksuel chikane.

2.8.3. Tværgående ligestillingslovgivning

Tyskland og Sverige har i de senere år valgt at vedtage enstrengt lovgivning, 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. Sammenlignet hermed er dansk ligestillingslovgivning *fragmenteret* med forskellige love for forskellige diskriminationsgrunde og forskellige love for forskellige aspekter af kønsdiskrimination.

Tyskland har generelt en stærk tradition for grundretsbeskyttelse internt i tysk ret, og den tyske forfatningsdomstol Bundesverfassungsgericht har kun accepteret EU-rettens forrang for tysk ret, så længe (Så længe) den EU-retlige grundretsbeskyttelse holder niveau med den tyske. 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*

31. Direktiv 2006/54/EF og direktiv 2004/113/EF.

3. Den folkeretlige baggrund

(AGG)³² har Tyskland vedtaget en enstrengt ligestillingslovgivning, der dækker et bredt felt både med hensyn til diskriminationsgrunde og typer af kontraktforhold.

Tilsvarende er Sverige gået fra en mere spredt og flerstrengt ligestillingslovgivning til en-strengt lovgivning med den tværgående diskrimineringslov fra 2009,³³ på grundlag af en omfattende betænkning.³⁴ Med denne lov blev diskrimineringsombudsmanden, som afløste et større antal specialombudsmænd,³⁵ som fører tilsyn med, at loven overholdes og støtter potentielle ofre for diskrimination, indført. Den svenske lovs 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 stadig at lade ligestillingslovgivningen være flerstrengt og meget spredt, hvorfor også ansvaret for ligestillingsregulering i Danmark hører under flere forskellige ministeriers og myndigheders ressort (navnlig Beskæftigelsesministeriet, Justitsministeriet, Ligestillingsministeriet og Erhvervsministeriet), der har varierende sagkundskab på emnet og i nogle tilfælde meget små og svage fagjuridiske miljøer i relation til ligestilling og diskrimination.

3. Den folkeretlige baggrund

Der har været international arbejdsretlig (folkeretlig) regulering siden begyndelsen af det 20. århundrede. ILO blev oprettet i 1919, og samme år blev Danmark medlem. Danmark var og er fortsat vedrørende forholdet mellem dansk ret og folkeret tilhænger af den dualistiske teori, hvilket

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

33. Diskrimineringslag, SFS 2008:567. Se lovforslag: Prop. 2007/08:95.

34. Ett starkare skydd mot diskriminering SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.

35. Lag om Diskrimineringsombudsmanden, SFS 2008:568.