

Ruth Nielsen

# Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer

Ruth Nielsen

*Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*

1. udgave/1. oplag

© Karnov Group Denmark A/S, København 2017

ISBN 978-87-619-3958-6

Omslag: Axel Surland, Ljungbyhed

Sats og tryk: AKAPRINT a/s, Aarhus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse af denne bog eller dele af den er ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret. Alle rettigheder forbeholdes.

# Indholdsfortegnelse

<b>Forord</b> .....	5
<b>Forkortelser</b> .....	15
<b>Del I</b>	
<b>Generelle kommentarer til hele loven og de folkeretlige, EU-retlige og danske diskriminationsretlige sammenhænge, den indgår i</b> .....	17
1. Bogens struktur og terminologi, materiale og metode.....	19
1.1. Struktur.....	19
1.2. Terminologi: forskelsbehandling eller diskrimination, EU-ret eller EF-ret.....	19
1.3. Materiale og metode.....	23
2. Lovudviklingen.....	25
2.1. Generelt.....	25
2.2. Den oprindelige forskelsbehandlingslov fra 1996.....	26
2.3. De enkelte ændringslove.....	28
3. Den folkeretlige kontekst.....	30
3.1. Dualisme og monisme.....	31
3.2. ILO-konvention nr. 111.....	33
3.3. FN's racediskriminationskonvention (CERD).....	34
3.4. FN's handicapkonvention.....	38
3.5. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK)	40
3.5.1. Generelt.....	40
3.5.2. Diskriminationsgrunde.....	40
3.5.3. Religionsfrihed.....	40
3.5.4. Forsamlings- og foreningsfrihed.....	41
3.5.5. Det generelle accessoriske diskriminationsforbud i EMRK art. 14.....	42
3.5.6. Passende erstatning.....	44
3.5.7. Tillægsprotokol nr. 1.....	45
3.5.8. Tillægsprotokol nr. 12 til EMRK.....	47
3.6. Andre konventioner. FN-konventionerne om borgerlige og politiske rettigheder og om sociale, økonomiske og kulturelle rettigheder.....	49

*Indholdsfortegnelse*

3.7.	Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret . . . . .	51
4.	Den EU-retlige kontekst . . . . .	53
4.1.	Det forfatningsretlige samspil mellem dansk ret og EU-ret på diskriminationsområdet. . . . .	54
4.1.1.	Generelt om det forfatningsretlige samspil mellem dansk ret og EU-ret . . . . .	55
4.1.2.	Ændringer i domstolsstrukturen i Europa som følge af samspillet mellem national ret, EU-ret og EMRK-ret . . . . .	59
4.1.3.	EU's økonomiske forfatning: det indre marked og ØMU'en . . . . .	60
4.1.4.	Unionsborgerskab og grundlæggende rettigheder . . . . .	62
4.2.	Den historiske udvikling . . . . .	62
4.2.1.	Det indre marked . . . . .	63
4.2.2.	Den Økonomiske og Monetære Union (ØMU'en) . . . . .	64
4.2.3.	EU's udvidelse, flere sprog og flere opgaver . . . . .	65
4.2.4.	EU 27 efter Brexit . . . . .	65
4.3.	EU's primærret. . . . .	67
4.3.1.	Arbejdskraftens fri bevægelighed, art. 45 TEUF . . . . .	68
4.3.2.	Art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder og almindelige EU-retlige principper . . . . .	70
4.3.3.	Pligt til EU-konform fortolkning, direkte virkning og forrang . . . . .	71
4.3.4.	Det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip . . . . .	72
4.3.5.	EU-retlige krav til proces- og sanktionssystemet . . . . .	73
4.3.6.	Medlemsstaternes erstatningsansvar for fejlimplementering af EU-retten . . . . .	74
4.4.	Sekundærregulering . . . . .	75
4.4.1.	Forordningen om vandrende arbejdskraft . . . . .	76
4.4.2.	Beskæftigelsesdirektivet . . . . .	77
4.4.3.	Det etniske ligebehandlingsdirektiv . . . . .	82
4.4.4.	Håndhævelsesdirektivet vedrørende arbejdskraftens fri bevægelighed . . . . .	86
4.5.	EU-Domstolens praksis . . . . .	87
5.	Danske regler om diskriminationsforbud uden for forskelsbehandlingsloven . . . . .	88
5.1.	Gælder der et generelt diskriminationsforbud af grundlovsrang i Danmark? Er forfatningen ændret? . . . . .	88
5.2.	Kønsdiskrimination . . . . .	89

5.3. Strafferegler .....	89
5.4. Den etniske ligebehandlingslov .....	90
5.5. Den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning .....	90
5.6. Arbejdsretlige regler .....	91
5.7. Organisationsforhold .....	93
5.8. Særlige klageorganer vedrørende diskrimination (Ligebehandlingsnævnet og Institut for Menneskerettigheder) .	93

## Del II

<b>Kommentarer til de enkelte §'er i forskelsbehandlingsloven og til art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder .....</b>	<b>97</b>
--	-----------

Kapitel 1. Lovens anvendelsesområde .....	99
---	----

§ 1. Diskriminationskriterier, diskriminationsbegreber og forholdet til kollektive overenskomster .....	99
---	----

§ 1.1. De enkelte diskriminationskriterier, lovens § 1, stk. 1 ..	100
---	-----

§ 1.1.1. Race, hudfarve og etnisk oprindelse .....	101
--	-----

§ 1.1.2. Statsborgerskab (nationalitet) og national oprindelse .....	105
--	-----

§ 1.1.3. Religion eller tro .....	109
-----------------------------------	-----

§ 1.1.3.1. Hvad er en religion? .....	110
---------------------------------------	-----

§ 1.1.3.2. Pligt til rimelig tilpasning til religiøse skikke? .	110
---	-----

§ 1.1.3.3. Dansk lovgivning og praksis .....	112
--	-----

§ 1.1.3.4. EU-regler .....	114
----------------------------	-----

§ 1.1.4. Alder .....	116
----------------------	-----

§ 1.1.5. Handicapbegrebet .....	117
---------------------------------	-----

§ 1.1.5.1. Retsgrundlag .....	117
-------------------------------	-----

§ 1.1.5.2. Definition af handicap .....	120
---	-----

§ 1.1.5.3. Er handicapbegrebet EU-retligt eller nationalt? .	122
--	-----

§ 1.1.5.4. Sygdom og handicap .....	123
-------------------------------------	-----

§ 1.1.5.5. Ring- og Werge-sagerne .....	124
---	-----

§ 1.1.5.6. Lægeligt diagnosticeret tilstand med skadevirkninger .....	128
---	-----

§ 1.1.5.7. Begrænsning for udøvelse af erhvervs-mæssige aktivitet .....	129
---	-----

§ 1.1.5.8. Langvarig begrænsning i forhold til fuld og effektiv deltagelse i arbejdslivet .....	130
---	-----

§ 1.1.6. Seksuel orientering .....	133
------------------------------------	-----

§ 1.1.7. Politisk anskuelse .....	134
-----------------------------------	-----

§ 1.1.8. Social oprindelse .....	135
----------------------------------	-----

*Indholdsfortegnelse*

§ 1.1.9.	Andre kriterier nævnt i art. 21 i Chartret om grundlæggende rettigheder (sprog, formueforhold, ethvert andet forhold) . . . . .	136
§ 1.2.	Begrebet diskrimination . . . . .	136
§ 1.2.1.	Folkeretlige diskriminationsforbud . . . . .	137
§ 1.2.2.	Direkte diskrimination, lovens § 1, stk. 2 . . . .	139
§ 1.2.3.	Indirekte diskrimination, lovens § 1, stk. 3 . . .	142
§ 1.2.3.1.	Fuld tid som indirekte handicapdiskrimination. . . . .	148
§ 1.2.3.2.	Sprogkrav som indirekte etnisk diskrimination. . . . .	149
§ 1.2.3.3.	Påklædningskrav som indirekte diskrimination pga. race/etnisk oprindelse og/eller religion . . . . .	150
§ 1.2.3.4.	Alder og anciennitet. . . . .	154
§ 1.2.3.5.	Alder og pensionering . . . . .	154
§ 1.2.3.6.	Tvungne fratrædelsesaldr. . . . .	155
§ 1.2.4.	Chikane, lovens § 1, stk. 4 . . . . .	156
§ 1.2.5.	Instruktion om at diskriminere, lovens § 1, stk. 5 . . . . .	157
§ 1.2.6.	Positiv særbehandling . . . . .	158
§ 1.2.6.1.	Regulering . . . . .	158
§ 1.3.	Aftaleimplementering. Kollektive overenskomster, lovens § 1, stk. 6 og 7. . . . .	160
§ 1 a.	Forsvaret . . . . .	164
Kapitel 2. Forbud mod diskrimination . . . . .		165
§ 2.	Diskriminationsforbud ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår . . . . .	166
§ 2.1.	Pligt- og rettighedssubjekter i § 2 . . . . .	166
§ 2.1.1.	Pligtsubjekt: Arbejdsgiveren . . . . .	167
§ 2.1.2.	Rettighedssubjekter: Arbejdstagere (lønmodtagere) m.fl. . . . .	167
§ 2.1.3.	Tilknytning til pårørende, naboer og andre, der er direkte berørt af diskriminationskriterierne . . . . .	169
§ 2.1.4.	Selvstændige . . . . .	171
§ 2.1.5.	Direktører . . . . .	172
§ 2.1.6.	Politisk valgte og lignende. . . . .	173
§ 2.1.7.	Juridiske personer. . . . .	174

§ 2.2.	Forskellige ansættelsesretlige situationer, generelt om lovens § 2, stk. 1 .....	174
§ 2.3.	Ansættelse, forflyttelse og forfremmelse, lovens § 2, stk. 1 .....	176
	§ 2.3.1. Mangold-sagen .....	176
	§ 2.3.2. Maksimal alder .....	177
	§ 2.3.3. Begrænset adgang for ældre .....	179
	§ 2.3.4. Senioritet .....	179
	§ 2.3.5. Religionsdiskrimination .....	180
	§ 2.3.6. Retsmisbrug .....	180
§ 2.4.	Ansættelsesvilkår (løn mv.) .....	181
	§ 2.4.1. Sprogkrav .....	181
	§ 2.4.2. Påklædningskrav .....	182
	§ 2.4.3. Chikane .....	185
	§ 2.4.4. Løn, lovens § 2, stk. 2 og 3 .....	185
	§ 2.4.5. Red circling .....	188
	§ 2.4.6. Pensionsbidrag .....	188
	§ 2.4.7. Rådighedsløn .....	191
	§ 2.4.8. Fratrædelsesgodtgørelse efter den tidligere FUL § 2 a, stk. 2 .....	191
	§ 2.4.9. Fratrædelsesgodtgørelse efter den tidligere FUL § 2 a, stk. 3 .....	192
§ 2.5.	Afskedigelse, lovens § 2, stk. 1 .....	200
	§ 2.5.1. Alder generelt .....	200
	§ 2.5.2. Tvungen afgangsalder fra arbejdsmarkedet ..	201
	§ 2.5.3. Ensidige arbejdsgiverbeslutninger om afskedigelse pga. alder er forbudt .....	205
	§ 2.5.4. 120-dagesreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 .....	207
	§ 2.5.5. Forskellige tilgange til samspillet mellem dansk ret og EU-ret i Højesteret .....	209
§ 2 a.	Tilpasningspligt .....	211
	§ 2 a.1. Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse .....	211
	§ 2 a.2. Betragtning 20 .....	211
	§ 2 a.3. Deltid – Ring- og Werge-sagerne .....	212
	§ 2 a.4. Urimelig byrde .....	215
§ 3.	Erhvervsuddannelse, selvstændige erhverv, organisationer mv. .	217
	§ 3.1. Interne erhvervsuddannelser, mv., § 3, stk. 1 .....	218
	§ 3.2. Eksterne erhvervsuddannelser, erhvervsvejledning, jobanvisning mv. ....	218

*Indholdsfortegnelse*

§ 3.3.	Anvisning af beskæftigelse, grænsen til social sikring, fleksjob og lignende. . . . .	219
§ 3.4.	Selvstændige, lovens § 3, stk. 3. . . . .	222
§ 3.5.	Medlemskab af og deltagelse i en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation, lovens § 3, stk. 4 . . . . .	222
§ 4.	Oplysninger om diskriminationsgrunde . . . . .	224
§ 5.	Annoncering. . . . .	227
§ 5 a.	Individuelle og kollektive aftaler i strid med diskriminationsforbuddet. . . . .	229
§ 5 a.1.	Ugyldighed af aftaler i strid med loven. . . . .	229
§ 5 a.2.	Fælles bestemmelser for flere virksomheder . . . . .	232
§ 5 a.3.	Særligt om aldersdiskrimination i kollektive overenskomster . . . . .	232
§ 5 a.4.	Unge under 18 år, lovens § 5 a, stk. 4-5. . . . .	237
§ 5 b.	Loven er beskyttelsespræceptiv. . . . .	240
Kapitel 3.	Undtagelser . . . . .	241
§ 6.	Ægte erhvervskvalifikationer . . . . .	241
§ 6.1.	Politiske eller religiøse holdninger som ægte erhvervskvalifikation . . . . .	241
§ 6.2.	Ægte erhvervskvalifikation, dispensation. . . . .	242
§ 6 a.	Alderskriterier i arbejdsmarkedspensioner. . . . .	244
Kapitel 4.	Godtgørelse, bevisbedømmelse mv. . . . .	247
§ 7.	Godtgørelse. . . . .	247
§ 7.1.	Generelt om sanktioner . . . . .	247
§ 7.2.	Ikke-økonomisk skade . . . . .	248
§ 7.3.	Godtgørelsesniveau . . . . .	248
§ 7.3.1.	Rekruttering. . . . .	248
§ 7.3.2.	Arbejdsvilkår, herunder løn . . . . .	248
§ 7.3.3.	Fratrædelsesgodtgørelse efter FUL § 2 a, stk. 3 . . . . .	249
§ 7.3.4.	Afskedigelse. . . . .	251
§ 7.3.5.	Viktimisering. . . . .	253
§ 7.3.6.	Sammenfatning . . . . .	253
§ 7 a.	Delt bevisbyrde . . . . .	255
§ 8.	Bødestraf for overtrædelse af annonceringsreglen i § 5 . . . . .	257
§ 8 a.	Ligebehandlingsnævnet som klageorgan. . . . .	258



Kapitel 5. Ikrafttræden og forhold til anden lovgivning mv. . . . .	259
§ 9. Positiv særbehandling . . . . .	259
§ 9.1. Lovens § 9, stk. 1 . . . . .	259
§ 9.2. Positiv særbehandling pga. andre kriterier end alder og handicap. . . . .	259
§ 9.3. Positiv særbehandling af ældre og handicappede . . . . .	260
§ 9.4. Beskyttelse af børn og unge . . . . .	261
Art. 21 i EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder . . . . .	262
Artikel 21. Ikke-forskelsbehandling . . . . .	262
Art. 21.1. EU-Domstolens praksis om forbud mod diskrimination som almindeligt EU-retligt princip . . . . .	262
Art. 21.2. Chartrets horisontale, direkte virkning. . . . .	267
Art. 21.3. Højesterets udtalelse i Ajos-sagen om Chartrets begrænsede retsvirkning i dansk ret . . . . .	270
Art. 21.4. Hvilke diskriminationsgrunde omfatter art. 21 i Chartret . . . . .	276
 <b>Del III</b>	
<b>Bilag</b> . . . . .	277
Bilag 1. Forskelsbehandlingsloven. Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. . . . .	279
Bilag 2. Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race mv. . . . .	283
Bilag 3. ILO-konvention nr. 111 vedrørende forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. . . . .	284
Bilag 4. FN's racediskriminationskonvention, CERD . . . . .	288
Bilag 5. FN's handicapkonvention . . . . .	298
Bilag 6. Det etniske ligebehandlingsdirektiv . . . . .	322
Bilag 7. Beskæftigelsesdirektivet. . . . .	332
Bilag 8. Håndhævelsesdirektivet vedrørende arbejdskraftens fri bevægelighed. . . . .	344
Bilag 9. Resuméer af EU-domme, tematisk opdelt . . . . .	355
9.1. Beskæftigelsesdirektivet . . . . .	355
9.1.1. Traktatbrud. . . . .	355
9.1.2. Alder . . . . .	356
9.1.3. Handicap. . . . .	376
9.1.4. Religion . . . . .	379
9.1.5. Seksuel orientering . . . . .	380
9.1.6. Andre spørgsmål . . . . .	381

*Indholdsfortegnelse*

9.2.	Det etniske ligebehandlingsdirektiv . . . . .	382
9.3.	Anden diskrimination . . . . .	387
Bilag 10.	Resuméer af danske domme og fagretlige afgørelser om diskrimination af de i forskelsbehandlingsloven nævnte grunde og lignende. Tematisk opdelt . . . . .	390
10.1.	Diskriminationsbegrebet. Tilknytningsbegrundet diskrimination. Tilpasningsforpligtelsen. . . . .	390
10.1.1.	Handicap. . . . .	390
10.2.	Adgang til beskæftigelse, ansættelse og lignende . . . . .	395
10.2.1.	Alder . . . . .	395
10.2.2.	Etnicitet. . . . .	396
10.2.3.	Andre diskriminationsgrunde. Organisationsmedlemskab. . . . .	397
10.3.	Løn og andre arbejdsvilkår . . . . .	397
10.3.1.	Alder . . . . .	397
10.3.2.	Etnicitet. . . . .	398
10.3.3.	Organisationsforhold . . . . .	398
10.4.	Den tidligere § 2 a, stk. 3, i funktionærloven om ret til fratrædelsesgodtgørelse . . . . .	399
10.4.1.	Alder . . . . .	399
10.5.	Afskedigelse . . . . .	399
10.5.1.	Alder . . . . .	399
10.5.2.	Handicap. . . . .	400
10.5.3.	National oprindelse. . . . .	401
10.5.4.	Religion. . . . .	401
10.5.5.	Afgørelser fra Afskedigelsesnævnet (LO-DA) . . . . .	401
10.6.	Godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7. . . . .	405
10.6.1.	Alder . . . . .	405
10.6.2.	Handicap. . . . .	407
10.7.	Processpørgsmål . . . . .	412
10.8.	Delt bevisbyrde efter forskelsbehandlingslovens § 7 a . . . . .	413
10.9.	Forholdet til overenskomstsystemet. . . . .	416
10.10.	Forholdet til EU-Domstolen . . . . .	427
	<b>Litteratur . . . . .</b>	<b>429</b>
	<b>Domsregister. . . . .</b>	<b>433</b>
	<b>Stikordsregister . . . . .</b>	<b>436</b>