

HÅNDBOG

Håndbog om europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling



© Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder, 2010.
Europarådet, 2010.

Manuskriptet blev afsluttet i juli 2010.

Gengivelse er tilladt, dog ikke til kommercielt brug, såfremt kilden angives.

***Europe Direct er en service, der har til formål at hjælpe
med at besvare Deres spørgsmål om Den Europæiske Union***

**Frikaldsnummer (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

(*) Nogle mobiloperatører tillader ikke opkald til 00 800-numre eller tager betaling for sådanne opkald.

Foto (titelblad og inde): © iStockphoto

Yderligere oplysninger om EU fås på internet via Europaserveren (<http://europa.eu>)

Katalogoplysninger findes bagest i denne publikation.

Luxemburg: Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2011

ISBN 978-92-871-9974-4 (Europarådet)

ISBN 978-92-9192-861-3 (FRA)

doi: 10.2811/98129

Trykt i Luxembourg af Imprimerie Centrale

TRYCKT PÅ PAPIR BLEGET UDEN BRUG AF FRIT KLOR (ECF)

Denne håndbog er udarbejdet på engelsk. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (ECHR) og Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder (FRA) påtager sig ikke noget ansvar for kvaliteten af oversættelserne til andre sprog.

De synspunkter, der kommer til udtryk i håndbogen, er ikke bindende for ECHR. I håndbogen henvises der til et udvalg af kommentarer og manualer om den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK). ECHR påtager sig ikke noget ansvar for indholdet af disse publikationer, og det er heller ikke udtryk for en blåstempling af dem, at de står på listen. Der er anført flere håndbøger om konventionen på ECHR's biblioteks internetsider (www.echr.coe.int/Library/).



Håndbog om europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling

Forord

I januar 2010 besluttede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder at samarbejde om udarbejdelsen af denne håndbog om europæisk retspraksis vedrørende ikke-forskelsbehandling. Det glæder os at kunne præsentere de konkrete resultater af denne fælles indsats.

Med Lissabontraktatens ikrafttræden blev Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder juridisk bindende. Endvidere skal EU i henhold til Lissabontraktaten tiltræde den europæiske menneskerettighedskonvention. I den forbindelse er et øget kendskab til de fælles principper, Den Europæiske Unions Domstol og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udviklet, ikke blot ønskeligt, men faktisk afgørende for en korrekt national gennemførelse af et centralt aspekt i den europæiske menneskerettighedslovgivning, nemlig reglerne om ikke-forskelsbehandling.

2010 markerede 60-årsdagen for den europæiske menneskerettighedskonvention, som i sin artikel 14 indeholder et forbud mod forskelsbehandling, og 10-årsdagen for vedtagelsen af to tekster af grundlæggende betydning for bekæmpelsen af forskelsbehandling på EU-niveau, nemlig direktiverne om racelighed og om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse. Med den imponerende retspraksis, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Den Europæiske Unions Domstol har udviklet inden for ikke-forskelsbehandling, forekom det hensigtsmæssigt at udarbejde en tilgængelig håndbog med en cd-rom beregnet for retsvæsenets aktører i EU's og Europarådets medlemsstater og for andre aktører såsom dommere, anklagere og advokater samt retshåndhævelsesmyndigheder. Da de er i front med hensyn til beskyttelse af menneskerettighederne, har navnlig de brug for at kende til principperne for ikke-forskelsbehandling, så de kan anvende dem effektivt i praksis. For det er på nationalt plan, bestemmelserne om ikke-forskelsbehandling får liv, og det er her, udfordringerne bliver synlige i praksis.

Erik Friberg

Justitssekretær ved Den Europæiske
Menneskerettighedsdomstol

Morten Kjærum

Direktør for Den Europæiske Unions
Agentur for Grundlæggende Rettigheder

Indholdsfortegnelse

FORORD	3
FORKORTELSER	9
1. INTRODUKTION TIL DEN EUROPÆISKE LOVGIVNING OM IKKE-FORSKELSBEHANDLING: SAMMENHÆNG, UDVIKLING OG CENTRALE PRINCIPPER	11
1.1. Kontekst og baggrund for den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling	12
1.1.1. Europarådet og den europæiske menneskerettighedskonvention	12
1.1.2. EU og direktiverne om ikke-forskelsbehandling	14
1.2. Nuværende og kommende udvikling inden for europæiske beskyttelsesordninger	15
1.2.1. EU's charter om grundlæggende rettigheder	15
1.2.2. FN's menneskerettighedstraktater	16
1.2.3. EU's tiltrædelse af den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK)	17
Centrale punkter	18
Yderligere læsning	19
2. TYPER AF FORSKELSBEHANDLING OG FORSVAR	21
2.1. Indledning	21
2.2. Direkte forskelsbehandling	22
2.2.1. Ringere behandling	22
2.2.2. En sammenligningsgruppe	23
2.2.3. Den beskyttede grund	26
2.3. Indirekte forskelsbehandling	29
2.3.1. En neutral regel, betingelse eller praksis	29
2.3.2. Rammer en beskyttet gruppe væsentligt mere negativt	30
2.3.3. En sammenligningsgruppe	31
2.4. Chikane og instruktion om at forskelsbehandle	31
2.4.1. Chikane og instruktion om at forskelsbehandle i henhold til EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling	31
2.4.2. Chikane og instruktion om at forskelsbehandle i henhold til EMRK	34
2.5. Særlige foranstaltninger eller særforanstaltninger	35
Centrale punkter	42

2.6. Forsvar for ringere behandling i henhold til europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling	43
2.6.1. Indledning	43
2.6.2. Opdeling af det generelle forsvar	44
2.6.3. Anvendelse af det generelle forsvar	46
2.6.4. Det specifikke forsvar i henhold til EU-lovgivningen	46
2.6.4.1. Regulært erhvervsmæssigt krav	47
2.6.4.2. Religiøse institutioner	50
2.6.4.3. Undtagelser på grundlag af alder	51
Centrale punkter	54
Yderligere læsning	55

3. ANVENDELSESOMRÅDET FOR EUROPÆISK LOVGIVNING

OM IKKE-FORSKELSBEHANDLING	57
3.1. Indledning	57
3.2. Hvem bliver beskyttet under den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling?	58
3.3. Anvendelsesområdet for den europæiske konvention: artikel 14 og protokol 12	60
3.3.1. Forbuddet mod forskelsbehandling i konventionen	60
3.3.1.1. Rettigheder, der dækkes af konventionen	60
3.3.1.2. Omfanget af konventionsrettighederne	61
3.3.1.3. Protokol 12	63
3.4. Anvendelsesområdet for EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling	65
3.4.1. Beskæftigelse	65
3.4.1.1. Adgang til beskæftigelse	65
3.4.1.2. Betingelser for beskæftigelse, herunder afskedigelser og løn	66
3.4.1.3. Adgang til erhvervsvejledning og erhvervsuddannelse	68
3.4.1.4. Arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer	69
3.4.1.5. Den europæiske konvention og beskæftigelsesområdet	69
3.4.2. Adgang til velfærdsydelser og former for social sikring	70
3.4.2.1. Social beskyttelse, herunder social sikring og sundhedsydelser	70
3.4.2.2. Sociale fordele	71
3.4.2.3. Uddannelse	72
3.4.2.4. Den europæiske konvention og velfærds- og uddannelsesområdet	73
3.4.3. Adgang til levering af varer og tjenesteydelser, herunder bolig	73
3.4.3.1. Den europæiske konvention i forbindelse med varer og tjenesteydelser, herunder bolig	76

3.4.4. Adgang til domstolsprøvelse	78
3.4.4.1. Den europæiske konvention i forbindelse med adgang til domstolsprøvelse.....	78
3.5. Anvendelse af konventionen ud over EU- lovgivningen	79
3.5.1. Den "personlige" sfære: privatliv og familieliv, adoption, hjem og ægteskab.....	79
3.5.2. Politisk deltagelse: ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed og frie valg ..	82
3.5.3. Retshåndhævelse	82
3.5.4. Straffesager	84
Centrale punkter.....	85
Yderligere læsning.....	86
4. BESKYTTEDE GRUNDE.....	89
4.1. Indledning.....	89
4.2. Køn.....	90
4.3. Seksuel orientering.....	97
4.4. Handicap	99
4.5. Alder	102
4.6. Race, etnisk tilhørsforhold, farve og medlemskab af et nationalt mindretal.....	103
4.7. Nationalitet eller national oprindelse	106
4.8. Religion eller tro	110
4.9. Sprog	113
4.10. Social herkomst, fødsel og formueforhold.....	115
4.11. Politisk eller anden overbevisning	116
4.12. "Ethvert andet forhold"	117
Centrale punkter.....	118
Yderligere læsning.....	119
5. BEVISMÆSSIGE SPØRGSMÅL I LOVGIVNINGEN	
OM IKKE-FORSKELSBEHANDLING.....	121
5.1. Indledning.....	121
5.2. Delt bevisbyrde.....	122
5.2.1. Faktorer, der ikke behøver at blive bevist	125
5.3. Betydningen af statistikker og andre data	127
Centrale punkter.....	131
Yderligere læsning.....	132
LISTE OVER SAGER.....	133
Den Internationale Domstols retspraksis	133
Domstolens retspraksis.....	133

Menneskerettighedsdomstolens retspraksis	136
Den Europæiske Komité for Sociale Rettighedsers retspraksis	139
Menneskerettighedskomiteéns retspraksis	139
Nationale domstoles retspraksis	139
OVERSIGT OVER RETSAKTER	141
Internationale instrumenter	141
EU-instrumenter	142
SUPPLERENDE MATERIALE, DER FORELIGGER PÅ CD-ROM	143
ONLINEKILDER	145
NOTE OM CITATER	147

Forkortelser

CEDAW	Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder)
CETS	Europarådets Traktatsamling
CoE	Europarådet (Council of Europe)
CRC	Konventionen om barnets rettigheder (Convention on the Rights of the Child)
CRPD	FN's konvention om rettigheder for personer med handicap (UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities)
EMRK	Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)
ECHR	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (European Court of Human Rights)
EU	Den Europæiske Union
FN	De Forenede Nationer
FRA	Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights (international konvention om borgerlige og politiske rettigheder)
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (international konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination)
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (international konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder)
ICJ	Den Internationale Domstol (International Court of Justice)
IGO	Mellemstatslig organisation (Inter-Governmental Organisation)
UNTS	De Forenede Nationers Traktatsamling

1

Introduktion til den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling: sammenhæng, udvikling og centrale principper

Dette indledende kapitel redegør for oprindelsen til lovgivningen om ikke-forskelsbehandling i Europa samt nuværende og kommende ændringer i både den materielle ret og procedurerne for beskyttelse.

Det er vigtigt fra starten at gøre det klart, at både dommere og anklagere skal anvende de beskyttelsesbestemmelser, der er fastsat i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK) og i EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling, uanset om en part i sagen påberåber sig dem. De nationale domstole og retsvæsener er ikke begrænset til de retlige argumenter, parterne gør gældende, men skal fastslå gældende lov på grundlag af de faktiske omstændigheder, de involverede parter gør rede for. Det betyder i al væsentlighed, at parterne i en sag faktisk vælger, hvorvidt de vil fremme en påstand om ikke-forskelsbehandling gennem de argumenter og beviser, de fremlægger. Det er en følge af de styrende retlige principper, der er tydelige i hvert enkelt system, f.eks. den indirekte virkning af EU-lovgivningen i EU's 27 medlemsstater og den umiddelbare anvendelighed af EMRK, der betyder, at den skal overholdes i hele EU og i Europarådets medlemsstater. Der er imidlertid en vigtig begrænsning i dette krav, idet der evt. gælder en forældelsesfrist. Før fagfolk overvejer at anvende beskyttelsesbestemmelserne vedrørende ikke-forskelsbehandling, vil de skulle sætte sig ind i, om der evt. gælder en relevant forældelsesfrist ved den domstol, de påtænker at benytte, og afgøre, om den pågældende domstol kan behandle sagen.

De praktiske konsekvenser heraf er, at jurister evt. vil kunne gøre de relevante retsakter vedrørende ikke-forskelsbehandling og den relevante retspraksis gældende over for de nationale domstole og myndigheder.

Det gør det påkrævet, at jurister forstår de regler, der i øjeblikket gælder inden for ikke-forskelsbehandling, og forstår, hvor de gælder, og hvordan de finder anvendelse i en given situation.

1.1. Kontekst og baggrund for den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling

Udtrykket "europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling" antyder, at der findes ét fælles sæt regler for ikke-forskelsbehandling, som gælder i hele Europa. Lovgivningen er imidlertid sammensat af mange forskellige instrumenter. Denne håndbog trækker hovedsagelig på EMRK- og EU-lovgivning. Disse to systemer har hver sin oprindelse, både med hensyn til hvornår de blev oprettet og hvorfor.

1.1.1. Europarådet og den europæiske menneskerettighedskonvention

Europarådet er en mellemstatslig organisation (IGO), der oprindeligt blev oprettet efter Anden Verdenskrig med det formål at fremme bl.a. retsstat, demokrati, menneskerettigheder og social udvikling (jf. præambel og artikel 1 i statuten for Europarådet). For at bidrage til at nå disse mål vedtog Europarådets medlemsstater EMRK, som var den første af de moderne menneskerettighedstraktater, der trak på FN's verdenserklæring om menneskerettigheder. EMRK fastsætter en retligt bindende forpligtelse for sine medlemmer til at garantere en liste af menneskerettigheder for alle (ikke kun statsborgere) inden for deres jurisdiktion. Gennemførelsen af EMRK prøves af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (oprindeligt bistået af en kommission), som hører sager, der indbringes mod medlemsstaterne. Europarådet har i øjeblikket 47 medlemmer, og enhver stat, der ønsker at komme med, skal også tiltræde EMRK.

Der er kommet ændringer og tilføjelser til EMRK siden påbegyndelsen i 1950 gennem de såkaldte "protokoller". Den mest betydningsfulde procedureændring i EMRK var protokol 11 (1994), hvorved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

(ECHR) blev gjort til et permanent fuldtidsorgan, og kommissionen blev nedlagt. Denne protokol skulle hjælpe EMRK-mekanismerne med at klare det stigende antal sager, der ville komme fra de østeuropæiske stater, som tilsluttede sig Europarådet efter Berlinmurens fald og opløsningen af det tidligere Sovjetunionen.

Forbuddet mod diskriminering er garanteret i artikel 14 i EMRK¹, der sikrer ligebehandling i nydelsen af de øvrige rettigheder, som er fastlagt i konventionen. Protokol 12 (2000) til EMRK, som endnu ikke er ratificeret af alle EU-medlemsstater², udvider anvendelsesområdet for forbuddet mod diskriminering ved at sikre ligebehandling med hensyn til alle rettigheder (herunder rettigheder i henhold til national lovgivning). Ifølge den forklarende rapport til protokollen blev denne udarbejdet ud fra ønsket om at styrke beskyttelsen mod forskelsbehandling, der blev opfattet som en central betingelse for sikringen af menneskerettigheder. Protokollen var resultatet af forhandlinger om, hvordan man kunne styrke ligestilling, især mellem køn og mellem racer.

Selv om det ikke er denne håndbogs primære sigte, er det værd at bemærke, at princippet om ikke-forskelsbehandling er et ledende princip i en række af Europarådets dokumenter. Vigtigt er det, at 1996-udgaven af den europæiske socialpagt omfatter en ret til både lige muligheder og ligebehandling i forbindelse med beskæftigelse og erhverv og således beskytter mod forskelsbehandling på grund af køn³. Yderligere beskyttelse mod forskelsbehandling kan ses i rammekonventionen om beskyttelse af nationale mindretal⁴, i Europarådets konvention om indsatsen mod menneskehandel⁵ og i Europarådets konvention om aktindsigt i officielle dokumenter. Der er også beskyttelse mod fremme af forskelsbehandling i protokollen til konventionen om internetkriminalitet. Spørgsmålet om ikke-forskelsbehandling har tydeligvis påvirket udformningen af Europarådets lovgivningsdokumenter og opfattes som en grundlæggende frihedsret, der skal beskyttes.

1 En uddannelsesvejledning i form af en Powerpoint-præsentation med vejledning i anvendelse af artikel 14 i EMRK kan ses på Europarådets websted for uddannelse i menneskerettigheder for retsvæsenets aktører. www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

2 Hvor mange EU-medlemsstater, der faktisk har ratificeret protokol 12, kan ses på: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG.

3 Jf. artikel 20 og artikel E i Del V i den europæiske socialpagt.

4 Jf. artikel 4, artikel 6, stk. 2, og artikel 9 i rammekonventionen om beskyttelse af nationale mindretal.

5 Jf. artikel 2, stk. 1, i Europarådets konvention om indsatsen mod menneskehandel.

1.1.2. EU og direktiverne om ikke-forskelsbehandling

Den Europæiske Union (EU) var oprindeligt en mellemstatslig organisation (IGO), men er nu en selvstændig juridisk person. EU består i øjeblikket af 27 medlemsstater og er tilblevet på grundlag af tre selvstændige mellemstatslige organisationer, der blev oprettet i 1950'erne og beskæftigede sig med energisikkerhed og frihandel (tilsammen kendt som "De Europæiske Fællesskaber"). De Europæiske Fællesskabers centrale formål var at stimulere økonomisk udvikling gennem fri bevægelighed for varer, kapital, mennesker og tjenesteydelser. Med henblik på at sikre ensartede vilkår mellem medlemsstaterne indeholdt den oprindelige traktat om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (1957), en bestemmelse, der forbød forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med beskæftigelse. Den skulle forhindre medlemsstaterne i at få en konkurrencefordel i forhold til hinanden ved at tilbyde kvinder lavere løn eller ringere arbejdsbetingelser. Skønt dette lovkompleks udviklede sig betydeligt til også at omfatte områder som pensioner, graviditet og lovbestemte sociale sikringsordninger, gjaldt loven om ikke-forskelsbehandling i EU indtil 2000 kun i forbindelse med beskæftigelse og social sikring, og den dækkede kun på grundlag af køn.

I løbet af 1990'erne blev der udført et betydeligt lobbyarbejde af offentlige interessegrupper, der krævede, at forbuddet mod forskelsbehandling blev udvidet i EU-lovgivningen til også at dække andre områder såsom race og etnisk tilhørsforhold samt seksuel orientering, religiøs overbevisning, alder og handicap. Frygt for genopblussende ekstremistisk nationalisme blandt visse EU-medlemsstater skabte tilstrækkelig politisk vilje blandt lederne til, at det blev muligt at ændre traktaten om Det Europæiske Fællesskab, så Fællesskabet fik kompetence til at lovgive på disse områder.

I 2000 blev der vedtaget to direktiver. Direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse forbød forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, religiøs overbevisning, alder og handicap på beskæftigelsesområdet, og direktivet om racelighed forbød forskelsbehandling på grundlag af race eller etnisk tilhørsforhold i forbindelse med beskæftigelse, men også med hensyn til adgang til velfærdsordninger og social sikring samt varer og tjenesteydelser. Det var en væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for EU's lovgivning om ikke-forskelsbehandling, hvorved det blev anerkendt, at det for at give de enkelte mulighed for at nå deres fulde potentiale på arbejdsmarkedet, også var væsentligt at sikre dem lige adgang til områder som sundhed, uddannelse og bolig. I 2004 udvidede direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser omfanget

af forskelsbehandling på grundlag af køn til området for varer og tjenesteydelser. Beskyttelsen på grundlag af køn svarer dog ikke helt til omfanget af beskyttelsen i henhold til racelighedsdirektivet, eftersom direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring kun garanterer ligebehandling i forbindelse med social sikring, og ikke når det gælder bredere velfærdsordninger såsom social beskyttelse og adgang til sundhedsydelser og uddannelse.

Seksuel orientering, religiøs overbevisning, handicap og alder er kun beskyttede grunde i forbindelse med beskæftigelse, men et forslag om at udvide beskyttelsen for disse grunde til adgang til varer og tjenesteydelser (et såkaldt "horisontalt direktiv") er i øjeblikket ved at blive drøftet i EU-institutionerne.

1.2. Nuværende og kommende udvikling inden for europæiske beskyttelsesordninger

1.2.1. EU's charter om grundlæggende rettigheder

De oprindelige traktater om De Europæiske Fællesskaber indeholdt ingen omtale af menneskerettigheder eller beskyttelse heraf. Man mente ikke, at oprettelsen af et frihandelsområde i Europa kunne have nogen indvirkning, der var relevant for menneskerettighederne. Da der imidlertid begyndte at komme sager ved EF-Domstolen (Domstolen) med påstande om brud på menneskerettighederne som følge af fællesskabsretten, udviklede Domstolen et kompleks af dommerskabt ret, de såkaldte "generelle principper", i fællesskabsretten.⁶ Ifølge Domstolen skulle disse generelle principper afspejle indholdet af den menneskerettighedsbeskyttelse, der findes i nationale forfatninger og menneskerettighedstraktater, især EMRK. Domstolen fastslog, at den ville sikre, at fællesskabsretten var i overensstemmelse med disse principper.

I erkendelse af, at EU's politikker kunne påvirke menneskerettighederne, og i et forsøg på at få borgerne til at føle sig "tættere" på EU, bekendtgjorde EU og

⁶ Efter de ændringer, der blev indført med Lissabontraktaten, blev De Europæiske Fællesskabs Domstol (oftest omtalt som "EF-Domstolen") til Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen). I håndbogen refererer "Domstolen" til EF-Domstolen, eftersom det meste af den eksisterende litteratur, fagfolk måtte ønske at konsultere, blev udgivet før Lissabontraktatens ikrafttræden i december 2009.

medlemsstaterne EU's charter om grundlæggende rettigheder i 2000. Chartret indeholder en liste over menneskerettigheder inspireret af de rettigheder, der er indeholdt i medlemsstaternes forfatninger, EMRK og universelle menneskerettighedstraktater såsom FN's konvention om børns rettigheder. Som chartret blev vedtaget i 2000, var det blot en "erklæring", hvilket betyder, at det ikke var juridisk bindende, selv om Europa-Kommissionen (det primære organ, der fremsætter forslag til ny EU-lovgivning) erklærede, at dets forslag ville overholde det.

Da Lissabontraktaten trådte i kraft i 2009, blev status for chartret om grundlæggende rettigheder ændret, så det blev et juridisk bindende dokument. Som følge heraf er EU's institutioner forpligtede til at overholde det. EU-medlemsstaterne er også forpligtede til at overholde chartret, men kun når de anvender EU-lovgivningen. Der blev vedtaget en protokol til chartret vedrørende Den Tjekkiske Republik, Polen og Det Forenede Kongerige, hvor denne begrænsning anføres eksplicit. Artikel 21 i chartret indeholder et forbud mod forskelsbehandling af forskellige grunde, som vil blive behandlet senere i håndbogen. Det betyder, at privatpersoner kan klage over EU-lovgivning eller national lovgivning til gennemførelse af EU-lovgivning, hvis de føler, at chartret ikke er blevet overholdt. Nationale domstole kan søge vejledning om korrekt fortolkning af EU-retten hos Domstolen gennem proceduren for præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF.

1.2.2. FN's menneskerettighedstraktater

Mekanismer til beskyttelse af menneskerettighederne er naturligvis ikke begrænset til Europa. Ud over andre regionale mekanismer i Nord-, Syd- og Mellemamerika, Afrika og Mellemøsten er der skabt vigtige folkeretlige bestemmelser om menneskerettigheder gennem De Forenede Nationer (FN). Alle EU-medlemsstater har tiltrådt følgende FN-menneskerettighedstraktater, som alle indeholder et forbud mod forskelsbehandling: den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder (ICCPR)⁷, den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (ICESCR)⁸, konventionen om afskaffelse af alle former for racediskrimination (ICERD)⁹, konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder (CEDAW)¹⁰ konventionen mod tortur¹¹ og konven-

7 999 UNTS 171.

8 993 UNTS 3.

9 660 UNTS 195.

10 1249 UNTS 13.

11 1465 UNTS 85.

tionen om barnets rettigheder (CRC)¹². Den seneste menneskerettighedstraktat på FN-niveau er konventionen fra 2006 om rettigheder for personer med handicap (CRPD)¹³. Traditionelt har menneskerettighedstraktater kun været åbne for staters medlemskab. Da staterne imidlertid samarbejder mere gennem mellemstatslige organisationer (IGO'er), som de uddelegerer betydelige beføjelser og ansvar til, er der et presserende behov for at sikre, at IGO'er også forpligter sig til at opfylde deres medlemsstaters menneskerettighedsforpligtelser. CRPD er den første menneskerettighedstraktat på FN-niveau, som er åben for medlemskab for regionale integrationsorganisationer, og EU har erklæret, at det vil være medlem. (Udgiverens bemærkning: EU ratificerede traktaten i december 2010).

CRPD indeholder en omfattende liste af rettigheder for personer med handicap med det formål at sikre ligebehandling for så vidt angår deres rettigheder og pålægge staten en række forpligtelser til at iværksætte positive foranstaltninger. Ligesom chartret binder dette EU-institutionerne og vil binde medlemsstaterne, når de anvender EU-lovgivningen. Endvidere er enkelte medlemsstater i øjeblikket ved at tiltræde CRPD selvstændigt, hvilket også vil give dem forpligtelser direkte. CRPD vil sandsynligvis blive et holdepunkt for fortolkning af både EU- og ECHR-ret vedrørende forskelsbehandling på grund af handicap.

1.2.3. EU's tiltrædelse af den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK)

I øjeblikket er EU-lovgivningen og EMRK tæt forbundet. Alle EU-medlemsstater har tilsluttet sig EMRK. Som anført ovenfor henter Domstolen inspiration i EMRK, når den skal fastslå omfanget af menneskerettighedsbeskyttelsen i henhold til EU-retten. Chartret om grundlæggende rettigheder afspejler også (men er ikke begrænset til) viften af rettigheder i EMRK. Så selv om EU egentlig ikke er medlem af EMRK, er EU-retten i vid udstrækning i overensstemmelse med EMRK. Hvis en person ønsker at indgive en klage over EU og dens manglende evne til at sikre menneskerettighederne, har man imidlertid ikke ret til at indbringe sagen mod EU som sådan for Menneskerettighedsdomstolen (ECHR). I stedet skal man enten indgive en klage til de nationale domstole, som herefter kan henvise sagen til Domstolen gennem pro-

¹² 1577 UNTS 3. Endvidere har nogle medlemsstater også tiltrådt FN-konventionen om rettigheder for personer med handicap (FN dok. A/61/611, 13. december 2006) og den internationale konvention om beskyttelse af alle personer mod tvungen forsvinding (FN dok. A/61/488, 20. december 2006). Ingen har imidlertid tiltrådt den internationale konvention om beskyttelse af vandrende arbejdstageres og deres familiemedlemmers rettigheder (FN dok. A/RES/45/158, 1. juli 2003).

¹³ FN dok. A/61/611, 13. december 2006.

ceduren for præjudicielle spørgsmål eller klage over EU indirekte ved ECHR ved at anlægge sag mod en medlemsstat.

Lissabontraktaten indeholder en bestemmelse, der pålægger EU at tilslutte sig EMRK som selvstændig part, og med protokol 14 til EMRK ændres den, således at dette kan ske. Det er endnu ikke klart, hvordan det vil virke i praksis, og navnlig hvordan forholdet mellem Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen vil blive fremover, eftersom forhandlingerne om EU's tiltrædelse kan tage flere år. Imidlertid vil det i det mindste give enkeltpersoner mulighed for at anlægge sag mod EU direkte ved ECHR for manglende overholdelse af EMRK.

Centrale punkter

- Beskyttelse mod forskelsbehandling i Europa kan findes både i EU-retten og i EMRK. Selv om disse to systemer i vid udstrækning supplerer og gensidigt styrker hinanden, findes der forskelle, som fagfolk må være opmærksomme på.
- EMRK beskytter alle fysiske personer inden for sine 47 medlemsstaters jurisdiktion, mens EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling kun giver beskyttelse til borgere i de 27 EU-medlemsstater.
- I henhold til artikel 14 i EMRK er forskelsbehandling kun forbudt i forbindelse med udøvelse af en anden ret, der sikres af traktaten. I henhold til protokol 12 bliver forbuddet mod forskelsbehandling en selvstændig bestemmelse.
- I henhold til EU-lovgivningen om ikke-forskelsbehandling er forbuddet mod forskelsbehandling selvstændigt, men det er begrænset til særlige sammenhænge såsom beskæftigelse.
- EU-institutionerne er retligt forpligtede til at overholde EU's charter om grundlæggende rettigheder, herunder bestemmelserne heri om ikke-forskelsbehandling. EU-medlemsstaterne skal også overholde chartret, når de anvender EU-lovgivningen.
- EU vil tilslutte sig CRPD og EMRK. Dette vil bringe EU under tilsyn af eksterne overvågningsorganer, og fysiske personer vil kunne indbringe EU's krænkelser af EMRK direkte for ECHR.

Yderligere læsning

Bamforth, Malik og O'Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), kapitel 1 "Key issues and questions in discrimination law" og kapitel 2 "Sources and scope of domestic discrimination law".

Barnard, *EC Employment Law* (3. udg., Oxford, Oxford University Press, 2006), kapitel 1 "The evolution of "EC" social policy".

Besson, "The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?", 6 *Human Rights Law Journal* (2006) 323.

Butler, "A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms", 23 *University of Queensland Law Journal* (2004) 22.

Chalmers (m.fl.), *European Union Law: Text and Materials* (2. udg., Cambridge, Cambridge University Press, 2010), kapitel 1 "European integration and the Treaty on European Union", kapitel 2 "EU institutions" og kapitel 6 "Fundamental rights".

Costello, "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe", 6.1 *Human Rights Law Review* (2006) 87.

Craig og de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4. udg., Oxford, Oxford University Press, 2008), kapitel 1 "The development of European integration" og kapitel 11 "Human rights in the EU".

Eicke, "The European Charter of Fundamental Rights—Unique Opportunity or Unwelcome Distraction", 3 *European Human Rights Law Review* (2000) 280.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), kapitel 1 "Introduction".

Equinet, "Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice", Volumes I-IV, available at: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick (m.fl.), "The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article", 25.4 *Industrial Law Journal* (1996) 320.

Guliyev, "Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de "second rang"? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009", 31 *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique* (2010).

Heringa og Verhey, "The EU Charter: Text and Structure", 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2001) 11.

Llorente, "A Charter of Dubious Utility", 13 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 405.

Martin, "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", 69 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2007).

Quesada Segura, "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2008 – ekstraudgave).

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe* (Strasbourg, Europarådet, 2010/2009).

Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", 93 *Human Rights Law Review* (2009) 397.

Syrpis, "The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?", 37.3 *Industrial Law Journal* (2008) 219.

Tulkens, "L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", i Carlier (ed.), *L'étranger face au droit* (Bruxelles, Bruylant, 2010).

2

Typer af forskelsbehandling forsvar

2.1. Indledning

Målet med lovgivningen om ikke-forskelsbehandling er at give alle fysiske personer en lige og retfærdig chance for adgang til de muligheder, der er tilgængelige i et samfund. Vi træffer dagligt valg om spørgsmål som, hvem vi omgås, hvor vi køber ind, og hvor vi arbejder. Vi foretrækker bestemte ting og bestemte mennesker frem for andre. Selv om det er almindeligt og normalt at udtrykke vores subjektive præferencer, kan vi undertiden udøve funktioner, der sætter os i en overordnet position eller giver os mulighed for at tage beslutninger, som kan have en direkte indvirkning på andres liv. Vi kan være embedsmænd, handlende, arbejdsgivere, udlejere eller læger, der bestemmer, hvordan offentlig myndighed udøves, eller hvordan private varer og tjenesteydelser udbydes. I disse ikke-personlige sammenhænge griber lovgivningen om ikke-forskelsbehandling ind i de valg, vi foretager, på to måder.

For det første fastsættes det, at personer, der er i samme situation, skal behandles på samme måde og ikke ringere blot på grund af en bestemt "beskyttet" egenskab hos dem. Dette kaldes "direkte" forskelsbehandling. Direkte forskelsbehandling er inden for rammerne af EMRK underlagt en generel objektiv mulighed for berettigelse. I henhold til EU-retten er mulighederne for forsvar mod direkte forskelsbehandling ret begrænsede.

For det andet fastsættes det i lovgivningen om ikke-forskelsbehandling, at personer i forskellige situationer skal behandles forskelligt i den udstrækning, det er nødvendigt, for at de kan få særlige muligheder på samme grundlag som andre. Således bør de samme "beskyttede grunde" tages i betragtning ved gennemførelse af en bestemt praksis eller indførelse af bestemte regler. Dette kaldes "indirekte"

Lovgivningen om ikke-forskelsbehandling forbyder scenarier, hvor personer eller grupper af personer i samme situation behandles forskelligt, og hvor personer eller grupper af personer i forskellige situationer behandles ens.¹⁴

forskelsbehandling. Alle former for indirekte forskelsbehandling er underlagt et forsvar baseret på objektiv berettigelse, uanset om kravet bygger på EMRK eller EU-ret.

Dette kapitel indeholder en mere indgående redegørelse gennem retspraksis for betydningen af direkte og indirekte forskelsbehandling, for nogle af

de måder de specifikt ytrer sig på såsom chikane eller instruktion om at forskelsbehandle, og for, hvordan de fungerer i praksis. Herefter gennemgås, hvordan forsvar mod forskelsbehandling fungerer.

2.2. Direkte forskelsbehandling

Der foreligger direkte forskelsbehandling, når:

- en person behandles ringere,
- sammenlignet med, hvordan andre, der er i en tilsvarende situation, er blevet eller ville blive behandlet,
- og årsagen hertil er en særlig egenskab ved dem, der falder ind under en "beskyttet grund".

Direkte forskelsbehandling defineres ens i henhold til EMRK og EU-retten. I artikel 2, stk. 2, i EU's racelighedsdirektiv hedder det, at direkte forskelsbehandling "foreligger (...), når en person på grund af race eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation".¹⁵ ECHR benytter en anden formulering, nemlig at der skal foreligge en ulige behandling af personer i lignende eller relevant tilsvarende situationer, der er baseret på en identificerbar egenskab.¹⁶

2.2.1. Ringere behandling

Kernen i direkte forskelsbehandling er den ulige behandling, som en person er genstand for. Derfor er det første træk ved direkte forskelsbehandling tegn på ringere behandling. Det kan være relativt let at afdække sammenlignet med indirekte forskelsbehandling, hvor der ofte er behov for statistiske data (jf. nedenfor). Her er

¹⁴ Jf. f.eks. om antagelse til realitetsbehandling ECHR, *Hoogendijk mod Nederlandene* (dec.) (nr. 58641/00), 6. januar 2005.

¹⁵ Det samme gælder: direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 2, stk. 2, litra a), ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 2, stk. 1, litra a), og direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 2, litra a).

¹⁶ ECHR, *Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 42184/05), 16. marts 2010, præmis 61. Tilsvarende, ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007, præmis 175, ECHR, *Burden mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 13378/05), 29. april 2008, præmis 60.

eksempler fra de sager, der omtales i denne håndbog: at blive nægtet adgang til en restaurant eller forretning, at få mindre pension eller lavere løn, at blive udsat for verbale overgreb eller vold, at blive nægtet indrejse ved et kontrolsted, at have en højere eller lavere pensionsalder, at blive udelukket fra et bestemt erhverv, ikke at kunne gøre arveret gældende, at være udelukket fra det almindelige uddannelsessystem, at blive udvist, ikke at måtte bære religiøse symboler og at blive nægtet eller få tilbagekaldt sociale sikringsydelse.

2.2.2. En sammenligningsgruppe

Ringere behandling vil være relevant for at afgøre, om der foreligger forskelsbehandling, hvor den er ringere sammenlignet med andre i en lignende situation. En påstand om "lav" løn er ikke en påstand om forskelsbehandling, medmindre det kan påvises, at lønnen er lavere end for en anden person, der er ansat af samme arbejdsgiver til at udføre en lignende opgave. Derfor er der brug for en sammenligningsgruppe, dvs. en person i en materielt tilsvarende situation, hvor den største forskel mellem de to personer er den "beskyttede grund". Med andre ord er det op til den person, der mener sig krænket, at overbevise domstolen om, at der findes personer, som har fået eller ville få en gunstigere behandling, og at den eneste forskel mellem dem er den "beskyttede grund". De sager, der gennemgås i denne håndbog, illustrerer, at det ofte ikke er kontroversielt at føre bevis for sammenligningsgruppen, og undertiden vil hverken parterne i tvisten eller domstolen eksplicit bestride sammenligningsgruppen. Nedenfor følger nogle eksempler på sager, hvor det besluttende organ udtrykkeligt rejste spørgsmålet om beviset af sammenligningsgruppen som et problem.

Eksempel: I *Moustaquim mod Belgien-sagen* var en marokkansk statsborger blevet dømt for flere strafbare forhold og skulle derfor udvises.¹⁷ Den marokkanske statsborger gjorde gældende, at denne udvisningsafgørelse var forskelsbehandling. Den pågældende påberåbte sig forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og sagde, at belgiske statsborgere ikke bliver udvist efter en dom for strafbare forhold. ECHR kendte for ret, at han/hun ikke var i en tilsvarende situation som belgiske statsborgere, eftersom en stat i henhold til EMRK ikke må udvise sine egne statsborgere. Derfor var hans/hendes udvisning ikke forskelsbehandling. Skønt ECHR anerkendte, at han/hun var i en sammenlignelig situation med ikke-belgiske statsborgere fra andre

¹⁷ ECHR, *Moustaquim mod Belgien* (nr. 12313/86), 18. februar 1991.

EU-medlemsstater (som ikke kunne udvises på grund af EU-lovgivningen om fri bevægelighed), fandt retten, at den ulige behandling var berettiget.

Eksempel: I *Allonby-sagen* fik sagsøger, der arbejdede som underviser på et college, ikke sin kontrakt fornyet af college.¹⁸ Hun fik derefter arbejde hos en virksomhed, der leverede undervisere til uddannelsesinstitutioner. Denne virksomhed sendte sagsøger ud for at arbejde på hendes gamle college, hvor hun udførte det samme arbejde som før, men den betalte hende mindre, end hendes college havde gjort. Hun påstod forskelsbehandling på grundlag af køn, idet hun sagde, at mandlige undervisere, der arbejdede for college, fik højere løn. Domstolen kendte for ret, at mandlige undervisere, der var ansat af college, ikke var i en sammenlignelig situation. Det skyldtes, at college ikke var ansvarlig for at bestemme lønniveauet for både den mandlige underviser, som det beskæftigede direkte, og sagsøger, der var ansat af en ekstern virksomhed. De var derfor ikke i en tilstrækkeligt sammenlignelig situation.

Eksempel: I *Luczak mod Polen-sagen* klagede en fransk landbruger, der boede og drev landbrug i Polen, fordi han/hun fik afslag på at komme ind i en særlig polsk socialsikringsordning, der var oprettet specifikt for at støtte polske landbrugere, eftersom den ikke var åben for udenlandske statsborgere.¹⁹ ECHR var enig i, at ansøgeren var i en sammenlignelig situation i forhold til polske landbrugere, der var omfattet af ordningen, fordi han/hun havde fast ophold, betalte skat ligesom polske statsborgere og derved bidrog til at finansiere den sociale sikringsordning og tidligere havde været med i den generelle socialsikringsordning.

Eksempel: I *Richards-sagen* havde sagsøger gennemgået en kønsskifteoperation. Hun ønskede at gøre krav på pension på sin 60 års fødselsdag, som er den alder, hvor kvinder har ret til pension i Det Forenede Kongerige.²⁰ Myndighederne nægtede at bevilge pension, idet de hævdede, at sagsøger ikke havde fået en ringere behandling sammenlignet med andre i en lignende situation. Myndighederne hævdede, at det rigtige sammenligningsgrundlag her var "mænd", eftersom sagsøger havde levet sit liv som mand. Domstolen fandt,

18 Domstolen, *Allonby mod Accrington & Rossendale College m.fl.*, sag C-256/01 [2004] Sml. I, s. 873 13. januar 2004.

19 ECHR, *Luczak mod Polen* (nr. 77782/01), 27. november 2007. Jf. også ECHR, *Gaygusuz mod Østrig* (nr.17371/90), 16. september 1996.

20 Domstolen *Richards mod Secretary of State for Work and Pensions*, sag C-423/04 [2006] Sml. I, s. 3585, 27. april 2006.

at det korrekte sammenligningsgrundlag var kvinder, fordi national ret giver en person mulighed for at skifte køn. Som følge heraf blev sagsøger behandlet ringere end andre kvinder, idet hun fik påtvunget en højere pensionsalder.

Eksempel: I sagen *Burden mod Det Forenede Kongerige* havde to søstre levet sammen i en periode på 31 år.²¹ De ejede en ejendom sammen og havde hver især testamenteret deres andel af ejendommen til den anden. Sagsøgerne klagede over, at den efterlevende ved den førstes død ville skulle betale arveafgift, fordi ejendomsværdien oversteg tærsklen. De klagede over, at dette var et diskriminerende indgreb i deres ret til ejendom, fordi gifte par og par, der havde indgået registreret partnerskab, var fritaget for arveafgift. ECHR fandt imidlertid, at sagsøgerne som søskende ikke kunne sammenligne sig med samboende par, der var gift eller registrerede partnere. Ægteskaber og registrerede partnerskaber er særlige forhold, der indgås frit og bevidst med henblik på at skabe kontraktlige rettigheder og ansvar. I modsætning hertil var sagsøgernes forhold baseret på biologisk slægtskab og var således grundlæggende anderledes.

Eksempel: I sagen *Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige* klagede sagsøgerne over, at den britiske stat ikke anvendte samme pensionstillæg til personer, der levede som pensionister i udlandet, som til dem, der levede som pensionister i Det Forenede Kongerige.²² Ifølge britisk lov gjaldt tillæg kun for personer med fast bopæl i Det Forenede Kongerige med undtagelse af britiske statsborgere, der havde trukket sig tilbage til stater, som Det Forenede Kongerige havde en gensidig socialsikringsordning med. Sagsøgerne, der ikke boede i en stat, som havde indgået en sådan aftale, hævdede, at de blev udsat for forskelsbehandling på grundlag af deres opholdssted. ECHR var uenig med sagsøgerne, der gjorde gældende, at de var i samme situation som dem, der levede som pensionister i Det Forenede Kongerige, eller de britiske statsborgere, der levede på pension i lande, som Det Forenede Kongerige havde en gensidig aftale med. Skønt disse forskellige grupper alle havde bidraget til statens indtægter gennem betaling af national forsikring, fandt ECHR ikke, at der var tale om en pensionsfond, men snarere om en generel offentlig indtægt til at finansiere forskellige offentlige udgifter. Endvidere byggede statens pligt til at anvende tillæg på, at man tog hensyn til stigningen i leveomkostningerne i Det Forenede Kongerige. Sagsøgerne var derfor i en anden situation end disse andre grupper, og der var som følge heraf ikke tale om forskelsbehandling.

21 ECHR, *Burden mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 13378/05), 29. april 2008.

22 ECHR, *Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (No. 42184/05), 16. marts 2010.

Den indlysende undtagelse fra at finde en egnet sammenligningsgruppe, i hvert fald i forbindelse med EU-lovgivningen på beskæftigelsesområdet, er situationer, hvor forskelsbehandlingen skyldes, at den pågældende er gravid. Med en omfattende retspraksis fra Domstolen – begyndende med *Dekker-sagen* – er det nu fastslået, at, hvis den skade, en person har lidt, skyldes, at den pågældende er gravid, vil dette blive klassificeret som direkte forskelsbehandling på grundlag af personens køn, idet der ikke er brug for en sammenligningsgruppe.²³

2.2.3. Den beskyttede grund

Kapitel 4. indeholder en gennemgang af rækken af "beskyttede grunde", der findes i den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling, dvs. køn, seksuel orientering, handicap, alder, race, etnisk tilhørsforhold, national oprindelse og religion eller tro. Dette afsnit fokuserer på behovet for en årsagssammenhæng mellem den ringere behandling og den beskyttede grund. Med henblik på at opfylde dette krav skal man blot stille følgende enkle spørgsmål. Ville personen være blevet behandlet ringere, hvis den pågældende havde været af et andet køn eller en anden race, havde haft en anden alder eller været i en omvendt position under en hvilken som helst af de øvrige beskyttede grunde? Hvis svaret er ja, er årsagen til den ringere behandling helt klart den pågældende grund.

Den regel eller praksis, der anvendes, behøver ikke nødvendigvis henvise eksplicit til den "beskyttede grund", så længe den henviser til en anden faktor, der er uadskillelig fra den beskyttede grund. Når man overvejer, om der har fundet direkte forskelsbehandling sted, vurderer man i al væsentlighed, om den ringere behandling skyldes en "beskyttet grund", som ikke kan adskilles fra den særlige faktor, der klages over.

Eksempel: I sagen *James mod Eastleigh Borough Council* skulle hr. James betale entré for at komme ind i en svømmehal i Eastleigh, mens hans hustru, fru James, ikke skulle betale.²⁴ De var begge 61 år. Kun fru James kunne få gratis adgang, fordi hun var pensionist, mens hr. James ikke var pensionist, eftersom mænd i Det Forenede Kongerige går på pension, når de er 65 år, mens kvinder går på pension, når de er 60 år. Selv om reglen om gratis adgang til svømmehallen var baseret på, om man var pensionist, afhang retten til pensionering

23 Domstolen, *Dekker mod Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, sag C-177/88 [1990] Sml. I, s. 3941, 8. november 1990. Tilsvarende Domstolen, *Webb mod EMO Air Cargo (Det Forenede Kongerige) Ltd*, sag C-32/93 [1994] Sml I, s. 3567, 14. juli 1994.

24 Det britiske overhus, *James mod Eastleigh Borough Council* [1990] UKHL 6, 14. juni 1990.

af køn. Det britiske Overhus, House of Lords, konkluderede, at hvis hr. James havde været af det modsatte køn, ville han være blevet behandlet på linje med sin hustru. Endvidere blev det fastslået, at hensigten bag behandlingen og begrundelsen herfor var irrelevante, idet fokus udelukkende var på behandlingen.

Eksempel: I *Maruko-sagen* havde et homoseksuelt par indgået et registreret partnerskab.²⁵ Sagsøgers partner var afgået ved døden, og sagsøger ønskede at gøre krav på efterladtepensionen fra den virksomhed, som administrerede hans afdøde partners erhvervstilknyttede pensionsforsikringsordning. Virksomheden nægtede at betale sagsøger med den begrundelse, at efterladtepensioner kun kunne udbetales til ægtefæller, og han havde ikke været gift med afdøde. Domstolen anerkendte, at afvisningen af at betale pensionen var en ringere behandling, og at det var ringere i forhold til sammenligningsgruppen "gifte" par. Domstolen fandt, at institutionen "registreret partnerskab" i Tyskland skabte mange af de samme rettigheder og pligter for registrerede partnere som for ægtefæller, især med hensyn til offentlige pensionsordninger. Den fastslog derfor, at registrerede partnere i forbindelse med denne sag var i samme situation som ægtefæller. Domstolen fortsatte med at fastslå, at dette ville være forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. Den kendsgerning, at de ikke kunne gifte sig, kunne således ikke adskilles fra deres seksuelle orientering.

Eksempel: I sagen *Aziz mod Cypern* klagede sagsøger over, at han/hun havde fået frataget stemmeretten på grund af sit tyrkisk-cypriotiske tilhørsforhold.²⁶ I henhold til tidligere cypriotisk lov kunne tyrkisk-cyprioter og græsk-cyprioter kun stemme på kandidater fra deres egne etniske samfund ved parlamentsvalg. Siden den tyrkiske besættelse af Nordcypern havde størstedelen af det tyrkiske samfund imidlertid forladt området, og deres deltagelse i parlamentet var blevet suspenderet. Som følge heraf var der ikke længere nogen kandidatliste, sagsøger kunne stemme ud fra. Mens staten hævdede, at den manglende mulighed for at stemme skyldtes, at der ikke var nogen kandidater, han/hun kunne stemme på, var ECHR af den opfattelse, at den tætte forbindelse mellem valgeregler og medlemskab af det tyrkisk-cypriotiske samfund sammen med statens manglende evne til at tilpasse valgreglerne til situationen betød, at der var tale om direkte forskelsbehandling på grund af etnisk tilhørsforhold.

²⁵ Domstolen, *Maruko mod Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, sag C-267/06 [2008] Sml. I, s. 1757, 1. april 2008.

²⁶ ECHR, *Aziz mod Cypern* (nr. 69949/01), 22. juni 2004.

Domstolene har fortolket rækkevidden af den "beskyttede grund" bredt. Den kan omfatte "tilknytningsbegrundet forskelsbehandling", hvor offeret for forskelsbehandlingen ikke selv er personen med den beskyttede egenskab. Det kan også indebære, at den særlige grund bliver fortolket abstrakt. Det gør det bydende nødvendigt, at jurister foretager en detaljeret analyse af ræsonnementet bag den ringere behandling og ser efter bevis for, at den beskyttede grund er årsag til en sådan behandling, hvad enten det er direkte eller indirekte.

Eksempel: I *Coleman-sagen* påstod en mor, at hun blev ringere behandlet på sit arbejde, fordi hendes søn var handicappet.²⁷ Hendes søns handicap gjorde, at hun undertiden kom for sent på arbejde og bad om, at ferie blev planlagt efter hendes søns behov. Sagsøgers anmodninger blev afvist, og hun blev truet med afskedigelse og udsat for upassende kommentarer om sit barns sygdom. Domstolen anerkendte hendes kolleger i lignende stillinger og med børn som sammenligningsgrundlag og konstaterede, at de fik lov til at være fleksible, når de bad om det. Den anerkendte også, at dette var forskelsbehandling og chikane på grund af hendes barns handicap.

Eksempel: I *Weller mod Ungarn-sagen* var en rumænsk kvinde gift med en ungarsk mand, og de to havde fire børn.²⁸ Hun havde ikke ret til at få udbetalt barselsydelse efter en fødsel, fordi hun ikke var ungarsk statsborger. Hendes mand prøvede at gøre krav på ydelsen, men blev afvist af myndighederne, der erklærede, at den kun kunne udbetales til mødre. ECHR fandt, at han havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af faderskab (i stedet for køn), eftersom adoptivfædre eller mandlige værger havde ret til at få ydelsen, mens biologiske fædre ikke havde det. Børnene indgav også en klage med påstand om forskelsbehandling, fordi man havde afvist at betale ydelsen til deres far, hvilket ECHR anerkendte. Således havde børnene været udsat for forskelsbehandling på grund af deres fars status som biologisk far.

Eksempel: I sagen *P. mod S. og Cornwall County Council* var sagsøger ved at gennemgå kønsskifte fra mand til kvinde, da hun blev afskediget af sin arbejdsgiver. Domstolen fandt, at afskedigelsen udgjorde ringere behandling.²⁹ Med hensyn til det relevante sammenligningsgrundlag erklærede Domstolen, at "[N]år en person således afskediges med den begrundelse, at den pågældende

27 Domstolen, *Coleman mod Attridge Law og Steve Law*, sag C-303/06 [2008] Sml. I, s. 5603, 17. juli 2008.

28 ECHR, *Weller mod Ungarn* (nr. 44399/05), 31. marts 2009.

29 Domstolen, *P. mod S. og Cornwall County Council*, sag C-13/94 [1996] Sml. I, s. 2143, 30. april 1996.

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". Skønt det ikke kunne påvises, at sagsøger blev behandlet anderledes, fordi han var en mand eller en kvinde, kunne det med hensyn til grundene påvises, at den ulige behandling hang sammen med idéen om hendes køn.

2.3. Indirekte forskelsbehandling

Det anerkendes både i EU-lovgivningen og i EMRK, at forskelsbehandling ikke alene kan forekomme, fordi mennesker i samme situation behandles forskelligt, men også fordi mennesker i forskellige situationer behandles ens. Det sidste kaldes "indirekte" forskelsbehandling, fordi det ikke er behandlingen, der forskellig, men snarere virkningerne af behandlingen, som vil føles forskelligt af mennesker med forskellige egenskaber. Det fastsættes i artikel 2, stk. 2, litra b), i racelighedsdirektivet, at der "foreligger (...) indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer af en bestemt race eller etnisk oprindelse særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer".³⁰ ECHR har trukket på denne definition af indirekte forskelsbehandling i nogle af sine seneste domme, hvor den har anført, at ulige behandling kan give sig udslag i uforholdsmæssigt skadelige virkninger af en generel politik eller foranstaltning, der uanset om den er affattet neutralt, diskriminerer en gruppe.³¹

Elementerne i indirekte forskelsbehandling er som følger:

- en neutral regel, betingelse eller praksis,
- der rammer en gruppe, som er defineret af en "beskyttet grund", på en væsentligt mere negativ måde a
- sammenlignet med andre i en lignende situation.

2.3.1. En neutral regel, betingelse eller praksis

Det første identificerbare krav er en tilsyneladende neutral regel, betingelse eller praksis. Med andre ord skal der være en form for krav, der gælder for alle. Nedenfor følger to illustrative sager. Yderligere eksempler kan ses i kapitel 5. om bevismæssige spørgsmål og statistikkers betydning.

³⁰ Det samme gælder: direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 2, stk. 2, litra b), ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 2, stk. 1, litra b), og direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 2, litra b).

³¹ ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007, præmis 184, ECHR, *Opuz mod Tyrkiet* (nr. 33401/02), 9. juni 2009, præmis 183. ECHR, *Zarb Adami mod Malta* (nr. 17209/02), 20. juni 2006, præmis 80.

Eksempel: I *Schönheit-sagen* blev deltidsansattes pensioner beregnet med en anden sats end fuldtidsansattes.³² Denne anden sats var ikke baseret på forskelle i arbejdstiden. Således fik deltidsansatte en lavere pension end fuldtidsansatte, selv når man tog hensyn til forskellig anciennitet, hvilket i realiteten betød, at deltidsansatte fik lavere løn. Denne neutrale regel for beregning af pensioner blev anvendt ensartet på alle deltidsbeskæftigede. Men fordi omkring 88 % af de deltidsbeskæftigede var kvinder, var virkningen af reglen uforholdsmæssigt negativ for kvinder i forhold til mænd.

Eksempel: I sagen *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* blev en række test brugt til at bestemme elevers intelligens og egnethed med henblik på at fastslå, om de skulle tages ud af de almindelige skoler og flyttes til specialskoler.³³ Disse specialskoler var beregnet for personer med intellektuel funktionsnedsættelse og andre former for indlæringsvanskeligheder. Den samme test blev anvendt til alle elever, som man overvejede at sætte på specialskoler. Imidlertid var testen i praksis blevet udformet med udgangspunkt i den almindelige tjekkiske befolkning med den konsekvens, at romaelever reelt set havde større sandsynlighed for at klare sig dårligt – hvilket de gjorde, og det bevirkede, at mellem 80 og 90 % af romabørnene blev undervist uden for det almindelige uddannelsessystem. ECHR fandt, at det var et tilfælde af indirekte forskelsbehandling.

2.3.2. Rammer en beskyttet gruppe væsentligt mere negativt

Det andet identificerbare krav er, at den tilsyneladende neutrale bestemmelse, betingelse eller praksis stiller en "beskyttet gruppe" særligt ufordelagtigt. Det er her, indirekte forskelsbehandling adskiller sig fra direkte forskelsbehandling, idet den flytter fokus fra ulige behandling til ulige virkninger.

Når man ser på statistisk dokumentation for, at den beskyttede gruppe rammes uforholdsmæssigt på en negativ måde sammenlignet med personer i en lignende situation, vil Domstolen og ECHR søge dokumentation for, at en særligt stor andel af dem, der rammes negativt, består af den pågældende "beskyttede gruppe". Det vil blive uddybet i kapitel 5. i forbindelse med bevismæssige spørgsmål. Indtil videre henvises der til en række udtryk, Domstolen har brugt

32 Domstolen, *Hilde Schönheit mod Stadt Frankfurt am Main* og *Silvia Becker mod Land Hessen*, forenede sager C-4/02 og C-5/02 [2003] Sml. I, s. 12575, 23. oktober 2003.

33 ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007, præmis 79.

i forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i *Nolte-sagen*, hvor der er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn:

“For at fastslå, at en foranstaltning er forskelsbehandling, skal den ramme “et langt større antal kvinder end mænd” [Rinner-Kühn³⁴] eller “en betydelig mindre procentdel af mænd end af kvinder” [Nimz,³⁵ Kowalska³⁶] eller “langt flere kvinder end mænd” [De Weerd, født Roks, m.fl.³⁷].”³⁸

2.3.3. En sammenligningsgruppe

Som med direkte forskelsbehandling vil en domstol stadig skulle finde en sammenligningsgruppe for at fastslå, om virkningen af den særlige regel, betingelse eller praksis er væsentligt mere negativ end den, andre personer i samme situation oplever. Domstolens tilgang i den forbindelse adskiller sig ikke fra den, der anlægges ved direkte forskelsbehandling.

2.4. Chikane og instruktion om at forskelsbehandle

2.4.1. Chikane og instruktion om at forskelsbehandle i henhold til EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling

Et forbud mod chikane og mod instruktion om at forskelsbehandle som en del af EU's lovgivning om ikke-forskelsbehandling er relativt nye foranstaltninger, som blev indført for at åbne mulighed for en mere omfattende beskyttelse.

34 Domstolen, *Rinner-Kühn mod FWW Spezial-Gebäudereinigung*, sag 171/88 [1989] Sml. 2743, 13. juli 1989.

35 Domstolen, *Nimz mod Freie und Hansestadt Hamburg*, sag C-184/89 [1991] Sml. I, s. 297, 7. februar 1991.

36 Domstolen, *Kowalska mod Freie und Hansestadt Hamburg*, sag C-33/89 [1990] Sml. I, s. 2591, 27. juni 1990.

37 Domstolen, *De Weerd, født Roks, m.fl. mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.*, sag C-343/92 [1994] Sml. I, s. 571, 24. februar 1994.

38 Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Philippe Léger af 31. maj 1995, præmis 57-58 i Domstolen, *Nolte mod Landesversicherungsanstalt Hannover*, sag C-317/93 [1995] Sml. I, s. 4625, 14. december 1995. Et eksempel på en lignende tilgang i henhold til EMRK kan ses i sagen *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007 (gennemgås i kapitel 5.2.1.).

Ifølge direktiverne om ikke-forskelsbehandling skal chikane betragtes som forskelsbehandling, når:

- en uønsket optræden finder sted i relation til en beskyttet grund,
- med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed,
- og/eller skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.³⁹

Chikane indgår som en særlig type forskelsbehandling i EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling. Det blev tidligere behandlet som et særligt udtryk for direkte forskelsbehandling. Når det bliver udskilt under en særlig overskrift i direktiverne, skyldes det mere betydningen af at fremhæve denne særligt skadelige form for forskelsbehandling snarere end et skifte i begrebsmæssig tankegang.³⁹

Ligestillingsdirektiverne fastsætter også specifikt sexchikane som en særlig type forskelsbehandling, hvor den uønskede "verbale, ikke-verbale eller fysiske" optræden har "seksuelle" undertoner.⁴⁰

Ifølge denne definition er der ikke brug for en sammenligningsgruppe for at bevise chikane. Den afspejler i al væsentlighed den kendsgerning, at chikane i sig selv er forkert på grund af sin form (verbalt, ikke-verbalt eller fysisk misbrug) og den potentielle virkning, den kan have (krænkelse af menneskelig værdighed).

Størstedelen af vejledningen om chikane på EU-niveau stammer fra Rådets erklæring af 19. december 1991 om iværksættelse af Kommissionens henstilling om beskyttelse af kvinders og mænds værdighed på arbejdspladsen, herunder en adfærdskodeks med henblik på bekæmpelse af seksuel chikane.⁴¹ EU-lovgivningen indtager en fleksibel objektiv/subjektiv holdning. For det første er det den krænkedes opfattelse af behandlingen, der bruges til at fastslå, om der har fundet chikane sted. For det andet kan chikane dog stadig konstateres, selv om den krænkede ikke faktisk føler virkningerne af den, forudsat at sagsøger er målet for den pågældende optræden.

Faktuelle spørgsmål om, hvorvidt den pågældende optræden er chikane, fastslås normalt på nationalt plan, før sagerne henvises til Domstolen. Følgende illustrative sager stammer derfor fra nationale domstole.

39 Jf.: racelighedsdirektivet, artikel 2, stk. 3, direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 2, stk. 3, direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 2, litra c), ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 2, stk. 1, litra c).

40 Direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 2, litra d), ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 2, stk. 1, litra d).

41 Rådets erklæring af 19. december 1991 om iværksættelse af Kommissionens henstilling om beskyttelse af kvinders og mænds værdighed på arbejdspladsen, herunder en adfærdskodeks med henblik på bekæmpelse af seksuel chikane, EFT C 27 af 4. februar 1992. Kommissionens henstilling 92/131/EØF om beskyttelse af mænds og kvinders værdighed på arbejdspladsen, EFT L 49 af 24. februar 1992.

Eksempel: I en sag ved den svenske appeldomstol havde sagsøger forsøgt at købe en hundehvalp.⁴² Da sælger opdagede, at køber var homoseksuel, nægtede han/hun at gennemføre salget med henvisning til hundehvalpens trivsel med den påstand, at homoseksuelle havde sex med dyr. Den svenske appeldomstol fastslog, at afvisningen af at sælge hundehvalpen udgjorde direkte forskelsbehandling i forbindelse med varer og tjenesteydelser og specifikt var chikane på grundlag af seksuel orientering.

Eksempel: I sagen ved den ungarske ligestillingsmyndighed blev der indgivet en klage over lærere, som fortalte romælever, at deres dårlige opførsel i skolen var blevet anmeldt til den "ungarske garde", en nationalistisk organisation, der er kendt for at begå ekstremistiske voldshandlinger mod romaer.⁴³ Det blev fastslået, at lærerne implicit havde blåstemplet gardens racistiske synspunkter og skabt et klima af frygt og intimidering, og at det var chikane.

Endvidere bestemmes det i alle direktiverne om ikke-forskelsbehandling, at en "instruktion om at forskelsbehandle" betragtes som "forskelsbehandling".⁴⁴ Ingen af direktiverne indeholder imidlertid en definition af, hvad udtrykket betyder. For at være noget værd i bekæmpelsen af forskelsbehandling burde det ikke være begrænset til blot at omhandle instruktioner, der er i sig selv er ufravigelige, men bør udvides til at omfatte situationer, hvor der er en udtrykt præference eller tilskyndelse til at behandle personer ringere som følge af en af de beskyttede grunde. Det er et område, der kan udvikles gennem domstolenes retspraksis.

Skønt direktiverne om ikke-forskelsbehandling ikke forpligter medlemsstaterne til at bruge strafferetten mod handlinger, der udspringer af forskelsbehandling, forpligter Det Europæiske Råds rammeafgørelse alle EU-medlemsstater til at etablere straffetlige sanktioner i forbindelse med opildning til vold eller had baseret på race, farve, herkomst, religion eller tro, national eller etnisk oprindelse samt udbredelse af racistisk eller fremmedfjendsk materiale og forsvar for eller benægtelse eller bagatel-

42 Svea hovrätt (Sverige), *Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning mod A.S.*, sag nr. T-3562-06, 11. februar 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 69.

43 Ligestillingsmyndigheden (Ungarn), afgørelse nr. 654/2009, 20. december 2009. Der kan ses et sammendrag på engelsk via: European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, "News Report": www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf.

44 Artikel 2, stk. 4, i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 4, stk. 1, i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 2, stk. 2, litra b), i ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 2, stk. 4 i racelighedsdirektivet.

lisering af folkedrab, krigsforbrydelser og forbrydelser mod menneskeheden rettet mod sådanne grupper.⁴⁵ Medlemsstaterne er også forpligtede til at se på racistisk eller fremmedfjendsk sigte som en skærpende omstændighed.

Det er derfor meget sandsynligt, at chikane og tilskyndelse til at forskelsbehandle ud over at være forskelsbehandling også kan falde ind under den nationale strafferet, især hvor disse handlinger vedrører race eller etnisk tilhørsforhold.

Eksempel: I en sag ved de bulgarske domstole fremsatte et parlamentsmedlem flere udtalelser med verbale angreb på romabefolkningen og de jødiske og tyrkiske samfund samt "udlændinge" i almindelighed.⁴⁶ Han/hun erklærede, at disse samfund forhindrede bulgarerne i at lede deres egen stat, begik forbrydelser ustraffet og fratog bulgarerne passende sundhedsydelse, og tilskyndede folk til at forhindre staten i at blive en "koloni" af disse forskellige grupper. Den regionale domstol i Sofia fastslog, at det var chikane og også instruktion om at forskelsbehandle.

2.4.2. Chikane og instruktion om at forskelsbehandle i henhold til EMRK

Selv om EMRK ikke specifikt forbyder chikane eller instruktion om at forskelsbehandle, indeholder den særlige rettigheder, der vedrører samme område. Således kan chikane falde ind under retten til respekt for privatliv og familieliv, der er beskyttet i henhold til artikel 8 i EMRK, eller retten til ikke at blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf i henhold til artikel 3, mens instruktion om at forskelsbehandle kan komme ind under andre artikler som religionsfrihed eller forsamlingsfrihed i artikel 9 eller 11 alt efter konteksten. Hvor motivet for disse handlinger er at forskelsbehandle, vil ECHR undersøge de påståede brud på relevante artikler sammen med artikel 14 om forbud mod diskriminering. Nedenfor følger et udvalg af eksempler, der viser sager om samme forhold som dem, der blev gennemgået før, betragtet inden for rammerne af EMRK.

45 Rådets rammeafgørelse 2008/913/RIA af 28. november 2008 om bekæmpelse af visse former for og tilkendegivelser af racisme og fremmedhad ved hjælp af straffelovgivningen, EUT L 328 af 6. december 2008, s. 55.

46 Sofia Regionale Domstol (Bulgarien), afgørelse nr. 164 i civilsag nr. 2860/2006, 21. juni 2006. Et sammendrag på engelsk kan ses på FRA's InfoPortal, sag 11-1.

Eksempel: I sagen *Bączkowski m.fl. mod Polen* fremsatte Warszawas borgmester offentligt meddelelser af homofobisk art og erklærede, at han ville nægte at give tilladelse til afholdelse af en march, der skulle øge bevidstheden om forskelsbehandling på grund af seksuel orientering.⁴⁷ Da afgørelsen blev forelagt det relevante forvaltningsorgan, blev tilladelsen nægtet af andre årsager såsom behovet for at forhindre sammenstød mellem demonstranter. ECHR fandt, at borgmesterens udtalelser kunne have påvirket de relevante myndigheders afgørelse, og at afgørelsen byggede på seksuel orientering og således var en krænkelse af den frie forsamlingsret sammen med retten til ikke at blive udsat for forskelsbehandling.

Eksempel: I sagen *Paraskeva Todorova mod Bulgarien* afviste de nationale domstole ved domfældelsen af en person af romaoprindelse udtrykkeligt anklagemyndighedens indstilling om en betinget straf, idet de erklærede, at der herskede en straffrihedskultur blandt romamindretallet, og antydede, at der skulle statuere et eksempel med denne bestemte person.⁴⁸ ECHR fandt, at dette krænkede sagsøgers ret til en retfærdig rettergang sammen med retten til ikke at blive udsat for forskelsbehandling.

2.5. Særlige foranstaltninger eller særforanstaltninger

Når man i sager om indirekte forskelsbehandling mener, at der foreligger forskelsbehandling, skyldes det som anført ovenfor, at den samme regel anvendes på alle uden hensyntagen til relevante forskelle. Med henblik på at afhjælpe og forebygge den slags situationer skal myndigheder, arbejdsgivere og tjenesteydere sikre, at de tager skridt til at justere deres regler og praksis, så der tages hensyn til disse forskelle – dvs. de skal gøre noget for at tilpasse aktuelle politikker og foranstaltninger. I FN-sammenhæng benævnes disse "særlige foranstaltninger", mens man i EU-lovgivningen omtaler dem som "særforanstaltninger" eller "specifikke foranstaltninger" eller "positiv særbehandling". Ved at træffe særlige foranstaltninger kan regeringerne sikre "reel ligestilling", dvs. lige nydelse af mulighederne for at få adgang til samfundets goder, frem for bare "formel ligestilling". Hvis stater, arbejdsgivere og tjenesteydere undlader at overveje det hensigtsmæssige i at træffe særlige foranstaltninger, øger de risikoen for, at deres regler og praksis kan være indirekte forskelsbehandling.

47 ECHR, *Bączkowski m.fl. mod Polen* (nr. 1543/06), 3. maj 2007.

48 ECHR, *Paraskeva Todorova mod Bulgarien* (nr. 37193/07), 25. marts 2010.

ECHR har fastslået, at retten til ikke at blive udsat for forskelsbehandling i nydelsen af de rettigheder, der er fastsat i EMRK, også krænktes, når stater undlader at behandle personer forskelligt, hvis deres situationer er væsentligt forskellige.⁴⁹ Tilsvarende fastsættes muligheden for positiv særbehandling udtrykkeligt i EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling: "[For] at sikre fuld ligestilling i praksis er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager specifikke foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til [en beskyttet grund]".⁵⁰

Artikel 5 i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse indeholder specifikke formuleringer af den generelle regel om særforanstaltninger i forbindelse med personer med handicap, hvorefter arbejdsgivere skal foretage "tilpasninger i rimeligt omfang" for at give personer med fysiske eller psykiske handicap mulighed for lige beskæftigelsesmuligheder. Det defineres som "de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udføre den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde". Her kan være tale om foranstaltninger som installation af en lift eller en rampe eller et handicaptoilet på arbejdspladsen for at sikre kørestolsadgang.

Eksempel: I sagen *Thlimmenos mod Grækenland* hindrede den nationale lovgivning personer med en straffedom i at få adgang til erhvervet som statsautoriseret revisor, eftersom en straffedom betød, at man manglede den ærlighed og pålidelighed, der var nødvendig for at udføre den funktion. Sagsøger i sagen havde fået en straffedom for at nægte at bære militæruniform under sin værnepligt. Det skyldtes, at han var medlem af Jehovas Vidner, som er en religiøs gruppe, der er forpligtet til pacifisme. ECHR fastslog, at der ikke var grund til at udelukke personer fra erhverv, hvor deres straffedomme ikke vedrørte spørgsmål om pålidelighed eller ærlighed. Staten havde forskelsbehandlet sagsøger ved at undlade at skabe en undtagelse til reglen med henblik på sådanne situationer og havde krænket retten til at vise sin religiøse overbevisning (i henhold til artikel 9 i EMRK) sammen med forbuddet mod forskelsbehandling.

49 ECHR, *Thlimmenos mod Grækenland* [GC] (nr. 34369/97), 6. april 2000, præmis 44. Tilsvarende, ECHR, *Pretty mod Det Forenede Kongerige* (nr. 2346/02), 29. april 2002, præmis 88.

50 Racelighedsdirektivet, artikel 5, direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 7, direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 6, og også med en lidt anden formulering: ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 3.

Eksempel: I en sag ved det cypriotiske ligestillingsorgan deltog klageren, der havde et synshandicap, i eksamen for at få ansættelse i centraladministrationen.⁵¹ Klageren havde anmodet om ekstra tid til at gennemføre sin eksamen og fik 30 minutter mere, men de blev trukket fra den pause, alle havde ret til. Ligestillingsorganet fastslog, at der ikke fandtes en standardprocedure for undersøgelse af, hvornår der skulle foretages tilpasninger i rimeligt omfang til ansøgere med særlige behov, og at der efter de foreliggende oplysninger ikke var blevet gjort nok for at skabe betingelser, hvorunder den pågældende kunne konkurrere rimeligt med de øvrige ansøgere. Ligestillingsorganet henstillede, at staten som led i en standardprocedure udpegede et hold eksperter til at se på de sager, hvor der var behov for tilpasninger i rimeligt omfang, i hvert enkelt tilfælde.

Eksempel: En person, der ikke kan klare sig uden kørestol, indbragte en sag mod undervisningsministeriet ved de franske domstole, fordi han ikke var blevet udpeget til en bestemt stilling.⁵² Sagsøgers ansøgning lå på tredjepladsen på listen over ansøgere. Da de første to ansøgere sagde nej til tilbuddet om stillingen, fik den fjerde ansøger stillingen tilbudt i stedet for sagsøgeren. I stedet fik sagsøger tilbudt en stilling i en anden afdeling, hvor der var kørestolsadgang. Staten begrundede denne beslutning med, at det ikke tjente almenvellet at investere midler i at foretage ændringer i lokalerne for at opfylde forpligtelsen til tilpasninger i rimeligt omfang. Domstolen fandt, at undervisningsministeriet havde svigtet sin forpligtelse til at foretage tilpasninger i rimeligt omfang til personer med handicap, som ikke kunne reduceres af ledelseshensyn.

Udtrykket "særlige foranstaltninger" opfattes undertiden, som om det omfatter en situation, hvor der finder ulige behandling sted, som begunstiger personer på grundlag af deres beskyttede grunde (snarere end stiller dem ufordelagtigt). F.eks. en kvinde, der vælges i stedet for en mand til en bestemt stilling, fordi hun er kvinde, og hvor arbejdsgiveren har en politik om at rette op på underrepræsentationen af kvinder blandt sine medarbejdere. Den terminologi, der bruges til at beskrive dette, varierer meget fra "positiv" eller "omvendt" forskelsbehandling, "for-

⁵¹ Ligestillingsorgan (Cypern), ref. A.K.I. 37/2008, 8. oktober 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 43.

⁵² Forvaltningsdomstolen i Rouen (Frankrig), *Boutheiller mod Undervisningsministeriet*, dom nr. 0500526-3, 24. juni 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 45.

trinsbehandling", "midlertidige særforanstaltninger" eller "positiv særbehandling".⁵³ Det afspejler dens accepterede funktion som en kortvarig og usædvanlig måde til at bekæmpe fordomme mod enkeltpersoner, der normalt ville blive udsat for forskelsbehandling, og til at skabe rollemodeller til inspiration for andre, der deler de pågældende egenskaber.

Det tilladelige i at træffe positive foranstaltninger til fordel for dårligt stillede grupper styrkes yderligere af vejledningen fra flere af de overvågningsorganer, der har ansvar for at fortolke FN's menneskerettighedstraktater. Disse organer har understreget, at sådanne foranstaltninger bør være af midlertidig karakter og ikke i tid eller anvendelsesområde gå ud over det, der er nødvendigt for at afhjælpe den pågældende ulighed.⁵⁴ Hvis sådanne foranstaltninger skal kunne tillades, skal de ifølge FN's Racediskriminationskomité have som eneste formål at fjerne eksisterende uligheder og forebygge fremtidige ubalancer.⁵⁵ FN's Komité for Afskaffelse af Diskrimination mod Kvinder uddybende, at sådanne "midlertidige særlige foranstaltninger" kan omfatte fortrinsbehandling, målrettet rekruttering, ansættelse og forfremmelse, numeriske mål i forbindelse med tidsrammer samt kvoteordninger.⁵⁶ Ifølge Domstolens retspraksis, der gennemgås nedenfor, skal sådanne foranstaltningers forholdsmæssighed måles nøje.

Domstolene har været tilbøjelige til ikke at behandle forskelsbehandling i denne sammenhæng som en selvstændig form for særlig forskelsbehandling, men som en undtagelse til forbuddet mod forskelsbehandling. Med andre ord anerkender domstolene, at der har fundet ulige behandling sted, men at det kan retfærdiggøres for at rette op på en i forvejen eksisterende ulempe såsom underrepræsentation af bestemte grupper på arbejdspladsen.

53 F.eks. FN's Racediskriminationskomité, "General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" FN dok. CERD/C/GC/32, 24. september 2009, FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, "General Comment No. 13: The Right to Education" FN dok. E/C.12/1999/10, 8. december 1999, FN's Komité for Afskaffelse af Diskrimination mod Kvinder, "General Recommendation No. 25: Article 4(1) of the Convention (temporary special measures)" FN dok. A/59/38(SUPP), 18. marts 2004, FN's Menneskerettighedskomité, "General Comment No. 18: Non-Discrimination" FN dok. A/45/40(Vol.I)(SUPP), 10. november 1989, FN's Racediskriminationskomité, "General Recommendation No. 30 on Discrimination against Non-Citizens" FN dok. HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4. maj 2005.

54 *Ibid.*

55 FN's Racediskriminationskomité, "General Recommendation 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" FN dok. CERD/C/GC/32, 24. september 2009, præmis 21-26.

56 FN's Komité for Afskaffelse af Diskrimination mod Kvinder, "General Recommendation 25: Article 4(1) of the Convention (temporary special measures)" FN dok. A/59/38(SUPP), 18. marts 2004, præmis 22.

Denne begrundelse for ulige behandling har fra tid til anden været fremført af stater. Det kan ses ud fra to forskellige synsvinkler. Ud fra den begunstigedes synsvinkel ydes der en gunstigere behandling på grundlag af en beskyttet egenskab i forhold til en person i en lignende situation. Ud fra den krænkedes synsvinkel gives en ringere behandling, fordi de ikke har en beskyttet egenskab. Typiske eksempler omfatter forbeholdelse af stillinger til kvinder på mandsdominerede arbejdspladser eller til etniske minoriteter i det offentlige såsom politiet for at sikre en bedre afspejling af samfundets sammensætning. Det kaldes undertiden "omvendt" forskelsbehandling, fordi forskelsbehandlingen gives for at begunstige en person, som forventeligt ville få en ringere behandling på grundlag af tidligere tendenser i samfundet. Det kaldes sommetider "positiv" særforanstaltning, fordi det er en foranstaltning, der specifikt træffes for at rette op på tidligere ulempe ved at fremme traditionelt dårligt stillede gruppers deltagelse. I den forstand bygger det på et frivilligt sigte i stedet for på fordom mod bestemte grupper.

Begrebet optræder sjældent i ECHR's retspraksis, selv om det har fået større bevågenhed inden for rammerne af EU-retten, hvor Domstolen har behandlet sager på beskæftigelsesområdet. Særforanstaltninger optræder som et selvstændigt forsvarsmiddel i henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling og i Domstolens retspraksis samt i forbindelse med det specifikke forsvar for "afgørende erhvervs-mæssigt krav", som gennemgås senere i kapitel 2.6.4.1.

Domstolens vigtigste sager om særforanstaltninger er opstået i forbindelse med ligestilling mellem mænd og kvinder, nemlig *Kalanke-sagen*⁵⁷, *Marschall-sagen*⁵⁸ og *Abrahamsson-sagen*⁵⁹. Sammen definerede disse sager grænserne for, hvor langt man kan gå med særforanstaltninger for at opveje de tidligere ulemper, som, i disse sager, kvindelige arbejdstagere havde været udsat for i årenes løb.

Eksempel: I *Kalanke-sagen* indtog Domstolen en streng holdning til fortrinsbehandling for at afhjælpe kvinders underrepræsentation i visse stillinger. Denne sag vedrørte lovgivning vedtaget på regionalt niveau, som automatisk prioriterede kvindelige ansøgere, der søgte stillinger eller forfremmelse. Hvis mandlige og kvindelige ansøgere var lige kvalificerede, og kvindelige arbejdstagere blev anset for at være underrepræsenteret i sektoren, skulle de kvindelige an-

57 Domstolen, *Kalanke mod Freie Hansestadt Bremen*, sag C-450/93 [1995] Sml. I, s. 3051, 17. oktober 1995.

58 Domstolen, *Marschall mod Land Nordrhein-Westfalen*, sag C-409/95 [1997] Sml. I, s. 6363, 11. november 1997.

59 Domstolen, *Abrahamsson og Leif Anderson mod Elisabet Fogelqvist*, sag C-407/98 [2000] Sml. I, s. 5539, 6. juli 2000.

søgere have fortrinsret. Man skønnede, at der var tale om underrepræsentation, hvis kvindelige arbejdstagere ikke udgjorde mindst halvdelen af medarbejderne i den pågældende stilling. I denne sag klagede en mandlig ansøger, hr. Kalanke, der var blevet vraget, til de nationale domstole over, at han havde været udsat for forskelsbehandling på grund af sit køn. De nationale domstole henviste sagen til Domstolen og spurgte, om denne regel var forenelig med artikel 2, stk. 4, i ligebehandlingsdirektivet fra 1976 (forgængeren til artikel 3 i ligestillingsdirektivet om "særforanstaltning"), hvori det hedder, at: "Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder".⁶⁰

Domstolen fastslog, at artikel 2, stk. 4, var udformet, så den tillod foranstaltninger, "der tilsyneladende er diskriminerende, men som reelt fjerner eller reducerer de uligheder, der faktisk er i samfundet".⁶¹ Det blev slået fast, at reglen havde det legitime formål at fjerne uligheder på arbejdspladsen. Som følge heraf ville foranstaltninger, der giver kvinder en særlig fordel på arbejdspladsen, bl.a. forfremmelse, i princippet være acceptable, så længe de blev indført med henblik på at forbedre deres mulighed for at konkurrere på arbejdsmarkedet uden at blive udsat for en sådan forskelsbehandling.

Det blev dog også fastslået, at enhver undtagelse fra retten til ligebehandling skulle fortolkes strengt. Domstolen fandt, at, hvis den pågældende ordning gav "kvinder en absolut og ubetinget fortrinsstilling ved udnævnelse eller forfremmelse", ville den være uforholdsmæssig i forhold til at fremme målet om at fjerne ulighed i retten til ligebehandling. Derfor kunne fortrinsbehandlingen ikke begrundes i denne sag.

Ikke desto mindre viser senere sager, at særforanstaltninger kan være acceptable, når reglen ikke kræver, at der gives en automatisk og ubetinget fortrinsstilling.

Eksempel: *Marschall-sagen* vedrørte lovgivning, der i sin substans, lignede *Kalanke-sagen*. Imidlertid hed det i den omtvistede regel, at der skulle gives lige kvalificerede kvinder en fortrinsstilling, "medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere". Hr. Marschall, der blev vraget

60 Ligebehandlingsdirektivet 76/207/EØF, EFT, L 39 af 14. februar 1976, s. 40.

61 Denne ordlyd er i vid udstrækning medtaget i præamblerne til direktiverne om forskelsbehandling: pkt. 21 i ligestillingsdirektivet (omarbejdning), pkt. 26 i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, pkt. 17 i racelighedsdirektivet.

til en stilling til fordel for en kvindelig ansøger, anfægtede lovligheden af denne regel ved de nationale domstole, som henviste sagen til Domstolen, idet man endnu en gang spurgte, om denne regel var forenelig med ligebehandlingsdirektivet. Domstolen fandt, at en regel af denne karakter ikke var uforholdsmæssig i forhold til det legitime mål om at fjerne ulighed, hvis den "i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgers fortrinsstilling, såfremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes". Der var således indbygget et skøn i reglen, som forhindrede, at fortrinsstillingen var absolut, og den stod derfor i et rimeligt forhold til at nå målet om at bekæmpe ulighed på arbejdspladsen.

Eksempel: *Abrahamsson-sagen* vedrørte gyldigheden af svensk lovgivning, som lå imellem den ubetingede fortrinsstilling i reglen i *Kalanke-sagen* og det indbyggede skøn i *Marschall-sagen*. Ifølge reglen skulle en ansøger fra et underrepræsenteret køn, som besad tilstrækkelige kvalifikationer til at bestride stillingen gives en fortrinsstilling, på betingelse af, at "forskellen mellem deres kvalifikationer ikke er så stor, at anvendelsen af positiv særbehandling kommer i strid med kravet om objektivitet ved besættelsen af stillingen". Domstolen fastslog, at lovgivningen faktisk automatisk gav ansøgere, der tilhørte det underrepræsenterede køn, en fortrinsstilling. Det forhold, at bestemmelsen kun forhindrede det, når der var en betydelig forskel i kvalifikationer, var ikke tilstrækkeligt til at forhindre reglen i at være uforholdsmæssig i sine virkninger.

Disse sager understreger, at Domstolen generelt har været forsigtig med at tillade, at princippet om ret og rimelighed tilsidesættes gennem særforanstaltninger. Kun under begrænsede omstændigheder, hvor særforanstaltningerne ikke er ubetingede og absolutte, vil Domstolen tillade, at nationale regler falder inden for undtagelsen i artikel 2, stk. 4.

Over for et spørgsmål om særforanstaltninger i henhold til EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling skal fagfolk være særligt opmærksomme på den "foranstaltning", der er iværksat for at begunstige en bestemt persongruppe. Det er klart holdningen i Domstolens ovennævnte praksis, at særforanstaltninger er sidste udvej. Når jurister og domstolsansatte behandler en sag om særforanstaltninger, skal de sikre, at alle ansøgere, den pågældende arbejdsgiver tager i betragtning, også dem, der ikke er mål for bestemmelsen om særforanstaltninger, vurderes objektivt og retfærdigt til den pågældende stilling. Særforanstaltninger kan kun tages i an-

vendelse, når en række kandidater, heriblandt personer fra en målgruppe, ved en sådan objektiv vurdering vurderes som lige kompetente til at varetage den ledige funktion. Det er kun under sådanne omstændigheder, at et medlem af målgruppen, som udvælges på grund af tidligere tiders forskelsbehandling på arbejdspladsen, kan udvælges frem for en person, der falder uden for målgruppen.

ECHR har endnu ikke haft lejlighed til at foretage en nøje overvejelse af sager om særlige foranstaltninger, men har dog haft et begrænset antal sager.

Eksempel: I sagen *Wintersberger mod Østrig* traf ECHR en afgørelse om antagelse af et krav til realitetsbehandling.⁶² Sagsøger, der var handicappet, var blevet afskediget fra sit arbejde af staten. Ifølge national lov nød personer med handicap særlig beskyttelse mod afskedigelse, idet der skulle indhentes forudgående godkendelse til afskedigelse fra et særligt udvalg. I tilfælde af at arbejdsgiveren ikke var opmærksom på handicappet, kunne denne godkendelse gives med tilbagevirkende kraft. Der var ikke brug for nogen godkendelse for personer uden handicap. Sagsøger påstod, at det forhold, at der kunne udstedes godkendelse med tilbagevirkende kraft for personer med handicap, men ikke for personer uden handicap, var forskelsbehandling. ECHR fandt, at denne bestemmelse faktisk eksisterede til gavn for personer med handicap og derfor var berettiget som et eksempel på omvendt forskelsbehandling. Påstanden blev som følge heraf afvist.

Centrale punkter

- Forskelsbehandling beskrives som en situation, hvor en person på en eller anden måde stilles ringere på grund af en "beskyttet egenskab".
- Forskelsbehandling antager forskellige former, direkte forskelsbehandling, indirekte forskelsbehandling, chikane og instruktion om at forskelsbehandle.
- Direkte forskelsbehandling er kendetegnet ved ulige behandling. Det skal påvises, at den, der påstår sig krænket, er blevet behandlet ringere på grund af en egenskab hos den pågældende, som falder ind under en "beskyttet grund".
- Ringere behandling fastslås ved en sammenligning mellem den, der påstår sig krænket, og en anden person i en tilsvarende situation, som ikke har den beskyttede egenskab.

⁶² ECHR, *Wintersberger mod Østrig* (dec.) (nr. 57448/00), 27. maj 2003.

- Det kan være, at den "beskyttede grund" ikke er den udtrykkelige årsag til den ulige behandling. Det er nok, at den udtrykkelige årsag er uadskillelig fra den "beskyttede grund".
- Domstolen og de nationale domstole har anerkendt begrebet tilknytningsbegrundet forskelsbehandling, hvor en person behandles ringere på grund af deres tilknytning til en anden person, der har den "beskyttede egenskab".
- Chikane er et særligt udtryk for direkte forskelsbehandling, selv om det behandles særskilt i EU-retten.
- Indirekte forskelsbehandling er kendetegnet ved forskellige følger eller virkninger. Det skal påvises, at en gruppe bliver stillet ringere ved en beslutning i forhold til en sammenlignelig gruppe.
- For at bevise indirekte forskelsbehandling skal en person føre bevis for, at de, der har den beskyttede egenskab, som gruppe, udsættes for forskellige virkninger eller følger sammenlignet med dem, der ikke har den pågældende egenskab.
- For at sikre alle lige udnyttelse af rettigheder kan myndigheder, arbejdsgivere og tjenesteydere være nødt til at træffe særlige foranstaltninger eller særforanstaltninger for at tilpasse deres regler og praksis til personer med andre egenskaber.
- Termene "særlige foranstaltninger" og "særforanstaltninger" kan opfattes således, at de omfatter genopretning af tidligere ulempe for personer med en beskyttet egenskab. Hvis dette er forholdsmæssigt, kan det være en begrundelse for forskelsbehandling.

2.6. Forsvar for ringere behandling i henhold til europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling

2.6.1. Indledning

Under særlige omstændigheder anerkender domstolene, at der er sket ulige behandling, men at det er i orden. Tilgangen til forsvar i henhold til EU-lovgivningen er en anden end under ECHR, men grundlæggende er de meget ens.

Inden for den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling kan et forsvar formuleres i generelle vendinger eller i mere begrænsede og specifikke vendinger. ECHR's tilgang er at benytte et generelt formuleret forsvar i forbindelse med både direkte og indirekte forskelsbehandling. I modsætning hertil giver EU-lovgivningen

kun mulighed for specifikt og begrænset forsvar for direkte forskelsbehandling og kun for et generelt forsvar i forbindelse med indirekte forskelsbehandling. Med andre ord kan direkte forskelsbehandling i henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling kun begrundes, hvis det sker under forfølgelse af bestemte mål, der udtrykkeligt er fastsat i de pågældende direktiver.

Det specifikke forsvar i henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling vedrører forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse, og direkte forskelsbehandling er ikke tilladt i forbindelse med adgang til varer og tjenesteydelser. Disse former for specifikt forsvar kan indsættes i det generelle forsvars bredere sammenhæng, der anerkendes af ECHR og er i overensstemmelse med den måde, hvorpå det generelle forsvar anvendes i retspraksis. Egentlig er det specifikke forsvar i henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling særlige formuleringer af det generelle forsvar, der konkretiseres og tilpasses det særlige beskæftigelsesområde.

2.6.2. Opdeling af det generelle forsvar

Som anført er der mulighed for generelt forsvar både med hensyn til direkte og indirekte forskelsbehandling i henhold til EMRK og kun med hensyn til indirekte forskelsbehandling i henhold til EU-lovgivningen. Ifølge ECHR:

"Forskelsbehandling af personer i situationer, der vedrørende de relevante forhold er ensartede, (...) er diskriminerende, hvis den ikke har nogen objektiv og rimelig begrundelse – hvis den med andre ord ikke har et legitimt formål, eller hvis der ikke er en rimelig forholdsmæssighed mellem de anvendte midler og det forfulgte mål".⁶³

Der bruges en lignende ordlyd i EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling med hensyn til indirekte forskelsbehandling. Det hedder i racelighedsdirektivet:

"[Der] foreligger indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer af en bestemt race eller etnisk oprindelse 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".⁶⁴

63 ECHR, *Burden mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 13378/05), 29. april 2008, præmis 60.

64 Artikel 2, stk. 2, litra b), i racelighedsdirektivet, artikel 2, stk. 2, litra b), i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 2, litra b), i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 2, stk. 1, litra b), i ligestillingsdirektivet (omarbejdning).

Ifølge ordlyden både hos ECHR og i direktiverne om ikke-forskelsbehandling er dette strengt taget ikke et forsvar for forskelsbehandling som sådan, men snarere en begrundelse for ulige behandling, der vil forhindre, at der konstateres forskelsbehandling. Dog behandler domstolene – reelt om ikke formelt – spørgsmål om begrundelser som forsvar for forskelsbehandling.

For at begrunde ulige behandling skal det påvises:

- at den pågældende regel eller praksis forfølger et legitimt mål a
- at de midler, der vælges til at nå målet (dvs. den foranstaltning, som har ført til den ulige behandling) står i forhold til og er nødvendige for målet.

Eksempel: Domstolen gav en tilbundsgående forklaring på idéen om objektiv begrundelse i sagen *Bilka-Kaufhaus GmbH mod Weber Von Hartz*.⁶⁵ Her klagede deltidsansatte, der var udelukket fra Bilkas erhvervstilknyttede pensionsordning, over, at det var indirekte forskelsbehandling af kvinder, eftersom de udgjorde det store flertal af de deltidsansatte. Domstolen fandt, at det ville være indirekte forskelsbehandling, medmindre forskellen i adgang hertil kunne begrundes. For at være begrundet skulle det påvises, at de af Bilka valgte foranstaltninger modsvarer et reelt behov hos virksomheden, er hensigtsmæssige med henblik på at nå det forfulgte mål og er nødvendige herfor.

For at fastslå, om den ulige behandling er forholdsmæssig, skal domstolen fastslå, at:

- der ikke findes andre midler til at nå det pågældende mål, som griber mindre ind i retten til ligebehandling Med andre ord, at den påførte ulempe er den mindst mulige skade, der er nødvendig for at nå det forfulgte mål a
- det mål, der skal nås, er vigtigt nok til at berettiggte dette indgreb.

Bilka anførte, at målet med den ulige behandling var at søge at gøre deltidsarbejde mindre attraktivt og fuldtidsarbejde mere attraktivt, eftersom deltidsarbejdstagere syntes at være tilbageholdende med at arbejde om aftenen og på lørdage, hvilket gjorde det vanskeligere at fastholde det tilstrækkelige antal medarbejdere. Domstolen fandt, at det kunne være et legitimt mål. Imidlertid svarede den ikke på, om udelukkelse af deltidsansatte fra pensionsordningen stod i et rimeligt forhold til at nå det mål. Kravet om, at de trufne foranstaltninger skal være "nødvendige" indebærer, at det skal påvises, at der ikke findes nogen rimelige alternative midler, der ville gribe mindre ind i princippet om ligebehandling. Det blev overladt til den nationale domstol at anvende loven på sagens faktiske omstændigheder.

⁶⁵ Domstolen, *Bilka-Kaufhaus GmbH mod Weber Von Hartz*, sag 170/84 [1986] Sml. s. 1607, 13. maj 1986.

2.6.3. Anvendelse af det generelle forsvar

I forbindelse med beskæftigelse har Domstolen været tilbageholdende med at anerkende ulige behandling af ledelsesmæssige årsager, der vedrører arbejdsgiveres økonomiske hensyn, mens den er mere villig til at anerkende ulige behandling baseret på bredere social- og beskæftigelsesmæssige mål med skattemæssige konsekvenser. I sager om sidstnævnte hensyn giver Domstolen staterne en bred "skønsmargin". Inden for rammerne af EMRK er ECHR mindre tilbøjelig til at anerkende ulige behandling, hvor den vedrører anliggender, som anses for at være kernen i den personlige værdighed, såsom forskelsbehandling baseret på race eller etnisk oprindelse, hjem, privat- og familieliv, og mere tilbøjelig til at acceptere ulige behandling, hvor den vedrører bredere socialpolitiske hensyn, især hvis disse har skattemæssige konsekvenser. ECHR benytter terminologien "vurderingsmargin", som dækker statens skønsmråde med hensyn til at afgøre, om den ulige behandling er berettiget. Hvis denne margin anses for at være "snæver", foretager ECHR en nøjere undersøgelse.

2.6.4. Det specifikke forsvar i henhold til EU-lovgivningen

Som gennemgået ovenfor findes der i direktiverne om ikke-forskelsbehandling et specifikt antal muligheder for forsvar, der kan begrunde ulige behandling i et begrænset antal tilfælde. Forsvaret det "regulære erhvervsmæssige krav" er til stede i hvert af direktiverne (undtagen direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, eftersom det ikke vedrører beskæftigelsesforhold). Dette krav giver arbejdsgivere mulighed for at forskelsbehandle personer på basis af en beskyttet grund, hvis den pågældende grund har en væsentlig forbindelse til evnen til at udføre et job eller de kvalifikationer, der er nødvendige for et bestemt job.⁶⁶ De andre to forsvarsmuligheder findes kun i direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse. For det første kan forskelsbehandling på grundlag af religion eller overbevisning være tilladt, hvis arbejdsgiveren er en organisation, der er baseret på tro.⁶⁷ For det andet kan forskelsbehandling på grund af alder være tilladt under visse omstændigheder.⁶⁸ Domstolens strenge fortolkning af forsvar for ulige behandling tyder på, at alle undtagelser vil blive fortolket snævert,

66 Artikel 14, stk. 2, i ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 4 i racelighedsdirektivet, artikel 4, stk. 1, i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse.

67 Artikel 4, stk. 2, i direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse.

68 Artikel 6, i direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse.

eftersom der lægges vægt på betydningen af alle rettigheder for fysiske personer, der indføres i henhold til EU-retten.⁶⁹

2.6.4.1. Regulært erhvervsmæssigt krav

Ifølge direktiverne om ikke-forskelsbehandling på beskæftigelsesområdet:

”kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab i forbindelse med [den beskyttede grund], ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil”.⁷⁰

Dette forsvar giver arbejdsgivere mulighed for at forskelsbehandle personer på basis af en beskyttet egenskab, hvis den pågældende egenskab er direkte knyttet til egigheden eller kompetencen til at udføre de nødvendige opgaver i en bestemt stilling.

Der findes veletablerede erhverv, som falder ind under undtagelsen om det regulære erhvervsmæssige krav. På grundlag af en Kommissionsundersøgelse om anvendelsesområdet for undtagelsen vedrørende forskelsbehandling på grundlag af køn anførte Domstolen i sagen *Kommissionen mod Tyskland* særlige erhverv, hvor forsvaret formentlig kunne anvendes.⁷¹ Der blev lagt særlig vægt på kunstneriske erhverv, der kan kræve særlige attributter, der hører til personer som iboende egenskaber, f.eks. kravet om en sangerinde, der passer til en bestemt musikstil, en ung skuespiller til en bestemt rolle, en rask og rørig person til at danse, eller mænd og kvinder til bestemte typer modelarbejde. Det var imidlertid ikke et forsøg på at lave en udtømmende liste. Andre eksempler kunne omfatte ansættelse af en person af kinesisk oprindelse i en kinesisk restaurant for at fastholde autenticiteten eller beskæftigelse af kvinder i fitnessklubber kun for kvinder.

Eksempel: I sagen *Kommissionen mod Frankrig* fandt Domstolen, at det under visse omstændigheder ikke vil være ulovligt, at stillinger primært forbeholdes mandlige ansøgere i mandefængsler og kvindelige ansøgere

69 Jf. f.eks. Domstolen, *Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, sag 222/84 [1986] Sml. s. 1651, 15. maj 1986, præmis 36.

70 Artikel 14, stk. 2, i ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 4 i racelighedsdirektivet, artikel 4, stk. 1, i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse.

71 Domstolen, *Kommissionen mod Tyskland*, sag 248/83 [1985] Sml. s. 1459, 21. maj 1985.

i kvindefængsler.⁷² Denne undtagelse kunne dog kun anvendes i forbindelse med stillinger, der medførte aktiviteter, hvor det var relevant at være af et bestemt køn. I denne sag ønskede de franske myndigheder at opretholde en procentdel stillinger til mandlige ansøgere, da der kan opstå behov for at gribe til magtanvendelse for at afskrække urolige elementer sammen med andre pligter, der kun kunne varetages af mænd. Skønt Domstolen i princippet anerkendte argumenterne, havde de franske myndigheder ikke opfyldt kravet om gennemsigtighed med hensyn til bestemte aktiviteter, der kun skulle udføres af mandlige ansøgere. Det er ikke tilstrækkeligt at generalisere med hensyn til egnethed for et bestemt køn.

Eksempel: I *Johnston-sagen* klagede en kvindelig politibetjent, der arbejdede i Nordirland, over, at hendes kontrakt ikke var blevet fornyet. Politidirektøren begrundede det med, at kvindelige betjente ikke var uddannet til at betjene skydevåben, og "at en ordning, hvorefter kvindelige politibetjente bærer skydevåben i en situation med alvorlige indre forstyrrelser, kan forøge risikoen for overfald på disse kvinder og følgelig være i strid med hensynet til den offentlige orden". Domstolen fastslog, at selv om der skulle tages hensyn til truslen mod sikkerheden, gjaldt truslen i lige grad for mænd og kvinder, og kvinder var ikke i større risiko. Medmindre begrundelsen vedrørte biologiske faktorer, der er specifikke for kvinder såsom beskyttelse af hendes barn under graviditet, kunne forskelsbehandlingen ikke begrundes med, at kvinder efter den almindelige opfattelse skulle beskyttes.

Eksempel: I *Mahlburg-sagen* blev sagsøger, der var gravid, vraget til en fast stilling som sygeplejerske, hvor en stor del af arbejdet skulle foregå på operationsstuer.⁷³ Dette blev begrundet med, at der kunne ske skade på barnet på grund af udsættelse for skadelige stoffer på stuen. Domstolen fastslog, at da der var tale om en fast stilling, var det urimeligt at udelukke sagsøger fra stillingen, fordi hendes manglende evne til at arbejde på operationsstuen kun ville være midlertidig. Selv om begrænsningerne i gravide kvinders arbejdsvilkår kunne anerkendes, skulle disse nøje afgrænses til opgaver, der kunne være skadelige for hende og kunne ikke medføre en generel udelukkelse fra arbejde.

⁷² Domstolen, *Kommissionen mod Frankrig*, sag 318/86 [1988] Sml. s. 3559, 30. juni 1988.

⁷³ Domstolen, *Mahlburg mod Land Mecklenburg-Vorpommern*, sag C-207/98 [2000] Sml. I, s. 549, 3. februar 2000.

Punkt 18 i præamblen til direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse indeholder en mere specifik formulering af forsvaret for det regulære erhvervsmæssige krav i forbindelse med visse offentlige sikkerhedstjenester. Det er ikke i sig selv et særskilt forsvar, men bør snarere betragtes som en måde, hvorpå en af konsekvenserne af forsvaret for det regulære erhvervsmæssige krav kommer til udtryk i en særlig kontekst:

”Navnlig må dette direktiv ikke medføre, at de væbnede styrker og politiet, fængselsvæsenet og redningstjenesterne skal være forpligtet til ansættelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke opfylder de nødvendige krav for at kunne udføre samtlige opgaver, der kan blive pålagt vedkommende under hensyn til det legitime mål at sikre disse tjenesters operationelle karakter.”⁷⁴

Dette kunne typisk gælde for en situation, hvor personer over en vis alder eller personer med handicap afvises til visse stillinger, der anses for at være stærkt fysisk krævende. I den henseende giver direktivets artikel 3, stk. 4, medlemsstaterne mulighed for udtrykkeligt at udelukke, at bestemmelsen finder anvendelse på de væbnede styrker. Selv om denne bestemmelse ikke står i ligestillingsdirektivet (omarbejdning), er det muligt at vurdere, hvordan den kunne fungere ved at se på to sager vedrørende kønsdiskriminering og de væbnede styrker. Disse sager blev vurderet i henhold til artikel 2, stk. 2, i ligebehandlingsdirektivet, som indeholdt forsvaret for ”regulære erhvervsmæssige krav”, som nu findes i artikel 14, stk. 2, i ligestillingsdirektivet (omarbejdning).

Eksempel: I *Sirdar-sagen* havde sagsøger arbejdet som kok for en kommandoenhed. Hun blev afskediget i forbindelse med nedskæringer i militærbudgetterne, hvor man indførte princippet om ”indsatsegnethed” for kommandoenheder.⁷⁵ ”Indsatsegnethed” betød, at alle skulle kunne udføre en kampfunktion på grund af mandskabsmangel. Domstolen anerkendte, at kommandoenheder kun bestående af mænd var begrundet for at sikre kampdygtigheden, og at princippet om insatsegnethed derved udelukkede kvinder. Dette skyldtes, at kommandoerne var en lille specialiseret styrke, som normalt var med i den første kampbølge i ethvert angreb. Domstolen fastslog, at reglen var nødvendig for at opfylde målet om at sikre kampdygtighed.

⁷⁴ Direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv 2000/78/EF, EFT L 303 af 2. december 2000, s. 16.

⁷⁵ Domstolen, *Sirdar mod The Army Board og Secretary of State for Defence*, sag C-273/97 [1999] Sml. I, s. 7403, 26. oktober 1999.

Eksempel: I *Kreil-sagen* søgte sagsøger arbejde som elektroingeniør i de væbnede styrker.⁷⁶ Imidlertid blev hun nægtet en stilling, eftersom kvinder blev udelukket fra alle militære stillinger, der indebar brug af våben, og kun kunne deltage i militærets lægekorps og musikkorps. Domstolen fastslog, at denne udelukkelse var for bred, eftersom den gjaldt næsten alle militære stillinger, fordi kvinder i de stillinger på et eller andet tidspunkt kunne blive nødt til at bruge våben. En begrundelse skulle være tættere knyttet til de funktioner, der typisk udførtes i bestemte stillingstyper. Der blev også sat spørgsmålstejn ved troværdigheden af statens begrundelse, for i de stillinger, der var åbne for kvinder, var de stadig forpligtede til at gennemgå en grundlæggende våbenuddannelse af hensyn til deres selvforsvar eller forsvar af andre. Foranstaltningen stod derfor ikke i et rimeligt forhold til at nå det mål. Endvidere skulle der ikke skelnes mellem kvinder og mænd med henvisning til, at kvinder kræver større beskyttelse, medmindre der er tale om specifikke faktorer i forbindelse med kvinders særlige forhold, såsom behovet for beskyttelse under graviditet.

Muligheden for at begrunde kønsdiskriminering ved at henvise til bestemte sikkerheds-eller beredskabstjenesters effektivitet kan udmærket vise sig at blive vanskeligere over tid i takt med udviklingen i kønsroller og sociale holdninger, og medlemsstaterne er forpligtede til med jævne mellemrum at genoverveje restriktive foranstaltninger i lyset heraf.⁷⁷

2.6.4.2. Religiøse institutioner

Direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse tillader specifikt organisationer, der er grundlagt omkring en "religion" eller "tro", at pålægge medarbejderne visse betingelser. I artikel 4, stk. 2, i direktivet hedder det, at "kirker og andre offentlige eller private organisationer, hvis etik er baseret på religion eller tro, (...) kan kræve af personer, der arbejder for dem, at de har en redelig indstilling til og er loyale over for organisationens etik". Endvidere kan arbejdsgivere, der er knyttet til religiøse organisationer, falde inden for anvendelsesområdet for forsvaret for "regulære erhvervsmæssige krav", som giver mulighed for ulige behandling på grundlag af den pågældende organisations trossætninger.

Artikel 4, stk. 1, og artikel 4, stk. 2, giver således organisationer såsom kirker lov til f.eks. at afvise at ansætte kvinder som præster, hvis dette strider imod den pågældende religions etik. Domstolen har endnu ikke haft lejlighed til at tage stilling til

⁷⁶ Domstolen, *Kreil mod Forbundsrepublikken Tyskland*, sag C-285/98 [2000] Sml. I, s. 69, 11. januar 2000.

⁷⁷ Artikel 31, stk. 3, i ligestillingsdirektivet (omarbejdning).

fortolkningen af denne bestemmelse, men den er blevet anvendt på nationalt plan. Nedenfor følger to sager om påberåbelse af dette forsvar til begrundelse af ulige behandling på grundlag af seksuel orientering.

Eksempel: I en sag ved de finske domstole afviste den evangelisk-lutherske kirke i Finland at ansætte en person, der levede sammen med en person af samme køn, som hjælpepræst.⁷⁸ Vaasa forvaltningsdomstol ophævede beslutningen med den begrundelse, at det ikke kunne anses for at være et regulært erhvervsmæssigt krav til denne stilling at være heteroseksuel. Der blev lagt vægt på, at der ikke var nævnt noget om seksuel orientering i kirkens interne regler for ansættelse af sognepræster og hjælpepræster.

Eksempel: I *Amicus-sagen* blev de britiske domstole bedt om at tage stilling til, om de nationale bestemmelser til gennemførelse af forsvaret for regulære erhvervsmæssige krav i forbindelse med religiøse arbejdsgivere var i overensstemmelse med ligestillingsdirektivet med hensyn til beskæftigelse.⁷⁹ Det blev fremhævet, at en undtagelse fra princippet om ligebehandling skulle fortolkes snævert. De nationale bestemmelsers ordlyd gav mulighed for ulige behandling, hvis ansættelsen sker "efter en organiseret religions formål", og det blev understreget, at det ville være langt mere restriktivt end "efter en religiøs organisations formål". Domstolen var således enig i regeringens argument om, at denne undtagelse skulle gælde for et meget begrænset antal stillinger i forbindelse med fremme eller repræsentation af religionen, f.eks. gejstlige. Den ville ikke give religiøse organisationer såsom religionsskoler eller religiøse plejehjem mulighed for at hævde, at stillingen som lærer (hvor formålet er uddannelse) eller sygeplejerske (hvor formålet er sundhedspleje) var en del af "en organiseret religions formål".

2.6.4.3. Undtagelser på grundlag af alder

Artikel 6 i ligestillingsdirektivet med hensyn til beskæftigelse giver to særskilte begrundelser for ulige behandling på grund af alder.

I henhold til artikel 6, stk. 1, er forskelsbehandling på grund af alder tilladt, hvis den er begrundet i "legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og

⁷⁸ Vaasa forvaltningsdomstol (Finland), nr. 04/0253/3. Sammendrag på engelsk kan ses på FRA's InfoPortal, sag 187-1.

⁷⁹ Det Forenede Kongeriges overret (High Court), *Amicus MSF Section, R. (på anmodning af) mod handels- og industriminister* [2004] EWHC 860 (Admin), 26. april 2004. Sammendrag på engelsk kan ses på FRA's InfoPortal, sag 273-1.

erhvervsuddannelsespolitiske mål”, forudsat at det er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Der anføres et begrænset antal eksempler på, hvornår ulige behandling kan være begrundet. I henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), er der mulighed for ”fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse”. Listen er dog ikke udtømmende og kan således udvides i hvert enkelt tilfælde.

I henhold til artikel 6, stk. 2, er forskelsbehandling på grundlag af alder mulig med hensyn til adgang til og ydelser under erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger uden at skulle være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Eksempel: I *Palacios de la Villa-sagen* havde Domstolen første gang lejlighed til at overveje anvendelsesområdet for artikel 6, idet den blev bedt om at se på anvendelsen heraf i forbindelse med obligatorisk pensionsalder.⁸⁰ Domstolen fastslog, at obligatorisk pensionsalder faldt ind under artikel 6, og overvejede herefter, om det kunne begrundes objektivt. Domstolen anså følgende problemstillinger for at være vigtige:

- for det første blev det anført, at den oprindelige foranstaltning skulle skabe arbejdsmarkedsmuligheder i en økonomisk situation med høj arbejdsløshed,
- for det andet var der dokumentation for, at overgangsforanstaltningen blev indført på initiativ af fagforeninger og arbejdsgiverorganisationer for at fremme en bedre arbejdsfordeling mellem generationerne,
- for det tredje blev lov 14/2005 vedtaget i samarbejde med fagforeninger og arbejdsgiverorganisationer, denne gang med et udtrykkeligt krav om, at foranstaltningen ”skal tage sigte på beskæftigelsespolitiske mål, som kommer til udtryk i den kollektive overenskomst”,
- for det fjerde hed det, at den tvungne pensionsalder i den kollektive overenskomst var ”[Med] henblik på at fremme beskæftigelsen”.

Domstolen konkluderede under hensyntagen til disse faktorer, at ”Set i sin rette sammenhæng tilsigter den (...) overgangsbestemmelse således at regulere det nationale arbejdsmarked, bl.a. med henblik på at afskaffe arbejdsløsheden”. På dette grundlag besluttede Domstolen, at den kollektive overenskomst opfyldte et legitimt mål. Efter at have anerkendt, at der blev forfulgt et legitimt mål, skulle Domstolen herefter afgøre, hvorvidt foranstaltningen var ”hensigtsmæssig og nødvendig” til at nå det mål. Domstolen gentog, at medlemsstaterne har

⁸⁰ Domstolen, *Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA*, sag C-411/05 [2007] Sml. I, s. 8531, 16. oktober 2007.

en bred skønsmargin på det social- og beskæftigelsespolitiske område, og det betyder, at "særlige bestemmelser (...) kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne". Det afgørende var kravet om, at de berørte arbejdstagere har adgang til en arbejdsophørspension, "hvis niveau ikke kan anses for at være urimeligt". Lige så vigtigt var det, at de pågældende bestemmelser blev fastlagt ved kollektiv overenskomst mellem fagforeninger og arbejdsgiverorganisationer, idet der blev indbygget en vis fleksibilitet, som gjorde det muligt, at der ved beslutningen om pensionering blev taget hensyn til det pågældende arbejdsmarked og de specifikke jobkrav. På det grundlag fastslog Domstolen, at den overgangsforanstaltning, Félix Palacios var omfattet af, og den kollektive overenskomst var objektivt begrundet og således forenelige med EU-lovgivningen. Den holdning, Domstolen fremhævede, er, at artikel 6 vil blive betragtet på samme måde, som objektiv begrundelse bliver det under de øvrige grunde til beskyttelse mod ikke-forskelsbehandling som gennemgået ovenfor.

Eksempel: I *MacCulloch-sagen* i Det Forenede Kongerige blev retten bedt om at se på fratrædelsesgodtgørelsesordninger med øgede fratrædelsesgodtgørelser efter alder og anciennitet.⁸¹ Det førte til det indlysende resultat, at ældre medarbejdere med større anciennitet havde ret til en langt større fratrædelsesgodtgørelse end yngre, nyere medarbejdere. Det Forenede Kongeriges appelret anerkendte, at dette i princippet kunne være objektivt begrundet som et middel til at belønne ældre arbejdstageres loyalitet, give ældre medarbejdere større godtgørelser for at tage hensyn til deres sårbarhed på arbejdsmarkedet og som et incitament for ældre arbejdstagere til at forlade deres arbejde og give plads til yngre medarbejdere. Der blev imidlertid også givet en vejledning i, hvordan spørgsmålet om objektiv begrundelse kan gribes an med en tilkendegivelse af, at spørgsmålet om proportionalitet kræver omfattende overvejelser, før der kan konkluderes noget om objektiv begrundelse.

Eksempel: I *Hütter-sagen* blev Domstolen bedt om at overveje en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende en østrigsk lov, hvorefter erhvervserfaring før det fyldte 18. år ikke kunne tages i betragtning ved lønfastsættelsen. David Hütter og en kollega var begge lærlinge hos TUG, og de fik efter at have afsluttet deres læretid tilbudt en tremåneders kontrakt. I henhold til den pågældende lovgivning fik David Hütter, der var godt 18 år, sin løn fastsat under hensyntagen til, at han havde 6,5 måneders erhvervserfaring, mens hans kollega,

81 Den britiske arbejdsappelret (Det Forenede Kongerige), *MacCulloch mod Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, 22. juli 2008.

som var 22 måneder ældre end ham, fik sin løn fastlagt i overensstemmelse med sine 28,5 måneders erhvervserfaring. Dette førte til en forskel i månedsløn, selv om de begge havde samme erfaringsniveau.

David Hütter anlagde sag med påstand om, at reglen var gunstigere for personer, der opnåede deres erfaring, efter at de var fyldt 18 år. Domstolen anerkendte, at lovgivningens primære mål kunne anses for legitime: 1) for at undgå en ulige behandling af personer, der har fulgt en almen gymnasieuddannelse i forhold til de personer, som har fulgt en faglig uddannelse, og 2) for at undgå, at den faglige uddannelse bliver dyrere og således fremme optagelsen af unge på arbejdsmarkedet, som har gennemført en sådan type uddannelse. Selv om Domstolen er klar over, at medlemsstaterne har en bred skønsmargin med hensyn til at afgøre, om de legitime mål er hensigtsmæssige og nødvendige, fastslog den, at der ikke var formuleret et objektivt mål, da det havde uforholdsmæssige følger for yngre arbejdstagere, især i de tilfælde, hvor erfaringen var den samme, men sagsøgers alder påvirkede lønnens værdi som i denne sag.

Det skal bemærkes, at denne holdning også er i overensstemmelse med ECHR, der så på spørgsmålet om forskellige pensionsaldrer i forbindelse med EMRK, som gennemgås i *Stec m.fl.-sagen* i kapitel 4.2. I den forstand er undtagelserne vedrørende alder i overensstemmelse med domstolens holdninger til beskæftigelses- og socialpolitiske begrundelser.

Centrale punkter

- I henhold til EMRK findes der et generelt forsvar for direkte forskelsbehandling. I henhold til EU-lovgivningen er der specifikke muligheder for forsvar for direkte forskelsbehandling, som er skræddersyet til beskæftigelsesområdet.
- Indirekte forskelsbehandling ifølge EU-retten og EMRK er genstand for et generelt forsvar for objektiv begrundelse.
- Ulige behandling kan begrundes, hvis den forfølger et legitimt mål, og hvis midlerne til at forfølge målet er hensigtsmæssige og nødvendige.
- Ud over det generelle forsvar for indirekte forskelsbehandling i henhold til EU-lovgivningen om ikke-forskelsbehandling findes der mere specifikke forsvarsmuligheder: i) regulære erhvervsmæssige krav, ii) undtagelser i forbindelse med religiøse institutioner og iii) undtagelser, der specielt vedrører forskelsbehandling på grund af alder.
- Forskelsbehandling på grund af alder er den eneste EU-beskyttede grund, hvor direkte forskelsbehandling kan være objektivt begrundet.

Yderligere læsning

Bamforth, Malik og O'Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), kapitel 4, 5, 6 og 8.

Barnard, *EC Employment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009), kapitel 6, 7, 8, 9 og 10.

Bercusson, *European Labour Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), kapitel 10, 11 og 22.

Dubout, «L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution? Epilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007», 75 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2008).

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), kapitel 6.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), bilag 5.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* (Luxembourg, Publikationskontoret, 2008).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (Luxembourg, Publikationskontoret, 2007).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Religion and Belief in Employment* (Luxembourg, Publikationskontoret, 2006).

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Age Discrimination and European Law* (Luxembourg, Publikationskontoret, 2005).

Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2001), kapitel 4.

Heyden og von Ungern-Sternberg, "Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), kapitel 3 og 4.

Marguénaud, "L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008", 78 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009).

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford, Hart Publishing, 2004), kapitel 7.

Schiek, Waddington og Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), kapitel 2, 3 og 7.

3

Anvendelsesområdet for europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling

3.1. Indledning

Selv om den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling, gør den det kun i bestemte sammenhænge. I EU blev lovgivningen om ikke-forskelsbehandling indført for at gøre det indre marked mere funktionsdygtigt, og den blev derfor ifølge traditionen begrænset til beskæftigelsesområdet. Med indførelsen af racelighedsdirektivet i 2000 blev dette område udvidet til at omfatte adgangen til varer og tjenesteydelser og adgangen til de statslige velfærdsordninger ud fra den betragtning, at det med henblik på at sikre lighed på arbejdspladsen også var nødvendigt at sikre lighed på andre områder, som kan have en indvirkning på beskæftigelsen. Direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser blev herefter indført for at udvide anvendelsesområdet for ligestilling på grundlag af køn til også at omfatte varer og tjenesteydelser. Imidlertid gælder direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse fra 2000, som forbyder forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, handicap, alder og religion eller tro, kun i forbindelse med beskæftigelse. Som gennemgået i kapitel 1.1.2. overvejer lovgiverne i øjeblikket at udvide beskyttelsen af disse grunde til området for varer og tjenesteydelser samt for adgang til velfærdsordninger.

I modsætning hertil garanterer artikel 14 i EMRK ligestilling i forbindelse med nydelse af de materielle rettigheder, der er sikret i EMRK. Endvidere udvider protokol 12 til EMRK, der trådte i kraft i 2005, rækkevidden af forbuddet mod forskelsbehandling til enhver ret, der sikres på nationalt niveau, selv hvor denne ikke falder

ind under anvendelsesområdet for en EMRK-ret. Dog har kun 17 af Europarådets 47 medlemmer tilsluttet sig protokollen, heriblandt seks EU-medlemsstater. Det betyder, at der blandt EU-medlemsstaterne er forskellige forpligtelsesniveauer i den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling.

I dette kapitel gennemgås anvendelsesområdet for den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling. Det indledes med en generel redegørelse for anvendelsesområdet for artikel 14 i og protokol 12 til EMRK og den metode, ECHR anvender til at fastslå anvendelsesområdet herfor. Herefter gennemgås særlige materielle områder, der dækkes af direktiverne om ikke-forskelsbehandling, med angivelse af, hvor dette svarer til et område, der også dækkes af artikel 14. Til sidst følger en oversigt over de områder, hvor EMRK gælder ud over de specifikke EU-retlige sammenhænge såsom på retshåndhævelsesområdet og i forbindelse med den "personlige sfære".

3.2. Hvem bliver beskyttet under den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling?

Indledningsvis skal det understreges, hvem der bliver beskyttet under EU-lovgivningen og EMRK. EMRK garanterer beskyttelse for alle inden for en medlemsstats jurisdiktion, uanset om de er statsborgere eller ej, og selv uden for det nationale område for de områder, der er under statens effektive kontrol (f.eks. besatte områder).⁸² I modsætning hertil er EU-rettens beskyttelse mere begrænset i sit anvendelsesområde. Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i EU-lovgivningen gælder i forbindelse med personers frie bevægelighed og gælder kun for borgere i EU-medlemsstaterne. Endvidere indeholder direktiverne om ikke-forskelsbehandling forskellige udelukkelser fra anvendelse for tredjelandsstatsborgere. En tredjelandsstatsborger er en person, som er statsborger i et land, der ikke er medlem af EU.

Direktiverne om ikke-forskelsbehandling udelukker udtrykkeligt, at de kan anvendes på forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som reguleres under direktivet om fri bevægelighed.⁸³ Ifølge sidstnævnte har kun statsborgere i EU-medlemsstaterne ret til indrejse og ophold i andre EU-medlemsstater. Efter en

⁸² ECHR, *Loizidou mod Tyrkiet* [GC] (nr. 15318/89), 18. december 1996.

⁸³ Direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, EUT L 158 af 30. april 2004, s. 77.

periode på fem års lovligt ophold i en anden EU-medlemsstat har EU-borgere ret til tidsubegrænset ophold, hvilket giver dem rettigheder svarende til dem i kategorien "arbejdstager". Det betyder naturligvis ikke, at statsborgere fra andre medlemsstater ikke er beskyttet af direktiverne om ikke-forskelsbehandling. Således vil en tysk homoseksuel mand, der afskediges fra sit arbejde i Grækenland på grund af sin seksuelle orientering, kunne henholde sig til direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse. Det betyder blot, at den krænkede ved indgivelse af klage over forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, skal prøve at gøre det på grundlag af race eller etnicitet eller skal påberåbe sig direktivet om fri bevægelighed.

Både i racelighedsdirektivet og direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse hedder det, at det ikke skaber nogen ret til ligebehandling for tredjelandssstatsborgere med hensyn til indrejse- og opholdsbetingelser. I direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse bestemmes det yderligere, at det ikke skaber nogen ret til ligebehandling for tredjelandssstatsborgere med hensyn til adgang til beskæftigelse og erhverv. Det fastsættes i racelighedsdirektivet, at det ikke dækker "nogen form for behandling, der skyldes de pågældende tredjelandssstatsborgeres (...) retsstilling". Imidlertid ser det ikke ud til at give medlemsstater mulighed for fuldstændigt at udelukke beskyttelse til tredjelandssstatsborgere, eftersom det i præambelen fastslås, at tredjelandssstatsborgere bør beskyttes af direktivet undtagen i forbindelse med adgang til beskæftigelse. Ligestillingsdirektivet (omarbejdning) og direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser udelukker ikke beskyttelse af tredjelandssstatsborgere.

Tredjelandssstatsborgere skal imidlertid have ret til ligebehandling på stort set samme områder, som dem, der dækkes af direktiverne om ikke-forskelsbehandling, hvis de anerkendes som "fastboende udlændinge" i henhold til direktivet om tredjelandssstatsborgere (hvilket bl.a. kræver en periode på fem års lovligt ophold).⁸⁴ Endvidere giver direktivet om ret til familiesammenføring tredjelandssstatsborgere, der har lovligt ophold i en medlemsstat, mulighed for at blive familiesammenført på visse betingelser.⁸⁵

Naturligvis forhindrer disse EU-retlige regler ikke medlemsstaterne i at indføre mere gunstige betingelser i deres egen nationale lovgivning. Endvidere viser retspraksis om EMRK, som gennemgås i kapitel 4.7., at en stat kan anse statsborgere og ik-

84 Direktiv 2003/109/EF om tredjelandssstatsborgeres status som fastboende udlænding, EUT L 16 af 23. januar 2004, s. 44.

85 Direktiv 2003/86/EF om ret til familiesammenføring, EUT L 251 af 3. oktober 2003, s. 12.

ke-statsborgere for ikke at være i en sammenlignelig situation (og mene, at det er muligt, at de bliver behandlet forskelligt under visse omstændigheder), men i princippet skal alle rettigheder i EMRK garanteres ligeligt for alle personer, der hører ind under deres jurisdiktion. I den henseende giver EMRK medlemsstaterne forpligtelser over for tredjelandsstatsborgere, som på nogle områder går ud over EU-lovgivningens krav.

3.3. Anvendelsesområdet for den europæiske konvention: artikel 14 og protokol 12

3.3.1 Forbuddet mod forskelsbehandling i konventionen

Artikel 14 garanterer lighed med hensyn til "[N]ydelsen af de rettigheder og friheder", der er fastlagt i EMRK. ECHR vil derfor ikke være kompetent til at undersøge klager over forskelsbehandling, medmindre de falder inden for anvendelsesområdet af en af de rettigheder, der beskyttes af EMRK.

Når ECHR ser på en påstået krænkelse af artikel 14, sker det altid sammenholdt med en materiel ret. En sagsøger vil ofte påberåbe sig krænkelse af en materiel ret og herudover en krænkelse af en materiel ret sammenholdt med artikel 14. Det vil sige, at overtrædelsen af deres rettigheder, ud over at den ikke opfyldte de fornødne standarder i den materielle ret, også var diskriminerende, idet personer i sammenlignelige situationer ikke var udsat for samme ulempe. Som anført i kapitel 4. vil ECHR ofte, når den fastslår krænkelse af den materielle ret, undlade at se på klagen over forskelsbehandling, hvis den finder, at dette vil indebære en undersøgelse af den hovedsagelig samme klage.

Dette afsnit indeholder først en kort redegørelse for de rettigheder, som garanteres af EMRK, og herefter en forklaring på, hvordan ECHR har fortolket EMRK's anvendelsesområde med hensyn til anvendelsen af artikel 14.

3.3.1.1 Rettigheder, der dækkes af konventionen

Da artikel 14 helt igennem afhænger af, at forskelsbehandlingen bygger på en af de materielle rettigheder, der sikres i EMRK, er det nødvendigt at få en forståelse af de

rettigheder, som dækkes af EMRK. EMRK indeholder en liste over rettigheder, der hovedsagelig kendetegnes som "civile og politiske", men den beskytter dog også visse "økonomiske og sociale" rettigheder.

De materielle rettigheder i EMRK dækker ualmindeligt bredt, idet de f.eks. dækker retten til livet, retten til respekt for privatliv og familieliv og retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed.

Hvis en sag om forskelsbehandling vedrører et af de områder, der dækkes af en EMRK-ret, ser ECHR på klager med påstand om krænkelse af artikel 14.

Det er en særdeles væsentlig forskel mellem EU-lovgivningen og EMRK, idet EMRK yder beskyttelse mod forskelsbehandling vedrørende problemstillinger, der ikke reguleres af EU-lovgivningen om ikke-forskelsbehandling. Skønt EU's charter om grundlæggende rettigheder forpligter EU til ikke at krænke menneskerettighederne i de foranstaltninger, den træffer (herunder et forbud mod forskelsbehandling), gælder chartret kun for medlemsstaterne, når de anvender EU-lovgivningen. Chartret gælder for dem under denne begrænsede omstændighed, simpelthen fordi EU ikke har et egentlig administrativt apparat i medlemsstaterne til at gennemføre EU-ret – EU-retten får snarere virkning gennem medlemsstaternes egne forvaltninger. Derfor har chartret ingen virkning på de områder, hvor medlemsstaterne ikke har uddelegeret beføjelser til EU.

Siden indførelsen af direktiverne om ikke-forskelsbehandling og udvidelsen af beskyttelsen til adgang til varer og tjenesteydelser og til velfærdsordninger er forskellen i beskyttelsens omfang mellem EMRK og direktiverne blevet mindre. Imidlertid kan der afdækkes særlige områder, hvor EMRK yder beskyttelse ud over EU's lovgivning. Disse vil blive gennemgået i det følgende.

3.3.1.2. Omfanget af konventionsrettighederne

Ved anvendelse af artikel 14 har ECHR valgt en bred fortolkning af omfanget af rettighederne i henhold til EMRK:

- For det første har ECHR gjort det klart, at der kan undersøges klager under artikel 14 sammenholdt med en materiel ret, selv om der ikke er sket krænkelse af selve den materielle ret.⁸⁶

⁸⁶ Jf. f.eks. ECHR, *Sommerfeld mod Tyskland* [GC] (nr. 31871/96), 8. juli 2003.

- For det andet har den fastslået, at EMRK's anvendelsesområde går ud over de sikrede rettigheders bogstav. Det vil være tilstrækkeligt, hvis sagens omstændigheder i bred forstand vedrører noget, der er beskyttet i henhold til EMRK.

Eksempel: I sagen *Zarb Adami mod Malta* indbragte sagsøger en klage over forskelsbehandling på grundlag af køn som følge af det uforholdsmæssigt høje antal mænd, der indkaldes til jurytjeneste.⁸⁷ I henhold til artikel 4, stk. 2, i EMRK er tvangsarbejde forbudt. Imidlertid hedder det i artikel 4, stk. 3, litra d), at "arbejde eller tjeneste, der hører til de normale borgerpligter" ikke er omfattet af begrebet "tvangsarbejde". ECHR fastslog, at selv om "normale borgerpligter" ikke er omfattet af denne artikel (med andre ord, at EMRK ikke giver ret til fritagelse for jurytjeneste), hørte sagens faktiske omstændigheder alligevel ind under rettens anvendelsesområde. Den byggede sit ræsonnement på, at det, der udgør "normale borgerpligter", kan blive "unormalt", hvis disse anvendes på en diskriminerende måde.

Eksempel: I sagen *E.B. mod Frankrig* afviste de nationale myndigheder en adoptionsansøgning fra en lesbisk kvinde, der levede sammen med sin partner.⁸⁸ Sagsøger påstod overtrædelse af artikel 8 sammenholdt med artikel 14. ECHR bemærkede, at den ikke var blevet anmodet om at tage stilling til, hvorvidt artikel 8 i sig selv var blevet overtrådt, hvilket den fandt væsentligt, fordi artikel 8 ikke i sig selv giver ret til at stifte familie eller adoptere. ECHR understregede imidlertid, at det var muligt, at en påstand om forskelsbehandling faldt ind under anvendelsesområdet for en bestemt ret, selv om det pågældende spørgsmål ikke vedrørte en bestemt ret, som indrømmes i EMRK. Den fastslog, at sagens omstændigheder uden tvivl faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 8, fordi Frankrig i sin nationale lovgivning havde indført en ret til at adoptere. Vedrørende sagens omstændigheder fastslog den også, at sagsøgers seksuelle orientering spillede en afgørende rolle for myndighedernes afslag om at lade hende adoptere, hvilket var forskelsbehandling sammenlignet med andre enlige, der havde ret til at adoptere i henhold til national lov.

Eksempel: I sagen *Sidabras og Džiautas mod Litauen* indbragte sagsøgerne en klage over, at deres ret til respekt for privatliv blev krænkede af staten, der hindrede dem i at få adgang til beskæftigelse i det offentlige og til visse aspek-

87 ECHR, *Zarb Adami mod Malta* (nr. 17209/02), 20. juni 2006.

88 ECHR, *E.B. mod Frankrig* [GC] (nr. 43546/02), 22. januar 2008.

ter af privat beskæftigelse.⁸⁹ Der er ikke sikret ret til beskæftigelse i EMRK. Alligevel fastslog ECHR, at dette faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 8, eftersom det i meget betydelig grad påvirkede deres mulighed for at udvikle forhold til omverdenen og havde skabt alvorlige vanskeligheder for dem med at tjene til livets ophold med indlysende følger for udøvelse af deres privatliv.⁹⁰

Eksempel: I sagen *Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige* indbragte sagsøgerne en klage over, at regeringen havde forskelsbehandlet dem på grundlag af bopæl ved at nægte at lade deres pensionsudbetalinger blive opjusteret på samme grundlag som pensionister med bopæl i Det Forenede Kongerige eller i et af de lande, Det Forenede Kongerige har indgået en bilateral aftale med på dette område.⁹¹ ECHR fastslog, at skønt EMRK ikke giver ret til social sikring eller pensionsudbetalinger, ville det – hvor staten selv besluttede at gøre det – skabe en ejendomsret, der ville være beskyttet under protokol 1, artikel 1.

ECHR har tilsvarende i mange andre sager fastslået, at hvor en form for statslig ydelse skal udbetales, vil dette enten falde ind under anvendelsesområdet for protokol 1, artikel 1⁹² (fordi det anses for at være ejendom)⁹³ eller artikel 8 (fordi det berører familie- eller privatliv)⁹⁴ med henblik på anvendelse af artikel 14. Dette er særligt vigtigt i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som blev gennemgået ovenfor i kapitel 3.2., eftersom EU-lovgivningen er langt mere restriktiv på dette område.

3.3.1.3. Protokol 12

Protokol 12 forbyder forskelsbehandling i relation til "udøvelse af en lovfæstet ret" og har således et større anvendelsesområde end artikel 14, der kun vedrører rettigheder, som garanteres af EMRK. I kommentaren om betydningen af disse

89 ECHR, *Sidabras og Džiautas mod Litauen* (nr. 55480/00 og 59330/00), 27. juli 2004.

90 *Ibid.*, præmis 48.

91 ECtHR, *Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 42184/05), 16. marts 2010.

92 De fuldstændige overvejelser omkring protokol nr. 1, artikel 1, kan ses på Europarådets websted Human Rights Education for Legal Professionals: Grgić, Mataga, Longar og Vilfan, *The Right to Property under the ECHR*, Human Rights Handbooks, No. 10, 2007, på: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123.

93 F.eks. ECHR, *Stec m.fl. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 65731/01 og 65900/01), 12. april 2006 (pensionsbetalinger og invaliditetsydelse), ECHR, *Andrejeva mod Letland* [GC] (nr. 55707/00), 18. februar 2009 (pensionsbetalinger), ECHR, *Koua Poirrez mod Frankrig* (nr. 40892/98), 30. september 2003 (invaliditetsydelse), ECHR, *Gaygusuz mod Østrig* (nr. 17371/90), 16. september 1996 (arbejdsløshedsydelse).

94 F.eks. ECHR, *Weller mod Ungarn* (nr. 44399/05), 31. marts 2009 (en socialsikringsbetaling med det formål at støtte børnefamilier).

udtryk i Europarådets forklarende rapport hedder det, at denne bestemmelse vedrører forskelsbehandling:

- "i. i udøvelsen af enhver ret, der specifikt er givet en person i henhold til national lov
- ii. i udøvelsen af en ret, der kan udledes af en offentlig myndigheds klare forpligtelse i henhold til national lov, dvs. hvor en offentlig myndighed i henhold til national lov er forpligtet til at opføre sig på en bestemt måde
- iii. begået af en offentlig myndighed i udøvelsen af en skønsmæssig beføjelse (f.eks. ved bevilling af visse tilskud)
- iv. ved en anden handling eller undladelse begået af en offentlig myndighed (f.eks. retshåndhævelsespersonales optræden under kontrol af uroligheder)."⁹⁵

Det hedder også i kommentaren, at selv om protokollen primært beskytter enkeltpersoner mod forskelsbehandling fra statens side, vedrører den også relationer mellem privatpersoner, som staten normalt forventes at regulere, f.eks. vilkårlig nægtelse af adgang til arbejde, adgang til restauranter eller til tjenesteydelser, som privatpersoner kan stille til rådighed for offentligheden såsom lægehjælp eller offentlige forsyninger som vand og elektricitet.⁹⁶ Groft sagt forbyder protokol 12 forskelsbehandling uden for rent personlige sammenhænge, hvor enkeltpersoner udøver funktioner, der bringer dem i en position, hvor de kan beslutte, hvordan offentligt tilgængelige varer og tjenesteydelser tilbydes.

I den eneste sag, ECHR har set på under artikel 1 i protokol 12, *Sejdić og Finci mod Bosnien-Hercegovina*, der gennemgås i kapitel 4.6., fastslog ECHR, at der med dette instrument indføres et generelt forbud mod forskelsbehandling. Den erklærede også, at analysen af sager om forskelsbehandling skal være identisk med den, ECHR har etableret i forbindelse med artikel 14.

⁹⁵ Protokol nr. 12 til konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (CETS nr. 177), forklarende rapport, pkt. 22. Kan ses på: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

⁹⁶ *Ibid.*, pkt. 28.

3.4. Anvendelsesområdet for EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling

I henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling dækker anvendelsesområdet for forbuddet om forskelsbehandling følgende tre områder: beskæftigelse, velfærdsordninger samt varer og tjenesteydelser. I øjeblikket gælder racelighedsdirektivet for alle tre områder. Da lovgivningen, der skal udvide direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse til alle tre områder, er under drøftelse, gælder dette direktiv i øjeblikket kun for beskæftigelsesområdet. Ligestillingsdirektivet (omarbejdning) og direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser gælder i forbindelse med beskæftigelse og adgang til varer og tjenesteydelser, men ikke adgang til velfærdsordninger.

3.4.1. Beskæftigelse

Beskyttelse mod forskelsbehandling på beskæftigelsesområdet dækker alle de beskyttede grunde, der er anført under direktiverne om ikke-forskelsbehandling.

3.4.1.1. Adgang til beskæftigelse

Domstolen har fortolket begrebet "adgang til beskæftigelse" bredt.

Eksempel: I sagen *Meyers mod Adjudication Officer* kendte Domstolen for ret, at adgang til beskæftigelse "ikke alene vedrører de vilkår, der gør sig gældende, inden der opstår et arbejdsforhold", men også alle de faktorer, der spiller ind, og som skal overvejes, før den enkelte træffer beslutning om at acceptere et tilbud om job eller ej.⁹⁷ I *Meyers-sagen* kunne bevillingen af en bestemt statslig ydelse (der udbetales afhængig af indkomstniveauet) falde ind under dette område. Det skyldtes, at ansøgerne i deres overvejelser over beslutningen om at acceptere en stilling ville blive påvirket af, om de ville være berettiget til ydelsen. Derfor ville en sådan overvejelse påvirke adgangen til beskæftigelse.

Eksempel: I sagen *Schnorbus mod Land Hessen* søgte sagsøger en stilling som juridisk praktikant.⁹⁸ I henhold til national lov var det nødvendigt at bestå en national eksamen efterfulgt af en praktikperiode og en anden eksamen. Sagsøger havde bestået den første eksamen, men blev nægtet en praktikantstilling

⁹⁷ Domstolen, *Meyers mod Adjudication Officer*, sag C-116/94 [1995] Sml. I, s. 2131, 13. juli 1995.

⁹⁸ Domstolen, *Schnorbus mod Land Hessen*, sag C-79/99 [2000] Sml. I, s. 10997, 7. december 2000.

med den begrundelse, at der ikke var nogen ledige stillinger. Hendes adgang blev derfor forsinket, indtil der i den følgende runde blev stillinger ledige. Sagsøger gjorde gældende, at hun havde været udsat for forskelsbehandling, fordi mandlige ansøgere, der havde afsluttet deres militærtjeneste, fik en fortrinsstilling. Domstolen fastslog, at den nationale lovgivning, der indeholder regler om ansættelsesterminer for praktikstillinger, falder inden for anvendelsesområdet for "adgang til beskæftigelse", eftersom en sådan praktikperiode i sig selv blev betragtet som "beskæftigelse" både isoleret set og som led i processen med at få en stilling inden for retsvæsenet.

3.4.1.2. Betingelser for beskæftigelse, herunder afskedigelser og løn

Igen anlagde Domstolen i sin fortolkning af, hvad der falder inden for dette område, en ret bred opfattelse. Det har i sidste instans ført til, at enhver betingelse, der følger af arbejdsforholdet, skal anses for at falde inden for denne kategori.

Eksempel: I *Meyers-sagen* klagede sagsøger, der er enlig forsørger, over indirekte forskelsbehandling på grund af køn som følge af den metode, der bruges til at beregne enlige forsørgeres berettigelse til "family credit".⁹⁹ Det blev op til Domstolen at afklare, om bestemmelsen om "family credit" (en statslig ydelse) udelukkende var et spørgsmål om social sikring, eller om det var et arbejdsvilkår. Det er vigtigt ved afgørelsen heraf, at Domstolen tog hensyn til, at den pågældende "family credit" kom til udbetaling, når følgende tre betingelser var opfyldt: Sagsøgers indkomst oversteg ikke et bestemt beløb, sagsøger eller sagsøgers partner arbejdede, sagsøger eller sagsøgers partner havde forsørgerpligt for et barn. Domstolen kendte for ret, at ligebehandlingsdirektivet (nu erstattet med ligestillingsdirektivet (omarbejdning)) ikke ville blive betragtet som uanvendeligt, udelukkende fordi den pågældende ydelse indgik i en social sikringsordning. I stedet blev der anlagt en bredere tilgang, hvor man så på, hvorvidt ydelsen blev givet i forbindelse med et arbejdsforhold. I denne sag skulle sagsøger for at blive omfattet af "family credit"-ordningen godtgøre, at hverken den pågældende selv eller dennes partner, udøvede lønnet beskæftigelse. Dette krav om at fastslå et arbejdsforhold placerede "family credit"-ordningen i kategorien arbejdsvilkår.

⁹⁹ Domstolen, *Meyers mod Adjudication Officer*, sag C-116/94 [1995] Sml. I, s. 2131, 13. juli 1995.

Ved at anvende en så bred definition af begrebet beskæftigelse og arbejdsvilkår fastslog Domstolen, at bestemmelsen om børnepasningspladser finansieret af arbejdsgiveren¹⁰⁰ og nedsættelse af arbejdstiden¹⁰¹ også faldt inden for dets anvendelsesområde.

Domstolen har også anlagt en ret inkluderende tilgang til spørgsmål om afskedigelser og løn. I forbindelse med anvendelsesområdet for afskedigelser dækker det næsten alle situationer, hvor arbejdsforholdet bringes til ophør. Det er fastslået, at det f.eks. omfatter situationer, hvor arbejdsforholdet er blevet bragt til ophør som led i en frivillig fratrædelsesordning,¹⁰² eller hvis forholdet er blevet afsluttet gennem automatisk pensionering.¹⁰³

Begrebet løn er blevet defineret i artikel 157 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde som "den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier". Det dækker en bred vifte af forskellige ydelser, som en arbejdstager modtager, fordi han/hun er indtrådt i et arbejdsforhold. Denne definitions anvendelsesområde er blevet overvejet i en række sager for Domstolen, og det er kendt for ret, at det dækker alle ydelser, der er knyttet til et job, bl.a. fordelagtig jernbanetransport,¹⁰⁴ udlandstillæg,¹⁰⁵ gratialer¹⁰⁶ og erhvervstilknyttede pensioner.¹⁰⁷ Det, man især ser efter, når det skal afgøres, om et spørgsmål falder inden for termen "løn", er en form for ydelse, som er afledt af, at der foreligger et arbejdsforhold.

100 Domstolen, *Lommers mod Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, sag C-476/99 [2002] Sml. I, s. 2891, 19. marts 2002.

101 Domstolen, *Jämställdhetsombudsmannen mod Örebro Läns Landsting*, sag C-236/98 [2000] Sml. I, s. 2189, 30. marts 2000.

102 Domstolen, *Burton mod British Railways Board*, sag 19/81 [1982] Sml. s. 554, 16. februar 1982.

103 Domstolen, *Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA*, sag C-411/05 [2007] Sml. I, s. 8531, 16. oktober 2007.

104 Domstolen, *Garland mod British Rail Engineering Limited*, sag 12/81 [1982] Sml. 455, 9. februar 1982.

105 Domstolen, *Sabbatini mod Europa-Parlamentet*, sag 20/71 [1972] Sml. 345, 7. juni 1972.

106 Domstolen, *Lewen mod Denda*, sag C-333/97 [1999] Sml. I, s. 7243, 21. oktober 1999.

107 Domstolen, *Barber mod Guardian Royal Exchange Assurance Group*, sag C-262/88 [1990] Sml. I, s. 1889, 17. maj 1990.

3.4.1.3. Adgang til erhvervsvejledning og erhvervsuddannelse

Domstolen har set på definitionen af "erhvervsvejledning og faglig uddannelse" i forbindelse med fri bevægelighed for personer.¹⁰⁸ Domstolen har anlagt en bred definition.

Eksempel: I *Gravier-sagen* ønskede en studerende, der var fransk statsborger, at studere tegneseriekunst ved Académie Royale des Beaux-Arts i Liège.¹⁰⁹ Han/hun fik pålagt et indskrivningsgebyr, mens studerende fra værtslandet ikke skulle betale. Domstolen kendte for ret, at dette omfatter:

"enhver form for undervisning, der fører til en kompetence inden for en profession, et fag eller en bestemt stilling, eller som bibringer den særlige færdighed, der kræves for at udøve en sådan profession, fag eller stilling, henhører under begrebet faglig undervisning, uanset elevernes eller de studerendes alder eller uddannelsesniveau, ligesom det heller ikke spiller nogen rolle, om undervisningsprogrammet også omfatter en vis del mere almindelig undervisning".

Eksempel: Denne definition blev anvendt i *Blaizot m.fl.-sagen*, hvor sagsøger søgte om at følge studier i veterinærmedicin.¹¹⁰ Domstolen fastslog, at en universitetsgrad normalt også vil falde ind under betydningen af "faglig uddannelse", selv om den endelige kompetence, der tildeles ved afslutningen af programmet ikke direkte giver den nødvendige kompetence inden for en profession, et fag eller en bestemt stilling. Det var tilstrækkeligt, at den pågældende læseplan sikrede de kundskaber og kvalifikationer, der kræves inden for en profession, et fag eller en bestemt stilling. Hvis bestemte fag ikke kræver en formel kompetence, eller hvis universitetsgraden ikke i sig selv er et formelt adgangskrav til en profession, vil dette således ikke forhindre, at programmet betragtes som "faglig uddannelse". De eneste undtagelser hertil er "visse særlige studieretninger, som efter deres særlige karakteristika kan følges af personer, der nok så meget ønsker at erhverve større almen viden som at få adgang til erhvervsmæssig beskæftigelse".

¹⁰⁸ Ifølge artikel 7, stk. 3, i forordning 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT L 271 af 19. oktober 1968, s. 2) skal en arbejdstager have ret til "at deltage i uddannelse i faglige uddannelsesinstitutioner, omskolings- og revalideringscentre" uden at have ringere vilkår sammenlignet med indenlandske arbejdstagere.

¹⁰⁹ Domstolen, *Gravier mod byen Liège m.fl.*, sag 293/83 [1985] Sml. s. 593, 13. februar 1985.

¹¹⁰ Domstolen, *Blaizot m.fl. mod Liège Universitet m.fl.*, sag 24/86 [1988] Sml. s. 379, 2. februar 1988.

3.4.1.4. Arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer

Det handler ikke blot om medlemskab af en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation og adgangen hertil, men dækker også personers deltagelse i disse organisationer. Ifølge vejledning fra Europa-Kommissionen skal dette sikre, at der ikke finder forskelsbehandling sted vedrørende medlemskabet eller de fordele, sådanne organisationer giver.¹¹¹

3.4.1.5. Den europæiske konvention og beskæftigelsesområdet

Skønt EMRK ikke selv indeholder en ret til beskæftigelse er artikel 8 under visse omstændigheder blevet fortolket således, at den dækker beskæftigelsesområdet. I ovennævnte sag *Sidabras og Džiautas mod Litauen* blev det lagt til grund, at et regeringsforbud mod, at tidligere KGB-agenter fik adgang til beskæftigelse i den offentlige sektor og dele af den private sektor, faldt inden for artikel 8's anvendelsesområde sammenholdt med artikel 14, eftersom det i meget betydelig grad påvirkede deres mulighed for at udvikle forhold til omverdenen og har skabt alvorlige vanskeligheder for dem med at tjene til livets ophold med indlysende følger for udøvelse af deres privatliv.¹¹² Tilsvarende blev det i sagen *Bigaeva mod Grækenland* lagt til grund, at artikel 8 også kan omfatte beskæftigelsesområdet og f.eks. omfatte retten til adgang til et erhverv.¹¹³

ECHR forbyder også forskelsbehandling på grundlag af medlemskab af en fagforening. Endvidere er retten til at oprette fagforeninger garanteret som en selvstændig ret i EMRK.¹¹⁴

Eksempel: I sagen *Danilenkov m.fl. mod Rusland* havde sagsøgerne være udsat for chikane og ringere behandling fra deres arbejdsgiver på grundlag af deres medlemskab af en fagforening.¹¹⁵ Deres civile krav blev afvist ved de nationale domstole, eftersom forskelsbehandling kun kunne fastslås ved en straffesag. Imidlertid afviste den offentlige anklager at anlægge straffesag, fordi staten ifølge kravet til bevisstyrke skulle bevise "uden rimelig tvivl", at en af virksomhedens ledere havde haft til hensigt at forskelsbehandle. ECHR fastslog, at den

¹¹¹ Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse, dokument KOM(1999) 566 endelig, 25. november 1999.

¹¹² ECHR, *Sidabras og Džiautas mod Litauen* (nr. 55480/00 og 59330/00), 27. juli 2004.

¹¹³ ECHR, *Bigaeva mod Grækenland* (nr. 26713/05), 28. maj 2009.

¹¹⁴ F.eks. ECHR, *Demir og Baykara mod Tyrkiet* (nr. 34503/97), 12. november 2008.

¹¹⁵ ECHR, *Danilenkov m.fl. mod Rusland* (nr. 67336/01), 30. juli 2009.

ationale lovgivnings manglende effektive retsbeskyttelse af forsamlingsfrihed for fagforeninger var en overtrædelse af artikel 11 sammenholdt med artikel 14.

3.4.2. Adgang til velfærdsydelser og former for social sikring

Af direktiverne om ikke-forskelsbehandling giver kun racelighedsdirektivet bred beskyttelse mod forskelsbehandling i adgangen til velfærdsordninger og andre former for social sikring. Heri indgår adgangen til fælles naturalydelser fra staten såsom offentlige sundhedsydelser, uddannelse og sociale sikringsordninger. Imidlertid etablerer direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring en ret til ligebehandling på grundlag af køn i forbindelse med det snævrere område "social sikring".

3.4.2.1. Social beskyttelse, herunder social sikring og sundhedsydelser

Den nøjagtige rækkevidde af dette område er usikker, eftersom det ikke forklares i racelighedsdirektivet og endnu mangler at blive fortolket via Domstolens retspraksis. Som anført ovenfor sikrer direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring ligebehandling i forbindelse med "lovbestemte sociale sikringsordninger".¹¹⁶ I artikel 1, stk. 3, defineres disse som ordninger, der sikrer beskyttelse ved sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsulykker og erhvervssygdomme samt ved arbejdsløshed, og i bestemmelserne om social bistand, såfremt disse supplerer eller træder i stedet for" de tidligere ordninger.

Det uklart, hvad der menes med "social beskyttelse", selv om begrundelsen for Kommissionens forslag til racelighedsdirektivet samt selve direktivets ordlyd tyder på, at det skal være bredere end "social sikring".¹¹⁷ I betragtning af bestemmelsens tilsigtede bredde bør det opfattes således, at enhver form for ydelse fra staten, hvad enten den er økonomisk eller i naturalier, vil falde inden for kategorien social beskyttelse, hvis den ikke falder inden for social sikring. I den forstand er det stærkt sandsynligt, at racelighedsdirektivets forskellige anvendelsesområder overlapper hinanden.

¹¹⁶ I modsætning til "erhvervstilknyttede" ordninger, der klassificeres som "løn" i henhold til ligestillingsdirektivet (omarbejdning).

¹¹⁷ Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse, dokument KOM(1999) 566 endelig, 25. november 1999.

Omfanget af beskyttelsen mod forskelsbehandling på sundhedsområdet er også fortsat uklart. Det kunne se ud til, at det skal vedrøre adgangen til offentlige sundhedsydelser på behandlingsstedet, f.eks. den behandling, der ydes af administrative medarbejdere og lægepersonale. Formodentlig skal det også gælde forsikring, hvor sundhedsydelserne leveres privat, men hvor patienterne får refusion gennem en obligatorisk forsikringsordning. Her ser det ud til, at det vil falde ind under denne bestemmelses anvendelsesområde, hvis en person nægtes forsikring eller pålægges øgede præmier baseret på race eller etnisk tilhørsforhold. Alternativt vil det falde ind under bestemmelsen om varer og tjenesteydelser.

3.4.2.2. Sociale fordele

Anvendelsesområdet for "sociale fordele" er veludviklet gennem Domstolens praksis i forbindelse med loven om fri bevægelighed for personer og har fået en særdeles bred definition.

Eksempel: I *Cristini-sagen* var sagsøger en italiensk statsborger, der boede med sine børn i Frankrig, og hvis afdøde mand havde været "arbejdstager" i henhold til EU-ret.¹¹⁸ De franske statsbaner tilbød store familier rabatkort, men nægtede Anita Cristini et sådant kort på grund af hendes nationalitet. Det hævdedes, at "sociale fordele" i henhold til EU-ret kun var de fordele, der var knyttet til en ansættelseskontrakt. Domstolen var uenig og fastslog, at termen skulle omfatte alle fordele uanset ansættelseskontrakt, herunder rabatkort til togrejser.

Domstolen definerede "sociale fordele" i *Even-sagen* som fordele:

"som, uanset om de er forbundet med en arbejdskontrakt, almindeligvis indrømmes indenlandske arbejdstagere, hovedsagelig på grund af deres objektive status som arbejdstagere eller alene fordi de har bopæl på det nationale område, og hvis udvidelse til også at gælde for arbejdstagere, der er statsborgere i de andre medlemsstater, derfor forekommer egnet til at fremme disses mobilitet inden for Fællesskabet".¹¹⁹

Termen gælder for næsten alle rettigheder, forudsat at de lever op til *Even*-definitionen. Der skelnes ikke mellem en ret, der gives absolut, og de rettigheder, der gives skønsmæssigt. Endvidere udelukker definitionen ikke de rettigheder,

¹¹⁸ Domstolen, *Cristini mod SNCF*, sag 32/75 [1975] Sml. 1085, 30. september 1975.

¹¹⁹ Domstolen, *Anklagemyndigheden mod Even*, sag 207/78 [1979] Sml., s. 2019, 31. maj 1979, præmis 22.

der gives efter afslutningen af et ansættelsesforhold, og som anses for at være en social fordel såsom en ret til pension.¹²⁰ Især i forbindelse med fri bevægelighed vedrører en social fordel alle fordele, der kan hjælpe den vandrende arbejdstager med at blive integreret i værtsstatens samfund. Domstolene har været ganske liberale med hensyn til at fastslå, at noget er en social fordel, f.eks.:

- betaling af et rentefrit "barselslån". Til trods for at begrundelsen for lånet var at øge fødselstallet, anså Domstolen det for at være en social fordel, da det blev opfattet som et middel til at lette de økonomiske byrder for lavindkomstfamilier,¹²¹
- tildeling af støtte i henhold til en kulturaftale om at støtte nationale arbejdstagere, så de kan videreføre deres studier i udlandet,¹²²
- retten til, at en straffesag mod en person foregår på den pågældendes eget sprog.¹²³

3.4.2.3. Uddannelse

Beskyttelse mod forskelsbehandling i adgangen til uddannelse blev oprindelig udviklet i forbindelse med fri bevægelighed for personer under artikel 12 i forordning 1612/68 og var især rettet mod arbejdstageres børn. Undervisningsområdet vil formentlig overlappe erhvervsuddannelsesområdet. Det er uklart, om det også skal omfatte de videregående uddannelsesprogrammer, der er udelukket fra erhvervsuddannelsesområdet, og som kun har til formål at forbedre den almene viden.

Eksempel: I sagen *Casagrande mod Landeshauptstadt München* var sagsøger datter af en italiensk statsborger, der arbejdede i Tyskland.¹²⁴ De tyske myndigheder betalte en månedlig studiestøtte til skolebørn i den skolepligtige alder med det formål at fremme deltagelsen i undervisningen. Domstolen kendte for ret, at generelle foranstaltninger, der havde til formål at lette deltagelsen i undervisningen faldt inden for anvendelsesområdet for uddannelse.

¹²⁰ Domstolen, *Kommissionen mod Frankrig*, sag C-35/97 [1998] Sml. I, s. 5325, 24. september 1998.

¹²¹ Domstolen, *Reina mod Landeskreditbank Baden-Württemberg*, sag 65/81 [1982] Sml. 33, 14. januar 1982.

¹²² Domstolen, *Matteucci mod Communauté française de Belgique*, sag 235/87 [1988] Sml. 5589, 27. september 1988.

¹²³ Domstolen, *Anklagemyndigheden mod Mutsch*, sag 137/84 [1985] Sml. 2681, 11. maj 1985.

¹²⁴ Domstolen, *Casagrande mod Landeshauptstadt München*, sag 9/74 [1974] Sml., s. 773, 3. juli 1974.

3.4.2.4. Den europæiske konvention og velfærds- og uddannelsesområdet

Selv om EMRK ikke giver ret til social sikring, fremgår det klart af ECHR's retspraksis, at nogle former for social sikring såsom betaling af ydelser og pensioner falder ind under anvendelsesområdet for artikel 1 i protokol nr. 1 eller artikel 8.¹²⁵

Selv om der ikke er nogen ret til sundhedsydelser i henhold til EMRK, har ECHR fastslået, at spørgsmål vedrørende sundhedsydelser, såsom adgang til lægejournaler,¹²⁶ falder ind under artikel 8 eller artikel 3, hvis den manglende adgang til sundhedsydelser er alvorlig og grænser til umenneskelig eller nedværdigende behandling.¹²⁷ Det kan derfor hævdes, at sagsøgere, der påberåber sig forskelsbehandling i forbindelse med adgang til sundhedsydelser, vil falde inden for anvendelsesområdet for artikel 14.

Det er uklart, om adgang til sociale fordele i form af naturalydelser såsom rabatkort til rejser falder inden for EMRK's anvendelsesområde. Imidlertid tyder ECHR's generøse fortolkning af artikel 8 på, at det kan være tilfældet, især hvor disse ydelser har til formål at gavne familieenheden.

Artikel 2 i protokol nr. 1 til EMRK indeholder en selvstændig ret til uddannelse, og som følge heraf anser ECHR klager om forskelsbehandling i forbindelse med uddannelse for at falde inden for anvendelsesområdet for artikel 14. Forskelsbehandling på grundlag af uddannelse i henhold til EMRK gennemgås i forbindelse med sagen *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik*¹²⁸ i kapitel 2.3.1. og i sagen *Oršuš m.fl. mod Kroatien* i kapitel 5.3.¹²⁹

3.4.3. Adgang til levering af varer og tjenesteydelser, herunder bolig

Beskyttelse mod forskelsbehandling i forbindelse med adgang til varer og tjenesteydelser, herunder bolig, gælder for grunden "race" gennem racelighedsdi-

¹²⁵ Jf. navnlig følgende sager: ECHR, *Andrejeva mod Letland* [GC] (nr. 55707/00), 18. februar 2009, ECHR, *Gaygusuz mod Østrig* (nr. 17371/90), 16. september 1996, og ECHR, *Koua Poirrez mod Frankrig* (nr. 40892/98), 30. september 2003, der alle gennemgås i kapitel 4.7.

¹²⁶ ECHR, *K.H. m.fl. mod Slovakiet* (nr. 32881/04), 28. april 2009.

¹²⁷ ECHR, *Slawomir Musiał mod Polen* (nr. 28300/06), 20. januar 2009.

¹²⁸ ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007.

¹²⁹ ECHR, *Oršuš m.fl. mod Kroatien* [GC] (nr. 15766/03), 16. marts 2010.

rektivet og for grunden "køn" gennem direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser. I artikel 3, stk. 1, i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser præciseres denne bestemmelse, idet der står, at den vedrører alle varer og tjenesteydelser, "der er tilgængelige for offentligheden, både inden for den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, og som tilbydes uden for privat- og familielivet, samt transaktioner i den forbindelse". I artikel 3, stk. 3, og i pkt. 13 i præambelen til direktivet, udelukkes udtrykkeligt anvendelse på "medieindhold og reklame" og "offentlig eller privat undervisning", om end sidstnævnte udelukkelse ikke indsnævrer anvendelsesområdet for racelighedsdirektivet, som udtrykkeligt dækker uddannelse. I direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser henvises også til artikel 57 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde:

"Som tjenesteydelser i traktaternes forstand betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling (...)

Tjenesteydelserne omfatter især:

- a) virksomhed af industriel karakter*
- b) virksomhed af handelsmæssig karakter*
- c) virksomhed af håndværksmæssig karakter*
- d) de liberale erhvervs virksomhed."*

Det kunne se ud, som om dette område dækker enhver sammenhæng, hvor en vare eller tjenesteydelse normalt leveres mod betaling, så længe det ikke finder sted i en helt igennem personlig sammenhæng og med udelukkelse af offentlig eller privat uddannelse.

Retspraksis fra nationale organer tyder på, at det vil dække scenarier såsom adgang til eller serviceniveau i barer,¹³⁰ restauranter og natklubber,¹³¹ forretninger,¹³²

¹³⁰ Ligestillingsmyndigheden (Ungarn), sag nr. 72, april 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRAs Infoportal, sag 322-1, og i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 49.

¹³¹ Højesteret (Sverige), *Escape Bar & Restaurant mod Ombudsmannen mot etnisk diskriminering*, sag nr. T-2224-07, 1. oktober 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRAs InfoPortal, sag 365-1, og i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 68.

¹³² Bezirksgericht Döbling (Østrig), GZ 17 C 1597/05f-17, 23. januar 2006. Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRAs InfoPortal, sag 1-1. Original tekst: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.

forsikringskøb¹³³ samt "private" sælgeres handlinger, såsom hundeopdrættere.¹³⁴ Skønt sundhedsydelser er specifikt dækket under racelighedsdirektivet, kan det også falde ind under anvendelsesområdet for tjenesteydelser, især når der er tale om private sundhedsydelser, eller hvis privatpersoner er forpligtede til at købe obligatorisk sygeforsikring til dækning af sundhedsomkostninger. I den forstand har Domstolen fortolket tjenesteydelser i forbindelse med fri bevægelighed for tjenesteydelser som dækkende sundhedsydelser, der leveres mod betaling af en erhvervsdrivende virksomhed.¹³⁵

Racelighedsdirektivet indeholder ingen definition af bolig. Det foreslås imidlertid, at det bør fortolkes på baggrund af international menneskerettighedslovgivning, især retten til respekt for ens hjem i henhold til artikel 7 i EU's charter om grundlæggende rettigheder og artikel 8 i EMRK (eftersom alle EU-medlemsstater har tiltrådt EMRK, og EU vil tiltræde den engang i fremtiden) og retten til passende bolig i artikel 11 i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (som alle medlemsstater har tiltrådt). ECHR har fortolket retten til et hjem bredt, så det omfatter mobile homes som campingvogne eller påhængsvogne også i situationer, hvor disse er placeret ulovligt.¹³⁶ Ifølge FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder skal en passende bolig opfylde en række krav, navnlig skal den være af tilstrækkelig kvalitet til at kunne sikre beskyttelse mod elementernes rasen, afspejle beboernes kulturelle krav (og således omfatte vogne, campingvogne, nomadeleje og andre ikke-permanente strukturer), være tilsluttet offentlige forsyningsselskaber og kloaknet og have forbindelse til offentlige tjenesteydelser og arbejdsmuligheder gennem en passende infrastruktur. Den skal også omfatte passende beskyttelse mod tvungen eller summarisk udsættelse og skal være rimelig i pris.¹³⁷ Denne opfattelse af en bolig ses også i den holdning, EU's agentur for grundlæggende rettigheder (FRA)

¹³³ Appelleren i Nîmes (Frankrig), *Lenormand mod Balenci*, nr. 08/00907, 6. november 2008 og den franske kassationsdomstol, afdelingen for straffesager, nr. M 08-88.017 og nr. 2074, 7. april 2009. Der kan se et sammendrag på engelsk i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 9 (december 2009), s. 59.

¹³⁴ Svea hovrätt (Sverige), *Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning mod A.S.*, sag nr. T-3562-06, 11. februar 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 69.

¹³⁵ Domstolen, *Kohl mod Union des Caisses de Maladie*, sag C-158/96 [1998] Sml. I, s. 1931, 28. april 1998; Domstolen, *Peerbooms mod Stichting CZ Groep Zorgverzekering*, sag C-157/99 [2001] Sml. I, s. 5473, 12. juli 2001 og Domstolen, *Müller Fauré mod Onderlinge Waarborgmaatschappij*, sag C-385/99 [2003] Sml. I, s. 4509, 13. maj 2003.

¹³⁶ ECHR, *Buckley mod Det Forenede Kongerige* (nr. 20348/92), 25. september 1996.

¹³⁷ FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, "General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11(1))" FN dok. E/1992/23, 13. december 1991.

indtager i sin kortfattede rapport, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality*.¹³⁸

Med den holdning vil adgangen til en bolig ikke kun omfatte sikring af, at offentlige og private udlejere og ejendomsmæglere udøver ligebehandling, når de beslutter, om de skal udleje eller sælge ejendom til bestemte personer. Det vil også omfatte retten til ligebehandling i den måde, hvorpå boliger tildeles (såsom tildeling af boliger af lav kvalitet eller fjerntliggende boliger til bestemte etniske grupper), vedligeholdes (såsom manglende vedligeholdelse af ejendomme beboet af bestemte grupper) og udlejes (såsom manglende garanti for uopsigelighed eller højere leje eller depositum for personer, der tilhører bestemte grupper).

Eksempel: I Belgien blev en udlejer dømt i henhold til strafferetten og idømt en bøde i henhold til civilretten, fordi han havde nægtet at udleje en bolig til personer af congolesisk oprindelse. Selv om de fremlagde tilfredsstillende referencer fra tidligere udlejere og bevis for passende indkomst, nægtede udlejeren at indgå aftalen med henvisning til, at han tidligere havde haft problemer med betaling fra personer, der ikke var statsborgere.¹³⁹

3.4.3.1. Den europæiske konvention i forbindelse med varer og tjenesteydelser, herunder bolig

ECHR har fortolket artikel 8 således, at den omfatter sager vedrørende aktiviteter, der kan have følger for privatlivet, bl.a. relationer af økonomisk og social karakter. ECHR har også anlagt en bred tilgang til fortolkningen af retten til respekt for hjemmet i henhold til artikel 8. Som anført omfatter det mindre "konventionelle" permanente boliger som campingvogne og mobile homes. Hvis boliger, som staten sørger for, er i specielt dårlig stand og forårsager trængsler for beboerne i en længere periode, har ECHR også fastslået, at dette kan være umenneskelig behandling.

Eksempel: I sagen *Moldovan m.fl. mod Rumænien (nr. 2)* var sagsøgerne blevet jaget fra deres hjem, som herefter blev revet ned under særdeles traumatiske

¹³⁸ FRA, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality – Summary Report* (Wien, FRA, marts 2010).

¹³⁹ Correctionele Rechtbank van Antwerpen (Belgien), afgørelse af 7. december 2004. Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRAs InfoPortal, sag 15-1. Original tekst: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

omstændigheder.¹⁴⁰ Genopbygningen af deres huse gik særdeles langsomt, og deres indkvartering i mellemtiden var af særdeles dårlig kvalitet. ECHR kendte for ret, at:

"(...) sagsøgernes levevilkår i de sidste ti år, især det alvorligt overbefolkede og usunde miljø og dets skadelige virkning på sagsøgernes sundhed og trivsel kombineret med den lange periode, hvor sagsøgerne har måttet leve under sådanne vilkår, og myndighedernes generelle holdning, må have forvoldt dem betydelig psykisk lidelse og således fornedret deres menneskelige værdighed og fået dem til at føle sig ydmyget og nedværdiget."

Bl.a. på grundlag af denne konstatering konkluderede ECHR, at der var sket nedværdigende behandling i modstrid med artikel 3 i EMRK, selv om sprogbru- gen i ovennævnte uddrag tyder på, at indkvarteringsvilkårene alene ville have været tilstrækkelige til denne konstatering.¹⁴¹

Eksempel: I sagen *Đokić mod Bosnien-Hercegovina* påstod sagsøger indgreb i sin ejendomsret.¹⁴² Før opløsningen af det tidligere Jugoslavien var sagsøger underviser på en militærskole og medlem af landets væbnede styrker. Han købte en lejlighed i Sarajevo, men da krigen i Bosnien-Hercegovina brød ud, og hans militærskole flyttede til det, der i dag er Serbien, fulgte sagsøger med og tilsluttede sig de væbnede styrker i det, der i dag er Serbien. Efter krigen nægtede myndighederne at give ham hans ejendom tilbage, fordi han havde tjent i udenlandske væbnede styrker. På det nationale plan blev det anset for berettiget, eftersom det byggede på den præmis, at sagsøger var en "illoyal" borger, der havde tjent i udenlandske væbnede styrker, som havde deltaget i militære operationer i Bosnien-Hercegovina. Skønt sagen ikke udtrykkeligt blev behandlet på baggrund af artikel 14 i EMRK, fandt ECHR, at denne afgørelse udelukkende var blevet truffet på grundlag af sagsøgers etniske tilhørsforhold (eftersom tjeneste i visse væbnede styrker var tegn på ens etniske oprindelse), især da det ikke kunne bevises, at sagsøger faktisk havde begået andre "illoyale" handlinger end at være en del af de pågældende væbnede styrker. I mangel af tilbagegivelse var den manglende godtgørelse eller alternativ bolig et uforholdsmæssigt indgreb i hans ejendomsret.

¹⁴⁰ ECHR, *Moldovan m.fl. mod Rumænien* (nr. 2) (nr. 41138/98 og 64320/01), 12. juli 2005.

¹⁴¹ ECHR's retspraksis viser, at forskelsbehandling under visse omstændigheder, kan være nedværdigende behandling. Jf. f.eks. *Smith og Grady mod Det Forenede Kongerige* (nr. 33985/96 og 33986/96), 27. september 1999.

¹⁴² ECHR, *Đokić mod Bosnien-Hercegovina* (nr. 6518/04), 27. maj 2010.

3.4.4. Adgang til domstolsprøvelse

Selv om adgangen til domstolsprøvelse ikke er specifikt nævnt i direktiverne om ikke-forskelsbehandling blandt eksemplerne på varer og tjenesteydelser, er det tænkeligt, at den falder inden for dette anvendelsesområde, eftersom domstolssystemet er en tjenesteydelse, staten stiller til rådighed for befolkningen mod godtgørelse. I det mindste skal medlemsstaterne i henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling sørge for relevante retslige og/eller administrative procedurer, så personer kan håndhæve deres rettigheder i medfør af direktiverne.¹⁴³ Endvidere er det et veletableret EU-retligt princip, at personer skal have "ret til en effektiv domstolsbeskyttelse" af de rettigheder, EU-retten giver dem.¹⁴⁴ Selv om det således ikke kan siges, at "varer og tjenesteydelser" omfatter "adgang til domstolsprøvelse", kan det afgjort siges, at adgangen til domstolsprøvelse eksisterer som en selvstændig ret (uden krav om at bevise forskelsbehandling) i forbindelse med håndhævelse af selve direktiverne.

3.4.4.1. Den europæiske konvention i forbindelse med adgang til domstolsprøvelse

Retten til adgang til domstolsprøvelse er garanteret som selvstændig ret i EMRK i forbindelse med retten til retfærdig rettergang under artikel 6. ECHR har behandlet flere sager om forskelsbehandling i adgang til domstolsprøvelse.

Eksempel: I sagen *Paraskeva Todorova mod Bulgarien* blev den nationale domstols afvisning af at gøre dommen over sagsøger betinget med de ledsagende bemærkninger om, at det var nødvendigt at modvirke den straffrihedskultur, der herskede blandt etniske minoriteter, anset for at være en overtrædelse af artikel 6 sammenholdt med artikel 14.¹⁴⁵

Eksempel: I ovennævnte sag *Moldovan m.fl. mod Rumænien* (nr. 2) blev det fastslået, at urimelige forsinkelser i afgørelsen af straffe- og civilretlige sager (det tog syv år at afsige den første dom) var en overtrædelse af artikel 6.¹⁴⁶

¹⁴³ Artikel 9, stk. 1, i direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse, artikel 17, stk. 1, i ligestillingsdirektivet (omarbejdning), artikel 8, stk. 1, i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, artikel 7, stk. 1, i racelighedsdirektivet.

¹⁴⁴ Jf. f.eks. Domstolen, *Vassilakis m.fl. mod Dimos Kerkyras*, sag C-364/07 [2008] Sml. I, s. 90, 12. juni 2010, Domstolen, *Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen*, sag C-362/06 [2009] Sml. I, s. 2903, 23. april 2009, Domstolen, *Angelidaki m.fl. mod Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, sag C-378/07 [2009] Sml. I, s. 3071, 23. april 2009.

¹⁴⁵ ECHR, *Paraskeva Todorova mod Bulgarien* (nr. 37193/07), 25. marts 2010.

¹⁴⁶ ECHR, *Moldovan m.fl. mod Rumænien* (nr. 2) (nr. 41138/98 og 64320/01), 12. juli 2005.

Det blev fastslået, at forsinkelserne skyldtes et stort antal procedurefejl, og sammenholdt med den udtalt diskriminerende holdning hos myndighederne over for sagsøgerne, der var romaer, blev det fastslået, at der var tale om en overtrædelse af artikel 6 også sammenholdt med artikel 14.

Eksempel: I sagen *Anakomba Yula mod Belgien* blev det fastslået, at den nationale lovgivning, der gjorde det umuligt for sagsøger at få offentlig bistand til en faderskabssag med henvisning til, at hun ikke var belgisk statsborger, var en overtrædelse af artikel 6 sammenholdt med artikel 14.¹⁴⁷ Det betyder ikke, at ikke-statsborgere har en absolut ret til offentlig støtte. I den konkrete sag lagde ECHR vægt på flere faktorer, bl.a. at sagsøger blev udelukket, fordi hun ikke havde en aktuel gyldig opholdstilladelse, selv om hun på det pågældende tidspunkt var ved at få sin tilladelse fornyet. Endvidere lagde ECHR også til grund, at der var en tidsfrist på et år for faderskabssager, hvilket betød, at det ikke var rimeligt at forvente, at sagsøger skulle vente med at søge om bistand, til hun havde fornyet sin tilladelse.

3.5. Anvendelse af konventionen ud over EU- lovgivningen

Ud over de sager, der er gennemgået ovenfor, og hvor beskyttelsen i henhold til EMRK falder sammen med beskyttelsen i henhold til direktiverne om ikke-forskelsbehandling, findes der vigtige områder, hvor EMRK giver yderligere beskyttelse.

3.5.1. Den "personlige" sfære: privatliv og familieliv, adoption, hjem og ægteskab¹⁴⁸

Et særligt vigtigt område er familie- og privatliv, hvor medlemsstaterne ikke har givet EU omfattende lovgivningsbeføjelser. Sager, der har været indbragt for ECHR på dette område, har omfattet ulige behandling i forbindelse med arveregler, fraskilte forældres adgang til deres børn samt spørgsmål om faderskab.

¹⁴⁷ ECHR, *Anakomba Yula mod Belgien* (nr. 45413/07), 10. marts 2009, gennemgås i kapitel 4.7.

¹⁴⁸ En forklaring om anvendelsesområdet for artikel 8 i EMRK kan ses på Europarådets websted om uddannelse i menneskerettigheder for retsvæsenets aktører: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001, der ligger på: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?id=1636.

Som det gennemgås i det følgende afsnit og i kapitel 4., vedrørte sagerne *Mazurek mod Frankrig*,¹⁴⁹ *Sommerfeld mod Tyskland*¹⁵⁰ og *Rasmussen mod Danmark*¹⁵¹ overvejelser om ulige behandling i forbindelse med arveregler, fraskilte forældres adgang til deres børn samt spørgsmål om faderskab. Artikel 8 bliver også udvidet til sager om adoption. Ovennævnte sag *E.B. mod Frankrig* illustrerer også, at adoption kan falde inden for EMRK's anvendelsesområde, selv om EMRK ikke omfatter nogen egentlig adoptionsret. Endvidere fastlagde ECHR artikel 8's generelle rækkevidde med henvisning til tidligere retspraksis:

*"(...) Privatliv" er i henhold til artikel 8 i EMRK et vidt begreb, der bl.a. omfatter retten til at indlede eller udvikle forbindelser med ligesindede og omverdenen (...), retten til personlig udvikling (...) eller retten til selvbestemmelse som sådan. Det omfatter elementer som navne, (...) kønsidentifikation, seksuel orientering og seksualliv, der falder inden for den personlige sfære, som beskyttes af artikel 8, (...) og retten til respekt for beslutningerne om både at få og ikke få et barn."*¹⁵²

Anvendelsesområdet for artikel 8 er således særdeles bredt. EMRK har også følger for andre områder såsom ægteskab, som specifikt beskyttes under artikel 12.

Eksempel: I sagen *Muñoz Díaz mod Spanien* indgik sagsøger ægteskab med sin ægtefælle i overensstemmelse med romaernes skikke. Det opfyldte imidlertid ikke kravene ifølge national lov og blev således ikke formelt stiftet.¹⁵³ Myndighederne havde ikke desto mindre behandlet sagsøger, som om hun var gift, med hensyn til de identitetspapirer, de havde udstedt, udbetalte ydelser og registreringen af deres "familiebog". Ved ægtefællens død søgte sagsøger efterladtepension fra staten, men fik afslag, fordi hun i henhold til national lov ikke havde været gyldigt gift. Fordi staten havde behandlet sagsøger, som om hendes ægteskab var gyldigt, fastslog ECHR, at hun var i en sammenlignelig situation med andre ægtefæller i god tro (de, som af tekniske årsager ikke var gyldigt gift, men selv troede, at de var det), der ville have været berettigede til en efterladtepension. Skønt ECHR fastslog, at det ikke var forskelsbehandling at afvise at anerkende ægteskabet som gyldigt (i henhold til artikel 12

149 ECHR, *Mazurek mod Frankrig* (nr. 34406/97), 1. februar 2000.

150 ECHR, *Sommerfeld mod Tyskland* [GC] (nr. 31871/96), 8. juli 2003.

151 ECHR, *Rasmussen mod Danmark* (nr. 8777/79), 28. november 1984.

152 ECHR, *E.B. mod Frankrig* [GC] (nr. 43546/02), 22. januar 2008, præmis 43.

153 ECHR, *Muñoz Díaz mod Spanien* (nr. 49151/07), 8. december 2009.

sammenholdt med artikel 14), var det forskelsbehandling at nægte at behandle sagsøger på samme måde som andre ægtefæller i god tro og tildele pensionen (i henhold til protokol 1, artikel 1 sammenholdt med artikel 14).

Mens beskyttelse af kernen i den menneskelige værdighed således normalt kræver en mere snæver skønsmargin hos ECHR, bør det afbalanceres i forhold til ønsket om at beskytte andre i en sårbar position, hvis rettigheder kunne blive krænket.

Eksempel: Sagen *Sommerfeld mod Tyskland* vedrørte tysk lovgivning om regulering af en fars adgang til at se sit barn.¹⁵⁴ Hvis forældrene til et barn ikke var gift, kunne moren ifølge national lov nægte faren adgang til at se hans barn. I den situation ville faren herefter skulle ansøge retten om at underkende afvisningen. Myndighederne hævdede, at loven ikke var diskriminerende, eftersom fremmedgjorte fædre normalt kun viste lidt interesse for deres børn. ECHR fastslog, at statens skønsmargin ville være særdeles snæver i sager vedrørende forældres ret til at se deres børn. Endvidere erklærede den, at der skulle fremføres meget vægtige grunde, før ulige behandling på grundlag af fødsel i eller uden for ægteskab kan betragtes som forenelig med EMRK [...]. Det samme gælder for ulige behandling af faren til et barn født i et forhold, hvor parterne levede papirløst sammen, sammenlignet med faren til et barn født i et ægteskabsbaseret forhold. Den fandt ikke, at myndighedernes forklaring kunne retfærdiggøre en sådan ulige behandling.

I ovennævnte sag anså ECHR, at farens interesser gik hånd i hånd med barnets – dvs. det var i barnets interesse at have kontakt med faren. Men hvor barnets interesser potentielt strider mod farens, vil det give staten en videre skønsmargin med hensyn til at afgøre, hvordan barnet bedst beskyttes.

Eksempel: I sagen *Rasmussen mod Danmark* klagede en far over en forældelsesfrist, der udelukkede ham fra at anfægte faderskab.¹⁵⁵ ECHR fastslog, at dette faktisk var ulige behandling på grundlag af køn, men at det var berettiget. Det forfulgte det legitime mål om at give barnet sikkerhed og vished med hensyn til sin status ved at forhindre fædre i at misbruge muligheden for

¹⁵⁴ ECHR, *Sommerfeld mod Tyskland* [GC] (nr. 31871/96), 8. juli 2003. 93. I en -lignende sag: ECHR, *Sahin mod Tyskland* [GC] (nr. 30943/96), 8. juli 2003. Jf. også ECHR, *Mazurek mod Frankrig* (nr. 34406/97), 1. februar 2000, der også vedrører ulige behandling af børn født uden for ægteskab, der gennemgås i kapitel 4. (beskyttede grunde).

¹⁵⁵ ECHR, *Rasmussen mod Danmark* (nr. 8777/79), 28. november 1984.

at anfægte faderskab senere i livet. Eftersom der ikke var nogen særlig ensartet tilgang til dette spørgsmål i EMRK-medlemsstaterne, gav ECHR staten en bred skønsmargin, idet den fandt forskelsbehandlingen berettiget.¹⁵⁶

3.5.2. Politisk deltagelse: ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed og frie valg

Et af Europarådets vigtigste mål er fremme af demokrati. Dette afspejles i mange af rettighederne i EMRK, som gør det lettere at fremme politisk deltagelse. Mens EU-retten giver et begrænset antal rettigheder i den henseende (især EU-statsborgeres ret til at stemme ved kommunalvalg og ved valg til Europa-Parlamentet), indeholder EMRK bredere garantier, der ikke blot skaber ret til at stemme og opstille til valg, men også ledsagende rettigheder som ytringsfrihed og retten til forsamlings- og foreningsfrihed.

Eksempel: I sagen *Bączkowski m.fl. mod Polen*, der blev gennemgået ovenfor, var afvisningen af at give tilladelse til at afholde en march for at øge bevidstheden om forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering sammenholdt med borgmesterens offentlige homofobiske bemærkninger en overtrædelse af retten til forsamlingsfrihed (artikel 11) sammen med artikel 14.¹⁵⁷

Retten til foreningsfrihed er også blevet opfattet således, at den omfatter beskyttelse til oprettelse af politiske partier, som ECHR har givet en høj grad af beskyttelse mod indgreb.¹⁵⁸ Som anført i kapitel 4.11. bliver ethvert indgreb i retten til talefrihed i forbindelse med politisk debat på samme måde undersøgt meget nøje.¹⁵⁹

3.5.3. Retshåndhævelse

Ud over at garantere den materielle ret til livet (artikel 2) og frihed fra tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (artikel 3) skaber disse artikler også en pligt for staten til at efterforske omstændigheder, hvor der er sket tab af menneskeliv eller er foregået en sådan behandling. I *Nachova m.fl.-sagen* og *Turan Cakir-sagen* har ECHR fastslået, at dette omfatter en specifik forpligtelse til

¹⁵⁶ *Ibid.*, præmis 40-42.

¹⁵⁷ ECHR, *Bączkowski m.fl. mod Polen* (nr. 1543/06), 3. maj 2007.

¹⁵⁸ F.eks. ECHR, *Socialistpartiet m.fl. mod Tyrkiet* (nr. 21237/93), 25. maj 1998.

¹⁵⁹ ECHR, *Castells mod Spanien* (nr. 11798/85), 23. april 1992.

at gennemføre en efterforskning af mulige racistiske motiver bag overtrædelserne af artikel 2 og 3, og at en undladelse heraf er en overtrædelse af disse artikler sammenholdt med artikel 14.¹⁶⁰

Eksempel: I sagen *Turan Cakir mod Belgien* klagede sagsøger over politibrutalitet under sin anholdelse, hvor han/hun havde fået alvorlige og vedvarende skader ledsaget af trusler og racistiske fornærmelser.¹⁶¹ ECHR fastslog, at den påførte vold var en krænkelse af sagsøgers ret til ikke at blive udsat for umenneskelig og nedværdigende behandling (i henhold til artikel 3 i EMRK). Den fastslog også, at statens undladelse af at efterforske sagsøgers klager over dårlig behandling ordentligt var en overtrædelse af statens proceduremæssige forpligtelser i henhold til samme artikel. Endvidere fandt den, at undladelsen af at efterforske også var en overtrædelse af artikel 3 sammenholdt med retten til ikke at blive udsat for forskelsbehandling, eftersom staten havde pligt til ikke kun at efterforske påstandene om dårlig behandling, men også påstandene om, at denne dårlige behandling i sig selv var udtryk for forskelsbehandling, da den var begrundet i racisme.

Eksempel: Sagen *Nachova m.fl. mod Bulgarien* vedrørte to mandlige romaer, der blev skudt ned under flugt fra militærpolitiet, der forsøgte at anholde dem, fordi de var udeblevet fra tjeneste.¹⁶² På tidspunktet for hændelsen råbte den betjent, der dræbte ofrene "I forbandede sigøjnere" til en nabo. ECHR fastslog, at staten havde krænket ofrenes ret til liv (i henhold til artikel 2 i EMRK), ikke kun materielt, men også proceduremæssigt, fordi de havde undladt at efterforske dødsfaldene tilstrækkeligt. Det blev konstateret, at undladelsen af at efterforske også var en overtrædelse af artikel 2 sammenholdt med retten til ikke at blive udsat for forskelsbehandling, eftersom staten var forpligtet til specifikt at efterforske mulige diskriminerende motiver.

Selv om begge disse sager involverede statsansattes handlinger, gælder statens pligt til at gribe ind med henblik på at beskytte ofre for forbrydelse og pligt til senere at efterforske dem også for privatpersoners handlinger.

¹⁶⁰ ECHR, *Nachova m.fl. mod Bulgarien* [GC] (nr. 43577/98 og 43579/98), 6. juli 2005, ECHR, *Turan Cakir mod Belgien* (nr. 44256/06), 10. marts 2009, på samme måde ECHR, *Šečić mod Kroatien* (nr. 40116/02), 31. maj 2007.

¹⁶¹ ECHR, *Turan Cakir mod Belgien* (nr. 44256/06), 10. marts 2009.

¹⁶² ECHR, *Nachova m.fl. mod Bulgarien* [GC] (nr. 43577/98 og 43579/98), 6. juli 2005.

Eksempel: I sagen *medlemmer af Gldani-menigheden under Jehovas Vidner m.fl. mod Georgien* blev en gruppe Jehovas Vidner angrebet af en ultraortodoks gruppe.¹⁶³ Selv om politiet blev underrettet, greb de ikke ind for at forhindre volden. Den efterfølgende efterforskning blev afbrudt, da politiet hævdede, at det ikke var muligt at fastslå gerningsmændenes identitet. ECHR fastslog, at politiets undladelse af at gribe ind for at beskytte ofrene mod racistisk motiveret vold og den efterfølgende mangel på tilstrækkelig efterforskning var en overtrædelse af artikel 3 (retten til ikke at blive udsat for umenneskelig og nedværdigende behandling eller straf) og artikel 9 (retten til religionsfrihed) sammenholdt med artikel 14, eftersom volden havde religiøse årsager.

Det kunne se ud, som om EU-retten pålægger tilsvarende forpligtelser i forbindelse med Rådets rammeafgørelse om bekæmpelse af visse former for og tilkendegivelser af racisme og fremmedhad ved hjælp af straffelovgivningen (gennemgås i kapitel 4.6.).¹⁶⁴ Dog pålægger rammeafgørelsen ikke en specifik pligt til at efterforske, om der foreligger racistiske motiver bag legemsbeskadigelse.

3.5.4. Straffesager

Ud over de sager, der vedrører retshåndhævelse i 3.5.3, vedrører EMRK strafferetlige spørgsmål på tværs af forskellige rettigheder, herunder retten til retfærdig rettergang, retten til ikke at blive udsat for vilkårlig tilbageholdelse, forbud mod straf med tilbagevirkende kraft og dobbelt strafforfølgning, retten til liv og retten til ikke at blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

Eksempel: I sagen *Opuz mod Tyrkiet* konstaterede ECHR indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn sammenholdt med retten til liv og frihed for at blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling, eftersom politi og domstole havde undladt at håndhæve loven om vold i hjemmet i tilstrækkelig grad.¹⁶⁵

¹⁶³ ECHR, *medlemmer af Gldani-menigheden under Jehovas Vidner m.fl. mod Georgien* (nr. 71156/01), 3. maj 2007.

¹⁶⁴ Rådets rammeafgørelse 2008/913/RIA af 28. november 2008 om bekæmpelse af visse former for og tilkendegivelser af racisme og fremmedhad ved hjælp af straffelovgivningen, EUT L 328 af 6. december 2008, s. 55. Det bør bemærkes, at ECHR har anerkendt, at opildning til forskelsbehandling, had og vold mod en gruppe mennesker på grund af deres oprindelse eller deres medlemskab eller ikke-medlemskab af en bestemt etnisk gruppe, nation, race eller religion er en særlig begrænsning af ytringsfriheden, som beskyttes af EMRK. Jf. f.eks.: ECHR, *Le Pen mod Frankrig* (dec.) (nr. 18788/09), 20. april 2010, ECHR, *Féret mod Belgien* (nr. 15615/07), 16. juli 2009, ECHR, *Willem mod Frankrig* (nr. 10883/05), 16. juli 2009 og ECHR, *Balsytė-Lideikienė mod Litauen* (nr. 72596/01), 4. november 2008.

¹⁶⁵ ECHR, *Opuz mod Tyrkiet* (nr. 33401/02), 9. juni 2009.

Eksempel: I sagerne *D.G. mod Irland* og *Bouamar mod Belgien* (der gennemgås i kapitel 4.5.) var sagsøgerne blevet frihedsberøvet af de nationale myndigheder.¹⁶⁶ Her fandt ECHR, at der ikke var sket forskelsbehandling, selv om der var tale om krænkelse af retten til frihed, eftersom den ulige behandling havde været begrundet i ønsket om at beskytte mindreårige.

Centrale punkter

- Tredjelandssstatsborgere har også ret til ligebehandling på stort set de samme områder, som dækkes af EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling, hvor de anerkendes som "fastboende udlændinge" i henhold til direktivet om tredjelandssstatsborgere.
- Hvis tredjelandssstatsborgere ikke anerkendes som "fastboende udlændinge", nyder de begrænset beskyttelse under direktiverne om ikke-forskelsbehandling:
 - på grundlag af seksuel orientering, handicap eller religion eller tro i deres ret til adgang til erhvervsuddannelse og arbejdsbetingelser. De har dog ikke lige ret til adgang til beskæftigelse
 - i henhold til direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser og ligestillingsdirektivet (omarbejdning) nyder tredjelandssstatsborgere beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til adgang til beskæftigelse og varer og tjenesteydelser.
- Beskyttelsen mod forskelsbehandling i henhold til EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling har forskelligt omfang:
 - race og etnisk tilhørsforhold nyder størst beskyttelse, idet de beskyttes i forbindelse med adgang til beskæftigelse, velfærdsordninger samt varer og tjenesteydelser
 - forskelsbehandling på grundlag af køn er forbudt i forbindelse med adgang til beskæftigelse, social sikring (som er mere begrænset end de bredere velfærdsordninger) samt varer og tjenesteydelser
 - seksuel orientering, handicap, religion eller tro samt alder beskyttes i øjeblikket kun i forbindelse med adgang til beskæftigelse.
- EMRK indeholder en ikke-udtømmende liste over beskyttede grunde. Alle kan påberåbe sig EMRK for nationale myndigheder, domstole og i sidste ende ECHR.
- I forbindelse med et krav, der omfatter påstande om forskelsbehandling, kan ECHR undersøge kravet under den materielle ret, der påberåbes, alene eller sammenholdt med artikel 14.

¹⁶⁶ ECHR, *D.G. mod Irland* (nr. 39474/98), 16. maj 2002, ECHR, *Bouamar mod Belgien* (nr. 9106/80), 29. februar 1988.

- Der kan ikke indbringes en sag udelukkende under henvisning til artikel 14, den skal kombineres med et krav under en af EMRK's materielle rettigheder. Det vil være tilstrækkeligt, hvis sagsøger forholder sig bredt til det emneområde, der dækkes af den pågældende ret.
- Protokol 12 til EMRK skaber en selvstændig ret til ikke at blive udsat for forskelsbehandling. Den skal relatere til alle rettigheder, der er skabt eller kan uledes af national ret eller praksis, og betydningen af "forskelsbehandling" er identisk med betydningen i artikel 14.
- Domstolens holdning har været at fortolke anvendelsesområderne særdeles bredt med henblik på at give personers rettigheder i henhold til EU-lovgivningen størst mulig virkning.
- EMRK's anvendelsesområde, både med hensyn til de materielle rettigheder, den indeholder, og den måde, hvorpå disse fortolkes med henblik på anvendelse af artikel 14, er særdeles bredt sammenlignet med EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling.
- Særligt vigtige områder, som ligger uden for direktiverne om ikke-forskelsbehandlings rækkevidde og langt uden for EU's kompetence (og dermed uden for chartret om grundlæggende rettigheder) omfatter privat- og familieretlige spørgsmål, rettigheder i forbindelse med politisk deltagelse samt strafferetlige anliggender.
- Det er derfor særdeles vigtigt, at ofre for forskelsbehandling nøje overvejer, om deres krav falder inden for anvendelsesområdet for direktiverne om ikke-forskelsbehandling eller EMRK, når de formulerer deres tilgang til retssagen.

Yderligere læsning

Bell, "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive", 8:3 *European Law Journal* (2002) 384.

Boccardo, "Housing Rights and Racial Discrimination", 9 *European Anti-Discrimination Law Review* (2009), s. 21.

Brosius-Gersdorf, "Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Şerife Yiğit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Cousins, "The European Convention on Human Rights and Social Security Law", 10:1 *Human Rights Law Review* (2010), s. 191.

Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, nr. 22, 2010.

Equinet, *Combating Discrimination in Goods and Services* (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), Bilag 5.c.

Kapuy, "Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable", 9.3 *European Journal of Social Security* (2007), s. 221.

Sánchez-Rodas Navarro, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano", 18 *Aranzadi Social* (2009).

Sudre (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* (Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2008).

4

Beskyttede grunde

4.1. Indledning

EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling forbyder ulige behandling, der bygger på bestemte "beskyttede grunde", idet de indeholder en fast og begrænset liste over beskyttede grunde, der dækker køn (direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser, ligestillingsdirektivet (omarbejdning)), seksuel orientering, handicap, alder og religion eller tro (direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse), race eller etnisk tilhørsforhold (racelighedsdirektivet). EMRK indeholder i modsætning hertil en ikke-udtømmende liste, der falder sammen med direktiverne, men går videre end dem. Det hedder i artikel 14, at der ikke må ske forskelsbehandling "på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold." Kategorien "ethvert andet forhold" har givet ECHR mulighed for at inkludere de grunde (blandt andre), der udtrykkeligt beskyttes af direktiverne om ikke-forskelsbehandling, dvs. handicap, alder og seksuel orientering.

Det blev anført i kapitel 1., at artikel 21 i EU's charter om grundlæggende rettigheder også indeholder et forbud mod forskelsbehandling. Chartret binder EU-institutionerne, men gælder også for medlemsstaterne, når de fortolker og anvender EU-retten. Chartrets bestemmelse om ikke-forskelsbehandling indeholder en kombination af grundene både i EMRK og i direktiverne om ikke-forskelsbehandling, om end det ikke indeholder den åbne grund "ethvert andet forhold".

En "beskyttet grund" er en egenskab ved en person, der ikke skal anses for relevant for den ulige behandling eller nydelsen af en særlig fordel.

4.2. Køn

Forskelsbehandling på grundlag af køn er relativt selvforklarende, idet det henviser til forskelsbehandling, der er baseret på, at en person enten er kvinde eller mand. Det er det mest udviklede aspekt af EU's socialpolitik og har længe været betragtet som en grundlæggende ret. Det tjente et dobbelt formål at udvikle beskyttelse af denne grund. For det første tjente det et økonomisk formål, idet det bidrog til at fjerne konkurrencefordrejninger på et marked, der var blevet stadigt mere integreret, og for det andet gav det på det politiske plan Fællesskabet en facet i retning af mere socialt fremskridt og forbedring af leve- og arbejdsvilkår. Som følge heraf har beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af køn været en grundlæggende funktion i EU og er det stadig. Accepten af den sociale og økonomiske betydning af at sikre ligebehandling blev yderligere udkrystalliseret i den centrale position, det fik i chartret om grundlæggende rettigheder. Tilsvarende er beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af køn veludviklet i EMRK.

Selv om sager om forskelsbehandling på grundlag af køn typisk involverer kvinder, der bliver behandlet ringere end mænd, er det ikke altid tilfældet.

Eksempel: I sagen *Defrenne mod Sabena* klagede sagsøger over, at hun fik lavere løn end sine mandlige kolleger, til trods for at hun varetog de samme arbejdsopgaver.¹⁶⁷ Domstolen fandt, at det klart var et tilfælde af forskelsbehandling på grundlag af køn. Med denne afgørelse fremhævede Domstolen EU's både økonomiske og sociale dimension og understregede, at ikke-forskelsbehandling bidrager til at hjælpe EU frem mod disse mål.

I *Bilka-sagen*, der blev gennemgået ovenfor, stod Domstolen over for ulige behandling baseret på en arbejdsgivers ledelsesmæssige hensyn som begrundelse for, at deltidsansatte blev udelukket fra en erhvervstilknyttet pensionsordning for at tilskynde til fuldtidsarbejde for at sikre et tilstrækkeligt antal medarbejdere. I den sag anførte Domstolen ikke udtrykkeligt, om den anså en sådan foranstaltning for at stå i forhold til den forskelsbehandling, der blev udvist. Det fremgik imidlertid mere udtrykkeligt i den følgende sag.

Eksempel: I *Hill og Stapleton-sagen* indførte regeringen en jobdelingsordning i det offentlige, hvorved en stilling midlertidigt kunne deles af to personer, der

¹⁶⁷ Domstolen, *Defrenne mod Sabena*, sag 43/75 [1976] Sml. 455, 8. april 1976.

arbejdede 50 % af tiden for en fuldtidsstilling og fik 50 % af den normale løn.¹⁶⁸ Arbejdstagerne havde ret til herefter at vende tilbage til deres fuldtidsstilling, hvis disse stillinger var der. Reglerne gav de fuldtidsansatte mulighed for at rykke et løntrin op om året. For personer i jobdeling blev løntrinnet imidlertid halveret, så to års jobdeling svarede til et løntrin. De to sagsøgere i denne sag vendte tilbage til deres fuldtidsstillinger og klagede over den måde, hvorpå løntrinnet blev anvendt på dem. Domstolen fastslog, at det var indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, eftersom det fortrinsvis var kvinder, der deltog i jobdelingen. Regeringen hævdede, at den ulige behandling var berettiget, da den var baseret på princippet om, at løntrinnet blev sat i forhold til den faktiske anciennitet. Domstolen fandt, at det blot var en påstand, som ikke var underbygget af objektive kriterier (idet der ikke var nogen dokumentation for, at andre personers anciennitet blev beregnet på grundlag af antallet af arbejdstimer). Domstolen kendte herefter for ret, at "en arbejdsgiver ikke kan begrunde en forskelsbehandling, som følger af en jobdelingsordning, alene med, at hans omkostninger ville stige, hvis han skulle undgå en sådan forskelsbehandling."

Det kunne således se ud til, at Domstolen ikke uden videre vil anerkende begrundelser for forskelsbehandling på grundlag af køn, der simpelthen bygger på arbejdsgiveres finansielle eller ledelsesmæssige hensyn.

Eksempel: I sagen *Ünal Tekeli mod Tyrkiet* klagede sagsøger over, at national lovgivning tvang en kvinde til at tage sin mands navn ved ægteskab.¹⁶⁹ Skønt loven gav en kvinde mulighed for at beholde sit pigenavn ud over sin mands navn, fastslog ECHR, at det var forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi den nationale lov ikke tvang en mand til at ændre sit efternavn.

Eksempel: I sagen *Zarb Adami mod Malta* klagede sagsøger over, at det var forskelsbehandling at blive indkaldt til jurytjeneste, eftersom den praksis, hvorefter juryisterne blev sammensat reelt gjorde det mere sandsynligt for mænd at blive indkaldt.¹⁷⁰ Statistikkerne viste, at over 95 % af nævningene over en femårig periode var mænd, og ECHR fastslog, at det var forskelsbehandling, eftersom mænd og kvinder var i en sammenlignelig situation med hensyn til borgerpligter.

¹⁶⁸ Domstolen, *Hill og Stapleton mod The Revenue Commissioners og Department of Finance*, sag C-243/95 [1998] Sml. I, s. 3739, 17. juni 1998.

¹⁶⁹ ECHR, *Ünal Tekeli mod Tyrkiet* (nr. 29865/96), 16. november 2004.

¹⁷⁰ ECHR, *Zarb Adami mod Malta* (nr. 17209/02), 20. juni 2006.

Begrebet "køn" er også blevet fortolket således, at det omfatter situationer, hvor forskelsbehandling hænger sammen med sagsøgers "køn" i mere abstrakt forstand, hvilket åbner mulighed for en vis begrænset beskyttelse af kønsidentitet.

Kønsidentitet omhandler enhver persons dybfølte indre og individuelle kønsoplevelse, som kan svare til det køn, personen havde ved fødslen eller ej, herunder den personlige kropsfølelse (der, hvis det er et frit valg, kan indebære ændring af kropslig fremtoning eller funktion gennem medicinske, kirurgiske eller andre midler) og andre kønsudtryk, herunder tøj, tale og manérer.¹⁷¹

Således omfatter den mere bredt anerkendte definition af kønsidentitet ikke kun personer, der gennemgår en kønsskifteoperation ("transseksuelle"), men også dem, der vælger andre måder at udtrykke deres køn på, såsom transvestisme eller crossdressing, eller som simpelthen anlægger en måde at tale eller bruge kosmetik på, der normalt forbindes med medlemmer af det modsatte køn.

Efter sagen *P. mod S. og Cornwall County Council* vil grunden "køn" under direktiverne om ikke-forskelsbehandling også omfatte forskelsbehandling mod en person, fordi han/hun "har til hensigt at gennemgå eller har gennemgået et køns-skifte". Det ser derfor ud til, at grunden køn som fortolket i henhold til EU-retten i øjeblikket kun beskytter kønsidentitet i en snæver forstand.

Eksempel: Sagen *K.B. mod NHS Pensions Agency* vedrørte afslag på at tildele KB's transseksuelle partner en kemandspension.¹⁷² Dette afslag skyldtes, at det transseksuelle par ikke kunne opfylde kravet om at være gift, idet transseksuelle på det tidspunkt ikke kunne indgå ægteskab i henhold til engelsk lov.

I sin behandling af spørgsmålet om forskelsbehandling fastslog Domstolen, at der ikke forelå forskelsbehandling på grund af køn, fordi der ved fastsættelsen af, hvem der havde ret til efterladtepension, ikke skete en ringere behandling alt efter, om man var mand eller kvinde. Domstolen ændrede herefter retning på ræsonnementet og koncentrerede sig om spørgsmålet om ægteskab. Det blev fremhævet, at transseksuelle aldrig kunne gifte sig og således aldrig ville kunne få efterladtepension, mens heteroseksuelle kunne. Domstolen så herefter

¹⁷¹ Denne bredt anerkendte definition er taget fra "Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity", marts 2007, der kan ses på: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Principperne blev vedtaget af en uafhængig gruppe af eksperter i international menneskerettighedslovgivning.

¹⁷² Domstolen, *K.B. mod NHS Pensions Agency*, sag C-117/01 [2004] Sml. I, s. 541, 7. januar 2004.

ter på ECHR's sag om *Christine Goodwin*.¹⁷³ Ud fra disse betragtninger konkluderede Domstolen, at den pågældende britiske lovgivning var uforenelig med princippet om ligebehandling, da den forhindrede transseksuelle i at få en del af deres partners løn

Eksempel: Lignende betragtninger opstod i *Richards-sagen*.¹⁷⁴ Richards, der var født som mand, gennemgik en kønsskifteoperation. Sagen vedrørte berettigelse til statspension i Det Forenede Kongerige, da kvinder på det tidspunkt fik deres statspension, når de fyldte 60 år, mens mænd fik statspension, når de blev 65 år. Da Richards søgte om statspension ved de 60 år, fik hun afslag med en forklaring om, at hun juridisk set var anerkendt som mand og derfor ikke kunne søge om statspension, før hun blev 65 år. Domstolen kendte for ret, at det var ulige behandling på grund af hendes kønsskifte, og som følge heraf blev det betragtet som diskriminerende i modstrid med artikel 4, stk. 1, i direktivet om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring.¹⁷⁵

ECHR mangler stadig at træffe afgørelse om, hvorvidt kønsidentitet henhører under artikel 14 som en beskyttet grund, og den mangler stadig at anføre, om dette kun omfatter "transseksuelle", eller om den vil fortolke kønsidentitet bredere. Det betyder ikke, at den slet ikke har behandlet spørgsmålet om kønsidentitet. Således har ECHR fastslået, at kønsidentitet og livslang seksuel orientering indgår i en persons privatliv og derfor ikke må udsættes for statens indblanding.

Eksempel: Sagerne *Christine Goodwin mod Det Forenede Kongerige* og *I. mod Det Forenede Kongerige* vedrørte forhold, der lignede hinanden meget.¹⁷⁶ Sagsøgerne, der begge havde gennemgået en kønsskifteoperation fra mand til kvinde, klagede over, at regeringen afslog at give tilladelse til ændring af deres fødselsattester, så de afspejlede deres køn. Skønt andre dokumenter og sagsøgers navn kunne ændres, blev fødselsattester stadig brugt til bestemte formål, hvor køn blev juridisk relevant såsom beskæftigelses- og

¹⁷³ ECHR, *Christine Goodwin mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 28957/95), 11. juli 2002.

¹⁷⁴ Domstolen, *Richards mod Secretary of State for Work and Pensions*, sag C-423/04 [2006] Sml. I, s. 3585, 27. april 2006.

¹⁷⁵ Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, EFT L6, 10. januar 1979, s. 24.

¹⁷⁶ ECHR, *Christine Goodwin mod Det Forenede Kongerige*, [GC] (nr. 28957/95), 11. juli 2002, ECHR, *I. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 25680/94), 11. juli 2002, præmis 26. Tilsvarende ECHR, *L. mod Litauen* (nr. 27527/03), 11. september 2007.

pensionsområdet, hvilket betød, at sagsøger ville blive udsat for forlegenhed og ydmygelse, hvis de blev nødt til at afsløre deres juridisk anerkendte mandlige køn. ECHR besluttede (idet den omstødte tidligere retspraksis), at dette var en krænkelse af retten til respekt for privatliv og retten til at indgå ægteskab i henhold til artikel 12, men den gik ikke videre med at overveje, om der var sket en overtrædelse af artikel 14.

Eksempel: I sagen *Van Kück mod Tyskland* fik sagsøger, der havde gennemgået en kønsskifteoperation og hormonbehandling, afslag på refusion af sine omkostninger hertil fra sit private sygeforsikringsselskab.¹⁷⁷ Den tyske appelret, der behandlede sagsøgers krav mod forsikringsselskabet, fastslog, at de lægelige indgreb ikke var "nødvendige", som de skulle være i henhold til aftalen, og at sagsøger derfor ikke havde ret til refusion. ECHR fastslog, at den nationale domstol – i betragtning af kønsidentitetens betydning og alvoren af en beslutning om at få foretaget uigenkaldelige lægelige indgreb – i sin tilgang ikke blot havde undladt at sikre, at sagsøger fik en retfærdig rettergang, hvilket er en overtrædelse af artikel 6 i EMRK, men også havde krænket hendes ret til respekt for privatlivet, der garanteres af artikel 8 i EMRK. Imidlertid gik ECHR ikke videre for at undersøge, om artikel 14 var overholdt, eftersom det i al væsentlighed var de samme forhold, der blev behandlet.

Generelt ser det ud til, at lovgivningen omkring grunden "kønsidentitet" kræver en betydelig afklaring både på EU-plan og nationalt. Nyere undersøgelser af national lovgivning om regulering af dette område viser ingen konsistent tilgang i Europa, idet staterne stort set er delt mellem dem, der behandler "kønsidentitet" som en del af "seksuel orientering", og dem, der ser det som en del af "forskelsbehandling på grund af køn".¹⁷⁸

En række sager om ulige behandling på grundlag af køn i forbindelse med pensionsalder viser, at ECHR giver staten en vid skønsmargin i skatte- og socialpolitiske anliggender.¹⁷⁹

¹⁷⁷ ECHR, *Van Kück mod Tyskland* (nr. 35968/97), 12. juni 2003, præmis 30, 90-91.

¹⁷⁸ FRA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis* (Wien, FRA, 2009), s. 129-144; CoE (Thomas Hammarberg, kommissær for menneskerettigheder), *Menneskerettigheder og kønsidentitet* (Strasbourg, CoE, 29. juli 2009), dokument CommDH/IssuePaper(2009)2.

¹⁷⁹ Disse sager giver også en nyttig diskussion af begrundelsen for den ulige behandling og belyser således yderligere dette begreb og styrker diskussionen om begrundelse tidligere i håndbogen.

Eksempel: I sagen *Stec m.fl. mod Det Forenede Kongerige* klagede sagsøgerne over, at de som følge af den forskellige pensionsalder for mænd og kvinder hver især var blevet stillet ringere ved ændringen af de ydelser, de skulle have udbetalt, og som var blevet fastlagt efter pensionsalder.¹⁸⁰ ECHR fandt, at forskelsbehandling på grundlag af køn principielt kun kunne retfærdiggøres, hvis der forelå meget vægtige grunde. Imidlertid har staten normalt en bred margin under EMRK, når det drejer sig om generelle foranstaltninger inden for økonomisk eller social strategi (...). De nationale myndigheder er på grund af deres direkte kendskab til deres samfund og dets behov i princippet i en bedre position end den internationale domstol til at vurdere, hvad der er i offentlighedens interesse med hensyn til sociale og økonomiske grunde, og domstolen vil normalt respektere lovgivningsmagtens politiske valg, medmindre det er (...) åbenbart uden rimeligt grundlag. ECHR fastslog, at de forskellige pensionsalder oprindelig faktisk var en form for "særlige foranstaltninger", idet de havde til formål at opveje de økonomiske vanskeligheder, kvinder måtte have på grund af deres traditionelle rolle i hjemmet, som efterlod dem uden egen monetær indtægt. Det blev konstateret, at regeringen var begyndt gradvist at foretage justeringer for at udjævne forskellene i mænds og kvinders pensionsalder, og at den ikke var gået ud over sin skønsmargin hverken med hensyn til at vælge at gøre det over en årrække eller undlade at gennemføre ændringerne før.¹⁸¹

En lignende tilgang har Domstolen valgt i sager om ulige behandling begrundet i bredere beskæftigelsespolitiske hensyn.

Eksempel: I *Schnorbus-sagen* blev det hessiske justitsministeriums praksis med at give mandlige ansøgere, der havde aftjent obligatorisk militær eller civil værnepligt, en fortrinsstilling til udøvelse af praktisk juridisk virksomhed anset for indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.¹⁸² Dog fandt Domstolen, at den praksis var objektivt begrundet, da den blot havde til formål at modvirke den forsinkelse, det betød for mandlige ansøgere karriere at aftjene den obligatoriske værnepligt.

¹⁸⁰ ECHR, *Stec m.fl. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 65731/01 og 65900/01), 12. april 2006.

¹⁸¹ Jf. tilsvarende: ECHR, *Barrow mod Det Forenede Kongerige* (nr. 42735/02), 22. august 2006, præmis 20-24, 37; ECHR, *Pearson mod Det Forenede Kongerige* (nr. 8374/03), 22. august 2006, præmis 12-13, 25; ECHR, *Walker mod Det Forenede Kongerige* (nr. 37212/02), 22. august 2006, præmis 19-20, 37.

¹⁸² Domstolen, *Schnorbus mod Land Hessen*, sag C-79/99 [2000] Sml. I, s. 10997, 7. december 2000.

Eksempel: *Megner og Scheffel-sagen* vedrørte tysk lovgivning, der udelukkede ubetydelig beskæftigelse (under femten timer om ugen) og kortvarig beskæftigelse fra den obligatoriske syge- og alderspensionsforsikringsordning samt fra forpligtelsen til at bidrage til arbejdsløshedsforsikringsordningen.¹⁸³ Reglen blev anset for at være potentielt indirekte forskelsbehandling af kvinder, som reelt set havde større sandsynlighed for at arbejde på deltid eller på kortvarig basis. Domstolen anerkendte regeringens indsigelse om, at hvis den skulle inkludere ansatte med ubetydelig eller kortvarig beskæftigelse i ordningen, ville omkostningerne hertil kræve en gennemgribende revision af ordningen, eftersom den ikke længere ville kunne finansieres på bidragsbasis. Den anerkendte også, at der var efterspørgsel efter medarbejdere med kortvarig eller ubetydelig beskæftigelse, hvilket regeringen kun kunne fremme ved at fritage dem fra socialsikringsordningen. Hvis man ikke valgte denne tilgang, var det sandsynligt, at sådanne job ville blive varetaget under alle omstændigheder, men af ulovlig arbejdskraft. Domstolen anerkendte, at regeringen forfulgte et legitimt socialpolitisk mål, og at staten skulle have "et vidt skøn" med hensyn til at vælge, hvilke foranstaltninger der var egnede til at gennemføre "social- og beskæftigelsespolitikken". Som følge heraf var den ulige behandling berettiget.

Det kan stilles op imod den følgende sag, hvor Domstolen ikke fandt, at forskelsbehandling på grundlag af køn var berettiget i forbindelse med socialpolitik til trods for, at regeringen påberåbte sig betydelige skattemæssige følger.

Eksempel: Sagen *De Weerd, født Roks, m.fl.* vedrørte national lovgivning om uarbejdsdygtighedsydelse.¹⁸⁴ I 1975 var der i national lovgivning indført en ydelse på grund af uarbejdsdygtighed for mænd og ugifte kvinder uanset deres indkomst, før de blev uarbejdsdygtige. I 1979 blev dette ændret, og ydelsen blev også gjort tilgængelig for gifte kvinder. Imidlertid blev der også indført et krav om, at modtageren havde haft et bestemt indkomstniveau i det foregående år. Lovgivningen blev anfægtet med den begrundelse (blandt andre), at indkomstkravet var en indirekte forskelsbehandling af kvinder (der havde mindre sandsynlighed for at tjene den nødvendige indkomst end mænd). Staten anførte, at den ulige behandling var begrundet i budgetmæssige hensyn

¹⁸³ Domstolen, *Megner og Scheffel mod Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, sag C-444/93 [1995] Sml. I, s. 4741, 14. december 1995. Tilsvarende Domstolen, *Nolte mod Landesversicherungsanstalt Hannover*, sag C-317/93 [1995] Sml. I, s. 4625, 14. december 1995.

¹⁸⁴ Domstolen, *De Weerd, født Roks, m.fl. mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.*, sag C-343/92 [1994] Sml. I, s. 571, 24. februar 1994.

med henblik på at begrænse statens udgifter. Domstolen fastslog, at selv om EU-lovgivningen ikke forhindrer staten i at regulere, hvilke personkategorier der skulle have sociale sikringsydelse, kunne den ikke gøre det, når det indebærer forskelsbehandling.

Disse to sager stemmer overens med hensyn til sagernes omstændigheder, og *De Weerd, født Roks* skal formentlig betragtes som "reglen" og *Megner og Scheffel* som undtagelsen. EU-lovgivningen forpligter ikke medlemsstaterne til at vedtage bestemte socialsikringsordninger, men hvis de gør det, vil en domstol ikke tillade udelukkelse af bestemte grupper alene af budgetmæssige hensyn, eftersom det alvorligt kunne svække princippet om ligebehandling og åbne for misbrug. Imidlertid kan ulige behandling måske tolereres, hvis det er den eneste måde, hvorpå det kan forhindres, at et helt syge- og arbejdsløshedsforsikringssystem bryder sammen – især hvis en sådan foranstaltning kun ville have tvunget folk ud i ulovligt arbejde.

4.3. Seksuel orientering

Sager vedrørende forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering involverer normalt en person, der behandles ringere, fordi den pågældende er bøsse, lesbisk eller biseksuel, men grunden forbyder også forskelsbehandling, fordi man er heteroseksuel.

Seksuel orientering kan opfattes som henvisende til enhver persons evne til dyb følelsesmæssig, kærlig og seksuel tiltrækning til og intime relationer med personer af et andet køn eller af samme køn eller af mere end et køn.¹⁸⁵

Eksempel: I en sag for den svenske ombudsmand mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering ("HomO") klagede en heteroseksuel kvinde over forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, da hun blev afvist til et job som informationsmedarbejder om sikker sex i det svenske nationale forbund for lesbiske, bøssers og transkønnedes rettigheder.¹⁸⁶ Organisationen fortalte hende, at de ønskede at ansætte en selvidentificeret bøsse eller biseksuel mand for at muliggøre opsøgende arbejde gennem ligestillede. Det blev fastslået, at hun ikke kunne hævde at være i en situation, der kunne sammenlignes med en bøsse eller biseksuel mands, med henblik på dette job (og derfor ikke kunne bevise en ringere behandling), og at forskelsbehandlingen under alle omstændigheder var begrundet i et regulært erhvervsmæssigt krav.

¹⁸⁵ Denne bredt anerkendte definition er taget fra "Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity", marts 2007, der kan ses på: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

¹⁸⁶ HomO (Sverige), afgørelse af 21. juni 2006, sag nr. 262/06.

Skønt artikel 14 i EMRK ikke indeholder en eksplicit liste om "seksuel orientering" som beskyttet grund, har ECHR udtrykkeligt kendt for ret, at det er inkluderet i "ethvert andet forhold", der er beskyttet af artikel 14 i en række sager.¹⁸⁷

Eksempel: I sagen *S.L. mod Østrig* klagede sagsøger over, at den daværende nationale lovgivning kriminaliserede seksuelle forbindelser mellem samtykkende mænd, hvoraf den ene var under 18 år.¹⁸⁸ I modsætning hertil havde kvinder lov til at have sex (både af lesbisk og heteroseksuel karakter) fra 14 år. ECHR fandt, at dette var forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

Eksempel: I sagen *E.B. mod Frankrig* fik sagsøger afslag på en ansøgning om at adoptere et barn med den begrundelse, at der ikke var en mandlig rollemodel i hendes husstand.¹⁸⁹ I henhold til national ret var det muligt for enlige forældre at adoptere børn, og ECHR fastslog, at myndighedernes afgørelse primært var baseret på, at hun levede sammen med en anden kvinde. Derfor fandt ECHR, at der havde fundet forskelsbehandling sted på grundlag af seksuel orientering.

Det skal bemærkes, at ECHR også beskytter mod offentlige myndigheders indgreb i forbindelse med seksuel orientering under artikel 8 i EMRK om retten til privatliv. Så selv om der er sket forskelsbehandling af denne grund, kan det være muligt blot at påstå overtrædelse af artikel 8, uden at man behøver påstå, at der foreligger forskelsbehandling.

Eksempel: Sagen *Dudgeon mod Det Forenede Kongerige* vedrørte national lovgivning, der kriminaliserede homoseksuelle relationer mellem samtykkende voksne.¹⁹⁰ Sagsøger klagede over, at han som homoseksuel derfor risikerede retsforfølgelse. ECHR fastslog, at det i sig selv var en krænkelse af hans ret til respekt for sit privatliv, eftersom sidstnævnte omfattede ens "seksualliv". Den fastslog også, at selv om beskyttelse af sædeligheden var et legitimt mål, kunne det forfølges uden indgreb i privatlivet af et sådant omfang.

ECHR har været særdeles opsat på at sikre beskyttelse af mennesker, hvor indgreb fra statens side vedrører områder, der anses for at berøre selve kernen i den per-

¹⁸⁷ Jf. f.eks. ECHR, *Fretté mod Frankrig* (nr. 36515/97), 26. februar 2002, præmis 32.

¹⁸⁸ ECHR, *S.L. mod Østrig* (nr. 45330/99), 9. januar 2003.

¹⁸⁹ ECHR, *E.B. mod Frankrig* [GC] (nr. 43546/02), 22. januar 2008.

¹⁹⁰ ECHR, *Dudgeon mod Det Forenede Kongerige* (nr. 7525/76), 22. oktober 1981.

sonlige værdighed såsom ens seksualliv eller familieliv. Følgende sag illustrerer, at indgreb i privatlivet er vanskeligt at begrunde, når det vedrører seksualitet.

Eksempel: Sagen *Karner mod Østrig* omhandlede fortolkningen af en national lov (afsnit 14 i lejeloven), der gav en slægtning eller "livsledsager" ret til automatisk at indtræde i en lejekontrakt, hvis hovedlejerer døde.¹⁹¹ Sagsøger havde boet sammen med sin partner, hovedlejerer, der døde. De nationale domstole fortolkede lovgivningen således, at den udelukkede homoseksuelle par, selv om den kunne omfatte ugifte heteroseksuelle par. Regeringen anerkendte, at der var sket ulige behandling på grundlag af seksuel orientering, men anførte, at det var berettiget for at beskytte personer i traditionelle familier mod at miste deres bolig. ECHR fastslog, at det kunne være et legitimt mål at beskytte den traditionelle familie, men at skønsmarginen alligevel er snæver, når der er tale om ulige behandling på grundlag af køn og seksuel orientering. ECHR gik videre og kendte for ret, at proportionalitetsprincippet ikke kun kræver, at den valgte foranstaltning i princippet er egnet til at nå det mål, der forfølges. Det skal også påvises, at det for at nå det mål var nødvendigt at udelukke bestemte kategorier af mennesker – i denne sag personer, der lever i et homoseksuelt forhold – fra anvendelsesområdet for afsnit 14 i lejeloven. ECHR konstaterede således forskelsbehandling, da staten kunne have benyttet foranstaltninger til at beskytte den traditionelle familie uden at stille homoseksuelle par så meget ringere.

4.4. Handicap

Hverken EMRK eller direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse indeholder en definition af handicap. På grund af Domstolens særlige rolle fastlægger de nationale domstole ofte, hvad der er et handicap, og præsenterer det som en del af den faktuelle baggrund for de tvistemål, som henvises til Domstolen. Imidlertid har Domstolen haft lejlighed til at give begrænset vejledning i, hvad der er et handicap i dens retspraksis.

Eksempel: I *Chacón Navas-sagen* fik Domstolen lejlighed til at overveje det generelle anvendelsesområde for bestemmelserne om forskelsbehandling på grundlag af handicap og benyttede lejligheden til at anføre, at termen "handicap" skulle have en harmoniseret EU-definition.¹⁹² Domstolen anførte, at et

¹⁹¹ ECHR, *Karner mod Østrig* (nr. 40016/98), 24. juli 2003, præmis 34-43.

¹⁹² Domstolen, *Chacón Navas mod Euresit Colectividades SA*, sag C-13/05 [2006] Sml. I, s. 6467, 11. juli 2006.

handicap i direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse skulle forstås således, at "det omfatter en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet", og det skal "muligvis være af lang varighed". Under anvendelse af denne definition fastslog Domstolen, at Sonia Navas ikke var handicappet, da hun anlagde sag ved de spanske domstole med påstand om forskelsbehandling på grundlag af handicap, efter at hun var blevet afskediget, fordi hun havde været sygemeldt i en periode på 8 måneder. Domstolen gjorde det klart, at der skal skelnes mellem sygdom og handicap, idet førstnævnte ikke beskyttes.

Artikel 1 i FN's konvention om handicappedes rettigheder: "Handicappede omfatter personer med en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hæmme dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre."

Som anført i kapitel 1. forventes EU at tiltræde FN's konvention om handicappedes rettigheder fra 2006, hvilket betyder, at Domstolen højest sandsynligt vil finde vejledning både i selve konventionen og i de fortolkninger, der udarbejdes af Komitéen for Rettigheder for Handicappede, der har ansvaret for at overvåge og fortolke den.¹⁹³ Det hedder i artikel 1 i konventionen om rettigheder for personer med handicap (CRPD):

Når EU har tiltrådt CRPD, vil Unionen og EU-institutionerne (og EU-medlemsstaterne, når de fortolker og anvender EU-lovgivningen) være forpligtede til at følge denne brede og inkluderende tilgang til fortolkning af betydningen af "handicap".¹⁹⁴ Selv om handicap ikke udtrykkeligt er anført i listen over beskyttede grunde i EMRK, har ECHR inkluderet det i sin fortolkning af "ethvert andet forhold" under artikel 14.

Eksempel: I sagen *Glor mod Schweiz* fastslog ECHR, at sagsøger, der var diabetiker, kunne betragtes som en person med handicap – uanset at det i national lov var klassificeret som et "mindre" handicap.¹⁹⁴ Sagsøger blev tvunget til at betale en afgift, fordi han havde undladt at aftjene sin militære værnepligt, idet afgiften skulle betales af alle, der skulle aftjene værnepligt. For at blive fritaget for denne afgift skulle man enten have et handicap på "40 %" (svarende til tabet af brugen af et lem) eller være militærnægter af samvittighedsgrunde. Militærnægtere af samvittighedsgrunde var forpligtede til at udføre "civil værnepligt". Sagsøgers handicap var af en sådan karakter, at han blev fundet uegnet til at militærtjeneste, men handicappet var ikke af den i henhold til national

¹⁹³ FN dok. A/RES/61/611, 13. december 2006.

¹⁹⁴ ECHR, *Glor mod Schweiz* (nr. 13444/04), 30. april 2009.

lov nødvendige sværhedsgrad, så han blev fritaget for afgiften. Han havde tilbudt at udføre "civil værnepligt", men det blev afslået. ECHR fastslog, at staten havde behandlet sagsøger på samme måde som dem, der havde undladt at af tjene deres militære værnepligt uden gyldig grund. Det var forskelsbehandling, eftersom sagsøger befandt sig i en anden situation (da han var kasseret til militærtjeneste, men var villig og i stand til at udføre civil værnepligt), og derfor skulle staten have gjort en undtagelse fra den gældende regel.

Som med andre beskyttede grunde i henhold til EMRK er det ikke usædvanligt, at sager behandles under andre materielle rettigheder i stedet for at sammenholde en materiel ret og artikel 14 om forbud mod diskriminering.

Eksempel: I sagen *Price mod Det Forenede Kongerige* blev sagsøger idømt en fængselsstraf på syv dage. Hun havde fysiske handicap, fordi hendes mor havde fået thalidomid under graviditeten med det resultat, at hun manglede eller havde betydeligt kortere lemmer samt dårligt fungerende nyrer.¹⁹⁵ Hun brugte derfor en kørestol til at komme rundt, skulle have hjælp til toiletbesøg og personlig hygiejne og brugte særlige soveanordninger. Den første nat, hun var varetægtsfængslet, blev hun anbragt i en celle, der ikke var tilpasset personer med fysiske handicap, og kunne derfor ikke sove tilstrækkeligt, havde store smerter og fik hypotermi. Ved overførslen til fængslet blev hun anbragt i hospitalsfløjen, hvor der kunne foretages nogle tilpasninger, men hun oplevede stadig de samme problemer. Hun fik heller ikke lov til at oplade sin elektriske kørestol, der tabte strøm. ECHR fastslog, at sagsøger var blevet udsat for nedværdigende behandling i strid med artikel 3. Der blev ikke i denne sag påstået forskelsbehandling baseret på en af de materielle rettigheder i ECHR under artikel 14.

Eksempel: I sagen *Pretty mod Det Forenede Kongerige* ønskede sagsøger, der led af en degenerativ sygdom, at få en forsikring fra staten om, at hun kunne få hjælp til at begå selvmord uden retsforfølgelse på et senere tidspunkt, når hendes tilstand var blevet så dårlig, at hun ikke kunne gennemføre handlingen selv.¹⁹⁶ I henhold til national lov var det en straffelovsovertrædelse i sig selv at yde bistand til selvmord på linje med mord eller manddrab. Sagsøger anførte bl.a., at hendes ret til at træffe beslutninger om sin egen krop, som er beskyttet i forbindelse med retten til privatliv (under artikel 8), var blevet krænket på en diskriminerende måde, eftersom staten havde anvendt et ensartet forbud mod

¹⁹⁵ ECHR, *Price mod Det Forenede Kongerige* (nr. 33394/96), 10. juli 2001.

¹⁹⁶ ECHR, *Pretty mod Det Forenede Kongerige* (nr. 2346/02), 29. april 2002.

medvirken til selvmord, der havde en uforholdsmæssigt negativ virkning for personer, der var blevet ude af stand til at afslutte deres liv selv. ECHR fandt, at afvisningen af at skelne mellem dem, der kan og dem, der ikke fysisk kan begå selvmord, var berettiget, for hvis man indførte undtagelser fra loven, ville det i praksis åbne for misbrug og underminere beskyttelsen af retten til liv.

4.5. Alder

Den beskyttede grund "alder" vedrører simpelthen ulige behandling eller nydelse, der er baseret på den krænkedes alder. Skønt forskelsbehandling på grund af alder i sig selv ikke falder ind under anvendelsesområdet for en bestemt ret i EMRK (i modsætning til religion eller seksuel orientering), kan der opstå spørgsmål om aldersdiskriminering i forbindelse med forskellige rettigheder. Derfor har ECHR som på andre områder dømt i sager, hvor omstændighederne tydede på forskelsbehandling på grundlag af alder, uden egentlig at analysere sagen i det lys – især i forbindelse med behandling af børn i det strafferetlige system. ECHR har fundet, at "alder" er omfattet i "ethvert andet forhold".¹⁹⁷

Eksempel: I sagen *Schwizgebel mod Schweiz* klagede en 47-årig enlig mor over afslaget på sin ansøgning om at adoptere et barn.¹⁹⁸ De nationale myndigheder baserede deres afgørelse på aldersforskellen mellem ansøger og barn og på det forhold, at adoptionen ville medføre en betydelig økonomisk byrde, eftersom ansøger allerede havde et barn. ECHR fastslog, at hun på grundlag af sin alder blev behandlet anderledes end yngre kvinder, der ansøgte om adoption. Imidlertid gav staternes manglende fælles holdning til acceptable aldersgrænser for adoption staten en bred skønsmargin. Endvidere var den nationale myndigheds betragtning om aldersforskellen ikke blevet anvendt vilkårligt, men byggede på hensyn til barnet tarv og den økonomiske byrde, dette andet barn ville medføre for ansøgeren, hvilket i sidste ende ville påvirke barnets trivsel. I overensstemmelse hermed fastslog ECHR, at den ulige behandling var berettiget.

Eksempel: I sagen *T. mod Det Forenede Kongerige og V. mod Det Forenede Kongerige* blev to drenge anklaget og fundet skyldige i et mord begået, da

¹⁹⁷ ECHR, *Schwizgebel mod Schweiz* (nr. 25762/07), 10. juni 2010.

¹⁹⁸ *Ibid.*

de var 10 år gamle.¹⁹⁹ Sagsøgerne klagede bl.a. over, at de ikke havde fået en retfærdig rettergang, fordi deres alder og manglende modenhed forhindrede dem i at deltage effektivt i deres forsvar. ECHR fastslog, at staten ved en anklage mod en mindreårig skulle tage hensyn til hans/hendes alder, modenhed og intellektuelle og følelsesmæssige evner og tage skridt til at fremme den pågældendes evne til at forstå og deltage i retssagen. ECHR fandt, at staten havde undladt at gøre dette og derfor havde overtrådt artikel 6 i EMRK uden at undersøge sagen i lyset af artikel 14.

Eksempel: I sagerne *D.G. mod Irland* og *Bouamar mod Belgien* var sagsøgerne blevet frihedsberøvet af de nationale myndigheder.²⁰⁰ ECHR fastslog, at dette under omstændighederne krænkede retten til ikke at blive udsat for vilkårlig tilbageholdelse. I begge sager nedlagde sagsøgerne også påstand om, at behandlingen var diskriminerende sammenlignet med behandlingen af voksne, eftersom det i henhold til national lov ikke var tilladt, at voksne blev frihedsberøvet under sådanne omstændigheder. ECHR fastslog, at selv om der var tale om ulige behandling mellem voksne og børn, var dette berettiget, eftersom formålet med frihedsberøvelsen var at beskytte mindreårige, hvilket ikke var et hensyn i forbindelse med voksne.

4.6. Race, etnisk tilhørsforhold, farve og medlemskab af et nationalt mindretal

Der ser ud til at være lidt forskel på, hvor bred grunden "race eller etnisk oprindelse" er i EU i forhold til ECHR, idet racelighedsdirektivet udtrykkeligt udelukker "nationalitet" fra begrebet race eller etnisk tilhørsforhold. Mens "nationalitet" eller "etnisk tilhørsforhold" er anført som en separat grund i EMRK, viser den retspraksis, der gennemgås nedenfor, at nationalitet kan forstås som et væsentligt element i et etnisk tilhørsforhold. Det skyldes ikke, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er tilladt i EU-lovgivningen, men at den måde, EU-retten har udviklet sig på, betyder, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet reguleres i forbindelse med loven om personers frie bevægelighed. Bortset fra at racelighedsdirektivet udtrykkeligt udelukker nationalitet, indeholder det ikke i sig selv en definition af "race eller etnisk oprindelse". Der findes en række andre instrumenter med vejledning i,

¹⁹⁹ ECHR, *T. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 24724/94), 16. december 1999; ECHR, *V. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 24888/94), 16. december 1999.

²⁰⁰ ECHR, *D.G. mod Irland* (nr. 39474/98), 16. maj 2002, ECHR, *Bouamar mod Belgien* (nr. 9106/80), 29. februar 1988.

hvordan race og etnisk oprindelse skal forstås. Hverken "farve" eller medlemskab af et nationalt mindretal er udtrykkeligt anført i racelighedsdirektivet, men er anført som separate grunde under EMRK. Disse udtryk ser ud til at være uadskillelige fra definitionen af race og/eller etnisk tilhørsforhold, og de vil derfor blive behandlet her.

I Det Europæiske Råds rammeafgørelse om bekæmpelse af racisme og fremmedhad ved hjælp af straffelovgivningen defineres racisme og fremmedhad således, at det omfatter vold og had rettet mod grupper under henvisning til "race, hudfarve, religion, herkomst eller national eller etnisk oprindelse". Europarådets Kommission mod Racisme og Intolerance har også anlagt en bred tilgang til definitionen af "forskelsbehandling på grundlag af race", som i sig selv omfatter grundene "race, farve, sprog, religion, nationalitet eller national eller etnisk oprindelse".²⁰¹ Tilsvarende defineres racediskrimination i artikel 1 i FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination fra 1966 (som alle EU-medlemsstater og medlemmer af Europarådet har ratificeret) således, at det omfatter grundene "race, hudfarve, afstamning eller national eller etnisk oprindelse".²⁰² Racediskriminationskomitéen, der har ansvaret for at fortolke og overvåge traktatens overholdelse, har yderligere erklæret, at afgørelsen om, hvorvidt en person tilhører en bestemt race eller etnisk gruppe, skal bygge på den pågældendes selvidentificering, medmindre der foreligger begrundelse for det modsatte.²⁰³ Dette forhindrer staten i at udelukke etniske grupper, den ikke anerkender, fra beskyttelse.

Skønt sprog, farve eller herkomst ikke udtrykkeligt er anført som beskyttede grunde i EU-lovgivningen, betyder det ikke, at disse egenskaber ikke kunne beskyttes som en del af race eller etnisk tilhørsforhold, eftersom sprog, hudfarve og herkomst er uløseligt forbundet med race og etnisk tilhørsforhold. Det kunne også se ud til, at faktorer, som udgør nationalitet, i det omfang de er relevante for race og etnisk tilhørsforhold, under de rette omstændigheder også falder ind under disse grunde.

Religion er udtrykkeligt beskyttet som en separat grund under direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse. Imidlertid kan et påstået offer for forskelsbehandling på grundlag af religion have en interesse i at knytte religion til racegrunden, fordi beskyttelse mod racediskrimination i den aktuelle EU-lovgivning har et bredere anvendelsesområde end beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag

²⁰¹ CoE, "ECRI's generelle henstilling nr. 7 om national lovgivning til bekæmpelse af racisme og racediskrimination", dokument CRI(2003)8, vedtaget den 13. december 2002, pkt. 1, litra b) og litra c).

²⁰² 660 UNTS 195.

²⁰³ FN's Racediskriminationskomité, "General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of Article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention".

af religion. Det skyldes, at racelighedsdirektivet vedrører beskæftigelsesområdet, men også adgang til varer og tjenesteydelser, mens direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse kun vedrører beskæftigelsesområdet.

I forklaringer af begreberne race og etnisk tilhørsforhold har ECHR kendt for ret, at sprog, religion, nationalitet og kultur kan være uløseligt forbundet med race. I *Timishev-sagen* fik en sagsøger af tjetjensk oprindelse ikke lov til at komme igennem et checkpoint, da vagterne havde fået instrukser om at nægte personer af tjetjensk oprindelse indrejse. ECHR gav følgende forklaring:

”Etnisk tilhørsforhold og race er forbundne og overlappende begreber. Mens begrebet race er forankret i idéen om biologisk klassificering af mennesker i underarter ifølge morfologiske træk såsom hudfarve eller ansigtstræk, har etnicitet sin oprindelse i idéen om samfundsgrupper præget af fælles nationalitet, stammetilhørsforhold, religiøs tro, fælles sprog eller kulturelle og traditionelle oprindelser og baggrunde.”²⁰⁴

Eksempel: Sagen *Sejdić og Finci mod Bosnien-Hercegovina* var den første sag, der blev afgjort i henhold til protokol 12. Sagsøgerne klagede over, at de ikke kunne stille op til valg.²⁰⁵ Som led i fredsordningen for at bringe konflikten i 1990’erne til afslutning blev der indgået en magtdelingsordning mellem de tre store etniske grupper. Den omfattede en ordning om, at enhver kandidat, der stillede op til valg, skulle erklære sit tilhørsforhold til det bosniakiske, serbiske eller kroatisk fællesskab. Sagsøgere, der var af jødisk oprindelse eller roma-oprindelse, nægtede at gøre dette og påstod forskelsbehandling på grundlag af race eller etnisk tilhørsforhold. ECHR gentog sin ovennævnte forklaring af forholdet mellem race og etnisk tilhørsforhold og tilføjede, at forskelsbehandling på grundlag af en persons etniske oprindelse er en form for racediskriminering. ECHR’s konklusion om forskelsbehandling på grundlag af race viser samspillet mellem etnisk tilhørsforhold og religion. Endvidere fandt ECHR, at det til trods for fredsaftalens komplicerede betingelser ikke kunne berettige en sådan forskelsbehandling.

Eksempel: I en sag ved den østrigske ligestillingskommission klagede en person, der var sikh, over, at han var blevet nægtet adgang til en domstol i Wien, fordi han ikke ville fjerne det ceremonielle sværd, som bæres af medlemmer af denne

²⁰⁴ ECHR, *Timishev mod Rusland* (nr. 55762/00 og 55974/00), 13. december 2005, præmis 55.

²⁰⁵ ECHR, *Sejdić og Finci mod Bosnien-Hercegovina* [GC] (nr. 27996/06 og 34836/06), 22. december 2009.

religion.²⁰⁶ Kommissionen behandlede dette som et tilfælde af forskelsbehandling på grundlag af etnisk tilhørsforhold. På grundlag af omstændighederne, fastslog den, at den ulige behandling var berettiget af sikkerhedshensyn.

ECHR har været særdeles streng med hensyn til forskelsbehandling på grundlag af race eller etnisk tilhørsforhold, idet ingen forskelsbehandling, der udelukkende eller i afgørende grad er baseret på en persons etniske oprindelse, kan begrundes objektivt i et nutidigt demokratisk samfund, der bygger på principper om pluralisme og respekt for forskellige kulturer.²⁰⁷

Et nyttigt casestudie, der sætter fokus på de hensyn, som vil blive lagt til grund i behandlingen af en påstand om forskelsbehandling på grundlag af race i henhold til EMRK, kan ses på Europarådets websted om uddannelse i menneskerettigheder for jurister, Human Rights Education for Legal Professionals.²⁰⁸

4.7. Nationalitet eller national oprindelse

Artikel 2, litra a), i Europarådets konvention om statsborgerret fra 1996 definerer det som den retlige forbindelse mellem en person og en stat. Selv om denne traktat ikke i videre omfang er blevet ratificeret, bygger definitionen på anerkendte internationale offentligretlige regler²⁰⁹ og er også blevet godkendt af Europarådets Kommission mod Racisme og Intolerance.²¹⁰ "National oprindelse" kan opfattes som en persons tidligere nationalitet, som de kan have mistet eller tilføjet gennem naturalisering, eller som tilknytningen til en "nation" i en stat (f.eks. Skotland i Det Forenede Kongerige).

Eksempel: *Chen-sagen* vedrørte et spørgsmål om, hvorvidt børn havde ret til at opholde sig i én medlemsstat, når de var født i en anden medlemsstat, mens

206 Ligestillingskommission, Senat III (Østrig). Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRA's InfoPortal, sag 5-1. Originaltekst: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

207 ECHR, *Sejdić og Finci mod Bosnien-Hercegovina* [GC] (nr. 27996/06 og 34836/06), 22. december 2009, præmis 44. Tilsvarende ECHR, *Timishev mod Rusland* (nr. 55762/00 og 55974/00), 13. december 2005, præmis 58.

208 CoE, "Case Study 15, Arrest, pre trial detention, ill treatment of Roma man" (Strasbourg, CoE, 2007). Kan ses på: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

209 ICJ, *Nottebohm (Liechtenstein mod Guatemala)*, ICJ Reports [1955] 4, 6. april 1955: "Statsborgerskabet er en retlig forbindelse, der bygger på en faktisk social samhørighed og en reel eksistentiel, interesse- og følelsesmæssig tilknytning, og som indebærer gensidige rettigheder og pligter." (pkt. 23).

210 CoE, "ECRI's generelle henstilling nr. 7 om national lovgivning til bekæmpelse af racisme og racediskrimination", dokument CRI(2003)8, vedtaget den 13. december 2002, s. 6.

moderen, som var deres forsørger, var fra en ikke-medlemsstat.²¹¹ Domstolen vurderede, at når en medlemsstat forlanger krav opfyldt for at bevilge statsborgerskab, og disse opfyldes, kan en anden medlemsstat ikke herefter udfordre den ret, når de søger om ophold.

Mens EMRK yder større beskyttelse end EU-retten på grundlag af nationalitet, anerkender den uden videre, at en manglende retlig nationalitetsforbindelse ofte går hånd i hånd med manglende faktuelle forbindelser til en bestemt stat, hvilket herefter forhindrer den person, der påstår sig krænket, i at påstå, at den pågældende er i en situation, der kan sammenlignes med statsborgeres. Essensen i ECHR's holdning er, at jo tættere en persons faktuelle forbindelse er til en bestemt stat, især med hensyn til skattebetaling, jo mindre sandsynligt er det, at den vil finde ulige behandling på grundlag af nationalitet berettiget.

Eksempel: I sagen *Zeibek mod Grækenland* fik sagsøger afslag på pensionsberettigelse beregnet for personer med "børnerige familier".²¹² Selv om hun havde det nødvendige antal børn, var et af hendes børn ikke græsk statsborger på det tidspunkt, sagsøger nåede pensionsalderen. Denne situation skyldtes regeringens tidligere beslutning om at fratage hele sagsøgers familie statsborgerskab (som i sig selv var behæftet med uregelmæssigheder) og herefter kun gengive tre af hendes børn statsborgerskabet (eftersom det fjerde barn allerede var gift). ECHR fastslog, at en politik med tilbagekaldelse af statsborgerskab især blev anvendt over for græske muslimer, og at afslaget på pensionen ikke kunne retfærdiggøres med den begrundelse, at man ville bevare den græske nation, eftersom dette ræsonnement i sig selv var forskelsbehandling på grundlag af national oprindelse.

Eksempel: I sagen *Anakomba Yula mod Belgien* boede en congolesisk statsborger ulovligt i Belgien.²¹³ Kort efter en fødsel udløb hendes opholdstilladelse, og hun indledte ansøgningsprocessen for at få den fornyet. Hun var ved at blive separeret fra sin congolesiske mand, og både hun og barnets biologiske far, der var belgisk statsborger, ønskede at få fastslået faderskabet til barnet. Med henblik herpå skulle sagsøger anlægge sag mod sin ægtefælle senest et år efter fødslen. Sagsøger søgte retshjælp med henblik på at dække

²¹¹ Domstolen, *Chen mod Secretary of State for the Home Department*, sag C-200/02 [2004] Sml. I, s. 9925, 19. oktober 2004.

²¹² ECHR, *Zeibek mod Grækenland* (nr. 46368/06), 9. juli 2009.

²¹³ ECHR, *Anakomba Yula mod Belgien* (nr. 45413/07), 10. marts 2009.

sagsomkostningerne, da hun havde utilstrækkelige midler. Det blev imidlertid afslået, fordi sådanne midler kun var til rådighed for statsborgere fra stater uden for Europarådet, hvis der gennem kravet skulle fastslås opholdsret. Sagsøger fik det råd at afslutte fornyelsen af sin opholdstilladelse og herefter søge igen. ECHR fandt, at sagsøger under disse omstændigheder var blevet frataget sin ret til en retfærdig rettergang, og at det var baseret på hendes nationalitet. Staten var uberettiget til at skelne mellem personer, der havde og ikke havde en opholdstilladelse i en situation, hvor der var alvorlige spørgsmål om familieliv på spil, hvor der var en kort tidsfrist til at fastslå faderskab, og hvor personen var ved at forny sin tilladelse.

Som gennemgået i kapitel 3.2. forbyder EU-retten kun forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i den særlige forbindelse med personers frie bevægelighed. Især giver EU-lovgivningen om fri bevægelighed tredjelandstatsborgere begrænsede rettigheder. Ikke desto mindre skal alle Europarådets medlemsstater (som omfatter samtlige EU-medlemsstater) i henhold til EMRK garantere alle personer inden for deres jurisdiktion (herunder ikke-statsborgere) EMRK's rettigheder. ECHR har opretholdt en balance mellem statens ret til at kontrollere, hvilke ydelser den kan tilbyde personer, som har den retlige nationalitetsforbindelse, og behovet for at forhindre stater i at forskelsbehandle dem, der har etableret betydelige faktiske forbindelser med den pågældende stat. ECHR har nøje gransket socialsikrings spørgsmål, hvis personer kan påvise en stærk faktisk forbindelse til en stat.

Staters ret til at regulere ikke-statsborgeres ind- og udrejse over deres grænser er veletableret i henhold til international offentlig ret og anerkendes af ECHR. I den forbindelse har ECHR primært grebet ind i klager vedrørende udvisning af personer, der står over for umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf eller tortur i destinationsstaten (i henhold til artikel 3)²¹⁴ eller har dannet stærke familieband i værtsstaten, som vil blive brudt, hvis personen tvinges til at rejse (i henhold til artikel 8).²¹⁵

Eksempel: I sagerne *C. mod Belgien* og *Moustaquim mod Belgien* var sagsøgerne, der var marokkanske statsborgere, blevet dømt for overtrædelser af straffeloven og skulle udvises.²¹⁶ De klagede over, at dette

214 Jf. f.eks. ECHR, *Chahal mod Det Forenede Kongerige* (nr.22414/93), 15. november 1996.

215 Om end disse sager har dårligere chancer for at lykkes. Jf. f.eks. ECHR, *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod Det Forenede Kongerige* (nr. 9214/80, 9473/81 og 9474/81), 28. maj 1985.

216 ECHR, *C. mod Belgien* (nr. 21794/93), 7. august 1996, ECHR, *Moustaquim mod Belgien* (nr. 12313/86), 18. februar 1991.

var forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, eftersom hverken belgiske statsborgere eller ikke-statsborgere fra andre EU-medlemsstater kunne udvises under lignende omstændigheder. ECHR fastslog, at sagsøgerne ikke var i en situation, der kunne sammenlignes med belgiske statsborgeres, da statsborgere har ret til at blive i deres hjemstat, hvilket er specifikt stadfæstet i EMRK (i artikel 3, i protokol 4). Endvidere var den ulige behandling mellem tredjelandssstatsborgere og statsborgere fra andre EU-medlemsstater berettiget, fordi EU havde indført en særlig retsorden samt EU-borgerskab.

Disse sager skulle sammenlignes med situationer, hvor sagsøger har udviklet tætte faktiske forbindelser til værtsstaten gennem en lang opholdsperiode eller bidrag til staten gennem beskatning.

Eksempel: I sagen *Andrejeva mod Letland* var sagsøger tidligere borger i det tidligere Sovjetunionen med ret til fast ophold i Letland.²¹⁷ Den nationale lovgivning klassificerede sagsøger som en person, der havde arbejdet uden for Letland i perioden forud for landets uafhængighed (selv om hun havde haft samme stilling på lettisk område før og efter uafhængigheden), og beregnede som følge heraf hendes pension på grundlag af den tid, hun havde haft samme stilling efter uafhængigheden. Lettiske statsborgere i samme stilling havde derimod ret til en pension baseret på hele deres optjeningsperiode, inklusive arbejde forud for uafhængigheden. ECHR fastslog, at sagsøger var i en situation, der kunne sammenlignes med lettiske statsborgeres, eftersom hun var en ikke-statsborger med fast ophold i henhold til national ret og havde betalt skatter på samme grundlag. Det blev fastslået, at der skulle meget vægtige grunde til at retfærdiggøre ulige behandling udelukkende på grundlag af nationalitet, hvilket ifølge retten ikke forelå i dette tilfælde. Skønt den anerkendte, at staten normalt har vide rammer for skøn i sager om skatte- og socialpolitik, lå sagsøgers situation faktuelst for tæt på lettiske statsborgeres til at retfærdiggøre forskelsbehandling på det grundlag.

Eksempel: I sagen *Gaygusuz mod Østrig*, blev en tyrkisk statsborger, som havde arbejdet i Østrig, nægtet arbejdsløshedsunderstøttelse, fordi han ikke havde østrigsk statsborgerskab.²¹⁸ ECHR fastslog, at han var i samme situation som østrigske statsborgere, eftersom han var fast bosiddende og havde bidraget til socialsikringssystemet gennem skatten. Den fandt ikke, at en manglende

217 ECHR, *Andrejeva mod Letland* [GC] (nr. 55707/00), 18. februar 2009.

218 ECHR, *Gaygusuz mod Østrig* (nr. 17371/90), 16. september 1996.

gensidig socialsikringsaftale mellem Østrig og Tyrkiet kunne begrunde den ulige behandling, da sagsøgers situation faktisk var for tæt på østrigske statsborgeres.

Eksempel: I sagen *Koua Poirrez mod Frankrig* søgte en statsborger fra Elfenbenskysten om en ydelse, der blev udbetalt til personer med handicap. Det blev afslået med den begrundelse, at den kun var til rådighed for franske statsborgere eller statsborgere fra lande, som Frankrig havde en gensidig socialsikringsaftale med.²¹⁹ ECHR fandt, at sagsøger faktisk var i en tilsvarende situation som franske statsborgere, idet han opfyldte alle de øvrige lovfæstede kriterier for modtagelse af ydelsen og havde modtaget andre socialsikringsydelse, der ikke afhang af nationalitet. Den erklærede, at der skulle særligt vægtige grunde til for at retfærdiggøre en ulige behandling mellem sagsøger og andre statsborgere. I modsætning til ovennævnte sager, hvor staten fik en vid skønsmargin i forbindelse med skatte- og socialsikringsanliggender, var domstolen ikke overbevist af Frankrigs argument om, at det var nødvendigt at afbalancere statens indtægter og udgifter, eller af den faktuelle forskel om, at der ikke forelå nogen gensidighedsaftale mellem Frankrig og Elfenbenskysten. Interessant nok kom den pågældende ydelse til udbetaling, uanset om modtageren havde bidraget til den nationale socialsikringsordning (hvilket var den primære årsag til ikke at acceptere forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i ovennævnte sager).

4.8. Religion eller tro²²⁰

Mens EU-retten indeholder en vis begrænset beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af religion eller tro, er EMRK's anvendelsesområde betydeligt bredere end det, eftersom artikel 9 indeholder en selvstændig ret til samvittigheds-, religions- og trosfrihed.

Eksempel: I sagen *Alujer Fernández og Caballero García mod Spanien* klagede sagsøgerne over, at de i modsætning til katolikker ikke kunne give en del af deres indkomstskat direkte til deres kirke.²²¹ ECHR afviste sagen med henvisning til de faktiske omstændigheder, fordi sagsøgers kirke ikke var i en tilsvarende

219 ECHR, *Koua Poirrez mod Frankrig* (nr. 40892/98), 30. september 2003.

220 En forklaring af anvendelsesområdet for artikel 9 i EMRK kan ses på Europarådets websted om uddannelse i menneskerettigheder for retsvæsenets aktører, Human Rights Education for Legal Professionals: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, No. 2, 2007, som kan ses på: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122.

221 ECHR, *Alujer Fernández og Caballero García mod Spanien* (dec.) (nr. 53072/99), 14. juni 2001.

situation som den katolske kirke, idet de ikke havde indgivet en sådan anmodning til staten, og fordi staten havde en gensidig aftale med Pavestolen.

Eksempel: Sagen *Cha'are Shalom Ve Tsedek mod Frankrig* involverede en jødisk organisation, der bekræftede, at kød, som blev solgt blandt dens medlemmers restauranter og slagterforretninger var kosher.²²² Da den fandt, at det kød, der blev slagtet af en eksisterende jødisk organisation, ikke længere overholdt de strenge forskrifter for kosher kød, søgte sagsøger tilladelse fra staten til at foretage sine egne rituelle slagtninger. Dette blev afslået med den begrundelse, at den ikke var tilstrækkeligt repræsentativ i det fransk-jødiske fællesskab, og at der allerede fandtes autoriserede rituelle slagtere. ECHR fastslog, at organisationen under de foreliggende omstændigheder ikke led nogen egentlig ulempe, da den stadig kunne få kød slagtet efter den krævede metode fra andre kilder.

Hvad en "religion" eller "tro", der er berettiget til beskyttelse i henhold til direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse eller EMRK, egentlig er, er ikke blevet udførligt overvejet, hverken af Domstolen eller ECHR, men det er blevet grundigt analyseret ved de nationale domstole.²²³

Eksempel: I sagen *Islington London Borough Council mod Ladele (Liberty intervening)* blev den britiske appelret bedt om at overveje, hvorvidt sagsøger, der registrerede fødsler, ægteskaber og dødsfald, var udsat for forskelsbehandling på grundlag af religion eller tro, da hun blev irettesat, fordi hun nægtede at registrere civile partnerskaber.²²⁴ Hendes afvisning var baseret på hendes kristne tro. Appelretten kendte for ret, at det ikke var et tilfælde af direkte forskelsbehandling på grundlag af religion, da den ringere behandling ikke skyldtes hendes religiøse tro, men hendes afvisning af at opfylde et vilkår i sin ansættelse. Påstanden om indirekte forskelsbehandling blev også afvist, idet appelretten anførte, at det var en del af rådets overordnede forpligtelse at fremme lighed og mangfoldighed både i samfundet og internt, og at denne politik ikke påvirkede sagsøgers ret til at have denne overbevisning. Appelretten vurderede også, at det ville føre til forskelsbehandling af en anden grund, nemlig seksuel orientering, at dømme

²²² ECHR, *Cha'are Shalom Ve Tsedek mod Frankrig* [GC] (nr. 27417/95), 27. juni 2000.

²²³ Retten til religions- og trosfrihed beskyttes også som en selvstændig ret i artikel 18 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, 1966 (som alle EU-medlemsstater og medlemmer af Europarådet har tilsluttet sig). Jf. FN's Menneskerettighedskomite, General Comment No. 22: Artikel 18 (Freedom of thought, conscience or religion).

²²⁴ Den britiske appeldomstol, *Islington London Borough Council mod Ladele (Liberty intervening)*, [2009] EWCA Civ 1357, 12. februar 2010.

anderledes. Retten anerkendte, at den enkeltes ret til ikke-forskelsbehandling skal afvejes mod samfundets ret til ikke-forskelsbehandling.

I en række sager vedrørende den materielle ret til religions- og trosfrihed i henhold til EMRK har ECHR gjort det klart, at staten ikke må forsøge at foreskrive, hvad en religion eller tro er, og at disse begreber beskytter ateister, agnostikere, skeptikere og folk, der er ligeglade, og således beskytter dem, der vælger at have eller ikke have en religiøs overbevisning og at praktisere eller ikke praktisere en religion. I disse sager bemærkes det også, at religion eller tro hovedsagelig er personlig og subjektiv og ikke nødvendigvis behøver at vedrøre en institutionaliseret tro.²²⁵ Det er også fastslået, at nyere religioner såsom Scientology er berettiget til beskyttelse.²²⁶

ECHR har udviklet idéen om "tro" i forbindelse med retten til uddannelse i henhold til artikel 2 i protokol 1 til ECHR, hvori det hedder, at staten skal respektere forældres ret til at sikre sig, at deres barns uddannelse og undervisning sker "i overensstemmelse med deres egen religiøse og filosofiske overbevisning". ECHR kendte for ret:

*"I sin almindelige betydning er ordet "overbevisning" isoleret set ikke synonymt med ordene "meninger" og "tanker", som de benyttes i konventionens artikel 10, der garanterer ytringsfrihed. Det er nærmere beslægtet med termen "tro" (i den franske tekst "convictions"), der optræder i artikel 9, og betegner synspunkter, som når et vist niveau af styrke, seriøsitet, sammenhæng og betydning."*²²⁷

ECHR har for nylig behandlet sager om religionsfrihed i forbindelse med stater, der ønsker at opretholde sekularisme og minimere religionens potentielt opsplittende virkning på deres samfund. Her har domstolen lagt særlig vægt på statens erklærede mål om at forebygge uorden og beskytte andres frihedsrettigheder.

Eksempel: Sagen *Köse m.fl. mod Tyrkiet* vedrørte en dresscode, der forbød piger at bære hovedtørklæder i skolen, hvor påstanden var, at det var forskelsbehandling på grundlag af religion, eftersom det var en muslimsk religiøs

²²⁵ ECHR, *Moskva-afdelingen af Frelsens Hær mod Rusland* (nr. 72881/01), 5. oktober 2006, præmis 57-58, ECHR, *Metropolitan Church of Bessarabia m.fl. mod Moldova* (nr. 45701/99), 14. december 2001, præmis 114, ECHR, *Hasan og Chaush mod Bulgarien* [GC] (nr. 30985/96), 26. oktober 2000, præmis 62 og 78.

²²⁶ ECHR, *Scientology kirken Moskva mod Rusland* (nr. 18147/02), 5. april 2007.

²²⁷ ECHR, *Campbell og Cosans mod Det Forenede kongerige* (nr. 7511/76 og 7743/76), 25. februar 1982, præmis 36.

praksis at bære hovedtørklæde.²²⁸ ECHR anerkendte, at påklædningsreglerne ikke var forbundet med spørgsmål om tilhørsforhold til en bestemt religion, men snarere var udformet for at bevare neutralitet og sekularisme i skolerne, hvilket også ville forebygge uorden samt beskytte andres rettigheder til ikke at blive udsat for indgreb i deres egne religiøse overbevisninger. Påstanden blev derfor anset for åbenbart ugrundet og blev afvist. En lignende holdning blev indtaget i en sag, der vedrørte en dresscode for lærere.²²⁹

4.9. Sprog

Det skal bemærkes, at både Europarådets rammekonvention om beskyttelse af nationale mindretal fra 1995²³⁰ (ratificeret af 39 medlemsstater) og det europæiske charter om regionale sprog og minoritetssprog fra 1992²³¹ (ratificeret af 24 medlemsstater) pålægger staterne særlige forpligtelser vedrørende brug af mindretalenes sprog. Ingen af instrumenterne indeholder dog en definition af, hvad "sprog" betyder. I artikel 6, stk. 3, i EMRK fastsættes der eksplicit visse garantier i forbindelse med straffesager, således at alle har ret til at blive underrettet om sigtelser mod dem på et sprog, de forstår, samt ret til en tolk, hvis de ikke forstår eller taler det sprog, der anvendes i retten.

Grunden "sprog" er ikke anført som en selvstændig beskyttet grund under direktiverne om ikke-forskelsbehandling, selv om den gør det i EMRK. Den kan alligevel være beskyttet under racelighedsdirektivet, for så vidt den kan knyttes til race eller etnisk tilhørsforhold, og kan også tages i betragtning af ECHR under denne grund. Den har også været beskyttet af Domstolen via grunden "nationalitet" i forbindelse med loven om personers frie bevægelighed.²³²

Princippsagen om sprog ved ECHR vedrører uddannelsesverdenen.

Eksempel: I den *belgiske sprogsag* klagede en række forældre over, at den nationale lovgivning om sikring af uddannelse var diskriminerende på grundlag

²²⁸ ECHR, *Köse m.fl. mod Tyrkiet* (dec.) (nr. 26625/02), 24. januar 2006.

²²⁹ ECHR, *Dahlab mod Schweiz* (dec.) (nr. 42393/98), 15. februar 2001.

²³⁰ CETS No.: 157.

²³¹ CETS No.: 148.

²³² Domstolen, *Groener mod undervisningsministeren og Det Faglige Uddannelsesudvalg for byen Dublin* sag C-379/87 [1989] Sml. 3967, 28. november 1989.

af sprog.²³³ Eftersom der er fransktalende og nederlandsktalende fællesskaber i Belgien, hed det i national lovgivning, at den undervisning, staten sørgede for eller støttede, skulle udbydes på enten fransk eller nederlandsk, alt efter om regionen blev anset for fransk eller nederlandsk. Forældre til fransktalende børn, der boede i den nederlandsktalende region, klagede over, at dette forhindrede eller gjorde det betydeligt sværere for deres børn at blive undervist på fransk. ECHR fastslog, at dette var begrundet, selv om der var tale om ulige behandling. Afgørelsen byggede på, at regionerne i overvejende grad var ensprogede. Den ulige behandling var derfor begrundet, eftersom det ikke ville være bæredygtigt at tilbyde undervisning på begge sprog. Endvidere var det ikke forbudt for familierne at benytte privat undervisning på fransk i de nederlandsktalende regioner.

For yderligere afklaring af, hvordan den beskyttede grund "sprog" fungerer i praksis, kan man trække på to sager, der blev afgjort af FN's Menneskerettighedskomité, som har ansvaret for at fortolke og overvåge overholdelsen af den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder (som alle EU-medlemsstater har tilsluttet sig).

Eksempel: I sagen *Diergaardt mod Namibia* tilhørte sagsøgerne en mindretalsgruppe af europæisk afstamning, der tidligere havde haft politisk autonomi og nu hørte til staten Namibia.²³⁴ Sproget, der blev talt i dette samfund, var afrikaans. Sagsøgerne klagede over, at de under retssager var tvunget til at benytte engelsk i stedet for deres modersmål. De klagede også over statens politik ved at nægte at besvare skriftlige eller mundtlige henvendelser fra sagsøgerne på afrikaans, selv om de kunne gøre det. Menneskerettighedskomitéen fandt, at der ikke var sket nogen krænkelse af retten til en retfærdig rettergang, eftersom sagsøgerne ikke kunne påvise, at de var blevet ramt negativt af, at der var blevet brugt engelsk under retssager. Dette kunne tyde på, at retten til en tolk under en retssag ikke dækker en situation, hvor sproget simpelthen ikke er det påståede offers modersmål. Det skal snarere være sådan, at den krænkede ikke i tilstrækkelig grad er i stand til at forstå eller kommunikere på det pågældende sprog. Menneskerettighedskomitéen fandt også, at statens officielle politik om at nægte at kommunikere på et andet sprog

233 ECHR, Sag "vedrørende visse aspekter af lovene om brug af sprog i undervisningen i Belgien" mod Belgien (nr. 1474/62 m.fl.), 23. juli 1968.

234 FN's Menneskerettighedskomité, *Diergaardt m.fl. mod Namibia*, Communication No. 760/1997, 6. september 2000.

end det officielle (engelsk) var en krænkelse af retten til lighed for loven på grundlag af sprog. Selv om staten kan vælge sit officielle sprog, skal den give embedsmænd mulighed for at svare på andre sprog, hvis de kan gøre det.

4.10. Social herkomst, fødsel og formueforhold

Det er muligt at se disse tre grunde som indbyrdes forbundne, da de vedrører en status, en person har fået tillagt i kraft af et arvet socialt, økonomisk eller biologisk træk.²³⁵ Som sådan kan de også være indbyrdes beslægtede med race og etnisk tilhørsforhold. Bortset fra grunden "fødsel" har der kun været indbragt få, om overhovedet nogen, sager for ECHR vedrørende disse grunde.

Eksempel: I sagen *Mazurek mod Frankrig* klagede en person, der var født uden for ægteskab over, at den nationale lovgivning forhindrede ham (som "uægte" barn) i at arve mere end en fjerdedel af boet efter sin mor.²³⁶ ECHR fastslog, at denne ulige behandling, der udelukkende skyldtes, at den pågældende var født uden for ægteskab, kun kunne retfærdiggøres af særdeles "vægtige grunde". Skønt det var et legitimt mål at bevare den traditionelle familie, kunne det ikke opnås ved at straffe det barn, der ikke har nogen kontrol over omstændighederne omkring sin fødsel.

Eksempel: I sagen *Chassagnou m.fl. mod Frankrig* klagede sagsøgerne over, at de ikke måtte bruge deres jord i overensstemmelse med deres ønsker.²³⁷ Love i bestemte områder tvang mindre jordejere til at overføre jagtrettigheder over deres jord til det offentlige, mens ejere af store jordområder ikke fik pålagt en sådan forpligtelse og kunne bruge deres jord, som de ønskede. Sagsøgerne ønskede at forbyde jagt på deres jord og bruge den til beskyttelse af vilde dyr og planter. ECHR fastslog, at dette var forskelsbehandling på grundlag af formueforhold.

²³⁵ Grundene social herkomst, fødsel og formueforhold er også anført under artikel 2, stk. 2, i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, 1966 (som alle EU-medlemsstater har tiltrådt). Jf. FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, General Comment 20, „Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights“, FN dok. E/C.12/GC/20, 10. juni 2009, pkt. 24-26, 35.

²³⁶ ECHR, *Mazurek mod Frankrig* (nr. 34406/97), 1. februar 2000.

²³⁷ ECHR, *Chassagnou m.fl. mod Frankrig* (nr. 25088/94, 28331/95 og 28443/95), 29. april 1999.

Grundene social herkomst, fødsel og formueforhold er også anført under artikel 2, stk. 2, i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, 1966. Komitéen for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, der har ansvaret for at overvåge og fortolke traktaten, har uddybet deres betydning i sin General Comment 20.

Ifølge Komitéen er "social herkomst", "fødsel" og "formueforhold" indbyrdes forbundne. Social herkomst henviser til en persons nedarvede sociale status. Det kan vedrøre den position, de har erhvervet gennem fødsel ind i en særlig social klasse eller et særligt fællesskab (som f.eks. er baseret på etnisk tilhørsforhold, religion eller ideologi) eller gennem den sociale situation såsom fattigdom eller hjemløshed. Yderligere kan grunden "fødsel" henvise til personens status som født uden for ægteskab eller adopteret. Grunden "formueforhold" kan vedrøre personens status i forhold til jord (personen kan være lejer, ejer eller ulovlig besætter) eller vedrørende andre formueforhold.²³⁸

4.11. Politisk eller anden overbevisning

I EMRK er der udtrykkeligt anført "politisk eller anden overbevisning" som en beskyttet grund, skønt de ikke optræder blandt de grunde, der beskyttes af EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling. Hvis en person har en bestemt overbevisning, som ikke opfylder kravene til at være en "religion eller tro", kan den formodentlig stadig være berettiget til beskyttelse under denne grund. ECHR har sjældent truffet afgørelse om denne grund. Som med andre områder af EMRK beskyttes "politisk eller anden overbevisning" selvstændigt gennem retten til ytringsfrihed under artikel 10, og af retspraksis på området er det muligt at få en vurdering af, hvad der kan dækkes af denne grund. Hvis en person, der påstår sig krænket, føler, at der er sket ulige behandling på dette grundlag, kunne det i praksis se ud til, at der er større sandsynlighed for, at ECHR simpelthen undersøger påstanden under artikel 10.

Generelt fastslog ECHR i sagen *Handyside mod Det Forenede Kongerige*, at retten til ytringsfrihed beskytter ikke bare "oplysninger" eller "tanker", der modtages positivt eller betragtes som uskadelige eller ligegyldige, men også dem, der fornærmer, chokerer eller foruroliger staten eller en del af befolkningen.²³⁹ Selv om der findes omfattende retspraksis på dette område, vil dette afsnit blive begrænset til gennem to sager at illustrere, hvordan politisk overbevisning sandsynligvis omfattes af en stærkere beskyttelse end andre typer af overbevisning.

²³⁸ Komitéen for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, General Comment 20, „Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights“, FN dok. E/C.12/GC/20, 10. juni 2009, pkt. 24-26, 35.

²³⁹ ECHR, *Handyside mod Det Forenede Kongerige* (nr. 5493/72), 7. december 1976.

Eksempel: I sagen *Steel og Morris mod Det Forenede Kongerige* var sagsøgerne aktivister, der uddelte foldere med usande påstande om virksomheden McDonalds.²⁴⁰ Sagsøgerne blev retsforfulgt for bagvaskelse ved de nationale domstole og blev dømt til at betale skadeserstatning. ECHR fastslog, at bagvaskelsessagen var et indgreb i ytringsfriheden, men at det tjente det legitime formål at beskytte personers rygte. Det blev imidlertid også fastslået, at fri tale om anliggender af offentlig interesse fortjener en stærk beskyttelse, og da McDonalds var en magtfuld virksomhed, der ikke havde bevist, at den havde lidt skade som følge af uddelingen af flere tusind foldere, og den tilkendte erstatning var relativt høj i forhold til sagsøgernes indkomst, var indgrebet i deres ytringsfrihed uforholdsmæssigt.

Eksempel: Sagen *Castells mod Spanien* vedrørte et parlamentsmedlem, der blev retsforfulgt for at "fornærme" regeringen efter at have kritiseret regeringens passivitet over for terrorhandling i Baskerlandet.²⁴¹ ECHR understregede betydningen af ytringsfrihed i en politisk sammenhæng, især på baggrund af den vigtige rolle, den spiller for, at et demokratisk samfund kan fungere. Derfor fandt ECHR, at ethvert indgreb ville kræve grundige overvejelser.

4.12. "Ethvert andet forhold"

Som det fremgår af ovenstående, har ECHR udviklet flere grunde under kategorien "ethvert andet forhold", hvoraf mange falder sammen med dem, der er udviklet under EU-retten såsom seksuel orientering, alder og handicap.

Ud over handicap, alder og seksuel orientering har ECHR også anerkendt, at følgende egenskaber er beskyttede grunde under "ethvert andet forhold": faderskab,²⁴² ægteskabelig stilling,²⁴³ medlemskab af en organisation,²⁴⁴ militær rang,²⁴⁵ forældreskab til et barn født uden for ægteskab,²⁴⁶ opholdssted²⁴⁷.

²⁴⁰ ECHR, *Steel og Morris mod Det Forenede Kongerige* (nr. 68416/01), 15. februar 2005.

²⁴¹ ECHR, *Castells mod Spanien* (nr. 11798/85), 23. april 1992.

²⁴² ECHR, *Weller mod Ungarn* (nr. 44399/05), 31. marts 2009.

²⁴³ ECHR, *Petrov mod Bulgarien* (nr. 15197/02), 22. maj 2008.

²⁴⁴ ECHR, *Danilenkov m.fl. mod Rusland* (nr. 67336/01), 30. juli 2009 (fagforening), ECHR, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani mod Italien* (nr. 2) (nr. 26740/02), 31. maj 2007 (frimurere).

²⁴⁵ ECHR, *Engel m.fl. mod Nederlandene* (nr. 5100/71 m.fl.), 8. juni 1976.

²⁴⁶ ECHR, *Sommerfeld mod Tyskland* [GC] (nr. 31871/96), 8. juli 2003, ECHR, *Sahin mod Tyskland* [GC] (nr. 30943/96), 8. juli 2003.

²⁴⁷ ECHR, *Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige* [GC] (nr. 42184/05), 16. marts 2010.

Eksempel: Sagen *Petrov mod Bulgarien* vedrørte praksis i et fængsel, hvor man tillod de indsatte med ægtefæller at ringe til dem to gange om måneden. Sagsøger havde boet sammen med sin partner i en periode på fire år, før han blev fængslet, og havde et barn med hende. ECHR fastslog, at selv om ægteskab har en særlig status, var sagsøger, der havde stiftet familie med en stabil partner, i en tilsvarende situation som gifte par med henblik på reglerne om telefonkommunikation. ECHR kendte for ret, at selv om de kontraherende stater kan få en vis skønsmargin til at behandle gifte og ugifte par forskelligt på områder som f.eks. beskatning, social sikring eller socialpolitik osv., er det ikke umiddelbart indlysende, hvorfor gifte og ugifte partnere, der har et etableret familieliv, skal behandles forskelligt med hensyn til muligheden for at opretholde kontakt pr. telefon, mens en af dem er i fængsel. ECHR fandt følgelig forskelsbehandlingen ubegrundet.

Centrale punkter

- I henhold til EU-direktiverne om ikke-forskelsbehandling er de beskyttede grunde udtrykkeligt knyttet til køn, race eller etnisk oprindelse, alder, handicap, religion eller tro og seksuel orientering. Under EMRK er de ikke-udtømmende og kan udvikles på grundlag af hver enkelt sag.
- I henhold til EU-retten kan køn i begrænset omfang omfatte kønsidentitet, hvilket beskytter personer, der har til hensigt at gennemgå eller har gennemgået en kønsskifteoperation. Kønsidentitet er også blevet undersøgt af ECHR.
- Elementer som farve, herkomst, nationalitet, sprog eller religion henhører under den beskyttede grund "race eller etnisk tilhørsforhold" i EMRK. Man afventer dog stadig en afklaring gennem Domstolens retspraksis af den faktiske rækkevidde af denne beskyttede grund i EU-retten.
- Forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er anført som en beskyttet grund i EMRK. Forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er kun forbudt i EU-retten i forbindelse med loven om personers frie bevægelighed.
- Termen "religion" skal fortolkes relativt bredt og er ikke begrænset til organiserede eller veletablerede traditionelle religioner.
- Selv i sager, hvor der kan være forekommet forskelsbehandling, undersøger ECHR ofte kun klager på grundlag af substantielle artikler i EMRK. Det kan dæmpe behovet for at bevise ulige behandling eller finde et sammenligningsgrundlag.

Yderligere læsning

Boza Martínez, "Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad", 7 *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005).

Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, "Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse", 78 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009), s. 319-373.

Cano Palomares, "La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", i *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos* (Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007), s. 35-57.

Demaret, "L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France", 6343 *Journal des tribunaux* (2009), s. 145-149.

Evans, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas* (Strasbourg, Europarådet, 2009).

Flauss, "L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme: petit exercice de simulation contentieuse", 8 *Recueil Dalloz* (2010), s. 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), kapitel 5.

Johnson, "An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights", 10.1 *Human Rights Law Review* (2010), s. 67-97.

Kastanas, "La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", i Auer, Flückiger og Hottelier (ed.), *Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni* (Geneve, Schulthess, 2007), s. 197-218.

Landau og Beigbeder, "From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work", 21.1 *European Journal of International Law* (2010), s. 264-267.

Laskowski, "Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird", *Kritische Justiz* (2003), s. 420-444.

Lawson, "The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 563.

MacKay, "The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 323.

Pettiti, "L'égalité entre époux", i Krenc og Puéchavy (eds.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007* (Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2008), s. 29-46.

Presno Linera, "La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales", 1 *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2008).

Rudyk, "A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement", 14.2 *International Journal of Human Rights* (2010), s. 189-214.

Shuibne, "Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?", i Costello og Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003).

Thürer og Dold, "Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2005), s. 1-12.

Tulkens, "Droits de l'homme, droits des femmes: les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme", i Caflisch (m.fl.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg Views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, (Kehl/Strasbourg, N.P. Engel, 2007), s. 423-445.

5

Bevismæssige spørgsmål i lovgivningen om ikke-forskelsbehandling

5.1. Indledning

Forskelsbehandling giver sig normalt ikke udslag på en åben og let identificerbar måde. Det er ofte vanskeligt at bevise direkte forskelsbehandling, selv om ulige behandling pr. definition "åbent" bygger på et kendetegn eller en egenskab ved den krænkede. Som gennemgået i kapitel 2. bliver grundlaget for ulige behandling ofte enten ikke udtrykt eller vedrører overfladisk en anden faktor (såsom ydelser betinget af, at en person er pensionist, hvilket knytter sig til alder som en beskyttet grund). I den forstand er tilfælde, hvor personer åbent erklærer, at deres grundlag for ulige behandling er en af de beskyttede grunde, relativt sjældne. En undtagelse til dette tilfælde kan ses i *Feryn-sagen*, hvor ejeren af en virksomhed i Belgien gennem annoncer og mundtligt erklærede, at ingen "indvandrere" ville blive ansat til at arbejde for ham.²⁴⁸ Domstolen fastslog, at det var et klart tilfælde af direkte forskelsbehandling på grundlag af race eller etnisk tilhørsforhold. Imidlertid erklærer gerningsmænd ikke altid, at de behandler nogen ringere end andre, og anfører heller ikke deres begrundelse herfor. En kvinde kan blive vraget til et job og få at vide, at hun simpelthen er "mindre kvalificeret" end den mandlige ansøger, der får jobbet tilbudt. I den situation kan den krænkede finde det vanskeligt at bevise, at hun var udsat for direkte forskelsbehandling på grund af sit køn.

For at imødegå vanskeligheden med at bevise, at den ulige behandling var baseret på en beskyttet grund, giver EU-lovgivningen om ikke-forskelsbehandling mulighed

²⁴⁸ Domstolen, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mod Firma Feryn NV*, sag C-54/07 [2008] Sml. I, s. 5187, 10. juli 2008.

for at dele bevisbyrden. Når sagsøger kan fremlægge kendsgerninger, der giver anledning til at formode, at der kan være forekommet forskelsbehandling, påhviler bevisbyrden i overensstemmelse hermed gerningsmanden, som skal bevise, at det forholder sig anderledes. Denne omvendte bevisbyrde er især nyttig ved påstande om indirekte forskelsbehandling, hvor det er nødvendigt at bevise, at særlige regler eller praksisser har en uforholdsmæssig virkning for en bestemt gruppe. Med henblik på at begrunde en formodning om indirekte forskelsbehandling, kan en sagsøger være nødt til at bruge statistiske data, der beviser generelle mønstre for ulige behandling. Nogle nationale domstole anerkender også beviser, der er skabt gennem "situationstest".

5.2. Delt bevisbyrde

Det er normalt op til den person, der fremsætter påstanden, at overbevise det besluttende organ om, at der er forekommet forskelsbehandling. Det kan imidlertid være særdeles vanskeligt at påvise, at den ulige behandling, man har været udsat for, skete på grundlag af en bestemt beskyttet egenskab. Det skyldes, at motivet bag ulige behandling ofte kun findes i gerningsmandens sind. Derfor bygger påstande om forskelsbehandling oftest på objektive følgeslutninger i forbindelse med den pågældende regel eller praksis. Med andre ord skal retten være overbevist om, at den eneste rimelige forklaring på den ulige behandling er den beskyttede egenskab hos den krænkede såsom køn eller race. Princippet gælder på samme måde i tilfælde af direkte eller indirekte forskelsbehandling.

Delt bevisbyrde: Sagsøger skal fremlægge tilstrækkeligt bevis til at antage, at der kan være forekommet forskelsbehandling. Det vil begrunde en formodning om forskelsbehandling, som den påståede gerningsmand herefter vil skulle modbevise.

Fordi den påståede gerningsmand er i besiddelse af de oplysninger, der er nødvendige for at bevise påstanden, giver lovgivningen om ikke-forskelsbehandling mulighed for, at bevisbyrden deles med den påståede gerningsmand. Princippet om deling af bevisbyrden er vel forankret i EU-lovgivningen og i EMRK.²⁴⁹

²⁴⁹ Jf. ud over nedennævnte sager racelighedsdirektivet (artikel 8), direktivet om ligestilling med hensyn til beskæftigelse (artikel 10), ligestillingsdirektivet (omarbejdning) (artikel 19), direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med varer og tjenesteydelser (artikel 9). Jf. også praksis fra Den Europæiske Komité for Sociale Rettigheder: *SUD Travail Affaires Sociales mod Frankrig* (Complaint No. 24/2004), 8. november 2005, og *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) mod Bulgarien* (Complaint No. 41/2007), 3. juni 2008.

Dette er blevet forklaret gennem retspraksis fra ECHR, der sammen med andre regionale og globale menneskerettighedsbeskyttelsesmekanismer har indført delt bevisbyrde mere generelt, når påstande om menneskerettighedskrænkelser skal bevises. ECHR's praksis er at se på de tilgængelige beviser som helhed uden hensyntagen til, at det er staten, der ofte har kontrol over megen af den information, som er nødvendig for at bevise en påstand. Så hvis de kendsgerninger, sagsøger fremlægger, forekommer troværdige og stemmer overens med de tilgængelige beviser, anerkender ECHR dem som bevist, medmindre staten kan give en overbevisende alternativ forklaring. Med ECHR's egne ord accepterer den påstande som kendsgerninger, hvis de er:

*"underbygget af den frie vurdering af alle beviser, herunder (...) sådanne følgeslutninger, der måtte kunne udledes af fakta og parternes indlæg (...). Bevis kan følge af, at der samtidig foreligger tilstrækkeligt stærke, klare og sammenfaldende følgeslutninger eller lignende formodninger om faktiske omstændigheder, der ikke er modbevist. Endvidere er det overtalelsesniveau, der er nødvendigt for at nå en bestemt konklusion og i den forbindelse fordelingen af bevisbyrden, reelt knyttet til omstændighedernes specifikke karakter, arten af den fremsatte påstand og den EMRK-retlighed, det drejer sig om."*²⁵⁰

Eksempel: I sagen *Timishev mod Rusland* påstod sagsøger, at han blev forhindret i at komme igennem et checkpoint og ind i en bestemt region på grund af sin etnisk tjetjenske oprindelse.²⁵¹ ECHR fandt dette bekræftet i officielle dokumenter, der viste, at der forelå en politik om at begrænse etniske tjetjeneres bevægelighed. Statens forklaring blev ikke fundet overbevisende på grund af uoverensstemmelser i dens påstand om, at den krænkede var taget af sted frivilligt, da man nægtede ham at komme foran i køen. Derfor anerkendte ECHR, at sagsøger havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af sit etniske tilhørsforhold.

Eksempel: I *Brunnhofersagen* påstod sagsøger forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi hun fik lavere løn end en mandlig kollega på samme løntrin.²⁵²

²⁵⁰ ECHR, *Nachova m.fl. mod Bulgarien* [GC] (nr. 43577/98 og 43579/98), 6. juli 2005, præmis 147. Dette gentages i ECHR's sag *Timishev mod Rusland* (nr. 55762/00 og 55974/00), 13. december 2005, præmis 39 og ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007, præmis 178.

²⁵¹ ECHR, *Timishev mod Rusland* (nr. 55762/00 og 55974/00), 13. december 2005, præmis 40-44.

²⁵² Domstolen, *Susanna Brunnhofer mod Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, sag C-381/99 [2001] Sml. I, s. 4961, 26. juni 2001, præmis 51-62.

Domstolen fastslog, at sagsøger først skulle bevise, at hun fik lavere løn end sin mandlige kollega og derefter, at hun udførte arbejde af samme værdi. Dette ville være tilstrækkeligt til at begrunde en formodning om, at den ulige behandling kun kunne forklares med hendes køn. Det ville herefter påhvile arbejdsgiveren at modbevise dette.

Det er vigtigt at inddrage to aspekter. For det første afgøres det i henhold til national lov, hvilken slags bevis, der er tilladt ved nationale organer, og det kan være strengere end de regler, der benyttes ved ECHR og Domstolen. For det andet gælder reglen om omvendt bevisbyrde normalt ikke i straffesager, hvor staten retsforfølger gerningsmanden til en forbrydelse begrundet i racefordom, også kendt som en "hadforbrydelse". Det skyldes til dels, at der er brug for en højere bevisstandard for at fastslå strafferetligt ansvar, og til dels, at det ville være vanskeligt at kræve, at en gerningsmand beviser, at han ikke havde et racistisk motiv, hvilket er helt igennem subjektivt.²⁵³

Den formodede gerningsmand kan modbevise formodningen på to måder. Han/Hun kan enten bevise, at sagsøger ikke er i en tilsvarende eller sammenlignelig situation som deres "sammenligningsgrundlag", jf. kapitel 2.2.2., eller at den ulige behandling ikke er baseret på en beskyttet grund, men andre objektive forskelle, jf. kapitel 2.6. Hvis gerningsmanden undlader at modbevise formodningen, vil den pågældende skulle forsvare en ulige behandling ved at vise, at det er en objektivt begrundet og forholdsmæssig foranstaltning.

Eksempel: I ovennævnte *Brunnhofersag* tilbød Domstolen vejledning i, hvordan arbejdsgiveren kunne modbevise formodningen om forskelsbehandling. For det første ved at vise, at den mandlige og kvindelige arbejdstager faktisk ikke var i en sammenlignelig situation, fordi de udførte arbejde, der var af samme værdi. Det kunne være tilfældet, hvis deres job gav dem opgaver af væsensforskellig art. For det andet ved at bevise, at lønforskellen skyldtes objektive faktorer, der ikke havde noget med køn at gøre. Det kunne være tilfældet, hvis den mandlige arbejdstagers indkomst blev suppleret af rejsegodtgørelser, han skulle have, fordi han pendlede over lange afstande og boede på hotel i løbet af arbejdsugen.

²⁵³ Med hensyn til EMRK's tilgang til omvendt bevisbyrde i forbindelse med racistisk vold, jf. ECHR, *Nachova m.fl. mod Bulgarien* [GC] (nr. 43577/98 og 43579/98), 6. juli 2005, præmis 144-159. I henhold til EU's lovgivning om ikke-forskelsbehandling er det ikke et krav, at der anvendes omvendt bevisbyrde i forbindelse med straffet.

Eksempel: I ovennævnte *Feryn-sag* fandt Domstolen, at gerningsmandens annoncer og erklæringer gav anledning til at formode direkte forskelsbehandling. Imidlertid sagde Domstolen, at den påståede gerningsmand kunne modbevise denne formodning, hvis han kunne bevise, at ikke-hvide faktisk ikke blev behandlet anderledes ved rekrutteringspraksissen – f.eks. ved at vise, at der rutinemæssigt faktisk blev ansat ikke-hvide medarbejdere.

5.2.1. Faktorer, der ikke behøver at blive bevist

Visse faktuelle forhold, som ofte ledsager eksempler på forskelsbehandling såsom den omstændighed, at der foreligger skade eller vilje til forskelsbehandling, er ikke af egentlig relevans for afgørelsen af, om det retlige kriterium for forskelsbehandling er opfyldt. Det, der skal bevises i tilfælde af forskelsbehandling, er simpelthen, om der foreligger forskelsbehandling på grundlag af en forbudt grund, hvilket ikke er berettiget. Det betyder, at flere andre forhold omkring situationer med forskelsbehandling ikke behøver at blive fastslået for at bevise en påstand.

For det første skal det ikke bevises, at gerningsmandens motiv er fordom – der er således ikke behov for at bevise, at gerningsmanden har "racistiske" eller "sexistiske" synspunkter med henblik på at bevise forskelsbehandling på grundlag af race eller køn. Normalt kan personers holdninger ikke reguleres ved lov, eftersom de helt igennem ligger på det indre plan. Derimod kan handlinger, som disse holdninger giver sig udslag i, reguleres.

Eksempel: I *Feryn-sagen* sagde ejeren af virksomheden, at han fulgte denne regel, fordi hans kunder (snarere end han selv) kun ønskede hvide belgiere til at udføre arbejdet. Domstolen behandlede ikke dette som relevant for at afgøre, om der havde fundet forskelsbehandling sted. Man skal normalt ikke bevise et motiv til forskelsbehandling, medmindre man forsøger at bevise, at der er begået en "hadforbrydelse", eftersom strafferetten har højere bevistærskler.

For det andet er det ikke nødvendigt at påvise, at den pågældende regel eller praksis har til formål at resultere i ulige behandling. Dvs. at selv om en offentlig myndighed eller en privatperson kan pege på en praksis, der er velment eller anvendes i god tro, så vil det være forskelsbehandling, hvis virkningen af praksissen er, at en bestemt gruppe stilles ringere.

Eksempel: I ovennævnte sag *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* hævdede regeringen, at ordningen med "særlige" skoler var blevet indført med henblik på at støtte undervisningen af romabørn ved at overvinde sprogvankeligheder og rette op på den manglende førskoleuddannelse.²⁵⁴ Imidlertid fandt ECHR, at det var irrelevant, om den pågældende politik var rettet mod romabørn. For at bevise forskelsbehandling var det nødvendigt at påvise, at de blev uforholdsmæssigt og negativt ramt sammenlignet med flertallet af befolkningen, ikke at der forelå vilje til at forskelsbehandle.²⁵⁵

For det tredje fandt Domstolen, at der i forbindelse med en sag om racediskrimination ikke var behov for at bevise, at der faktisk er et identificerbart offer, og det gælder formentlig på samme måde for andre grunde til forskelsbehandling under lignende omstændigheder. Selv om der i henhold til EU-retten måske ikke er noget krav om et identificerbart offer, er dette ikke tilfældet, hvis man skal have adgang til ECHR, hvor et sådant krav ikke ville opfylde kriterierne for antagelse til realitetsbehandling i henhold til artikel 35 i EMRK.

Eksempel: I *Feryn-sagen* var det ikke muligt at påvise, at nogen havde prøvet at søge et job og var blevet afvist, og det var ikke muligt at finde nogen, der sagde, at de havde besluttet ikke at søge et job på grundlag af annoncen. Med andre ord var der ikke noget "identificerbart" offer, og sagen blev indbragt af Belgiens ligestillingsorgan. Domstolen sagde, at det ikke var nødvendigt at identificere nogen, der havde været udsat for forskelsbehandling. Det skyldtes, at det af annoncens ordlyd var klart, at "ikke-hvide" ville blive afskrækket fra at søge, fordi de på forhånd vidste, at de ikke kunne komme i betragtning. Ifølge dette ville det være muligt at bevise, at lovgivning eller politikker var diskriminerende, uden at det var nødvendigt at fremvise et konkret offer.

Eksempel: I sager med "situationstest" (gennemgås nedenfor) er personer ofte klar over eller forventer, at de vil blive behandlet ringere. Deres primære mål er ikke faktisk at få adgang til den pågældende tjeneste, men at indsamle beviser. Det betyder, at de pågældende personer ikke er "ofre" i traditionel forstand. De ønsker at sikre håndhævelse af loven snarere end at søge godtgørelse for en skade, de har lidt. I en sag, der blev anlagt i Sverige, hvor en gruppe jurastuderende foretog en situationstest på natklubber og restauranter, fastslog høj-

²⁵⁴ ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007, præmis 79.

²⁵⁵ *Ibid*, præmis 175 og 184.

steret, at de personer, der var involveret i testen, stadig kunne indbringe sagen om forskelsbehandling for retten. Samtidig kunne man nedsætte den skadeserstatning, de skulle tildeles, for at afspejle, at de ikke var blevet nægtet noget, de faktisk ønskede (dvs. adgang til bestemte etablissementer).²⁵⁶

5.3. Betydningen af statistikker og andre data

Statistiske data kan være en stor hjælp for en sagsøger til at løfte en formodning om forskelsbehandling. Det er især nyttigt til at bevise indirekte forskelsbehandling, for i disse situationer er de pågældende regler eller praksisser neutrale på overfladen. Hvis dette er tilfældet, er det nødvendigt at fokusere på virkningerne af regler og praksisser for at påvise, at de indebærer uforholdsmæssige ulemper for bestemte persongrupper sammenlignet med andre i en lignende situation. Udarbejdelse af statistiske data trækker i samme retning som omvendt bevisbyrde. Hvis dataene f.eks. viser, at kvinder eller personer med handicap stilles væsentligt ringere, påhviler det staten at give en overbevisende alternativ forklaring på tallene. ECHR præciserede dette i sagen *Hoogendijk mod Nederlandene*²⁵⁷:

“Hvis en sagsøger på grundlag af uomtvistede officielle statistikker kan påvise, at der umiddelbart foreligger tegn på, at en bestemt regel – selv om den er neutralt formuleret – faktisk påvirker en klart højere procentdel af kvinder end mænd, finder Domstolen, at det påhviler den sagsøgte regering at påvise, at dette er resultatet af objektive faktorer, der ikke hænger sammen med forskelsbehandling på grundlag af køn.”

Når man ser på statistisk bevismateriale, ser domstolene ikke ud til at have fastlagt et strengt minimumskrav til dokumentation for fastlæggelse af, at der har fundet indirekte forskelsbehandling sted. Domstolen understreger dog, at der skal opnås et væsentligt tal. Der præsenteres et sammendrag af Domstolens retspraksis i forslag til afgørelse fra generaladvokat Philippe Léger i *Nolte-sagen*, hvor han i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn erklærede:

²⁵⁶ Højesteret (Sverige), *Escape Bar & Restaurant mod Ombudsmannen mot etnisk diskriminering*, sag nr. T-2224-07, 1. oktober 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRA's InfoPortal, sag 365-1, og i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 68.

²⁵⁷ ECHR, *Hoogendijk mod Nederlandene* (dec.) (nr. 58641/00), 6. januar 2005.

"[For] at fastslå, at en foranstaltning er forskelsbehandling, skal den ramme 'et langt større antal kvinder end mænd' [Rinner-Kühn²⁵⁸] eller 'en betydelig mindre procentdel af mænd end af kvinder' [Nimz,²⁵⁹ Kowalska²⁶⁰] eller 'langt flere kvinder end mænd' [De Weerd²⁶¹].

Sager tyder på, at andelen af kvinder, der berøres af denne foranstaltning, må være særlig påfaldende. I nævnte Rinner-Kühn-dom lagde Domstolen til grund, at der forelå en situation med forskelsbehandling, hvor andelen af kvinder androg 89 %. I den foreliggende sag ville procentandelen på 60 % (...) i og for sig formentlig være absolut utilstrækkelig for en konstatering af, at der foreligger forskelsbehandling".²⁶²

Eksempel: I *Schönheit-sagen* påstod en deltidsbeskæftiget medarbejder, at hun blev udsat for forskelsbehandling på grund af sit køn.²⁶³ Forskellen i udbetalt pension, som ikke var baseret på forskelle i arbejdstid, betød, at deltidsbeskæftigede rent faktisk fik lavere løn end fuldtidsbeskæftigede. Der blev fremlagt statistisk dokumentation, som viste, at 87,9 % af de deltidsansatte var kvinder. Da foranstaltningen, selv om den var neutral, ramte kvinder uforholdsmæssigt negativt i forhold til mænd, anerkendte Domstolen, at det gav anledning til en formodning om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Tilsvarende blev en ulempe for deltidsbeskæftigede, hvoraf 87 % var kvinder, anerkendt som tilstrækkelig i *Gerster-sagen*.²⁶⁴

Eksempel: *Seymour-Smith-sagen* vedrørte britisk lovgivning om uberettiget afskedigelse, der sikrede særlig beskyttelse til personer, som havde arbejdet længere end to år hos en bestemt arbejdsgiver.²⁶⁵ Sagsøger påstod, at dette var indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, eftersom det var mindre

²⁵⁸ Domstolen, *Rinner-Kühn mod FWW Spezial-Gebäudereinigung*, sag 171/88 [1989] Sml. 2743, 13. juli 1989.

²⁵⁹ Domstolen, *Nimz mod Freie und Hansestadt Hamburg*, sag C-184/89 [1991] Sml. I, s. 297, 7. februar 1991.

²⁶⁰ Domstolen, *Kowalska mod Freie und Hansestadt Hamburg*, sag C-33/89 [1990] Sml. I, s. 2591, 27. juni 1990.

²⁶¹ Domstolen, *De Weerd, født Roks, m.fl. mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl.*, sag C-343/92 [1994] Sml. I, s. 571, 24. februar 1994.

²⁶² Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Philippe Léger af 31. maj 1995, præmis 57-58 i Domstolen, *Nolte mod Landesversicherungsanstalt Hannover*, sag C-317/93 [1995] Sml. I, s. 4625, 14. december 1995.

²⁶³ Domstolen, *Hilde Schönheit mod Stadt Frankfurt am Main* og *Silvia Becker mod Land Hessen*, de forenede sager C-4/02 og C-5/02 [2003] Sml. I, s. 12575, 23. oktober 2003.

²⁶⁴ Domstolen, *Gerster mod Freistaat Bayern*, sag C-1/95 [1997] Sml. I, s. 5253, 2. oktober 1997.

²⁶⁵ Domstolen, *R mod Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith og Perez*, sag C-167/97 [1999] Sml. I, s. 623, 9. februar 1999.

sandsynligt, at kvinder kunne opfylde dette kriterium, end mænd. Denne sag er interessant, fordi Domstolen foreslog, at et lavere misforhold stadig kunne vise sig at være indirekte forskelsbehandling, "hvis de statistiske oplysninger over en lang periode viser en mindre, men vedvarende og relativt konstant forskel i virkningen mellem mænd og kvinder". Vedrørende de særlige omstændigheder i denne sag anførte Domstolen imidlertid, at de fremlagte statistikker, der viste, at 77,4 % mænd og 68,9 % kvinder opfyldte kriteriet, ikke dokumenterede, at en betydeligt lavere procentdel af kvinder kunne opfylde reglen.

Eksempel: I sagen *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* klagede romasagsøgere over, at deres børn blev udelukket fra det almindelige uddannelsessystem og anbragt på "specialskoler" for personer med indlæringsvanskeligheder, fordi de var romaer.²⁶⁶ Romabørnene blev sendt til specialskoler på grundlag af test, der skulle måle intellektuelle evner. Til trods for denne tilsyneladende "neutrale" fremgangsmåde gjorde testen art det reelt vanskeligere for romabørn at opnå et tilfredsstillende resultat og komme ind i det almindelige uddannelsessystem. ECHR fandt dette bevist ved henvisning til statistisk dokumentation, der viste den særligt høje andel elever af romaoprindelse, som blev anbragt på specialskoler. De af sagsøgerne fremlagte data om deres særlige geografiske region tydede på, at 50-56 % af eleverne i specialskoler var romaer, mens de kun udgjorde omkring 2 % af den samlede uddannelsespopulation. Data fra mellemstatslige kilder tydede på, at mellem 80 og 90 % af romaerne gik på specialskoler i landet som helhed. Selv om dataene ikke var nøjagtige, fastslog ECHR, at de faktisk viste, at antallet af berørte romabørn var "uforholdsmæssigt højt" i forhold til befolkningssammensætningen som helhed.²⁶⁷

Det ser ud til, at det kan være muligt at bevise, at en beskyttet gruppe rammes uforholdsmæssigt, selv om der ikke foreligger statistiske data, hvis de tilgængelige kilder er pålidelige og støtter denne analyse.

Eksempel: Sagen *Opuz mod Tyrkiet* involverede en person, der begik vold i hjemmet, som ved flere lejligheder havde mishandlet sin hustru og hendes mor, og som til sidst myrdede moren.²⁶⁸ ECHR fastslog, at staten havde undladt at beskytte sagsøger og hendes mor imod umenneskelig og nedværdigende behandling samt sidstnævntes liv. Den fastslog også, at staten havde udsat sag-

²⁶⁶ ECHR, *D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik* [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007.

²⁶⁷ *Ibid.*, præmis 18 og 196-201.

²⁶⁸ ECHR, *Opuz mod Tyrkiet* (nr. 33401/02), 9. juni 2009.

søgerne for forskelsbehandling, fordi den havde undladt at tilbyde passende beskyttelse, fordi de var kvinder. Den kom delvis til den konklusion på grundlag af dokumentation for, at ofre for vold i hjemmet fortrinsvis var kvinder, og af tal, der viser, at de nationale domstole kun i relativt begrænset omfang havde benyttet deres beføjelser til at afsige kendelser om beskyttelse af ofre for vold i hjemmet. Det er interessant, at der i denne sag ikke blev fremlagt statistikker for ECHR om, at ofre for vold i hjemmet fortrinsvis var kvinder, og det blev faktisk bemærket, at Amnesty International erklærede, at der ikke forelå pålidelige data herom. ECHR var derimod rede til at anerkende vurderingen fra Amnesty International, en velrenommeret ngo, og FN's Komité for Afskaffelse af Diskrimination mod Kvinder om, at vold mod kvinder var et betydeligt problem i Tyrkiet.

Bemærk, at det måske ikke altid er nødvendigt med statistiske data for at bevise tilfælde af indirekte forskelsbehandling. Om statistikker er nødvendige for at bevise en påstand vil afhænge af sagens nærmere omstændigheder. Navnlig kan bevis for praksisser og overbevisninger hos andre, der tilhører den samme beskyttede kategori, være nok.

Eksempel: I sagen *Oršuš m.fl. mod Kroatien* havde visse skoler oprettet klasser, der havde nedsat pensum i forhold til normale klasser. Det blev påstået, at disse klasser omfattede et uforholdsmæssigt højt antal romaelever, og derfor var der tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af etnisk tilhørsforhold. Regeringen anførte, at disse klasser blev dannet på grundlag af færdigheder i kroatisk, og at en elev blev overført til en almindelig klasse, så snart han/hun opnåede tilstrækkelig sprogfærdighed. I modsætning til *D.H. m.fl.-sagen* fastslog ECHR, at statistikker alene ikke gav anledning til en formodning om forskelsbehandling. I én skole var 44 % af eleverne romaer, og 73 % gik i en klasse med kun romaer. I en anden skole var 10 % romaer, og 36 % af dem gik i en klasse med kun romaer. Det bekræftede, at der ikke var en general politik om automatisk at placere romaer i separate klasser. Imidlertid fortsatte ECHR med at fastslå, at det var muligt at støtte en påstand om indirekte forskelsbehandling uden at benytte statistiske data. Her det forhold, at foranstaltningen med at anbringe børn i separate klasser på grundlag af deres utilstrækkelige beherskelse af kroatisk kun gjaldt for romaelever. Derfor gav det anledning til en formodning om forskelsbehandling.²⁶⁹

²⁶⁹ ECHR, *Oršuš m.fl. mod Kroatien* [GC] (nr. 15766/03), 16. marts 2010, præmis 152-153.

Eksempel: En sag, der blev indbragt for den slovenske advokat for lighedsprincippet, omhandlede en arbejdsgiver, der sørgede for måltider til de ansatte, men disse indeholdt ofte produkter lavet af svinekød eller -fedt. En muslimsk medarbejder anmodede om den alternative månedlige måltidsydelse til indkøb af egen mad, som arbejdsgiveren kun udstedte til medarbejdere, der kunne bevise behovet for alternative spiseordninger af lægelige årsager.²⁷⁰ Det var et tilfælde af indirekte forskelsbehandling, eftersom en praksis, der var neutral på overfladen, havde en reelt negativ virkning for muslimer, som ikke må spise svinekød. Under de foreliggende omstændigheder var det ikke nødvendigt at fremlægge statistisk dokumentation i denne sag for at bevise, at reglen rammer muslimer negativt, fordi det umiddelbart kan konstateres, at muslimer ikke må spise svinekød under henvisning til dokumentation for deres religiøse praksis. Eksempel: En sag, der blev indbragt for de britiske domstole, omhandlede en arbejdsgiver, som forbød medarbejderne at bære smykker (også af religiøse årsager) uden på deres uniform.²⁷¹ En kristen ansat hævdede, at det var forskelsbehandling på grundlag af hendes religion, fordi hun ikke fik lov til at bære et kors. Under sagen og de efterfølgende ankesager var domstolene indstillede på at anerkende, at det kunne være indirekte forskelsbehandling på grundlag af religion, hvis det kunne bevises, at det var et krav i den kristne tro at bære et kors. Med det formål søgte arbejdsretten beviser hos ekspertvidner om kristen praksis i stedet for statistiske beviser, om hvor mange kristne der bærer religiøse symboler på arbejde.

Centrale punkter

- Motivet bag den ringere behandling er irrelevant, det er virkningen, der er vigtig.
- I henhold til EU-retten skal man ikke finde frem til et identificerbart offer.
- Den indledende byrde påhviler klager, der skal fremlægge bevis for, at der har fundet forskelsbehandling sted.
- Der kan bruges statistisk dokumentation til at etablere en formodning om forskelsbehandling.

²⁷⁰ Advokat for ligestillingsprincippet (Slovenien), afgørelse nr. UEM-0921-1/2008-3, 28. august 2008. Der kan ses et sammendrag på engelsk på FRA's InfoPortal, sag 364-1, og i *European Anti-Discrimination Law Review*, nr. 8 (juli 2009), s. 64.

²⁷¹ Den britiske appelret, *Eweida mod British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 80, 12. februar 2010.

- Byrden overgår herefter til den formodede gerningsmand, der skal fremlægge bevis for, at den ringere behandling ikke var baseret på en af de beskyttede grunde.
- Formodningen om forskelsbehandling kan modbevises ved at bevise, at klageren ikke er i en tilsvarende situation som "sammenligningsgruppen", eller at den ulige behandling er baseret på en objektiv faktor, der ikke hænger sammen med den beskyttede grund. Hvis gerningsmanden ikke kan modbevise denne formodning, kan han/hun stadig forsøge at begrunde den ulige behandling.

Yderligere læsning

Bragoï, "La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur: CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007", 25 *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique* (2008), s. 18-19.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), kapitel 4 "Strategic litigation in practice".

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), kapitel 4 "Procedure: making a discrimination claim".

Horizons Stratégiques, nr. 5 2007/3, "La discrimination saisie sur le vif: le testing", tilgængelig på: www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm.

Schiek, Waddington og Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), kapitel 8.5.1.E "Situation testing".

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field,, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxembourg, Publikationskontoret, 2007), kapitel 3 "The role of data in ensuring compliance with equal treatment law".

Liste over sager

Den Internationale Domstols retspraksis

Nottebohm (Liechtenstein mod Guatemala), ICJ Reports [1955] 4, 6. april 1955 106

Domstolens retspraksis

Abrahamsson og Leif Anderson mod Elisabet Fogelqvist, Sag C-407/98 [2000]39

Allonby mod Accrington & Rossendale College m.fl., Sag C-256/01 [2004] 24

Angelidaki m.fl. mod Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis,
Sag C-378/07 [2009]..... 78

Anklagemyndigheden mod Evnen, Sag 207/78 [1979] 71

Anklagemyndigheden mod Mutsch, Sag 137/84 [1985]72

Barber mod Guardian Royal Exchange Assurance Group, Sag C-262/88 [1990]67

Bilka-Kaufhaus GmbH mod Weber Von Hartz, Sag 170/84 [1986]45

Blaizot m.fl. mod Liège Universitet m.fl., Sag 24/86 [1988] 68

Burton mod British Railways Board, Sag 19/81 [1982]67

Casagrande mod Landeshauptstadt München, Sag 9/74 [1974]72

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
mod Firma Feryn NV, Sag C-54/07 [2008] 121

Chacón Navas mod Eures Colectividades SA, Sag C-13/05 [2006]..... 99

Chen mod Secretary of State for the Home Department, Sag C-200/02 [2004]107

Coleman mod Attridge Law og Steve Law, Sag C-303/06 [2008] 28

<i>Cristini mod SNCF, Sag 32/75 [1975]</i>	71
<i>De Weerd, født Roks, m.fl. mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl., Sag C-343/92 [1994]</i>	31, 96, 128
<i>Defrenne mod Sabena, Sag 43/75 [1976]</i>	90
<i>Dekker mod Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, Sag C-177/88 [1990]</i>	26
<i>Garland mod British Rail Engineering Limited, Sag 12/81 [1982]</i>	67
<i>Gerster mod Freistaat Bayern, Sag C-1/95 [1997]</i>	128
<i>Gravier mod Ville de Liège m.fl., Sag 293/83 [1985]</i>	68
<i>Groener mod undervisningsministeren og Det Faglige Uddannelsesudvalg for byen Dublin, Sag C-379/87 [1989]</i>	113
<i>Hilde Schönheit mod Stadt Frankfurt am Main og Silvia Becker mod Land Hessen, forenede sager C-4/02 og C-5/02 [2003]</i>	30, 128
<i>Hill og Stapleton mod The Revenue Commissioners og Department of Finance, Sag C-243/95 [1998]</i>	91
<i>Hütter mod Technische Universität Graz, Sag C-88/08 [2009]</i>	134
<i>Jämställdhetsombudsmannen mod Örebro Läns Landsting, Sag C-236/98 [2000]</i>	67
<i>Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Sag 222/84 [1986]</i>	47
<i>K.B. mod NHS Pensions Agency, Sag C-117/01 [2004]</i>	92
<i>Kalanke mod Freie Hansestadt Bremen, Sag C-450/93 [1995]</i>	39
<i>Kohll mod Union des Caisses de Maladie, Sag C-158/96, [1998]</i>	75
<i>Kommissionen mod Frankrig, Sag 318/86 [1988]</i>	48
<i>Kommissionen mod Frankrig, Sag C-35/97 [1998]</i>	72
<i>Kommissionen mod Tyskland, Sag 248/83 [1985]</i>	47
<i>Kowalska mod Freie und Hansestadt Hamburg, Sag C-33/89 [1990]</i>	31, 128
<i>Kreil mod Forbundsrepublikken Tyskland, Sag C-285/98 [2000]</i>	50
<i>Lewen mod Denda, Sag C-333/97 [1999]</i>	67
<i>Lommers mod Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Sag C-476/99 [2002]</i>	67
<i>Mahlburg mod Land Mecklenburg-Vorpommern, Sag C-207/98 [2000]</i>	48

<i>Marschall mod Land Nordrhein-Westfalen, Sag C-409/95 [1997]</i>	39
<i>Maruko mod Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Sag C-267/06 [2008]</i>	27
<i>Matteucci mod Communauté française de Belgique, Sag 235/87 [1988]</i>	72
<i>Megner og Scheffel mod Innungskrankenkasse Vorderpfalz, Sag C-444/93 [1995]</i>	96
<i>Meyers mod Adjudication Officer, Sag C-116/94 [1995]</i>	65, 66
<i>Müller Fauré mod Onderlinge Waarborgmaatschappij, Sag C-385/99 [2003]</i>	75
<i>Nimz mod Freie og Hansestadt Hamburg, Sag C-184/89 [1991]</i>	31, 128
<i>Nolte mod Landesversicherungsanstalt Hannover, Sag C-317/93 [1995]</i>	31, 96, 128
<i>P. mod S. og Cornwall County Council, Sag C-13/94 [1996]</i>	28
<i>Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, Sag C-411/05 [2007]</i>	52, 67
<i>Peerbooms mod Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Sag C-157/99 [2001]</i>	75
<i>R mod Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith og Perez, Sag C-167/97 [1999]</i>	128
<i>Reina mod Landeskreditbank Baden-Württemberg, Sag 65/81 [1982]</i>	72
<i>Richards mod Secretary of State for Work and Pensions, Sag C-423/04 [2006]</i>	24, 93
<i>Rinner-Kühn mod FWW Spezial-Gebäudereinigung, Sag 171/88 [1989]</i>	31, 128
<i>Sabbatini mod Europa-Parlamentet, Sag 20/71 [1972]</i>	67
<i>Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen, Sag C-362/06 [2009]</i>	78
<i>Schnorbus mod Land Hessen, Sag C-79/99 [2000]</i>	65, 95
<i>Sirdar mod The Army Board og Secretary of State for Defence, Sag C-273/97 [1999]</i>	49
<i>Susanna Brunnhofer mod Bank der österreichischen Postsparkasse AG, Sag C-381/99 [2001]</i>	123
<i>Vassilakis m.fl. mod Dimos Kerkyras, Sag C-364/07 [2008]</i>	78
<i>Webb mod EMO Cargo (Det Forenede Kongerige) Ltd, Sag C-32/93 [1994]</i>	26

Menneskerettighedsdomstolens retspraksis

<i>Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 9214/80, 9473/81 og 9474/81), 28. maj 1985	108
<i>Alujer Fernández og Caballero García mod Spanien</i> (dec.) (nr. 53072/99), 14. juni 2001	110
<i>Anakomba Yula mod Belgien</i> (nr. 45413/07), 10. marts 2009	79, 107
<i>Andrejeva mod Letland</i> [GC] (nr. 55707/00), 18. februar 2009	63, 73, 109
<i>Aziz mod Cypern</i> (nr. 69949/01), 22. juni 2004	27
<i>Bączkowski m.fl. mod Polen</i> (nr. 1543/06), 3. maj 2007	35, 82
<i>Balsytė-Lideikienė mod Litauen</i> (nr. 72596/01), 4. november 2008	84
<i>Barrow mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 42735/02), 22. august 2006	95
<i>Bigaeva mod Grækenland</i> (nr. 26713/05), 28. maj 2009	69
<i>Bouamar mod Belgien</i> (nr. 9106/80), 29. Februar 1988	85, 103
<i>Buckley mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 20348/92), 25. september 1996	75
<i>Burden mod Det Forenede Kongerige</i> [GC] (nr. 13378/05), 29. april 2008	22, 25, 44
<i>C. mod Belgien</i> (nr. 21794/93), 7. august 1996	108
<i>Campbell og Cosans mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 7511/76 og 7743/76), 25. februar 1982	112
<i>Carson m.fl. mod Det Forenede Kongerige</i> [GC] (nr. 42184/05), 16. marts 2010	22, 63, 117
<i>Castells mod Spanien</i> (nr. 11798/85), 23. april 1992	82, 117
<i>Cha'are Shalom Ve Tsedek mod Frankrig</i> [GC] (nr. 27417/95), 27. juni 2000	111
<i>Chahal mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 22414/93), 15. november 1996	108
<i>Chassagnou m.fl. mod Frankrig</i> (nr. 25088/94, 28331/95 og 28443/95), 29. april 1999	115
<i>Christine Goodwin mod Det Forenede Kongerige</i> [GC] (nr. 28957/95), 11. juli 2002	93, 93
<i>D.G. mod Irland</i> (nr. 39474/98), 16. maj 2002	85, 103
<i>D.H. m.fl. mod Den Tjekkiske Republik</i> [GC] (nr. 57325/00), 13. november 2007	22, 29, 30, 31, 73, 126, 129
<i>Dahlab mod Schweiz</i> (dec.) (nr. 42393/98), 15. februar 2001	113
<i>Danilenkov m.fl. mod Rusland</i> (nr. 67336/01), 30. juli 2009	69, 117
<i>Demir og Baykara mod Tyrkiet</i> (nr. 34503/97), 12. november 2008	69
<i>Đokić mod Bosnien-Hercegovina</i> (nr. 6518/04), 27. maj 2010	77
<i>Dudgeon mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 7525/76), 22. oktober 1981	98

<i>E.B. mod Frankrig</i> [GC] (nr. 43546/02), 22. januar 2008	62, 80, 98
<i>Engel m.fl. mod Nederlandene</i> (nr. 5100/71 m.fl.), 8. juni 1976	117
<i>Féret mod Belgien</i> (nr. 15615/07), 16. juli 2009	84
<i>Fretté mod Frankrig</i> (nr. 36515/97), 26. februar 2002	98
<i>Gaygusuz mod Østrig</i> (nr. 17371/90), 16. september 1996	63, 73, 109
<i>Glor mod Schweiz</i> (nr. 13444/04), 30. april 2009	100
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani mod Italien</i> (nr. 2)	
(nr. 26740/02), 31. maj 2007	117
<i>Handyside mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 5493/72), 7. december 1976	116
<i>Hasan og Chaush mod Bulgarien</i> [GC] (nr. 30985/96), 26. oktober 2000	112
<i>Hoogendijk mod Nederlandene</i> (dec.) (nr. 58641/00), 6. januar 2005	22, 127
<i>I. mod Det Forenede Kongerige</i> [GC] (nr. 25680/94), 11. juli 2002	93
<i>K.H. m.fl. mod Slovakiet</i> (nr. 32881/04), 28. april 2009	73
<i>Karner mod Østrig</i> (nr. 40016/98), 24. juli 2003	99
<i>Köse m.fl. mod Tyrkiet</i> (dec.) (nr. 26625/02), 24. januar 2006	113
<i>Koua Poirrez mod Frankrig</i> (nr. 40892/98), 30. september 2003	63, 73, 110
<i>L. mod Litauen</i> (nr. 27527/03), 11. september 2007	93
<i>Le Pen mod Frankrig</i> (dec.) (nr. 18788/09), 20. april 2010	84
<i>Loizidou mod Tyrkiet</i> [GC] (nr. 15318/89), 18. december 1996	58
<i>Luczak mod Polen</i> (nr. 77782/01), 27. november 2007	24
<i>Mazurek mod Frankrig</i> (nr. 34406/97), 1. februar 2000	80, 81, 115
<i>Medlemmer af Gldani-menigheden under Jehovas Vidner m.fl.</i>	
<i>mod Georgien</i> (nr. 71156/01), 3. maj 2007	84
<i>Metropolitan Church of Bessarabia m.fl. mod Moldova</i> (nr. 45701/99),	
14. december 2001	112
<i>Moldovan m.fl. mod Rumænien</i> (nr. 2) (nr. 41138/98 og 64320/01),	
12. juli 2005	77, 78
<i>Moskva-afdelingen af Frelsens Hær mod Rusland</i> (nr. 72881/01),	
5. oktober 2006	112
<i>Moustaquim mod Belgien</i> (nr. 12313/86), 18. februar 1991	23, 108
<i>Muñoz Díaz mod Spanien</i> (nr. 49151/07), 8. december 2009	80

<i>Nachova m.fl. mod Bulgarien</i> [GC] (nr. 43577/98 og 43579/98), 6. juli 2005	83, 83, 123, 124
<i>Opuz mod Tyrkiet</i> (nr. 33401/02), 9. juni 2009.....	29, 84, 129
<i>Oršuš m.fl. mod Kroatien</i> [GC] (nr. 15766/03), 16. marts 2010	73, 130
<i>Paraskeva Todorova mod Bulgarien</i> (nr. 37193/07), 25. marts 2010	35, 78
<i>Pearson mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 8374/03), 22. august 2006	95
<i>Petrov mod Bulgarien</i> (nr. 15197/02), 22. maj 2008	117
<i>Pretty mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 2346/02), 29. april 2002	36, 101
<i>Price mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 33394/96), 10. juli 2001	101
<i>Rasmussen mod Danmark</i> (nr. 8777/79), 28. november 1984	80, 81
<i>S.L. mod Østrig</i> (nr. 45330/99), 9. januar 2003	98
<i>Sag "vedrørende visse aspekter af lovene om brug af sprog i undervisningen i Belgien mod Belgien</i> (nr. 1474/62 m.fl.), 23. juli 1968	114
<i>Sahin mod Tyskland</i> [GC] (nr. 30943/96), 8. juli 2003.....	81, 117
<i>Schvizgebel mod Schweiz</i> (nr. 25762/07), 10. juni 2010	102
<i>Scientology kirken Moskva mod Rusland</i> (nr. 18147/02), 5. april 2007	112
<i>Šečić mod Kroatien</i> (nr. 40116/02), 31. maj 2007.....	83
<i>Sejdić og Finci mod Bosnien-Hercegovina</i> [GC] (nr. 27996/06 og 34836/06), 22. december 2009.....	105, 106
<i>Sidabras og Džiautas mod Litauen</i> (nr. 55480/00 og 59330/00), 27. juli 2004	63, 69
<i>Sławomir Musiał mod Polen</i> (nr. 28300/06), 20. januar 2009.....	73
<i>Smith og Grady mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 33985/96 og 33986/96), 27. september 1999	77
<i>Socialistpartiet m.fl. mod Tyrkiet</i> (nr. 21237/93), 25. maj 1998.....	82
<i>Sommerfeld mod Tyskland</i> [GC] (nr. 31871/96), 8. juli 2003.....	61, 80, 81, 117
<i>Stec m.fl. mod Det Forenede Kongerige</i> [GC] (nr. 65731/01 og 65900/01), 12. april 2006	63, 95
<i>Steel og Morris mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 68416/01), 15. februar 2005.....	117
<i>T. mod Det Forenede Kongerige</i> [GC] (nr. 24724/94), 16. december 1999	103
<i>Thlimmenos mod Grækenland</i> [GC] (nr. 34369/97), 6. april 2000.....	36
<i>Timishev mod Rusland</i> (nr. 55762/00 og 55974/00), 13. december 2005	105, 106, 123, 123
<i>Turan Cakir mod Belgien</i> (nr. 44256/06), 10. marts 2009.....	83, 83

<i>Ünal Tekeli mod Tyrkiet</i> (nr. 29865/96), 16. november 2004.....	91
<i>V. mod Det Forenede Kongerige [GC]</i> (nr. 24888/94), 16. december 1999	103
<i>Van Kück mod Tyskland</i> (nr. 35968/97), 12. juni 2003	94
<i>Walker mod Det Forenede Kongerige</i> (nr. 37212/02), 22. august 2006	95
<i>Weller mod Ungarn</i> (nr. 44399/05), 31. marts 2009	28, 63, 117
<i>Willem mod Frankrig</i> (nr. 10883/05), 16. juli 2009	84
<i>Wintersberger mod Østrig</i> (dec.) (nr. 57448/00), 27. maj 2003	42
<i>Zarb Adami mod Malta</i> (nr. 17209/02), 20. juni 2006	29, 62, 91
<i>Zeibek mod Grækenland</i> (nr. 46368/06), 9. juli 2009	107

Den Europæiske Komité for Sociale Rettigheders retspraksis

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) mod Bulgarien</i> , Klage nr. 41/2007, 3. juni 2008.....	122
<i>SUD Travail Affaires Sociales mod Frankrig</i> , Klage nr. 24/2004, 8. november 2005	122

Menneskerettighedskomiteéns retspraksis

<i>Diergaardt m.fl. mod Namibia</i> , Meddelelse nr. 760/1997, 6. september 2000	114
--	-----

Nationale domstoles retspraksis

Belgien – Correctionele Rechtbank van Antwerpen, afgørelse af 7. december 2004.....	76
Bulgarien – Sofia Regionale Domstol, afgørelse nr. 164 i civilsag nr. 2860/2006, 21. juni 2006	34
Cypern – Ligestillingsorgan, Ref. A.K.I. 37/2008, 8. oktober 2008	37

Det Forenede Kongerige – Den britiske appeldomstol, <i>Islington London Borough Council mod Ladele (Liberty intervening)</i> [2009] EWCA Civ 1357, 12. februar 2010	111
Det Forenede Kongerige – Den britiske appelret, <i>Eweida mod British Airways Plc</i> [2010] EWCA Civ 80, 12. februar 2010	131
Det Forenede Kongerige – Den britiske arbejdsappelret, <i>MacCulloch mod Imperial Chemical Industries Plc</i> [2008] IRLR 846, 22. juli 2008	53
Det Forenede Kongerige – Det britiske overhus, <i>James mod Eastleigh Borough Council</i> [1990] UKHL 6, 14. juni 1990	26
Det Forenede Kongerige – Det Forenede Kongeriges overret, <i>Amicus MSF Section, R. (på anmodning af) mod handels- og industriminister</i> [2004] EWHC 860 (Admin), 26. april 2004	51
Finland – Vaasa forvaltningsdomstol, nr. 04/0253/3	51
Frankrig – Appelretten i Nîmes, <i>Lenormand mod Balenci</i> , nr. 08/00907, 6. november 2008	75
Frankrig – Den franske kassationsdomstol, afdelingen for straffesager, Afgørelse nr. M 08-88.017 og nr. 2074, 7. april 2009	75
Frankrig – Forvaltningsdomstolen i Rouen, <i>Boutheiller mod Undervisningsministeriet</i> , nr. 0500526-3, 24. juni 2008	37
Slovenien – Advokat for ligestillingsprincippet, afgørelse nr. UEM-0921-1/2008-3, 28. august 2008	131
Sverige – <i>HomO</i> , Dossier nr. 262/06, 21. juni 2006	97
Sverige – Højesteret, <i>Escape Bar & Restaurant mod Ombudsmannen mot etnisk diskriminering</i> , sag nr. T-2224-07, 1. oktober 2008	74, 127
Sverige – Svea hovrätt, <i>Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell lægning v. A.S.</i> , sag nr. T-3562-06, 11. februar 2008	33, 75
Ungarn – Ligestillingsmyndigheden, sag nr. 72, april 2008	74
Ungarn – Ligestillingsmyndigheden, afgørelse nr. 654/2009, 20. december 2009 ...	33
Østrig – Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23. januar 2006	74
Østrig – Ligestillingskommissionen, Senat III	140

Oversigt over retsakter

Internationale instrumenter

FN's konvention om rettigheder for personer med handicap (13. december 2006)

FN's konvention om barnets rettigheder (20. november 1989)

FN's konvention mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (10. december 1984)

FN-konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination mod kvinder (18. december 1979)

FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination (4. januar 1969)

Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder (16. december 1966)

Den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (16. december 1966)

Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (4. november 1950)

Verdenserklæringen om menneskerettigheder (10. december 1948)

EU-instrumenter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) (5. juli 2006)

Rådets direktiv 2004/113/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser (13. december 2004)

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (7. december 2000)

Rådets Direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (27. november 2000)

Rådets direktiv 2000/43/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (29. juni 2000)

Rådets erklæring om iværksættelse af Kommissionens henstilling om beskyttelse af kvinders og mænds værdighed på arbejdspladsen, herunder en adfærdskodeks med henblik på bekæmpelse af seksuel chikane (19. december 1991)

Kommissionens henstilling 92/131/EØF om beskyttelse af mænds og kvinders værdighed på arbejdspladsen (27. november 1991)

Rådets direktiv 79/7/EØF om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (19. december 1978)

Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (9. februar 1976)

Supplerende materiale, der foreligger på cd-rom

- i. Rådets direktiv 79/7/EØF om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (19. december 1978) [DE – EN – FR]
- ii. Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, Nr. 22, 2010 [EN – FR]
- iii. Europa-Kommissionen, *Bekæmpelse af diskrimination - En uddannelseshåndbog*, 2006 [DE – EN – FR]
- iv. Equinet (European Network of Equality Bodies), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*, Volume I [EN – FR], Volume II [EN – FR], Volume III [EN – FR], Volume IV [EN]
- v. Equinet (European Network of Equality Bodies), *Combating Discrimination in Goods and Services*, 2004 [EN – FR]
- vi. Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder (FRA), *The Impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union*, 2010 [EN]
- vii. Europarådet (CoE), Case studies on Articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 and 14 of the European Convention on Human Rights, as well as on Article 1 of Protocol No. 1 to the ECHR [DE – EN – FR]
- viii. Sammendrag af udvalgte sager fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på ungarsk [HU]

Onlinekilder

Kilder	Webadresser ²⁷²
FRA's InfoPortal	http://infoportal.fra.europa.eu
FRA-rapport om <i>The Impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union</i> , 2010	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Europarådets websted for uddannelse i menneskerettigheder for retsvæsenets aktører	www.coehelp.org/
Europarådets menneskerettighedshåndbøger (Human Rights Handbooks)	http://www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Grgić, Mataga, Longar and Vilfan, <i>The right to property under the ECHR</i> , Human Rights Handbooks, Nr. 10, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Kilkelly, <i>The Right to Respect for Private and Family Life</i> , Human Rights Handbooks, Nr. 1, 2001	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636
Murdoch, <i>Freedom of Thought, Conscience and Religion</i> , Human Rights Handbooks, Nr. 2, 2007	http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122

²⁷² Alle hyperlinks adgang til den 23. november 2011.

Kilder	Webadresser
Europarådet, "Case Study 15 – Arrest, pre trial detention, ill treatment of Roma man", 2007	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Europarådet, Protokol nr. 12 til konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (CETS nr. 177), forklarende rapport, præmis 22	http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm
Equinet, <i>Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice</i> , Volumes I-IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Equinet, <i>Combating Discrimination in Goods and Services</i> , 2004	www.equineteurope.org/68.html
European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, "News Report"	www.non-discrimination.net/news
Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
Europa-Kommissionen, <i>Bekæmpelse af diskrimination - En uddannelseshåndbog</i> , 2006	http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=da



Note om citater

Ovennævnte retspraksis giver læseren omfattende information, så man kan finde frem til hele dommen i den pågældende sag. Det kan være nyttigt, hvis man ønsker at gå i dybden med den argumentation og analyse, der ligger til grund for afgørelsen ved den pågældende domstol.

Mange af de sager, der er omtalt i denne publikation, er afgjort ved enten Domstolen eller ECHR, så det er dem, der er fokus for den resterende gennemgang. Tilsvarende teknikker kan dog bruges ved anvendelse af nationale databaser over retspraksis.

For at finde retspraksis fra ECHR kan læseren gå ind på ECHR's HUDOC Portal, der giver gratis adgang til ECHR's retspraksis: www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/. HUDOC-portalen har en brugervenlig søgemaskine, der gør det let at finde den ønskede retspraksis. Den enkleste måde at finde den ønskede sag på er at indtaste sagsnummeret i søgefeltet med titlen "Application Number".

For at finde Domstolens retspraksis kan læseren gå ind på CURIA-søgemaskinen, der giver gratis adgang til Domstolens retspraksis: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=da>. CURIA har en brugervenlig søgemaskine, der gør det let at finde den ønskede retspraksis. Den enkleste måde at finde den ønskede sag på er at indtaste sagsnummeret i søgefeltet med titlen "Sagsnummer".

Alternativt giver begge søgemaskiner (eller andre søgemaskiner, der anvendes) mulighed for at browse gennem sagerne efter dato. Det er blevet gjort lettere at finde frem til den ønskede retspraksis ved at browse efter datoen for dommen, og der er af denne grund sat dato på alle de sager, der er medtaget i denne håndbog.

Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder
Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol – Europarådet

Håndbog om europæisk lovgivning om ikke-forskelsbehandling

2011 — 148 p. — 14,8 x 21 cm

ISBN 978-92-871-9974-4 (Europarådet)

ISBN 978-92-9192-861-3 (FRA)

doi: 10.2811/98129

En stor mængde yderligere oplysninger om Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder er tilgængelige på internettet via FRA's hjemmeside (<http://fra.europa.eu>).

Yderligere oplysninger om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis findes på Domstolens hjemmeside: www.echr.coe.int. HUDOC-søgeportalen giver adgang til domme og afgørelser på engelsk og/eller fransk, oversættelser til andre sprog, månedlige oplysningsblade om retspraksis, pressemeddelelser samt øvrige oplysninger om Domstolens arbejde.

Hvordan ådan får man fat i publikationer fra eu?

Gratis publikationer:

- Via EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- Hos Den Europæiske Unions repræsentationer eller delegationer. Kontaktoplysninger findes på: <http://ec.europa.eu> eller fås ved at sende en fax til +352 2929-42758.

Betalingspublikationer:

- Via EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Betalingsabonnementer (f. eks. *Den Europæiske Unions Tidende* og samlinger af afgørelser fra Den Europæiske Unions Domstol):

- Via Den Europæiske Unions Publikationskontors salgskontorer (http://publications.europa.eu/others/agents/index_da.htm).

Bestilling af Europarådets publikationer

Europarådets Publikationskontor leverer publikationer inden for alle organisationens referenceområder, herunder menneskerettigheder, retsvidenskab, sundhed, etik, sociale anliggender, miljø, uddannelse, kultur, sport, ungdom og arkitektur. Bøger og elektroniske publikationer fra det omfattende katalog kan bestilles online (<http://book.coe.int/>).

En virtuel læsesal giver brugerne mulighed for gratis at konsultere uddrag af nyligt udgivne hovedpublikationer eller fuldtekstversioner af visse officielle dokumenter.

Oplysninger om samt fuldtekstversioner af Europarådets konventioner findes på Traktatkontorets hjemmeside: <http://conventions.coe.int/>.

Den europæiske lovgivning om ikke-forskelsbehandling, som består af EU's direktiver om ikke-forskelsbehandling og artikel 14 i den europæiske menneskerettighedskonvention (ECHR) samt protokol 12 hertil, forbyder forskelsbehandling i en række sammenhænge og af en række årsager. I denne håndbog ser vi på EU-lovgivningen om ikke-forskelsbehandling i henhold til disse to kilder som komplementære systemer, idet de vil blive brugt i flæng, hvis de overlapper hinanden, mens evt. forskelle vil blive fremhævet. Med den imponerende retspraksis, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Den Europæiske Unions Domstol har udviklet inden for ikke-forskelsbehandling, forekom det hensigtsmæssigt at udarbejde en tilgængelig håndbog med en cd-rom beregnet for retsvæsenets aktører i EU's og Europarådets medlemsstater og for andre aktører såsom dommere, anklagere og advokater samt retshåndhævelsesmyndigheder.

DEN EUROPÆISKE UNIONS AGENTUR FOR GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Wien – Østrig
Tlf. +43 (1) 580 30-60 – Fax +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu

DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSDOMSTOL EUROPARÅDET

67075 Strasbourg Cedex – Frankrig
Tlf. +33 (0) 3 88 41 20 18 – Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int – publishing@echr.coe.int



Publikationskontoret

ISBN 978-92-871-9974-4
ISBN 978-92-9192-861-3



9 789291 928613