



ÚLFLJÓTUR

VEFRIT

Samningsfrelsið og skerðing þess

Eftir Ásu Ólafsdóttur, prófessor við lagadeild Háskóla Íslands

Efnisyfirlit

1	Inngangur	3
2	Hvað felst í samningsfrelsi?	3
3	Nýjar reglur jafnréttis laga – lög nr. 79/2015	5
3.1	Almennt um jafnréttis lög	5
3.2	Tilskipun 2004/113/EB	6
3.3	Nýtt ákvæði 24. gr. a jafnréttis laga	7
3.3.1	Gildissvið 24. gr. a jafnréttis laga	7
3.3.2	Samningur um kaup eða afhendingu á vöru eða þjónustu	7
3.3.3	Samningar um iðgjald og ákvörðun bótafjárhæðar	8
3.3.4	Undantekning 3. mgr. 24. gr. a	9
4	Lög nr. 85/2018 um jafna meðferð óháð kynþætti og þjóðernisuppruna	11
5	Lokaorð um samningsfrelsið	12
	Heimildaskrá	14
	Dómaskrá	14

Ágrip

Hér er fjallað um samningsfrelsið og þær undantekningar sem gerðar hafa verið á því með jafnréttislögum og lögum um jafna meðferð óháð kynþætti og þjóðernisuppruna. Fjallað er um lög nr. 79/2015 í þessu samhengi, en þar er að finna reglur sem eiga að stuðla að jafnrétti kynjanna og gilda í viðskiptum við kaup á vöru og þjónustu. Fjallað er nánar um þessar nýju reglur og vísað til úrlausna danskra dómstóla á þessu sviði. Til samanburðar er vikið að lögum nr. 85/2018 sem gilda um jafna meðferð óháð kynþætti og þjóðernisuppruna. Að lokum er fjallað um samningsfrelsið og þær skerðingar sem gerðar hafa verið á því m.a. vegna aðildar Íslands að samningnum um evrópska efnahagssvæðið.

Abstract

This article addresses the general rule of freedom of contract in Icelandic contract law, and the exceptions that have recently been made to that general rule by the Equal Rights Act and the Act on Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin. Act no. 79/2015 is discussed as it contains rules on the equal treatment of persons in the context of access to and provision of goods and services irrespective of gender. Referral is also made to decisions from Danish courts where a similar rule has been disputed. The article also addresses Act no. 85/2018, which stipulates the equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. The general rule of freedom of contract is then revisited especially in the light of the European directives that Iceland has passed, as it is a member of the European Economic Area.

1 Inngangur

Samningsfrelsið er skert með ákvæðum jafnréttis laga. Tilgangur skerðingarinnar er að koma á jafnrétti kynjanna. Með lögum nr. 79/2015 var gerð breyting á jafnréttislögum¹ þegar lögfest var að fullu tilskipun 2004/113/EB.² Felst í lögnum að óheimilt er að mismuna kynjum í samningum um aðgang eða afhendingu vöru eða þjónustu. Á sama hátt er óheimilt að mismuna kynjum við ákvörðun iðgjalda eða við ákvörðun bótafjárhæða vegna váttryggingasamninga eða í annarri skyldri fjármálaþjónustu. Frá framangreindum reglum eru þó gerðar undantekningar. Til viðbótar voru nýlega sett lög nr. 85/2018 um jafna meðferð óháð kynþætti og þjóðernisuppruna. Í þeim felst einnig skerðing samningsfrelsis, en lögnum er ætlað að stuðla að jafnri meðferð einstaklinga óháð kynþætti og þjóðernisuppruna.

Fullt tilefni er að gera grein fyrir reglum laga nr. 79/2015 og samhengi þeirra við almennar reglur samningaréttar enda er reglunum ætlað að takmarka samningsfrelsi í daglegum viðskiptum. Til hliðsjónar verður einnig vikið að lögum nr. 85/2018 sem skerða samningsfrelsið í þágu jafnrar meðferðar einstaklinga óháð kynþætti og þjóðernisuppruna.

2 Hvað felst í samningsfrelsi?

Í samningarétti er fjallað um samningsfrelsið og er hefðbundið að skilgreina það með jákvæðum hætti. Viðurkennt er að löggjarningsgjafi hafi *í fyrsta lagi* frelsi til að velja hvort gerður er samningur, *í öðru lagi* til að ákveða við hvern samningur er gerður og *í þriðja lagi* um efni samnings.³ Íslensk lög hafa haft að geyma undantekningar frá þessari meginreglu. Þær eru af margvíslegum toga og hafa verið settar á ýmsum tímum, í sumum tilvikum til að mæta nýjum aðstæðum í samfélaginu. Hér má nefna sem dæmi 38. gr. ábúðarlaga nr. 80/2004 sem mælir fyrir um kaupskyldu landeiganda við lok ábúðar og 1. mgr. 55. gr. laga nr. 26/1994 um fjöleignarhús þar sem eigandi íbúðar í fjöleignarhúsi getur þurft að selja eignarhluta sinn vegna grófra eða ítrekaðra brota á skyldum sínum gagnvart húsfélagi eða eigendum.

Lítið hefur verið fjallað um það af fræðimönnum hvort til séu viðmið um hvenær hagsmunir séu með þeim hætti að rétt sé að skerða samningsfrelsið.⁴ Hefur löggjafanum í reynd verið

¹ Hér verður vísað til laga um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 10/2008 sem jafnréttis laga. Sama á við um fyrri lög um sama efni, þ.e. lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 78/1976, nr. 65/1985, nr. 28/1991 og nr. 96/2000.

² Tilskipun ráðsins nr. 2004/113/EB frá 13. desember 2004 um beitingu meginreglunnar um jafna meðferð kvenna og karla að því er varðar aðgang að og afhendingu á vöru og þjónustu.

³ Sjá þó t.d. Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*. Reykjavík 1987, bls. 25-26.

⁴ Sjá til hliðsjónar *Hrd. 2006 bls. 2820 (282/2006)*. Kröfu um að stefndi gerði samning nánar tiltekins efnis til samræmis við ítarlega samningsskilmála var vísað frá héraðsdómi. Ekki væri hægt að skylda stefnda til að efna samning á grundvelli samningsákvæða sem stefnandi hefði einhliða sett fram. Stríddi það gegn meginreglunni um samningsfrelsi aðila og venjulegum viðskiptaháttum.

falið mat þess, sem hluta af stefnumótun þjóðfélagsins hverju sinni, hvenær sé rétt að skerða athafnafrelsi einstaklinga, þ.e. hvort og þá með hvaða hætti því séu sett takmörk.

Sem dæmi má nefna að við meðferð frumvarps til jarðalaga nr. 81/2004 var forkaupsréttur sveitarfélaga á jörðum í sveitarfélagi felldur á brott. Var það m.a. rökstutt þannig að ákvæðið fæli í sér mjög víðtækt inngríp í samningsfrelsið sem ekki yrði séð að væri nauðsynlegt nema *brýnir almannahagsmunir* krefðust þess.⁵ (leturbreyting hér).

Staðreyndin er sú að skerðing samningsfrelsis hefur reynst öflugt tæki til þess að ná fram þjóðfélagslegum breytingum. Hér má sem dæmi nefna lög nr. 13/2010, þar sem komið var á þeirri reglu að gæta verði að kynjahlutföllum við skipun í stjórnir félaga. Því mætti halda fram að með því að mæla fyrir um hvernig skipa skuli stjórnir fyrirtækja á einkamarkaði sé gengið nokkuð langt enda hafa hluthafar ekki frjálsar hendur um kosningu stjórnar. Samningsfrelsið er þó skert á þessu sviði í þágu þess markmiðs að vinna beri að jafnrétti kynjanna.

Aðild Íslands að EES-samningnum hefur haft afleiðingar í för með sér á þessu sviði. Lögfestar hafa verið reglur sem þrengja verulega að samningsfrelsinu og má sem dæmi nefna reglur á sviði neytendaréttar. Hér má nefna lög nr. 16/2016 um neytendasamninga. Reglur laganna eru ófrávíkjanlegar og má því ekki semja um lakari rétt fyrir neytanda en leiðir af lögnum.⁶ Þar er um að ræða löggjöf sem skerðir samningsfrelsi og er sett á grundvelli aðildar Íslands að EES-samningnum. Nýleg dæmi finnast einnig um að íslensk lög hafi verið talin skerða um of samningsfrelsi á sviði sem fellur undir EES-samninginn.⁷ Til að mynda var með lögum nr. 36/2017 gerð breyting á lögum nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, vegna athugasemda Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA). Stofnunin tók reglur laganna til athugunar í kjölfar dóma Hæstaréttar þar sem fallist var á að ekki væri heimilt að semja um grundvöll verðtryggingar með þeim hætti að binda útlán í íslenskum krónum við gengi erlendra mynta.⁸ Var það álit ESA að fyrrgreint bann íslenskra laga við gengistryggingu samrýmdist ekki meginreglu EES-samningsins um frjálst fjármagnsflæði.⁹ Hafði ESA gert íslenskum stjórnvöldum það ljóst að yrði banninu ekki aflétt mætti búast við að málið yrði borið undir EFTA-dómstólinn.¹⁰

⁵ Alpt. 2003-2004, A-deild, bls. 7025.

⁶ Sjá nánar Viðar Már Matthíasson: „Er víst að loforð sé enn loforð? – Hugleiðingar um skuldbindingargildi loforða“. *Afmælisrit Þór Vilhjálmsson*, Reykjavík 2000, bls. 591-610.

⁷ Sjá umfjöllun Ruth Nielsen um [ECLI:EU:C:2009:270](#) (*Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*). Ítölsk lög sem mæltu fyrir um skyldu til kaupa á váttryggingum voru m.a. talin brjóta gegn reglum um frjálsan stofnsetningarrétt. Sjá nánar Ruth Nielsen: „*Diskriminationsforbud som formueretligt princip*“. Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen. Kaupmannahöfn 2017, bls. 423-433.

⁸ Sjá sem dæmi *Hrd. 16. júní 2010 (92/2010)*.

⁹ Sjá nánar rökstutt álit ESA. Rökstutt álit ESA í málum nr. 68809 og 69278. Aðgengilegt á vefsíðu ESA: www.eftasurv.int/media/public-documents/652739.pdf.

¹⁰ Alpt. Þskj. 300, 146. lögþ. 2016-17, bls. 4-5.

3 Nýjar reglur jafnréttislaga – lög nr. 79/2015

3.1 Almennt um jafnréttislög

Allt frá síðustu öld hefur markvisst verið stefnt að því af hálfu löggjafans að jafna stöðu kvenna og karla. Hér má nefna þá breytingu sem gerð var á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 með lögum nr. 97/1995, þegar bætt var við nýju ákvæði 2. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar. Samkvæmt því skulu konur og karlar njóta jafnréttis í hvítetna.¹¹ Með setningu fyrstu jafnréttislaga nr. 78/1976 var stigið mikilvægt skref í þá átt að jafna stöðu kynjanna. Lögum hefur síðar verið breytt og eru núgildandi jafnréttislög nr. 10/2008. Skerðing samningsfrelsisins í frumvarpi til fyrstu jafnréttislaga var rökstudd þannig að leitast átti við að ná raunverulegu jafnrétti kynjanna.¹² Markmiðið var skýrt og mikilvægi þess var talið vega þyngra en óbreytt ástand án slíks inngrips löggjafans. Í þessu samhengi má benda á að ef brotið er gegn ákvæðum jafnréttislaga af ásettu ráði eða vanrækslu, getur það leitt til greiðslu skaðabóta eftir almennum reglum og eftir atvikum miskabóta sbr. 31. gr. jafnréttislaga. Þá varða brot á lögum sektum, nema þyngri refsing liggji við samkvæmt öðrum lögum. Kæra má brot á lögum til kærunefndar jafnréttismála og samkvæmt 4. mgr. 5. gr. jafnréttislaga nr. 10/2008 eru úrskurðir nefndarinnar bindandi fyrir málsaðila.

Flestir dómur Hæstaréttar sem fallið hafa um jafnréttislög eru á sviði vinnuréttar.¹³ Hins vegar er í 24. gr. jafnréttislaga mælt fyrir um almennt bann við mismunun, sem var í gildi fyrir gildistöku laga nr. 79/2015. Um það ákvæði (og forvera þess í eldri jafnréttislögum) hefur verið fjallað af kærunefnd jafnréttismála. Til að mynda var ekki fallist á að brotið hefði verið gegn sambærilegu ákvæði 1. mgr. 22. gr. eldri jafnréttislaga nr. 96/2000 í *áliti kærunefndar jafnréttismála (4/2002)*, þar sem deilt var um hvort afsláttur á árgjaldi kvenna í golfklúbbi væri mismunun í skilningi ákvæðisins. Var fallist á að það væri lögmeitt sjónarmið í skilningi þágildandi 2. mgr. 22. gr. laganna, að fjölga konum í hópi iðkenda íþróttarinnar.¹⁴ Kærunefndin vísaði hins vegar frá tveimur málum á grundvelli aðildarsjónarmiða, sem eru athyglisverð í þessu samhengi, þar sem ekki verður annað séð en að þau tilvik hefðu fallið undir nýju reglu 24. gr. a jafnréttislaga sem sett var með lögum 79/2015. *Annars vegar úrskurður kærunefndarinnar (7/2014)* þar sem kvartað hafði verið undan sérstökum lánaflokkum fyrir fyrirtækjarekstur kvenna á starfssvæði Byggðastofnunar og *hins vegar*

¹¹ Sjá nánar umfjöllun: Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur mannréttindi*, bls. 563-593.

¹² Alþt. 1975-1976, A-deild, bls. 1322.

¹³ Sjá: *Hrd. 2000, bls. 2104 (11/2000)*, *Hrd. 2005, bls. 122 (258/2004)*, *Hrd. 2006, bls. 4891 (195/2006)*, *Hrd. 15. október 2009 (25/2009)* og *Hrd. 15. janúar 2015 (364/2014)*.

¹⁴ Ekki var fallist á mismunun vegna reynslulausna fanga í *áliti (3/2003)* og vegna synjunar á umsókn karls um húsmæðraorlofsferð eftir lögum 53/1972 í *úrskurði (8/2011)*. Sama niðurstaða var í *áliti (6/2003)* þar sem ekki var fallist á að mismunun fælist í fyrirkomulagi afplánunar kven- og karlfanga á Íslandi og í *áliti (2/1993)* þar sem fjallað var um synjun karls á félagsaðild að Kvenfélagi Bessastaðahrepps. Nokkur dæmi eru um frávisanir mála. Í *úrskurði (6/2017)* var máli vísað frá vegna aðildar, en þar hafði einungis verið auglýst eftir umsækjendum um starf af öðru kyninu. Nefndin hefur auk þess vísað frá málum þar sem þau hafa ekki verið talin heyra undir nefndina, sbr. *úrskurð (7/2012)* um aukið meðlag með barni og *úrskurð (10/2012)* ágreiningur vegna ákvörðunar meðlags.

úrskurður kæruneftdarinnar (9/2011) þar sem VR hafði tiltekinn dag hvatt fyrirtæki til að veita konum 10% afslátt af vörum og þjónustu vegna almenns launamismunar kynjanna.

3.2 Tilskipun 2004/113/EB

Tilskipun 2004/113/EB er lágmarkstilskipun og er markmið hennar að stuðla að jafnrétti kynjanna á öðrum sviðum en á vinnumarkaði. Hún gildir um alla einstaklinga sem og fyrirtæki við útvegum vara og veitingar þjónustu sem býðst almenningi á almennum markaði sem og opinberum markaði, en tekur þó ekki til samninga á sviði einka- og fjölskyldulífs eða á vinnumarkaði. Hún tekur jafnframt hvorki til efnis fjölmiðla né til menntunar, eins og fram kemur í 3. mgr. 3. gr. hennar.

Í tilskipuninni er hugtakið „bein mismunun“ skilgreint. Það á við um óhagstæðari meðferð á grundvelli kynferðis eða sambærilegar aðstæður. Hugtakið „óbein mismunun“ tekur hins vegar til þess þegar „að því er virðist hlutlaust ákvæði, viðmiðun eða venja setur fólk af öðru kyninu í síðri stöðu en fólk af hinu kyninu, nema viðkomandi ákvæði, viðmiðun eða venja sé réttlætt á hlutlægan hátt með lögmætu markmiði og aðferðirnar til að ná því markmiði séu viðeigandi og nauðsynlegar“, eins og fram kemur í 2. gr. b.¹⁵

Í 1. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar kemur fram sú meginregla að bein mismunun sé óheimil, þ.m.t. lakari meðferð á konum vegna meðgöngu og fæðingar,¹⁶ en jafnframt er óbein mismunun óheimil. Þá er tekið fram í 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar að hún brjóti ekki í bága við frelsi einstaklings til að velja sér samningsaðila, að því tilskildu að val á samningsaðila byggist ekki á kynferði. Í 5. gr. er svo fjallað sérstaklega um útreikning á tryggingafræðilegum stuðlum, þar sem er mælt fyrir um almennt bann við að nota kynferði sem stuðul í útreikningum á iðgjaldi og bótum í tryggingastarfsemi og skyldri fjármálaþjónustu.

Þrjár atrennur þurfti til að lögfesta efni tilskipunarinnar á Alþingi. Fyrst var frumvarp lagt fram á 141. löggjafarþingi og svo að nýju á 143. löggjafarþingi 2013-2014. Við meðferð frumvarpsins varð það að endingu tillaga allsherjar- og menntamálanefndar að fella á brott úr frumvarpinu reglur um samninga um kaup á vörum og þjónustu og um tryggingar og fjármálaþjónustu með eftirfarandi rökstuðningi:

Við meðferð frumvarpsins í nefndinni kom fram nokkur gagnrýni á ákvæðið. Töldu nokkrir umsagnaraðilar að skýra þyrfti betur umfang þess og hversu víðtækt bannið yrði, þ.e. hve langt því væri ætlað að ganga eða við hvaða háttsemi væri verið að stemma stigu með banninu. Einnig komu fram athugasemdir um að það væri ekki skýrt hvernig yrði tekið á því ef körlum og konum stendur til boða sambærileg þjónusta en hvorum í sínu lagi. Nefndin ræddi þetta nokkuð og telur

¹⁵ Auk þess eru hugtökin „áreitni“ og „kynferðisleg áreitni“ skilgreind, þar sem í þeim felst mismunun á grundvelli tilskipunarinnar og telst bönnuð, eins og fram kemur í 3. mgr. 4. gr. hennar, en þessi hluti tilskipunarinnar var lögfestur með lögum nr. 62/2014.

¹⁶ Fyrirvari er þó gerður um hagstæðari ákvæði varðandi vernd kvenna, einkum með tilliti til meðgöngu og fæðingar sbr. 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar.

að gera verði ríkar kröfur til lagasetningar þegar mælt er fyrir um breytingar sem hugsanlega geta haft þær afleiðingar að lögmæt starfsemi verði skyndilega talin óheimil. Nefndin bendir á að stefnt er að útgáfu skýrslu um framkvæmd aðildarríkja ESB á tilskipun 2004/113/EB. [...] Með hliðsjón af framangreindu er það mat nefndarinnar að rétt sé að fresta innleiðingu á tilskipun ráðsins 2004/113/EB, þar til hún hefur kynnt sér efni skýrslunnar.¹⁷

Fallist var á tillögu allsherjar- og menntamálanefndar og var frumvarpið samþykkt svo breytt sem lög nr. 62/2014. Það leiddi til málshöfðunar Eftirlitsstofnunar EFTA á hendur Íslandi fyrir EFTA-dómstólnum vegna brots á samningnum um EES, þar sem tilskipunin hefði ekki verið að fullu innleidd. Á það var fallist af EFTA dómstólnum í [máli E-13/2014](#), frá 28. janúar 2015. Nýtt frumvarp var því næst lagt fram á Alþingi 24. febrúar 2015, þar sem þeir hlutar sem felldir höfðu verið á brott voru nú lagðir fyrir Alþingi að nýju. Varð það frumvarp að lögum nr. 79/2015, þar sem bætt var við jafnréttislög nýju ákvæði 24. gr. a.

3.3 Nýtt ákvæði 24. gr. a jafnréttislaga

3.3.1 Gildissvið 24. gr. a jafnréttislaga

Nýju ákvæði 24. gr. a jafnréttislaga er ætlað að taka til allra þeirra aðila sem bjóða fram vöru eða þjónustu sem býðst almenningi á almennum markaði, en einnig á opinberum markaði og falla þar jafnframt undir opinberir aðilar. Undanskildir eru þó samningar á sviði „einka- og fjölskyldulífs“, en það hugtak er lítið þekkt í íslenskum lögum. Fáar vísbendingar er að finna í greinargerð með frumvarpinu um hvernig skýra eigi hugtakið, en þar er þó nefnt sem dæmi það tilvik þegar einstaklingur leigir herbergi inni á heimili þar sem leigusali býr sjálfur. Ákvæðið gildir þó ekki á sviði vinnuréttar. Er lögum sem sett hafa verið og gilda almennt um vinnumarkaðinn og sem t.d. er að finna í jafnréttislögum nr. 10/2008 ætlað að gilda áfram jafnhliða hinum nýju reglum.¹⁸ Því gildir ákvæði 24. gr. a ekki um tryggingar sem tengjast störfum á vinnumarkaði, t.d. um launþegatryggingar eða starfsábyrgðartryggingar.¹⁹

3.3.2 Samningur um kaup eða afhendingu á vöru eða þjónustu

Í 1. mgr. 24. gr. a jafnréttislaga er mælt fyrir um að hvers konar mismunun á grundvelli kyns sé óheimil við veitingu eða afhendingu á vöru og þjónustu. Hugtökin „vörur“ og „þjónusta“ voru ekki skilgreind nánar í lögnum, en í greinargerð með frumvarpinu kom fram að með hugtakinu „vörur“ væri átt við framleiðsluvörur í skilningi ákvæða stofnsáttmála Evrópusambandsins, en með hugtakinu „þjónusta“ væri átt við þjónustu sem að jafnaði væri veitt gegn þóknun að því leyti sem hún lyti ekki ákvæðum um frjálsa vöruflutninga, frjálsa fjármagnsflutninga og frjálsa fólksflutninga, samkvæmt 50. gr. stofnsáttmála

¹⁷ Alþt. Þskj. 1096, 143. lögþ. 2013-14, bls. 1.

¹⁸ Sjá einnig lög nr. 86/2018.

¹⁹ Alþt. Þskj. 946, 144. lögþ. 2014-15, bls. 3.

Evrópusambandsins sem er efnislega samhljóða 37. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið. Í greinargerð með frumvarpinu var jafnframt tekið fram að ekki virtist skipta máli hvaða fyrirkomulag væri á endurgjaldi fyrir veitta þjónustu, hver reiddi það af hendi eða hvort sá sem nyti þjónustunnar greiddi fyrir hana.²⁰

Bann er lagt við mismunun við gerð samnings um kaup eða afhendingu á vörum eða þjónustu. Í greinargerð með frumvarpinu var sérstaklega áréttað að ekki væri verið að takmarka almennt samningsfrelsi, þar sem aðili sem býði fram vöru eða þjónustu kynni að hafa margar huglægar ástæður fyrir vali á samningsaðila, svo lengi sem valið byggðist ekki eingöngu á kyni viðsemjandans.²¹

3.3.3 Samningar um iðgjald og ákvörðun bótafjárhæðar

Fjallað er um váttryggingasamninga í 2. mgr. 24. gr. a jafnréttislaga. Hvers konar mismunun á grundvelli kyns er nú óheimil við ákvörðun iðgjalds og bótafjárhæðar vegna váttryggingarsamnings eða samkvæmt annarri skyldri fjármálaþjónustu. Þá er lagt bann við að kostnaður tengdur meðgöngu og fæðingu leiði til mismunandi iðgjalda og bóta fyrir einstaklinga.

Almenna reglan sem lögð var til í 5. gr. tilskipunarinnar var að óheimilt væri að nota kyn viðskiptavinar sem stuðul við útreikninga iðgjalda sem og við ákvörðun bótafjárhæða, ef kyn leiddi til mismunandi iðgjalda eða bótafjárhæðar fyrir einstaklinga. Í kjölfar *Test-Achats* dómsins frá 1. mars 2011, [ECLI:EU:C:2011:100](#), gaf framkvæmdastjórn Evrópusambandsins út leiðbeinandi tilmæli um túlkun 5. gr. tilskipunarinnar. Þar kom fram að í sumum tilvikum þyrfti að taka mið af kynferði í ljósi tiltekins lífeðlisfræðilegs munar á körlum og konum. Tillit var tekið til þessa í frumvarpi til laga nr. 79/2015, en þar kom fram að iðgjöld líf- og heilsutrygginga og bætur tveggja einstaklinga vegna sams konar váttryggingarsamnings gætu ekki verið mismunandi einungis vegna þess að þeir væru ekki af sama kyni. Hins vegar gætu aðrir áhættuþættir leitt til mismununar, t.d. vegna heilsufars eða fjölskyldusögu og til að meta þá tilteknu áhættuþætti gæti þurft að líta til kynferðis vegna lífeðlisfræðilegs munar á körlum og konum. Var þar gefið eftirfarandi dæmi:

... fjölskyldusaga um brjóstakrabbamein hefur ekki sömu áhrif á heilbrigðisáhættu karls og konu og þar af leiðandi mat á áhættu. Framkvæmdastjórnin telur að áfram verði heimilt að bjóða váttryggingar sem taka mið af kynferði og gilda um aðstæður sem einvörðungu eða fyrst og fremst varða karla eða konur, t.d. krabbamein í blöðruhálskirtli, brjóstum eða legi.²²

Í greinargerð með frumvarpinu kom fram að til að mynda hafi lengi tíðkast á Íslandi að setja inn kynjabreytu þegar reiknuð væru út iðgjöld í tengslum við líftryggingar, sem hafi í einhverjum tilvikum leitt til mishárra iðgjalda eftir kyni váttryggingartaka. Slíkar

²⁰ Alþt. þskj. 946, 144. lögþ. 2014-15, bls. 3.

²¹ Alþt. þskj. 946, 144. lögþ. 2014-15, bls. 3.

²² Alþt. þskj. 946, 144. lögþ. 2014-15, bls. 8.

reikningsaðferðir eru nú ólögsmætar ef þær leiða til mismununar á grundvelli kyns. Kynjabreytur í tryggingastærðfræðilegum útreikningi mætti hins vegar nota við útreikning á iðgjöldum og bótafjárhæðum, svo framarlega sem það kæmi ekki fram í mismunandi iðgjöldum eða bótafjárhæðum fyrir einstaklinga á grundvelli kyns.

3.3.4 Undantekning 3. mgr. 24. gr. a

Mikilvæga takmörkun á gildissviði 1. og 2. mgr. 24. gr. a er þó að finna í 3. mgr. 24. gr. a. Til þess að víkja frá fyrrgreindum reglum þurfa lögmæt markmið að réttlæta að vara eða þjónusta standi einungis öðru kyninu til boða. Sá sem hefur staðið fyrir slíkri mismunun þarf að geta réttlætt slíka mismunun á málefnalegan hátt og sýna fram á að þær leiðir sem valdar hafi verið til að ná því markmiði hafi verið viðeigandi og nauðsynlegar.²³ Þar er oft mikill vandi að greina á milli, en hér má líta til framkvæmdar í öðrum Evrópuríkjum, en ýmsum ágreiningsmálum sem hafa komið upp hefur verið safnað saman og þau gefin út í skýrslu á vegum evrópsks samstarfsnets eftirlitsaðila á sviði jafnréttismála (Equinet).²⁴ Í greinargerð með frumvarpinu var m.a. vísað til þeirrar skýrslu og reifuð nokkur mál sem upp höfðu komið í öðrum ríkjum sambandsins.²⁵ Má sem dæmi nefna finnskt mál sem fjallaði um aðgengi að líkamsræktarstöð, sem einungis var opin konum. Það var talið réttlætanlegt í ljósi þeirra lögmætu markmiða sem að var stefnt og væri viðeigandi og nauðsynlegt til að ná því markmiði að auka íþróttaiðkun kvenna.²⁶

Í Danmörku var tilskipunin innleidd með sama hætti og hér á landi, þ.e. með því að fella reglur hennar inn í dönsku jafnréttislögin árið 2007 (lög nr. 1095/2007)²⁷. Áhugavert er því að skoða danska dóma um skýringu 2. gr. dönsku jafnréttislaganna. Hæstiréttur Danmerkur fjallaði í *UfR 2013, bls. 128H* um hvort það væri mismunun í skilningi 2. gr. dönsku jafnréttislaganna að bjóða upp á símatorgsþjónustu, þar sem gjald var fært vegna símtala í annað uppgefina númera þjónustunnar sem ætlað var körlum, en hitt símanúmerið, sem ætlað var konum, var gjaldfrjálst. Tilgangur símaþjónustunnar var að koma á sambandi kvenna og karla. Höfðu 322 karlmenn og 5 konur hringt í gjaldnúmerið á tilteknu tveggja vikna tímabili, en á sama tíma höfðu 39 karlmenn og 186 konur hringt í gjaldfrjálsa símanúmerið. Talið var að miðlun símtala væri þjónusta í skilningi 2. gr. laganna. Símsvarakveðju þjónustunnar hafði þó verið breytt, þannig að í henni var ekki lengur vísað til kyns. Þrátt fyrir það taldi Hæstiréttur Danmerkur að

²³ Sjá dæmi í greinargerð með frumvarpinu um tilvik sem hér félli undir, þ.e. ef athvarfi væri komið á fót fyrir annað kynið til verndar þolendum kynferðisofbeldis. Nánar þyrfti hins vegar að skýra sjálfsvarnarnámskeið sem væri eingöngu haldið fyrir konur eða þjónanámskeið sem væri eingöngu haldið fyrir karla. Alþt. Þskj. 946, 144. lögþ. 2014-15, bls. 5.

²⁴ <http://www.equineteurope.org/>

²⁵ *Equality bodies and the gender goods and services directive*, bls. 19-24.

²⁶ *Equality bodies and the gender goods and services directive* bls. 19-24.

²⁷ Sjá t.d. umfjöllun Ruth Nielsen: „Princippet om ligebehandling af kvinder og mænd som et generalt princip i kontraktretten.“ TFR, 119. árg., 1. tbl., bls. 71-103.

Þótt símsvarakveðjunni hefði verið breytt, þá væri í reynd veitt þjónusta sem körlum var gert að greiða fyrir en konum ekki. Í því fælist bein sem óbein mismunun í skilningi 2. gr. laganna. Ekki var fallist á með þjónustufyrirtækinu að nauðsynlegt eða viðeigandi væri að gera slíkan mun á veittri þjónustu með sjónarmiðum tengdum rekstrargrundvelli símaþjónustunnar. Slík sjónarmið gætu ekki réttlætt mismunun í skilningi ákvæðisins.

Tvö önnur mál á þessu sviði hafa komið til úrlausnar fyrir Landsrétti í Danmörku. Í þeim var fjallað um hvort sú mismunun sem um ræddi hefði verið lögmæt og hvort aðferðirnar til að ná þeim lögmætu sjónarmiðum hefðu verið nauðsynlegar og viðeigandi. Í *UfR. 2015, bls. 790Ø* var það talið vera mismunun í skilningi 2. gr. dönsku jafnréttislaganna að gefa upp sérstakt verð fyrir dömuklippingu annars vegar og herraklippingu hins vegar á tiltekinni hárgreiðslustofu. Hins vegar var fallist á að sú mismunun hefði verið málefnaleg. Munur væri á þeirri tækni, kröfum og tíma sem færi í herraklippingar og dömuklippingar. Meiri hluti dómsins tók því næst fram að um mismunun væri að ræða í skilningi ákvæðisins, ef sýnt væri fram á að konum hefði í reynd verið neitað um herraklippingu gegn lægra verði og öfugt. Ekki hafði verið sýnt fram á það í málinu.²⁸

Í *UfR. 2014, bls. 2286Ø* hafði Bella-Sky hótelið á Amager í Kaupmannahöfn útbúið 20 herbergi (af 812 herbergjum) á 17. hæð í öðrum tveggja turna hótelsins. Var konum einum veittur aðgangur að þeirri hæð. Var það rökstutt með velsæmis- og öryggissjónarmiðum og því að herbergin hefðu verið útbúin með þægindum sem karlmenn sæktust almennt síður eftir. Körlum var meinaður aðgangur að hæðinni, en þeir höfðu fullan aðgang að öðrum herbergjum hótelsins, þ.m.t. 17. hæð hótelsins í hinum turni þess. Karlmaður kvartaði yfir því og taldi það vera mismunun í skilningi 2. gr. dönsku jafnréttislaganna. Meirihluti dómenda taldi að ekki hefði verið sýnt fram á að takmörkunin hefði verið nauðsynleg til að tryggja öryggi og velsæmi kvengesta. Ef svo háttaði til að öll herbergi á 17. hæð í hinum turni hótelsins væru upptekin, gæti karlkyns gestur ekki fengið til afnota herbergi á kvannahæðinni. Hann yrði þar með af því ágæta útsýni sem konur gætu þá einar notið. Þá gæti karlmaður ekki fengið gistingu á hótelinu, ef öll önnur herbergi en þau sem væru á kvannahæðinni væru upptekin. Á þetta sjónarmið var ekki fallist í sératkvæði eins dómara. Þar sagði að sá mismunur sem væri á kvannaherbergjum og öðrum herbergjum væri í reynd einungis af fagurfræðilegum toga. Karlar gætu notið útsýnis af herbergjum sem væru á 17. hæð í hinum turninum, auk þess sem þar hefðu verið innréttuð tvö herbergi á sama hátt og á kvennaganginum.

Í umfjöllun fræðimanna um síðastgreinda dóminn hefur því m.a. verið haldið fram að álitaefnið komi jafnrétti kynjanna lítið við og að hagsmunir hefðu verið óverulegir.²⁹ Auk þess hefur aðferðafræði dómstólsins verið gagnrýnd. Betur hefði farið á því að nálgast álitaefnið með þá spurningu að leiðarljósi hvort það væri í reynd mismunun ef fyrir lægi að karlmönnum hefði

²⁸ Frekari dæmi um málefnalegar ástæður í framangreindum skilningi, *Equality bodies and the gender goods and services directive*, bls. 31-33. Sjá einnig Alþt. Þskj. 946, 144. lögþ. 2014-15, bls. 4.

²⁹ Niels Fenger: „Er antidiskriminationsretten ved at gå for langt?“, bls. 118.

sannarlega boðist sambærileg þjónusta hjá sama þjónustuveitanda. Það væri alls ekki sjálfgefið að í því fælist mismunun í framangreindum skilningi.³⁰

4 Lög nr. 85/2018 um jafna meðferð óháð kynþætti og þjóðernisuppruna

Með lögum nr. 85/2018 um jafna meðferð óháð kynþætti og þjóðernisuppruna voru settar nýjar reglur sem takmarka enn frekar samningsfrelsið, en lögin tóku gildi 1. september 2018. Kæra má brot á lögnum til kærunefndar jafnréttismála, auk þess sem brot gegn þeim geta einnig varðað sektum og leitt til greiðslu bóta, að nánari skilyrðum uppfylltum.³¹ Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 85/2018 segir að þau væru m.a. byggð á tilskipun nr. 2000/43/EB.³² Ekki var þó um að ræða innleiðingu á tilskipuninni enda fellur efni fyrrgreindrar tilskipunar ekki undir íslenskan rétt. Frumvarpinu væri hins vegar ætlað að tryggja að efnislegt samræmi væri á íslenskum rétti og þeim rétti sem gildir innan Evrópusambandsins á þessu sviði.³³

Í 9. gr. laganna segir að hvers kyns mismunun vegna kynþáttar eða þjóðernisuppruna í tengslum við aðgang að eða afhendingu á vöru sé óheimil. Það sama gildir um þjónustu og aðgang að þjónustu og á jafnframt við um húsnæði sem er í boði fyrir almenning. Þó gildir ákvæðið ekki um viðskipti á sviði einka- og fjölskyldulífs. Er því samhljómur á milli gildissviðs laganna og ákvæðis 24. gr. a jafnréttislaga.³⁴ Í sérstöku bráðabirgðaákvæði er jafnframt tekið fram að ráðherra skuli innan árs frá gildistöku laganna leggja fram á Alþingi frumvarp þar sem kveðið verði á um að lögnum verði breytt þannig að þau gildi ekki eingöngu um jafna meðferð einstaklinga óháð kynþætti og þjóðernisuppruna heldur einnig óháð trú, lífsskoðun, fötlun, aldri, kynhneigð, kynvitund, kyneinkenum eða kyntjáningu á öllum sviðum samfélagsins utan vinnumarkaðar, sbr. lög um jafna meðferð á vinnumarkaði. Í 7. gr. laganna segir ennfremur að ákvæði í samningi sem fela í sér mismunun vegna kynþáttar eða þjóðernisuppruna séu ógild.

Athygli vekur að í greinargerð með frumvarpi til laganna segir að reglur frumvarpsins eigi ekki að takmarka samningsfrelsi manna almennt, þar sem segir:

Aðili sem býður vörur eða þjónustu kann að hafa margar huglægar ástæður fyrir vali sínu á samningsaðila. Kemur frumvarpið ekki í veg fyrir að aðilum sé enn frjálst að velja sér

³⁰ Niels Fenger: „Er antidiskriminationsretten ved at gå for langt?“, bls. 119.

³¹ Sjá einnig lög nr. 86/2018 um jafna meðferð á vinnumarkaði.

³² Tilskipun ráðsins frá 29. júní 2000 um framkvæmd meginreglunnar um jafna meðferð manna án tillits til kynþáttar eða þjóðernis.

³³ Alþt. þskj. 551 - 148. lögb. 2017-18, bls. 5.

³⁴ Í greinargerð segir um þessa undantekningu: „Ekki er því gert ráð fyrir að frumvarp þetta gildi um tilvik þar sem einstaklingur leigir út íbúð sína tímabundið eða herbergi í húsi þar sem fjölskylda hans býr. Öðru máli gegnir um leigufélag sem býður íbúðir til leigu eða einstakling sem leigir út íbúðir að staðaldri, en í slíkum tilvikum er gert ráð fyrir að ákvæði frumvarpsins gildi. Enn fremur er frumvarpinu ætlað að gilda um leigu herbergja á hótélum og gistiheimilum. Skiptir þá ekki máli þótt sá sem rekur gistiheimilið búi í einu herbergjanna.“ Alþt. þskj. 551 - 148. lögb. 2017-18, bls. 14.

samningsaðila svo lengi sem valið byggist ekki á kynþætti eða þjóðernisuppruna viðsemjandans.³⁵

Hér verður þó að hafa í huga 15. gr. laganna. Þar kemur fram að ef leiddar eru líkur að því að mismunun samkvæmt ákvæðum laganna hafi átt sér stað skuli sá sem talinn er hafa mismunað sýna fram á að ástæður þær sem lágu til grundvallar meðferðinni tengist ekki kynþætti eða þjóðernisuppruna.

5 Lokaorð um samningsfrelsið

Í inngangi var vikið að því að samningsfrelsi hafi verið takmarkað í þágu þess markmiðs að koma á jafnri stöðu kynjanna hér á landi. Með nýrri reglu 24. gr. a jafnréttislaga er gerð enn ríkari krafa að huga að jafnrétti kynjanna í daglegum viðskiptum. Hið sama má segja um reglur laga nr. 85/2018 en samkvæmt þeim er almennt óheimilt að mismuna einstaklingum á grundvelli kynferðis og þjóðernisuppruna við gerð samninga.

Af framangreindri umfjöllun má ráða að í aðdraganda setningar laga nr. 79/2015 gafst í reynd ekki kostur á að meta áhrif hinnar nýju löggjafar. Þó kom fram sú skýra afstaða þingsins að gera yrði ríkar kröfur til lagasetningar þegar mælt væri fyrir um breytingar sem hugsanlega gætu haft þær afleiðingar að „lögmaet starfsemi“ yrði „skyndilega talin óheimil“.³⁶ Það var svo ekki fyrir en að gengnum dómi EFTA-dómstólsins að sett voru lög nr. 79/2015 þar sem bætt var við jafnréttislögin nýju ákvæði 24. gr. a. Hér er því komið dæmi þess að mikilvægt stefnumótandi hlutverk löggjafans hefur í reynd verið tekið úr höndum hans vegna skyldna sem leiða af EES-samningnum. Þetta er þó ekkert einsdæmi og má í þessu sambandi vísa til neytendaréttar þar sem nær öll ný löggjöf síðustu áratuga á því sviði er komin til vegna aðildar Íslands að samningnum um evrópska efnahagssvæðið þar sem á ýmsan hátt er þrengt að samningsfrelsinu. Öðruvísi háttaði hins vegar til við setningu laga nr. 85/2018. Þar var sérstaklega litið til gerða Evrópusambandsins og settar hliðstæðar efnisreglur í íslensk lög, jafnvel þótt slíka skyldu mætti ekki leiða af EES-samningnum. Var það gert m.a. í þeim tilgangi að ná efnislegu samræmi við reglur Evrópusambandsins.

Réttarheimildir samningaréttar eru helstar lög nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, en auk þess hafa dómstólar byggt á ólögfestum meginreglum og dómafordæmum. Almennt hefur verið gengið út frá því sem meginreglu að á réttarsviðinu ríki almennt samningsfrelsi. Þær nýju reglur sem hér hefur verið fjallað um takmarka samningsfrelsið með ríkum hætti og er almennt ætlað að gilda við sölu á vöru og þjónustu þótt frá því séu gerðar undantekningar. Eftir setningu fyrrgreindra laga má halda því fram að viðfangsefni samningaréttar hafi verið aukin, enda þarf í ríkara mæli að líta til sjónarmiða um

³⁵ Alpt. þskj. 551 - 148. lögb. 2017-18, bls. 14.

³⁶ Alpt. þskj. 1096, 143. lögb. 2013-14, bls. 1.

jafnan rétt einstaklinga við gerð samninga. Hér er á ferðinni eftirtektarverð þróun þar sem um er að ræða réttindi af félagslegum toga sem hingað til hafa ekki verið í forgrunni samningaréttar og þar með almenns fjármunaréttar.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur mannréttindi*. Reykjavík 2009.

Equinet, European network of equality bodies: „Equality bodies and the gender goods and services directive“. Brussel 2014. Sótt á <http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>.

Niels Fenger: „Er antidiskriminationsretten ved at gå for langt?“ *Juristen*, 3.-4. tbl., bls. 107-119.

Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*. Reykjavík 1987.

Ruth Nielsen: *Gender Equality in European Contract Law*. Kaupmannahöfn 2004.

Ruth Nielsen: „Diskriminationsforbud som formueretligt princip“. *Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen*. Kaupmannahöfn 2017.

Ruth Nielsen: „Princippet om ligebehandling af kvinder og mænd som et generalt princip i kontraktretten“ *TfR*, Vol. 119, 1. tbl., bls. 71-103.

Viðar Már Matthíasson: „Er víst að loforð sé enn loforð? – Hugleiðingar um skuldbindingargildi loforða“. *Afmælisrit Þór Vilhjálmsson*. Reykjavík 2000.

Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I*. Reykjavík 2009.

DÓMASKRÁ

Hæstaréttardómar

Hrd. 2000, bls. 2104 (11/2000)

Hrd. 2005, bls. 122 (258/2004)

Hrd. 2006, bls. 4891 (195/2006)

Hrd. 2006 bls. 2820 (282/2006)

Hrd. 15. október 2009 (25/2009)

Hrd. 16. júní 2010 (92/2010)

Hrd. 15. janúar 2015 (364/2014)

Erlendir dómar

UfR 2013, bls. 128H

UfR. 2014, bls. 2286 Ø

UfR. 2015, bls. 790Ø

[ECLI:EU:C:2011:100](#) (*Test-Achat*).

[ECLI:EU:C:2009:270](#) (*Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*)

[EFTAD, mál E-13/2014](#), *EFTACR 2015, bls. 20*.

Kærunefnd jafnréttismála

Álit kærunefndar jafnréttismála (2/1993),

Álit kærunefndar jafnréttismála (4/2002),

Álit kærunefndar jafnréttismála (3/2003)

Álit kærunefndar jafnréttismála (6/2003)

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála (8/2011)

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála (9/2011)

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála (7/2012)

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála (10/2012).

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála (7/2014)

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála (6/2017)

Annað

ESA Rökstutt álit ESA í málum nr. 68809 og 69278 (www.eftasurv.int/media/public-documents/652739.pdf)