



Richtlinie 2004/113/EG zum geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

Bewertung der europäischen Umsetzung

STUDIE

EPRS | Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments

Referat Evaluierung

PE 593.787- Januar 2017

Richtlinie 2004/113/EG zum geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

Bewertung der europäischen Umsetzung

Der Ausschuss für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter (FEMM) des Europäischen Parlaments teilte der Konferenz der Ausschussvorsitze des Europäischen Parlaments im November 2015 mit, dass er beabsichtige, einen Bericht über die Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auszuarbeiten. Agnieszka KOZŁOWSKA-RAJEWICZ (PPE, Polen) wurde als Berichterstatterin benannt.

Umsetzungsberichte von Ausschüssen des Europäischen Parlaments werden routinemäßig von Bewertungen der europäischen Umsetzung begleitet, die vom Referat Evaluierung der Direktion Folgenabschätzungen und europäischer Mehrwert innerhalb der Generaldirektion Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments erstellt werden.

Abstract

Die Richtlinie 2004/113/EG ist Teil des Antidiskriminierungsrechts der EU. In ihr ist ein Rahmenwerk von Mindestvorschriften mit dem Ziel festgelegt, die Gleichstellung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sicherzustellen. In der vorliegenden Bewertung wird die Entstehung und Umsetzung dieser Richtlinie in den EU-Mitgliedstaaten kritisch beschrieben, insbesondere nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom März 2011 in der Rechtssache „*Test-Achats*“, mit der die Gleichstellung von Männern und Frauen im Versicherungswesen festgelegt wurde.

Für den Begriff „mittelbare Diskriminierung“ gilt, dass zahlreiche faktische und rechtliche Kausalzusammenhänge verstärkt berücksichtigt werden müssen. Dies ist offenbar im Gesundheitsbereich besonders wichtig, wo sich gravierende negative Folgen ergeben können, wenn der Situation von Frauen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Die mittelbare Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen lässt sich durch die Anwendung dieser Richtlinie allein nicht abbauen, die Gleichstellung muss vielmehr in allen politischen Bereichen als Ziel verfolgt werden, und zu diesem Zweck müssen insbesondere alle anderen Antidiskriminierungsinstrumente konsequent angewendet werden.

Bei der Bewertung wird ferner untersucht, ob die Umsetzung der Richtlinie angepasst werden muss, um neuen Bereichen wie der sich schnell entwickelnden kollaborativen Wirtschaft Rechnung zu tragen.

Es wird empfohlen, Gleichstellungsstellen in den Mitgliedstaaten zu stärken und das Bewusstsein für die Rechte zu schärfen, die sich aus dieser und verwandten Richtlinien

ergeben. Des Weiteren wird vorgeschlagen, dass die Kommission das European Equality Law Network (Europäisches Netzwerk für Gleichstellungsrecht) beauftragt, seinen Bericht aus dem Jahr 2009 über die Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG eingehend und umfassend zu aktualisieren. Zu diesem Zweck könnte der Fragebogen im letzten Anhang dieser Bewertung der europäischen Umsetzung herangezogen werden.

AUTOREN

Helmut Werner, Referat Evaluierung, EPRS (Einführung);

Eugenia Caracciolo di Torella von der Universität Leicester, VK (Anhang); der Forschungsbericht wurde im Auftrag des Referats Evaluierung der Direktion Folgenabschätzungen und europäischer Mehrwert innerhalb der Generaldirektion Wissenschaftlicher Dienst (GD EPRS) des Europäischen Parlaments von Dr. Eugenia Caracciolo di Torella mit Bridgette McLellan im Rahmen eines Vertrags mit der Universität Leicester erstellt.

VERANTWORTLICHE(R) BEAMTIN/BEAMTER

Helmut Werner, Referat Evaluierung

Um Kontakt mit dem Referat aufzunehmen, senden Sie bitte eine E-Mail an:

EPRS-ExPostImpactAssessment@ep.europa.eu

ÜBER DEN HERAUSGEBER

Dieses Dokument wurde vom Referat Evaluierung der Direktion Folgenabschätzungen und europäischer Mehrwert innerhalb der Generaldirektion Wissenschaftlicher Dienst des Generalsekretariats des Europäischen Parlaments erarbeitet.

SPRACHFASSUNGEN

Original: EN

Einführung und Anhang II liegen auch vor in DE und FR.

Dieses Dokument ist im Internet unter folgender Adresse abrufbar:

www.europarl.europa.eu/thinktank

HAFTUNGS AUSSCHLUSS

Für den Inhalt dieses Dokuments sind ausschließlich die Verfasser verantwortlich, und die hier vertretenen Auffassungen entsprechen nicht unbedingt dem offiziellen Standpunkt des Europäischen Parlaments. Das Dokument richtet sich an die Mitglieder und Mitarbeiter des EP und ist für deren parlamentarische Arbeit bestimmt. Nachdruck und Übersetzung – außer zu kommerziellen Zwecken – mit Quellenangabe sind gestattet, sofern der Herausgeber vorab unterrichtet und ihm ein Exemplar übermittelt wird.

Redaktionsschluss: Januar, 2017.

Brüssel, © Europäische Union, 2017.

PE 593.787

ISBN 978-92-846-0751-8

doi:10.2861/316192

QA-06-16-353-DE-N

Inhalt

1	Methodik und Dank	6
2	Wesentliche Ziele und Geltungsbereich der Richtlinie 2004/113/EG.....	6
3	Vorschriften der Richtlinie für Mitgliedstaaten.....	7
4	Zustandekommen der Richtlinie 2004/113/EG und die Rechtssache <i>Test-Achats</i> von 2011.....	8
4.1	Internationale und europäische Vorschriften zur Gleichstellung von Männern und Frauen	8
4.2	Gesetzgebungstätigkeiten, die zum Erlass der Richtlinie geführt haben.....	9
4.3	Die Rechtssache <i>Test-Achats</i> vor dem Europäischen Gerichtshof und ihre Folgen ..	10
4.4	Umsetzung und Anwendung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten	13
5	Richtlinie 2004/113/EG im Kontext des Antidiskriminierungsrechts der EU	15
5.1	Dimensionen des Antidiskriminierungsrechts der EU und die Folgen	15
5.2	Erfordernis einer Neufassung	16
6	Mittelbare Diskriminierung: vernachlässigt, übersehen und unterschätzt	19
6.1	Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie	19
6.2	Zahlen und Daten	21
7	Zugang zu gesundheitsbezogenen Produkten und Dienstleistungen: nicht immer an die Bedürfnisse von Frauen angepasst	26
7.1	Zugang zu Arzneimitteln und medizinischen Dienstleistungen	26
7.2	Geschlechtsspezifische schädliche Wirkungen: endokrine Disruptoren und andere chemische Stoffe	28
8	Kollaborative Wirtschaft: Chancen und Risiken.....	30
8.1	Anbieter-Verbraucher-Beziehung: Paradigmenwechsel	30
8.2	Regulatorische Aspekte.....	32
8.3	Einzelne Verbraucher und Anbieter gegenüber dem Plattformanbieter	34
8.4	Geschlechtsspezifische Gefahren	35
8.5	Einzelne Anbieter: „Arbeitnehmer“ oder „Selbstständige“?	35
8.6	Gerichtsverfahren.....	37
8.7	Geltendes Geschlechtergleichstellungsrecht	38
8.8	Mehrwert der Regulierung der kollaborativen Wirtschaft auf EU-Ebene für die EU39	
9	Handelsabkommen und ihre Auswirkungen auf den geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.....	41
10	Sensibilisierung und Stärkung von Gleichstellungsstellen	42
11	Bewertung der Anwendung der Richtlinie anhand überarbeiteter Fragen	44
12	Weitere Referenzen.....	44

Anhänge

Anhang I: [EN] Forschungsbericht über die Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in den EU-Mitgliedstaaten von Eugenia Caracciolo di Torella und Bridgette McLellan.

Anhang II: Vorgeschlagener Fragebogen für einen Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und

Dienstleistungen in den EU-Mitgliedstaaten von Eugenia Caracciolo di Torella und Helmut Werner.

1 Methodik und Dank

Die vorliegende Bewertung der Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auf Ebene der EU und der Mitgliedstaaten beruht unter anderem auf dem Forschungsbericht über die Umsetzung dieser Richtlinie, der bei der Leicester Law School (Anhang I) in Auftrag gegeben wurde, sowie auf Berichten der Europäischen Kommission, des Netzwerks von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten für Gleichstellung der Geschlechter und Nicht-Diskriminierung, des Europäischen Netzwerks für Gleichstellungsstellen (Equinet) und auf verschiedenen einschlägigen Entschlüssen des Europäischen Parlaments.

Die freundlichen Ratschläge von Susanne Burri von der Universität Utrecht zu Beginn des Projekts, die Anfragen und Vorschläge von Paulina Skorupa vom Büro der Berichterstatterin sowie von Willemijn De Jong, Angela Balan und Erika Schulze von den Ausschussekretariaten, die Überlegungen und Beiträge von Eugenia Caracciolo di Torella von der Universität Leicester, die gewissenhafte Zusammenstellung von statistischen Daten und anderem maßgeblichem Material von Aida N'Gom Jimenez und die wertvolle Mitwirkung von Amandine Scherrer und Isabel Daza Moreno vom Wissenschaftlichen Dienst des Europäischen Parlaments waren allesamt hilfreich und wichtig für die Ausarbeitung dieser Bewertung der europäischen Umsetzung. Danke an alle, die mit ihrer Unterstützung oder Kommentaren beigetragen haben.

2 Wesentliche Ziele und Geltungsbereich der Richtlinie 2004/113/EG

Zweck dieser [Richtlinie](#) ist die Schaffung eines Rahmens für die Bekämpfung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen „zur Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in den Mitgliedstaaten“ (Artikel 1). Die Richtlinie gilt für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen in privaten und öffentlichen Bereichen bereitstellen (Artikel 3 Absatz 1) und verbietet die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts; verschiedene Formen von Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung gelten ebenfalls als „Diskriminierung“ (Artikel 2 und 4). Nach Artikel 3 berührt die Richtlinie nicht die freie Wahl des Vertragspartners, solange diese Wahl nicht vom Geschlecht abhängig gemacht wird, und die Richtlinie gilt nicht in den Bereichen:

- Beschäftigung, Beruf oder selbstständige Tätigkeiten (da diese Bereiche von anderen Rechtsvorschriften der EU erfasst werden),
- Inhalt von Medien und Werbung¹ oder Bildung.

Als Grund für diese Einschränkung gab die Kommission in ihrer Ex-ante-Folgenabschätzung im Jahr 2003 an:²

¹ Artikel 3 Absatz 3 („Diese Richtlinie gilt weder für den Inhalt von Medien und Werbung noch im Bereich der Bildung“) schließt den Inhalt von Medien und Werbung vom Geltungsbereich dieser Richtlinie aus. Der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in den Bereichen Medien und Werbung können mit Ausnahme dieser Beschränkungen in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen.

„Es wurde ferner erwogen, ob umfassendere Rechtsetzungsmaßnahmen in Bereichen wie Besteuerung, Bildung und Medien ergriffen werden können. Nach Anhörung der Interessengruppen, der Prüfung der rechtlichen Möglichkeiten im Vertrag und der Berücksichtigung der Subsidiarität kam die Kommission zu dem Schluss, dass weniger eindeutige Anhaltspunkte vorliegen oder es weniger offenkundig ist, dass die Schwierigkeiten durch Rechtsetzungsmaßnahmen behoben werden können. Die Kommission hat daher entschieden, dass andere Maßnahmen geeigneter sind, um diese Probleme zu lösen. Die Kommission beabsichtigt zum Beispiel, ihre Kontakte mit den Medienbranchen fortzusetzen, um zu ermitteln, inwieweit freiwillige Maßnahmen dazu beitragen, schädliche Geschlechterstereotypen in den Medien und in der Werbung zu verringern und abzubauen.“

Nach Artikel 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Artikel 3 Absatz 3 EUV sowie Artikel 8 und Artikel 19 Absatz 1 AEUV ist jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten und muss die Gleichstellung von Männern und Frauen in allen Bereichen und bei allen Tätigkeiten der Union gefördert und sichergestellt werden.

In der Richtlinie selbst gelten die Rechtsvorschriften als „**Mindestanforderungen**“ (Artikel 7), nach denen die Mitgliedstaaten „Vorschriften einführen oder beibehalten [können], die im Hinblick auf die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen günstiger sind, als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften“. Ferner sind „**positive Maßnahmen**“ (Artikel 6) möglich, die es den Mitgliedstaaten erlauben, „spezifische Maßnahmen, mit denen geschlechtsspezifische Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen“.

Die Richtlinie sieht ferner besonderen Schutz bei Schwangerschaft und Mutterschaft vor.

3 Vorschriften der Richtlinie für Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten werden in der Richtlinie angewiesen, sicherzustellen

- dass Personen, deren sich aus dieser Richtlinie ergebenden Rechte verletzt wurden, diese Rechte und/oder eine Entschädigung auf dem Gerichts- und Verwaltungsweg geltend machen können (Artikel 8 Absatz 1 und 2),
- dass sich zuständige Organisationen oder sonstige Stellen im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung aufgrund der Richtlinie beteiligen können (Artikel 8 Absatz 3),
- dass die Beweislast umgekehrt wird (Artikel 9),
- dass mögliche Opfer als Reaktion auf ihre Beschwerde nicht noch weiter schikaniert werden (Artikel 10),
- dass die Ziele der Richtlinie durch den Dialog mit Interessengruppen gefördert werden (Artikel 11),

² SEK(2003) 1213 vom 5. November 2003, ausführliche Folgenabschätzung zum „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“.

- dass Infrastruktur und Tätigkeit von Gleichstellungsstellen gefördert werden, die die Aufgabe haben, für den Schutz der Gleichstellungsrechte einzutreten, wozu auch die mögliche Unterstützung von Opfern gehört, und unabhängige Untersuchungen durchzuführen sowie Berichte und Empfehlungen zum Thema Diskriminierung zu veröffentlichen (Artikel 12),
- dass Vorschriften, die den Grundsätzen der Richtlinie zuwiderlaufen, aufgehoben werden (Artikel 13),
- dass Sanktionen, die bei einem Verstoß zu verhängen sind, „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind (Artikel 14),
- dass Vorschriften im Zusammenhang mit dieser Richtlinie allen Betroffenen „in geeigneter Form in ihrem gesamten Hoheitsgebiet“ bekannt gemacht werden (Artikel 15),
- dass der Kommission alle Informationen über die Umsetzung und Anwendung der Richtlinie übermittelt werden (Artikel 14 letzter Satz, Artikel 16 Absatz 1 und Artikel 17).

Die Europäische Kommission berichtet dem Europäischen Parlament und dem Rat über die Anwendung dieser Richtlinie; „erforderlichenfalls fügt die Kommission diesem Bericht Vorschläge zur Änderung der Richtlinie bei.“ (Artikel 16, siehe unten 4.3).

4 Zustandekommen der Richtlinie 2004/113/EG und die Rechtssache *Test-Achats* von 2011

4.1 Internationale und europäische Vorschriften zur Gleichstellung von Männern und Frauen

Die Grundsätze der Gleichstellung von Männern und Frauen und das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sind in Vorschriften des Völkerrechts z. B. auf Ebene der Vereinten Nationen und des Europarats verankert.

Nach Artikel 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ sind Diskriminierungen, „insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ verboten, und in Artikel 23 wird betont, dass „die Gleichheit von Männern und Frauen [...] in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen“ ist und dass Spielraum für „positive Maßnahmen“ besteht: „Der Grundsatz der Gleichheit steht der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen“.

Nach Artikel 3 Absatz 3 EUV⁴ „bekämpft [die Europäische Union unter anderem] soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen

³ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf

⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>

Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes".

Artikel 8 AEUV⁵ schreibt kategorisch fest, dass „[die Union] bei allen ihren Tätigkeiten [...] darauf [hinwirkt], Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern“.

Der Europäische Gesetzgeber begann 1975 auf der Grundlage der Gründungsverträge von 1957 (Artikel 119 EG-Vertrag und nun Artikel 157 Absatz 1 AEUV), verschiedene Richtlinien zu erlassen, um Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Beschäftigung zu bekämpfen. Die wichtigste Gesetzgebung in diesem Bereich findet sich heute in der [‘Neufassungsrichtlinie’ 2006/54/EG](#).⁶

4.2 Gesetzgebungstätigkeiten, die zum Erlass der Richtlinie geführt haben

Am 10. September 2003 veranstaltete der Ausschuss für die Rechte der Frau des Europäischen Parlaments eine öffentliche Anhörung zu Themen im Zusammenhang mit den künftigen möglichen Vorschlägen der Kommission für eine Richtlinie zum geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.

Die Europäische Kommission veröffentlichte ihren „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ (KOM(2003) 657) zusammen mit einer „ausführlichen Folgenabschätzung“ (SEK(2003) 1213), in der die Kommission Folgendes festhält:

„Die Europäische Union gründet sich auf den Grundsatz der Gleichheit. Artikel 21 und 23 der Charta der Grundrechte verbieten die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und verankern das Recht auf Gleichstellung von Männern und Frauen in allen Bereichen. In Artikel 2 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen als eine der wichtigsten Aufgaben der Gemeinschaft benannt. Die Gemeinschaft muss nach Artikel 3 Absatz 2 des EG-Vertrags bei all ihren Tätigkeiten darauf hinwirken, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

Zum Thema Gleichbehandlung von Männern und Frauen in den Bereichen Arbeit und Beschäftigung gibt es bereits umfangreiche Rechtsvorschriften der Gemeinschaft. Im Gegensatz zu den im Jahr 2000 angenommenen Maßnahmen, um Diskriminierung aufgrund der Rasse in vielen Bereichen außerhalb der Beschäftigung zu verbieten, zu denen auch der Zugang zu allen Gütern und Dienstleistungen gehört, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, gibt es bisher noch keine Gemeinschaftsmaßnahmen, die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts außerhalb des Arbeitsmarkts verbieten.

⁵ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

⁶ Siehe die Bewertung der europäischen Umsetzung zum Thema Gleichstellung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/547546/EPRS_STU\(2015\)547546_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/547546/EPRS_STU(2015)547546_EN.pdf)

Die den Vorschlag begleitende Folgenabschätzung listete Beispiele für eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Verbindung mit dem Zugang zu Gütern und Dienstleistungen auf und gab eine Übersicht zu entsprechender Gesetzgebung auf Ebene der EU-Mitgliedstaaten; im Mittelpunkt dieser Untersuchung standen vor allem Versicherungsfragen.

Seitens des Europäischen Parlaments wurde das Gesetzgebungsverfahren am 30. März 2004 mit einer legislativen Entschließung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen abgeschlossen.⁷

Die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen wurde am 21. Dezember 2004 veröffentlicht.⁸

Die Frist für die Umsetzung in den Mitgliedstaaten war der 21. Dezember 2007.

4.3 Die Rechtssache *Test-Achats* vor dem Europäischen Gerichtshof und ihre Folgen

Die Kommission hatte bis spätestens am 21. Dezember 2010 dem Europäischen Parlament und dem Rat einen zusammenfassenden Bericht vorzulegen, „der eine Prüfung der aktuellen Praxis der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Artikel 5 in Bezug auf die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen enthält“ (Artikel 16).

Vor diesem Datum ersuchte die belgische *Cour constitutionnelle* den Europäischen Gerichtshof jedoch im Juni 2009 um eine Vorabentscheidung; in der als „Rechtssache *Test-Achats*“ [C-236/09](#)⁹ bekannt gewordenen Rechtssache sollte die Frage geklärt werden, ob Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten geschlechtsspezifische Risikounterschiede bei der Berechnung von Prämien und Leistungen von Versicherungsdienstleistungen zulassen können, mit dem Vertrag über die Europäische Union vereinbar ist.

Der Europäische Gerichtshof erklärte Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie in seiner Entscheidung vom 1. März 2011 als ungültig.¹⁰

⁷<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=DE&reference=P5-TA-2004-221>

⁸http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2004.373.01.0037.01.ENG&toc=OJ:L:2004:373:TOC, ABl. L 373.

⁹ *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL und andere gegen Conseil des ministres* (Ersuchen um Vorabentscheidung der *Cour constitutionnelle*).

¹⁰ <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0236&lang1=en&type=TEXT&ancre=>

Zusammenfassung des Urteils

Unionsrecht - Grundsätze - Gleichbehandlung - Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen - Richtlinie 2004/113 - Versicherungsmathematische Faktoren

(Richtlinie 2004/113 des Rates, Artikel 5 Absatz 2)

Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 2004/113 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen ist mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig.

Es steht fest, dass das mit der Richtlinie 2004/113 im Versicherungssektor verfolgte Ziel, wie in ihrem Artikel 5 Absatz 1 zum Ausdruck kommt, in der Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen besteht. Im 18. Erwägungsgrund dieser Richtlinie heißt es ausdrücklich, dass zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren nicht zu Unterschieden bei den Prämien und Leistungen führen sollten. Im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie wird die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, die Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen nicht anzuwenden, als „Ausnahme“ bezeichnet. Somit beruht die Richtlinie 2004/113 auf der Prämisse, dass für die Zwecke der Anwendung des in den Artikeln 21 und 23 der Charta verbürgten Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar sind.

Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 2004/113, welcher es den betreffenden Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, läuft der Verwirklichung des mit der Richtlinie 2004/113 verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den Artikeln 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar. Die Bestimmung ist daher nach Ablauf einer angemessenen Übergangszeit als ungültig anzusehen.¹¹

Die Kommission wurde daher aufgefordert, Leitlinien auszuarbeiten, um eine einheitliche Umsetzung dieser Entscheidung in den Mitgliedstaaten sicherzustellen. Am 13. Januar 2012 veröffentlichte die Kommission [Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 \(Test-Achats\)](#).

Der Ausschuss für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter des Europäischen Parlaments legte im Anschluss einen Bericht vor,¹² und die **Entschließung des Europäischen Parlaments zur Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen** wurde am 16. April 2013 angenommen.¹³

¹¹ Hervorhebung des Verfassers.

¹² [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2010/2043\(INI\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2010/2043(INI))

¹³ [T7-0118/2013](#)

In dieser Entschließung heißt es unter anderem, das Europäische Parlament

„5. begrüßt das Urteil in der Rechtssache Test-Achats, ist jedoch der Auffassung, dass es zu anhaltender Rechtsunsicherheit auf dem Versicherungsmarkt geführt hat; erwartet, dass die Entwicklung geschlechtsneutraler Kriterien zu einer Preisgestaltung auf der Grundlage mehrerer Risikofaktoren führt, die dem Risikoniveau einer Person auf gerechte Weise und unabhängig von ihrem Geschlecht Rechnung trägt, und jede potenzielle geschlechtsbezogene Diskriminierung aufdeckt;

6. vertritt die Ansicht, dass die von der Kommission veröffentlichten Leitlinien – angesichts der Tatsache, dass sie keine bindende oder normative Wirkung haben – diese Unsicherheit nicht vollständig beseitigt haben;

7. fordert die Kommission auf, praktische Schritte zur Lösung des Problems zu ergreifen und einen neuen Legislativtext vorzuschlagen, der in vollem Einklang mit den Leitlinien steht;

8. merkt an, dass die Versicherungsbranche in ihren Anstrengungen fortfahren sollte, die Prämien im Einklang mit geschlechtsneutralen Kriterien neu festzulegen, indem sie versicherungsmathematische Berechnungen auf der Grundlage anderer Faktoren anwendet;

...

12. fordert die Kommission und die Mitgliedstaaten auf, die Entwicklungen auf dem Versicherungsmarkt genau zu verfolgen und im Falle von Anzeichen dafür, dass de facto eine indirekte Diskriminierung stattfindet, alle notwendigen Maßnahmen zur Lösung des Problems und zur Vermeidung ungerechtfertigter höherer Prämien zu ergreifen;

...

14. stellt fest, dass die Bestimmung hinsichtlich der Verlagerung der Beweislast in den meisten Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt worden ist; fordert die Kommission auf, die Anwendung dieser Bestimmung in allen Mitgliedstaaten zu überwachen;

15. fordert die Kommission auf, Fälle von Diskriminierung im Zusammenhang mit Schwangerschaft, Schwangerschaftsplanung und Mutterschaft, beispielsweise bei der Vergabe von Mietwohnungen oder von Krediten, sowie im Zusammenhang mit dem Zugang zu medizinischen Gütern und Dienstleistungen, insbesondere legalen Leistungen der Gesundheitsfürsorge im Bereich der Reproduktionsmedizin und Behandlungen zur Geschlechtsumwandlung, zu berücksichtigen;

16. fordert die Kommission auf, Diskriminierungen im Zusammenhang mit dem Stillen besonders genau zu überwachen, auch etwaige Fälle von Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen auf öffentlichen Flächen und in öffentlichen Bereichen;

...

19. stellt enttäuscht fest, dass Unternehmerinnen, insbesondere alleinstehende Mütter, in einigen Mitgliedstaaten oft diskriminiert werden, wenn sie versuchen, ein Darlehen oder einen Kredit für ihr Unternehmen aufzunehmen, und immer noch häufig mit Hindernissen konfrontiert werden, die auf geschlechtsspezifischen Stereotypen beruhen;

20. fordert die Kommission auf, bewährte Verfahren zu erfassen und den Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellen und somit die für die Förderung positiver Maßnahmen und die Gewährleistung einer besseren Umsetzung der jeweiligen Bestimmungen auf nationaler Ebene notwendigen Ressourcen bereitzustellen;

21. weist darauf hin, dass einige für die Gleichstellung zuständige Stellen nicht effizient genug sind, weil sie de facto nicht handlungsfähig, mit Personalkürzungen konfrontiert und finanziell nicht angemessen ausgestattet sind;

22. fordert die Kommission auf, die Lage der nach dem Inkrafttreten der Richtlinie geschaffenen „Gleichstellungsstellen“ genau und sorgfältig zu überwachen und zu prüfen, ob alle in den Rechtsvorschriften der EU festgelegten Bedingungen erfüllt worden sind; betont insbesondere, dass die derzeitige Wirtschaftskrise nicht als Rechtfertigung

für Versäumnisse im Hinblick auf das ordnungsgemäße Funktionieren der Gleichstellungsstellen dienen kann;

4.4 Umsetzung und Anwendung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten

Am 5. Mai 2015 veröffentlichte die Kommission ihren **Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen**.¹⁴

Der Bericht der Kommission behandelt mehrere Aspekte der Richtlinie, **nicht jedoch die „mittelbare Diskriminierung“**, die durch Artikel 2(b) in Verbindung mit Artikel 4(1b) der Richtlinie ausdrücklich untersagt ist. Fälle von mittelbarer Diskriminierung stellen unter Umständen den Großteil der Diskriminierungsfälle dar, obwohl sie häufig verborgen sind und nur erkannt werden können, wenn die damit verbundenen kausalen Mechanismen verstanden werden.

Tabelle 1: Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG

LAND	TEXTKOPIE	GÜTER EINBEZOGEN	Dienstleistungen EINBEZOGEN	„TEST-ACHATS“	MEDIEN UND WERBUNG	BILDUNG	ANMERKUNG
Belgien	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	
Bulgarien	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist erweitert auf den Bildungsbereich, auf der Grundlage der Rechtsprechung auch in den Bereichen Medien und Werbung.
Tschechien	Nein	Ja	Ja	Ja			Der Geltungsbereich ist unklar.
Dänemark	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	
Deutschland	Nein	teils	teils	Ja	---	---	Nur zivilrechtliche Verträge und „Massenverträge“. Das Verbot der sexuellen Belästigung ist auf den Beschäftigungsbereich beschränkt.
Estland	Nein	teils	teils	Nein	unklar	unklar	Ausnahmen und unterschiedliche Behandlungen von Personen aufgrund ihres Geschlechts sind zulässig.
Irland	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	---	
Griechenland	Ja	Ja	Ja	Ja	---	---	
Spanien	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Zwei spezifische Vorschriften zum Schutz von Schwangeren und Frauen in Mutterschaftsurlaub.
Frankreich	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Das Gesetz erlaubt nach Geschlechtern getrennte Schulen.
Kroatien	Ja	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	
Italien	Ja	Ja	Ja	Ja	---	---	
Zypern	Ja	Ja	Ja	Ja	---	---	
Lettland	Nein	teils	teils	Ja	Nationales	Nationales	Das Gesetz bezieht sich nicht auf Güter

¹⁴ COM(2015) 190

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1479609424361&uri=CELEX:52015DC0190>

LAND	TEXTKOPIE	GÜTER EINBEZO GEN	DIENSTLEIS TUNGEN EINBEZOGE N	„TEST- ACHATS“	MEDIEN UND WERBUNG	BILDUNG	ANMERKUNG
					Gesetz	Gesetz	und Dienstleistungen, die von natürlichen Personen außerhalb von Geschäftstätigkeiten angeboten werden. Gemeinnützige Organisationen fallen nicht unter das Gesetz.
Litauen	Nein	teils	teils	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Umsetzungsgesetz regelt nicht eindeutig, ob der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen vollständig abgedeckt ist.
Luxemburg	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	
Ungarn	Nein	Ja	Ja	Nein	---	Nationales Gesetz	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist bei Lebens-, Unfall- und Krankenversicherungen möglich.
Malta	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Unspezifisches Gesetz
Niederlande	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Für den Bildungsbereich sind Ausnahmen zulässig.
Österreich	Ja	Ja	Ja	Ja	---	---	
Polen	Ja	Ja	Ja	Ja	---	---	
Portugal	Nein	Ja	Ja	Ja	---	---	
Rumänien	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Begrenzte Umsetzung der Richtlinie: nicht im Einklang mit anderen rumänischen Rechtsvorschriften, die über den Geltungsbereich der Richtlinie hinausgehen.
Slowenien	Nein	Ja	Ja	Nein	unklar	unklar	Die Begriffe Güter und Dienstleistungen werden nicht definiert.
Slowakei	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	
Finnland	Nein	Ja	Ja	+-	---	---	Einige Ausnahmen bei geschlechtsneutralen Versicherungen.
Schweden	Nein	Ja	Ja	Ja	---	Nationales Gesetz	
VK	Nein	Ja	Ja	Ja	Nationales Gesetz	Nationales Gesetz	Das Gesetz bezieht sich auch auf ‚Einrichtungen‘ (‚facilities‘)

Quelle: EPRS

Die Tabelle mit den nationalen Gesetzen der 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG beruht auf Caracciolo (siehe Anhang I), Eur-Lex NUM¹⁵ (Nationale Umsetzungsmaßnahmen für diese Richtlinie) und der vergleichenden Analyse des Gleichstellungsrechts in Europa 2016, Gleichstellungsrecht 2016.¹⁶

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32004L0113>

¹⁶ Eine vergleichende Analyse des Gleichstellungsrechts in Europa 2016, Gleichstellungsrecht 2016, erstellt von Alexandra Timmer und Linda Senden für das Europäische Netzwerk von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten für Geschlechtergleichstellung und Nichtdiskriminierung, veröffentlicht von der GD Justiz und Verbraucher der Kommission, Dezember 2016. <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3967-a-comparative-analysis-of-gender-equality-law-in-europe-2016-pdf-867-kb>

In der Spalte „Textkopie“ der Tabelle ist angegeben, ob der Mitgliedstaat den Wortlaut der (wesentlichen Teile der) Richtlinie buchstabengetreu in innerstaatliches Recht übernommen hat; „nein“ bedeutet, dass der Mitgliedstaat den Rechtstext umformuliert hat oder „lediglich“ sichergestellt hat, dass Sinn und Ziele der Richtlinie umgesetzt werden. (Die beiden Umsetzungsmethoden sollen dabei nicht bewertet werden, beide haben ihre Berechtigung.)

In der Spalte „*Test-Achats*“ ist angegeben, ob im nationalen Gesetz die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „*Test-Achats*“ berücksichtigt und die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Versicherungsprämien verboten ist.

In den Spalten „Medien und Werbung“ sowie „Bildung“ ist angegeben, ob das nationale Gesetz der Mitgliedstaaten über den Geltungsbereich der Richtlinie hinausgeht und die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Medien- und Werbeeinhalten sowie im Bildungsbereich verbietet.

5 Richtlinie 2004/113/EG im Kontext des Antidiskriminierungsrechts der EU

5.1 Dimensionen des Antidiskriminierungsrechts der EU und die Folgen

Das abgeleitete Antidiskriminierungsrecht der EU wurde und wird immer noch auf der Grundlage der Verträge (siehe Kapitel 4.1 oben) und im gegenseitigen Einvernehmen der Gesetzgeber schrittweise weiterentwickelt.

Das Antidiskriminierungsrecht der EU lässt sich aufgrund verschiedener Rechtsgrundlagen und des schrittweisen Vorgehens der Gesetzgeber aus faktischen und politischen Gründen nach drei Arten von Kriterien einteilen:

- nach Art der Diskriminierung: aufgrund des Geschlechts oder aufgrund anderer Arten von Diskriminierung wie Rasse, Herkunft, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung;
- nach Politikbereich wie beispielsweise Arbeit und Beschäftigung; beruflicher Werdegang; Position in Aufsichtsorganen; Zugang zu Gütern und Dienstleistungen; Medien; Bildung; sowie Barrierefreiheitsanforderungen;
- nach Instrumenten wie beispielsweise Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, Beweislast, Verbot der „Viktimisierung“ (Schikanierung als ‚Strafe‘ für Geltendmachen der Rechte), Rolle der Gleichstellungsstellen und einschlägiger NGO, Sensibilisierungsmaßnahmen sowie Gesetzgebung mit Blick auf positive Maßnahmen, Mutterschaftsurlaub und sonstige verwandte Instrumente.

Das Antidiskriminierungsrecht der EU ist heute daher ein Flickwerk: Einige wichtige Elemente werden noch ausgearbeitet oder wurden wie die Überarbeitung der Mutterschutzrichtlinie¹⁷ – trotz mehrerer Entschlüsse des Europäischen

¹⁷ Eine Überarbeitung der Richtlinie über den Mutterschaftsurlaub wurde nicht vollständig aufgegeben, die Kommission will dieses Thema jedoch im [Fahrplan](#) für einen Neubeginn zur Bewältigung der Herausforderungen bei der Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben für

Parlaments¹⁸ – von der Kommission zurückgenommen, oder sie liegen wie das Gesetzgebungsverfahren zur **Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung** trotz der legislativen [Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009](#) im Rat auf Eis.¹⁹ Der wissenschaftliche Dienst legte mit Blick auf diesen letztgenannten Vorschlag²⁰ des Parlaments eine eingehende ergänzende Folgenabschätzung vor.²¹

Dieser horizontale Antidiskriminierungsvorschlag steht weiterhin auf der Agenda des Rates, doch den halbjährlichen „Sachstandsberichten“²² zufolge besteht wenig Aussicht, dass der Vorschlag in naher Zukunft angenommen wird, obwohl mehrere Delegationen wiederholt auf „die Bedeutung dieses Vorschlags im Kontext der Umsetzung des [Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen \(VN-BRK\)](#)“ hingewiesen haben, das am 3. Mai 2008 in Kraft getreten ist und dem 170 Parteien/Staaten beigetreten sind, darunter alle EU-Mitgliedstaaten und die Europäische Union, die das Übereinkommen am 23. Dezember 2010 ratifiziert hat.²³ Am 7. Juli 2016 nahm das Europäische Parlament mit überwältigender Mehrheit eine **Entschließung zur Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Personen mit Behinderungen** an, in der das Parlament eine umfassende Querschnittsüberprüfung der bereits bestehenden und auch der künftigen EU-Rechtsvorschriften und -Finanzierungsprogramme fordert, einschließlich der Berücksichtigung des Themas Behinderung bei allen legislativen Maßnahmen und Strategien.

5.2 Erfordernis einer Neufassung

Durch eine Neufassung des uneinheitlichen Antidiskriminierungsrechts der EU könnten Kohärenz, Wirksamkeit und Effizienz der Maßnahmen und Einrichtungen verbessert werden, nicht zuletzt auch der Gleichstellungsstellen. Als Folge könnten auch die betroffenen Interessengruppen verstärkt für diesen Themenbereich sensibilisiert werden.

Viele Diskriminierungsaspekte sind schließlich aufgrund kausaler Zusammenhänge miteinander verwoben, was auch auf Antidiskriminierungsmaßnahmen zutrifft. Diese

Erwerbstätige mit Familie behandeln, den die Kommission als „begleitende Initiative“ im [Arbeitsprogramm der Kommission 2017](#) beibehält.

¹⁸ Insbesondere [Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Mai 2015 zum Mutterschaftsurlaub](#)

¹⁹<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=DE&reference=P6-TA-2009-211>

²⁰ D.h. der Entwurf einer „horizontalen“ Antidiskriminierungsrichtlinie ([Vorschlag der Kommission 2008](#)), der noch im Rat anhängig ist und der sich ausdrücklich auf die Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen bezieht, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (Artikel 3).

²¹[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/514088/IPOL-JOIN_ET\(2014\)514088_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/514088/IPOL-JOIN_ET(2014)514088_EN.pdf), Milieu Ltd., Januar 2014.

²² Sachstandsbericht vom 3. Juni 2016 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9336-2016-INIT/de/pdf>;

Sachstandsbericht vom 22. November 2016 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14284-2016-INIT/de/pdf>

²³https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en#EndDec

Maßnahmen könnten wirksamer sein, wenn die kausalen Zusammenhänge verstanden und Antidiskriminierungsmaßnahmen in Synergie angewendet würden.

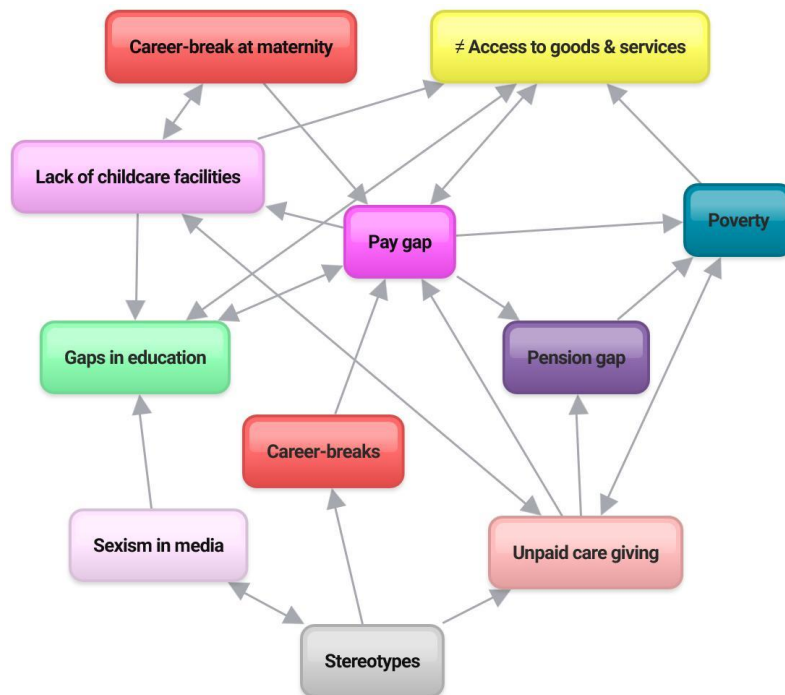
Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Bekämpfung von Diskriminierung nicht das einzige Problem ist: Eine weitere Herausforderung stellen Produkte und Dienstleistungen dar, die die unterschiedlichen Anforderungen von Frauen und Männern in Bezug auf Design, Größe, Komfort, Zugänglichkeit und respektvolles Marketing erfüllen. Das Potenzial der „weiblichen“ Wirtschaft ist in vielen Bereichen noch nicht voll ausgeschöpft und kann die Konjunktur durchaus ankurbeln. Dies geht einfacher, wenn die verschiedenen kausalen Zusammenhänge der unterschiedlichen Ansätze verstanden werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass Güter und Dienstleistungen beispielsweise für die Anforderungen von Frauen passend und geeignet sind, steigt, wenn mehr Frauen im mittleren und oberen Management von Herstellungs- und Vertriebsunternehmen arbeiten, da das Wissen über das am besten geeignete Design auch auf den verschiedenen Managementebenen vorhanden sein muss.²⁴

Die folgende **Mindmap der kausalen Zusammenhänge von Diskriminierung** ist bei Weitem nicht vollständig. Sie vermittelt jedoch einen Eindruck, wie verschiedene Diskriminierungen auf vielfältige, komplexe und dynamische Weise zusammenwirken. Andere wichtige Faktoren wie Belästigung, Gewalt oder Steuerverzerrung können sich offen und versteckt auf die anderen Faktoren auswirken. Die Pfeile veranschaulichen keine zwangsläufigen, sondern eher mögliche Auswirkungen; die Pfeile stellen des Weiteren nicht alle Ursachen dar; jeder Pfeil wäre eine eigene Untersuchung wert.

²⁴ Folgende Veröffentlichungen stellen einen guten Ausgangspunkt dar, um die Verflechtungen der verschiedenen Aspekte zu verstehen, auch in Bezug auf andere Aspekte wie die Berücksichtigung des Gleichstellungsaspekts bei der Haushaltsplanung, sowie die positiven Folgen, die eine tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter auf das BIP haben kann:

- Unlocking female employment potential in Europe : drivers and benefits; Internationaler Währungsfonds, März 2016, <https://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=43712.0> ;
- The Female Economy, M. Silverstein und K. Sayre, Harvard Business Review, September 2009, <https://hbr.org/2009/09/the-female-economy>;
- Making Women Count: the unequal economics of women's work, CCPA und Oxfam, März 2016, http://www.rosavzw.be/digidocs/dd-001341_2016_Making_Women_Count_Oxfam_CCPA.pdf

Abbildung 1 - Mindmap ausgewählter kausaler Zusammenhänge



Quelle: EPRS

Transkription zu Abbildung 1:

career-break at maternity : Unterbrechung der Berufstätigkeit wegen Mutterschaft

Lack of childcare facilities : mangelnde Kinderbetreuungseinrichtungen

Gaps in education : Ausbildungslücken

Sexism in media : Sexismus in den Medien

≠ Access to goods & services : eingeschränkter Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

Pay gap : Lohngefälle

Career-breaks : Unterbrechungen der Berufstätigkeit

Stereotypes : Stereotypen

Poverty - Armut

Pension gap : Rentengefälle

Unpaid caregiving : unbezahlte Pflegedienste

6 Mittelbare Diskriminierung: vernachlässigt, übersehen und unterschätzt

6.1. Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie

Artikel 4 Absatz 1 besagt: „Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, a) dass keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, auch keine Schlechterstellung von Frauen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft, erfolgen darf; b) dass keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf.“. Der Artikel verbietet mittelbare Diskriminierung somit ausdrücklich.

Um „mittelbare Diskriminierung“ erkennen und beurteilen zu können, müssen die vielfältigen kausalen Zusammenhänge verstanden werden. Laut Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie liegt mittelbare Diskriminierung vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Wenn der Zugang zu bestimmten Gütern und Dienstleistungen für Frauen schwieriger ist als für Männer, kann dies ein Beleg dafür sein, dass „Personen in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts [benachteiligt]“ sind. Wenn keine funktionierenden Aufzüge oder Rolltreppen vorhanden sind und steile Treppen benutzt werden müssen, kann es nicht nur für behinderte oder ältere Menschen, sondern z. B. auch für Frauen mit Kinderwagen oder Schwangere sehr schwierig oder unmöglich sein, zu Zügen, Bussen, U-Bahnen, Bahnsteigen zu gelangen und einzusteigen.

Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie könnte hier anzuwenden sein. Dieses Beispiel weist aber auch auf die große Bedeutung der vorgeschlagenen Richtlinie zur **Barrierefreiheit** hin, die auch als [„Europäischer Rechtsakt zur Barrierefreiheit“](#) bezeichnet wird und die gegenwärtig Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens²⁵ im [„Vorschlag für eine Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen“](#) der Kommission ist. Dies stellt auch einen wichtigen Schritt dar, um das vorstehend erwähnte VN-BRK-Übereinkommen zu erfüllen. Der Vorschlag geht mit einer Folgenabschätzung einher, und die Dienststellen des Europäischen Parlaments haben Studien zu diesem Thema veröffentlicht.²⁶

Anbieter von Gütern und Dienstleistungen können nicht zwangsläufig für jede einzelne Art von mittelbarer Diskriminierung verantwortlich gemacht werden. Dies sollte im Grunde jeweils im Einzelfall entschieden werden. Gesetzgeber, Richter und Beratungsstellen sowie alle Interessengruppen sollten jedoch auf alle wichtigen kausalen Zusammenhänge aufmerksam gemacht werden, die mittelbare Diskriminierung nach sich ziehen können. Einige Szenarien oder Fälle von mittelbarer Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen können nicht durch die Anwendung der verschiedenen Vorschriften der Richtlinie allein gelöst werden. Zu diesem Zweck sind

²⁵ Verfahren [2015/0278\(COD\)](#)

²⁶<http://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/search.html?word=european+accessibility+act>

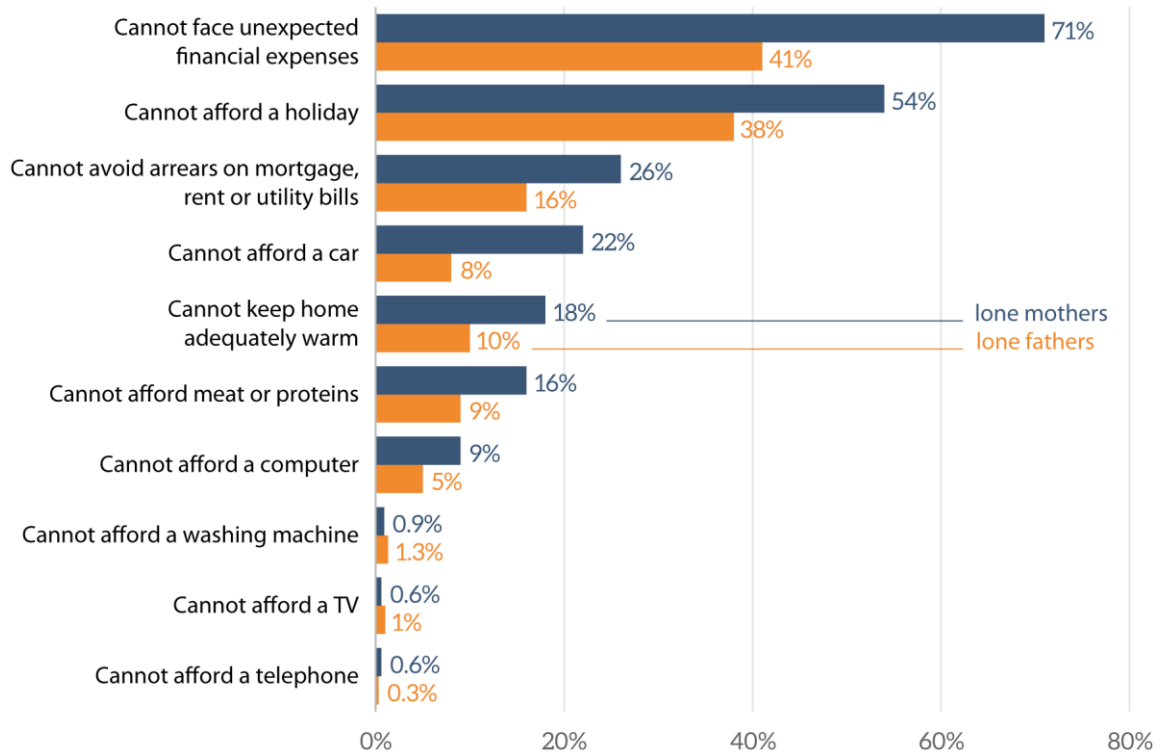
zusätzliche Maßnahmen erforderlich, zum Beispiel im Rahmen des vorstehend erwähnten Rechtsakts zur Barrierefreiheit. Die folgenden Beispiele veranschaulichen diese Überlegungen weiter. Der Erwerb eines Produkts oder einer Dienstleistung erfordert ggf. Finanzmittel und Zeit. Finanzmittel und Zeit sind zwischen den Geschlechtern jedoch nicht gleich verteilt. **Frauenarmut**²⁷ ist daher auch ein Thema beim geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, wie auch das Lohngefälle zwischen Frauen und Männern und das Rentengefälle. Die – zumeist von Frauen – für die Kindererziehung und Pflege aufgewendete Zeit ist Zeit, die diesen Frauen nicht nur für die Suche nach bezahlter Arbeit, sondern auch für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen fehlt.

Die unbezahlte Pflege von behinderten oder kranken Menschen, älteren Personen oder Kindern sowie die Kindererziehung und die Führung des Haushalts – allesamt Tätigkeiten, die eher von Frauen als von Männern durchgeführt werden – haben mittelbar zur Folge, dass das Einkommen von Frauen geringer ist und ihnen weniger Zeit zur Verfügung steht. **Die Verfügbarkeit von Kinderbetreuungseinrichtungen** spielt bei diesen netzartig verbundenen, vielfältigen Wirkungszusammenhängen eine große Rolle: weil diese Art von Dienstleistung, sofern sie nicht kostenlos ist, für Personen mit geringeren Finanzmitteln (zumeist Frauen) weniger zugänglich ist, aber auch weil diese Art von Dienstleistung, sofern sie qualitativ hochwertig ist, die frühkindliche Entwicklung fördert und Zeit für die berufliche Entwicklung freisetzt, die hauptsächlich von Frauen und insbesondere von Familien mit nur einem Elternteil benötigt wird.

²⁷ Siehe [Entschließung](#) des Europäischen Parlaments vom 26. Mai 2016 zu dem Thema Armut: eine geschlechtsspezifische Perspektive.

6.2 Zahlen und Daten

Abbildung 2 – Entbehrungskategorien im Zusammenhang mit alleinerziehenden Müttern und Vätern (EU-28, 2014)



Quelle: EU-SILC, Berechnungen zu den Mikrodaten von 2014, vom EPRS auf der Grundlage des Berichts des EIGE angepasst: *Poverty, gender and intersecting inequalities in the EU*²⁸, S. 67

Transkription Abbildung 2:

lone mothers: alleinerziehende Mütter

lone fathers: alleinerziehende Väter

Kann keine unerwarteten Ausgaben tätigen

Kann sich keinen Urlaub leisten

Kann Zahlungsrückstände für Hypothek, Miete oder Rechnungen für Versorgungsleistungen nicht vermeiden

Kann sich kein Auto leisten

Kann die Wohnung nicht ausreichend heizen

Kann sich kein Fleisch oder keine Proteine leisten

Kann sich keinen Computer leisten

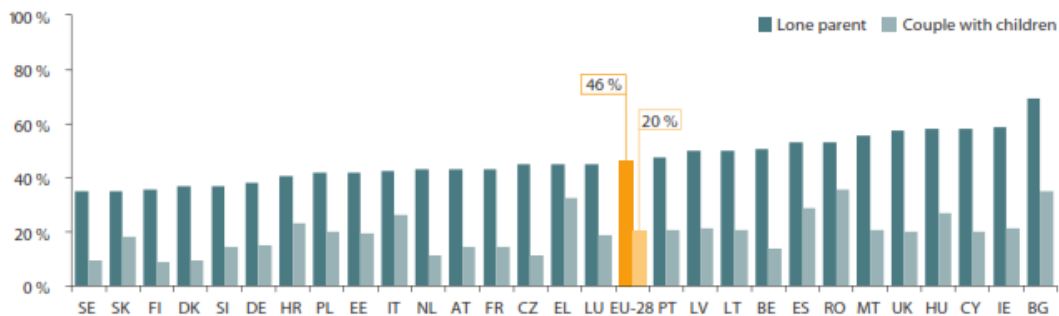
Kann sich keine Waschmaschine leisten

Kann sich keinen Fernseher leisten

Kann sich kein Telefon leisten

²⁸ EIGE: *Poverty, gender and intersecting inequalities in the EU*, Review of the Implementation of Area A: Women and Poverty of the Beijing Platform for action, 29. November 2016 <http://eurogender.eige.europa.eu/posts/new-report-eige-poverty-gender-and-intersecting-inequalities-eu>

Abbildung 3 - Von Armut oder sozialer Ausgrenzung bedrohte alleinerziehende Eltern und Paare mit Kindern (AROE), 2014



Quelle: EIGE: *Poverty, gender and intersecting inequalities in the EU: Review of the implementation of Area A: Women and Poverty of the Beijing Platform for Action*²⁹

Transkription Abbildung 3:

lone parent: Alleinerziehender Elternteil
couple with children: Paar mit Kindern

Bei den Abbildungen 1 und 2 muss berücksichtigt werden, dass **mehr als vier von fünf Familien mit einem Elternteil Familien mit alleinerziehenden Müttern** sind; genauer gesagt waren 2011 84 % der Familien mit einem Elternteil in der EU-28 Familien mit alleinerziehenden Müttern.³⁰

Die folgende **Tabelle mit den Hauptgründen, warum Frauen (zwischen 15-64 Jahren und mit Kindern bis zur Schulpflicht) nicht oder in Teilzeit arbeiten, aufgeschlüsselt nach den wahrgenommenen Mängeln bei der Kinderbetreuung** (in Prozent), wurde im Bericht der Kommission³¹ zur Kinderbetreuung in den Mitgliedstaaten und einer Studie über das Rentengefälle zwischen Männern und Frauen vorgestellt:

²⁹ EIGE Europäisches Institut für Gleichstellungsfragen, November 2016, S. 65.

http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/ti_pubpdf_mh0416244enn_pdfweb_20161208181320.pdf

³⁰ Laut Eurostat „People in the EU: who are we and how do we live?“, Ausgabe 2015, S. 62: „Familien mit einem alleinerziehenden Elternteil machten 16 % der Familien insgesamt in der EU-28 im Jahr 2011 aus. In einigen Regionen kann der Anteil jedoch bis zu 60 % betragen.“

³¹ Q&A: Report on childcare provision in the Member States and study on the gender pension gap http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-490_en.htm?locale=EN

1. Barcelona-Ziele

Was sind die „Barcelona-Ziele“?

Im März 2002 vereinbarte der Europäische Rat auf seinem Treffen in Barcelona [gemeinsame Ziele](#) zur Verbesserung der Kinderbetreuung in den Mitgliedstaaten. Die Staats- und Regierungschefs der EU vereinbarten, „Hemmnisse [zu] beseitigen, die Frauen von einer Beteiligung am Erwerbsleben abhalten, und bestrebt [zu] sein, nach Maßgabe der Nachfrage nach Kinderbetreuungseinrichtungen und im Einklang mit den einzelstaatlichen Vorgaben für das Versorgungsangebot **bis 2010 für mindestens 90 % der Kinder zwischen drei Jahren und dem Schulpflichtalter und für mindestens 33 % der Kinder unter drei Jahren Betreuungsplätze zur Verfügung zu stellen**“. Diese Ziele sind mittlerweile als „Barcelona-Ziele“ bekannt und die Erreichung dieser Ziele ist Kernpunkt der wirtschaftlichen Wachstumsstrategien von Europa (Lissaboner Strategie und Strategie Europa 2020).

Sind die Barcelona-Ziele heute noch gültig?

Im März 2011 bestätigten die Mitgliedstaaten erneut ihr Engagement für die Barcelona-Ziele im Europäischen Pakt für die Gleichstellung der Geschlechter (2011-2020). Der Europäische Rat hat die

Abbildung 4 - Hauptgründe, warum Frauen (zwischen 15-64 Jahren und mit Kindern im schulpflichtigen Alter) nicht oder in Teilzeit arbeiten, aufgeschlüsselt nach den wahrgenommenen Mängeln bei der Kinderbetreuung

Countries	Not available	Too expensive	Insufficient quality
EU-27	25	53	4
BE	62	32	0u
BG	30	35	13
CZ	47	10u	3u
DK	:	:	:
DE	25	31	:
EE	:	63u	:
IE	8	85	3
EL	21	67	6u
ES	18	60	2u
FR	33	57	:
IT	37	57	5
CY	:	57	:
LV	27u	35	:
LT	:	:	:
LU	34u	28u	:
HU	32	25	20
MT	:	:	:
NL	13u	71	:
AT	57	22	:
PL	35	57	4u
PT	:	60	:
RO	13	80	6u
SI	:	46u	:
SK	29u	36u	:
FI	27u	:	:
SE	:	:	:
UK	10	73	4
HR	48	34u	:
MK	22u	59u	:

53% of women (aged 15–64 and with children up to the mandatory school age) who do not work or work part time because of inadequate childcare services in the EU report that childcare is too expensive.

Verbesserung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für Zweitverdiener zu einer Priorität im [Jahreswachstumsbericht](#) gemacht, in dem die wichtigsten Prioritäten für Maßnahmen zur Verbesserung der Wirtschaftsleistung festgelegt sind. Dies soll durch geeignete Steueranreize und bezahlbare, qualitativ hochwertige Kinderbetreuungsleistungen erreicht werden.

Am 29. Mai 2013 erhielten **11 Mitgliedstaaten** (Österreich, die Tschechische Republik, Deutschland, Estland, Ungarn, Italien, Malta, Polen, die Slowakei, Spanien und das Vereinigte Königreich) im Rahmen des [Europäischen Semesters](#) **länderspezifische Empfehlungen** zur Beschäftigung von Frauen und der Verfügbarkeit/Qualität von Kinderbetreuung und/oder Ganztageseschulplätzen. 2012 erhielten neun Mitgliedstaaten (Österreich, die Tschechische Republik, Deutschland, Ungarn, Italien, Malta, Polen, die Slowakei und das Vereinigte Königreich) Empfehlungen. 2011 hatten bereits sieben Länder eine Empfehlung erhalten...

Quelle: Europäische Kommission „Report on childcare provision in the Member States and study on the gender pension gap“, 3. Juni 2013,³² auf der Grundlage der Daten über die Erhebung über die Arbeitskräfte (EU-LFS) 2010, Ad-hoc-Modul „Vereinbarkeit von Beruf und Familie“.³³
Hinweise: EU-27 ohne DK und SE; u: nicht zuverlässig; „-“: nicht verfügbar.

Transkription Abbildung 4:

not available: nicht verfügbar

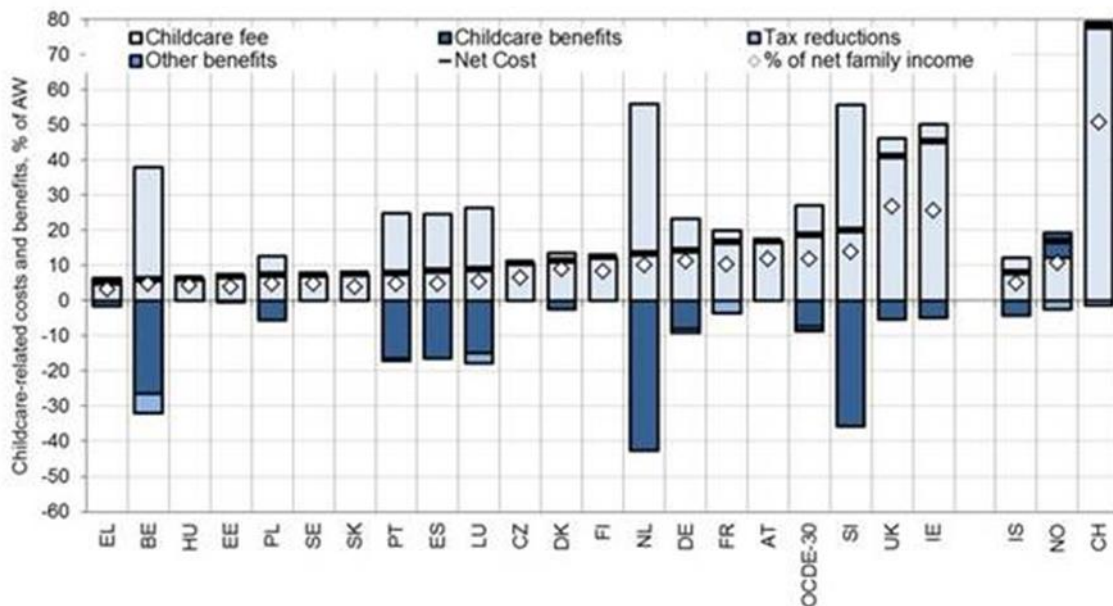
too expensive: zu teuer

insufficient quality: unzureichende Qualität

53 % der Frauen (im Alter zwischen 15-64 und mit Kindern bis zur Schulpflicht), die wegen unzureichenden Kinderbetreuungsdienstleistungen in der EU nicht oder in Teilzeit arbeiten, geben an, dass die Kinderbetreuung **zu teuer** ist.

- 53 % der Frauen (im Alter zwischen 15-64 und mit Kindern bis zur Schulpflicht), die aufgrund unzureichender Kinderbetreuungsdienstleistungen nicht oder in Teilzeit arbeiten, geben an, dass die Kinderbetreuung **zu teuer** ist

Abbildung 5 - Kinderbetreuungskosten für Eltern in Prozent des durchschnittlichen Lohns 2008



Quelle: Europäische Kommission „Report on childcare provision in the Member States and study on the gender pension gap“, 3. Juni 2013,³⁴ auf der Grundlage der OECD (2011), „Doing Better for Families“, Abb. 4.A2.1 A.³⁵

Transkription Abbildung 5:

childcare fee: Kinderbetreuungsgebühren

other benefits: Sonstige Leistungen

³² http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-490_en.htm?locale=EN

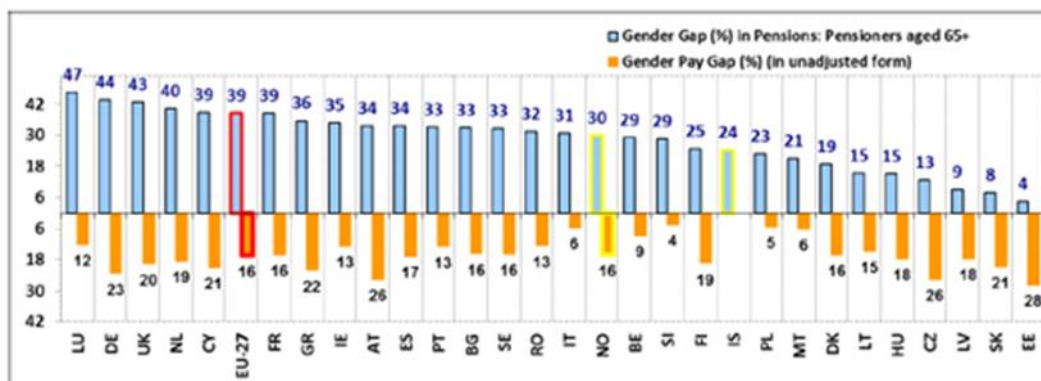
³³ <http://ec.europa.eu/eurostat/web/lfs/data/database>

³⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-490_en.htm?locale=EN

³⁵ http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-families_9789264098732-en, figure 4.A2.1

childcare benefits: Kinderbetreuungsleistungen
 net cost: Nettokosten
 tax reduction: Steuerermäßigung
 % of net family income: % des Nettofamilieneinkommens

Abbildung 6 - Rentengefälle zwischen Männern und Frauen gegenüber Lohngefälle zwischen Männern und Frauen



Quelle: Europäische Kommission „Report on childcare provision in the Member States and study on the gender pension gap“, 3. Juni 2013,³⁶ auf der Grundlage von EU SILC; Lohngefälle zwischen Männern und Frauen aus der Eurostat-Datenbank „Verdienste“ 2010.

Transkription Abbildung 6:

Rentengefälle zwischen Männern und Frauen (%): Rentner/Rentnerin 65+
 Lohngefälle zwischen Männern und Frauen (%) (unbereinigt)

Auf der Grundlage dieser Zahlen und Daten kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass in der EU und in fast allen Mitgliedstaaten:

- alleinerziehende Eltern, zumeist Frauen, weitaus stärker von Armut bedroht sind als alleinerziehende Väter und Paare mit Kindern;
- alleinerziehende Mütter gegenüber alleinerziehenden Vätern (und gegenüber den meisten anderen Kategorien von Männern) beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen besonders benachteiligt sind;
- gute Kinderbetreuungsleistungen im Allgemeinen für die bedürftigsten Frauen auch weniger zugänglich oder bezahlbar sind als für alleinerziehende Väter;
- diese Mütter in Bezug auf ihre berufliche Entwicklung benachteiligt sind; damit bleiben sie in einem Teufelskreis gefangen, der sie noch weiter in ein Lohngefälle und in der Folge in ein Rentengefälle treiben kann;
- bezahlbare und qualitativ hochwertige Kinderbetreuungsleistungen in erstaunlich unterschiedlichem Ausmaß in den verschiedenen Mitgliedstaaten vorhanden sind; indirekt und in Verbindung mit den verschiedenen Einkommensniveaus von Frauen und Männern hat dies zur Folge, dass Frauen

³⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-490_en.htm?locale=EN

im Vergleich zu Männern beim Zugang zu Kinderbetreuungsdienstleistungen in einigen Mitgliedstaaten stärker benachteiligt sind als in anderen.

Damit ist bei Weitem noch kein Gesamtbild gezeichnet, die Beispiele verdeutlichen jedoch, wie ein Zusammentreffen mehrerer kausaler Zusammenhänge zu mittelbarer Diskriminierung führen kann.

7 Zugang zu gesundheitsbezogenen Produkten und Dienstleistungen: nicht immer an die Bedürfnisse von Frauen angepasst

7.1 Zugang zu Arzneimitteln und medizinischen Dienstleistungen

Mit Blick auf die Ergebnisse sind die schlimmsten Folgen der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Bereich des Zugangs zu Arzneimitteln und medizinischen Verfahren festzustellen, wenn das Risiko eines frühen Todes, lebenslanger Erkrankung oder Behinderung oder einer Beeinträchtigung der Nachkommen besteht.

Die Ursache dafür kann in der unzureichenden Prüfung von Medikamenten oder medizinischen Verfahren für Frauen während der Schwangerschaft oder in der Stillzeit liegen und kann auch darauf zurückzuführen sein, dass die Situation von Frauen nicht berücksichtigt oder unterschätzt wird, wozu unter anderem auch eine nicht ordnungsgemäß angepasste medizinische Dosierung gehört.

Am 30. April 2015 veröffentlichte die Zeitung „The Guardian“ einen Artikel mit dem Titel „The medical research gender gap: how excluding women from clinical trials is hurting our health, Large gender gaps in research limit how much we know about the difference between women’s health and men’s“ (Das Geschlechtergefälle in der medizinischen Forschung: Der Ausschluss von Frauen von klinischen Tests gefährdet unsere Gesundheit, Großes Geschlechtergefälle in der Forschung beeinträchtigt unsere Kenntnisse über die Unterschiede bei der Gesundheit von Frauen und Männern).³⁷

Erwägungsgrund 12 der Richtlinie besagt wie folgt: *(12) Um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts zu verhindern, sollte diese Richtlinie sowohl für unmittelbare als auch für mittelbare Diskriminierungen gelten. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nur dann vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt. Somit liegt beispielsweise bei auf körperliche Unterschiede bei Mann und Frau zurückzuführenden unterschiedlichen Gesundheitsdienstleistungen für Männer und Frauen keine Diskriminierung vor, weil es sich nicht um vergleichbare Situationen handelt“.* Bei der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen für Männer und Frauen sollte demnach unter gebührender Berücksichtigung der körperlichen Unterschiede zwischen den Bedürfnissen von Männern und Frauen unterschieden werden. Erhalten Männer und Frauen im Gegenteil die gleiche medizinische Behandlung, obwohl aufgrund ihrer körperlichen Konstitution eine andere, angepasste Behandlung notwendig wäre, kann dies eine Diskriminierung darstellen, z. B. wenn Männer nach modernen Methoden für Männer behandelt werden und Frauen nach modernen Methoden für Männer, nicht

³⁷ <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/apr/30/fda-clinical-trials-gender-gap-epa-nih-institute-of-medicine-cardiovascular-disease>

jedoch für Frauen. Diskriminierung ist umso mehr gegeben, wenn eine für Frauen bestehende medizinische Behandlung achtlos angewendet wird (siehe nachstehend den Fall mangelhafter Brustimplantate).

Zwischen 2007 und 2014 wurde mehr als 14 000 Frauen (in Frankreich) Dépakine, Dépamide oder Dépakote verschrieben, ein Arzneimittel mit dem Wirkstoff Valproat, das im Fall von Epilepsie, bipolarer affektiver Störung oder gegen Migränekopfschmerzen verschrieben wurde. In der Folge wurden Tausende von Kindern mit erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen geboren (siehe z. B. die Zeitung „Le Figaro“ vom 14. September 2016).³⁸ Am 15. November 2016 beschloss die französische Nationalversammlung einstimmig³⁹, einen Fonds zur Entschädigung der Valproat-Opfer zu schaffen. Der Fonds ist für die oben beschriebenen Standardfälle vorgesehen, im Gegensatz zu den Fällen von Kindern, die durch die direkte Behandlung mit Valproat geschädigt worden sind (und die unter schwerer Demenz oder Autismus leiden).

Aus dem Thalidomid- oder [Contergan](#)-Fall hätte man eigentlich Lehren ziehen müssen. Das letztgenannte Arzneimittel wurde in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts gegen Epilepsie, Schlaflosigkeit, Angstzustände oder Gastritis verschrieben, führte jedoch zu Tausenden von Kindern mit fehlgebildeten Gliedmaßen. Die Zeitung „The Guardian“ berichtet in einem Artikel vom 23. Februar 2015, dass die Opfer immer noch um eine Entschädigung kämpfen.⁴⁰

Ein weiteres Beispiel ist der Skandal um die mangelhaften Brustimplantate (PIP). Das Europäische Parlament nahm dazu eine **Entschließung vom 14. Juni 2012 zu mangelhaften mit Silikon gefüllten Brustimplantaten der französischen Firma PIP (2012/2621(RSP))** an und forderte die Kommission unter anderem auf, „einen angemessenen Rechtsrahmen auszuarbeiten, der die Unbedenklichkeit von Brustimplantaten und von Medizintechnik im Allgemeinen gewährleistet“. ⁴¹ Am 26. September 2012 legte die Kommission einen Vorschlag über In-vitro-Diagnostika ([COM\(2012\) 0541](#)) sowie einen Vorschlag über Medizinprodukte und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 ([COM\(2012\) 0542](#)) mit einer gemeinsamen Folgenabschätzung (SWD(2012) 273) vor.⁴² Das Parlament änderte die Vorschläge in seiner Entschließung vom 2. April 2014⁴³ maßgeblich und forderte strengere Vorschriften. Nach inzwischen erfolgreichen Trilogverhandlungen wird die formelle Annahme durch den Rat Anfang 2017 und im Anschluss daran die Abstimmung im Plenum nach der zweiten Lesung im Parlament erwartet.⁴⁴

Elsevier berichtete am 16. September 2016 in Pharma R&D: *„Zusammenfassend trifft es zu, dass einige Arzneimittel je nach Geschlecht oder Untergruppe unterschiedlich wirken oder*

³⁸ <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2016/09/14/25396-depakine-cout-6-milliards-deuros>

³⁹ http://www.lemonde.fr/sante/article/2016/11/16/depakine-l-assemblee-donne-son-feu-vert-au-fonds-d-indemnisation_5031759_1651302.html

⁴⁰ <https://www.theguardian.com/society/2015/feb/23/german-thalidomide-survivors-continue-fight-for-compensation>

⁴¹ [T7-0262/2012](#)

⁴² Siehe. [Erste Bewertung einer Folgenabschätzung der Europäischen Kommission](#), H. Werner, Januar 2013.

⁴³ [P7_TA\(2014\)0267](#), [P7_TA\(2014\)0266](#)

⁴⁴ [EPRS Briefing](#) on medical devices and in vitro diagnostic medical devices, N. Scholz, Januar 2017.

unterschiedlich sicher sind. Damit Arzneimittel in der weiblichen Bevölkerung und in Untergruppen sicher und wirksam sind, müssen größere Anstrengungen unternommen werden, um eine gute Vertretung der Anwender und Anwenderinnen von Arzneimitteln in klinischen Versuchen zu erreichen und die PK/PD-Modellierung der Reaktionen von Untergruppen und Metaanalysen in fortgeschrittenen Entwicklungsphasen zu verbessern, sodass die Nachweisleistung erhöht wird.“⁴⁵

Das „Geschlechtergefälle in der medizinischen Forschung“ ist jedoch nur ein Aspekt der mittelbaren Diskriminierung beim Zugang zu Gesundheitsprodukten und -dienstleistungen. Beim geschlechtsspezifischen Zugang zu gesundheitsbezogenen Produkten und Verfahren gibt es auch noch andere Dimensionen, zu denen insbesondere Selbstbestimmung und Wahlfreiheit gehören.

In diesem Zusammenhang ist auf die Empfehlung der Weltgesundheitsorganisation vom 7. November 2016 zu verweisen, wonach „es schwangeren Frauen möglich sein muss, zum richtigen Zeitpunkt Zugang zur richtigen Versorgung zu haben“.⁴⁶ Wird schwangeren Frauen die Versorgung verwehrt, stellt dies wie vorstehend erläutert eine Verletzung der Richtlinie dar. Es ist zuvorderst das Anrecht der betroffenen Frauen selbst zu entscheiden, welche medizinischen Dienstleistungen sie unter welchen Bedingungen benötigen und wünschen.

7.2 Geschlechtsspezifische schädliche Wirkungen: endokrine Disruptoren und andere chemische Stoffe

Produkte des täglichen Lebens und Gebrauchs sollten sich generell nicht nachteilig auf die Gesundheit von Menschen auswirken, einige Produkte können für ein Geschlecht jedoch schädlicher sein als für das andere Geschlecht.

Wenn beispielsweise ein Deodorantspray das Brustkrebsrisiko erheblich erhöht, wäre eine Frau durch die Benutzung dieses Sprays gegenüber einem Mann „in besonderer Weise benachteiligt“ (siehe Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie): neben dem Preis für das Produkt würde sie noch zusätzlich mit einem erhöhten Krebsrisiko „bezahlen“. Der Verkauf eines solchen Produkts könnte unter die in dieser Richtlinie verbotene „mittelbare Diskriminierung“ fallen.

Es handelt sich dabei um keine Fiktion: Eine neuere Schweizer Studie⁴⁷, über die breit in der Presse berichtet wurde, kam zu dem Schluss, dass ein häufig in Deodorantprodukten verwendetes Aluminiumsalz Brustkrebs verursachen kann.⁴⁸

Das Risiko für große Teile der Bevölkerung hätte vermieden werden können, wenn das „Vorsorgeprinzip“ angewendet worden wäre.⁴⁹ Aluminiumsalze sind laut der Schweizer

⁴⁵ <https://pharma.elsevier.com/pharma-rd/women-minorities-clinical-trials/>

⁴⁶ <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2016/antenatal-care-guidelines/en/>

⁴⁷ Aluminium chloride promotes tumorigenesis and metastasis in normal murine mammary gland epithelial cells, Stefano J. Mandriota et al., IJC International Journal of Cancer vom 7. September 2016.

<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/ijc.30393/full>

⁴⁸ Z. B. <http://www.thelocal.ch/20160926/deodorants-could-cause-cancer-swiss-study-warns>; <http://www.dailymail.co.uk/health/article-3808077/Can-deodorants-cause-CANCER-Study-claims-aluminium-salts-trigger-tumours.html>

⁴⁹ Siehe http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/precautionary_principle.html :

Studie in noch vielen weiteren Produkten enthalten: „Aluminiumsalze, die in zahlreichen häufig verwendeten Industrieprodukten wie Antitranspirantien, Entsäuerungsmitteln, Nahrungsmittelzusätzen und Impfstoffen enthalten sind, stehen im Verdacht, zu einer erhöhten Zahl von Brustkrebskrankungen in westlichen Gesellschaften beizutragen.“

Viele andere Arten von häufig verwendeten chemischen Stoffen können nicht nur eine schädliche Wirkung auf Tiere und Pflanzen, sondern auch auf die menschliche Gesundheit haben, wobei viele Stoffe sich unterschiedlich auf Männer und Frauen auswirken. Viele der sogenannten „endokrinen Disruptoren“, d. h. Stoffe mit schädlicher Wirkung auf die Hormonsysteme, wirken sich auf Männer und Frauen unterschiedlich aus.⁵⁰ Bei vielen dieser Stoffe wie Bisphenol A handelt es sich um „Lebensmittelkontaktmaterialien“ (FCM), die „im Alltag in Form von Lebensmittelverpackungen, Küchenutensilien, Geschirr usw. weit verbreitet sind“.⁵¹ Das Europäische Parlament nahm am 6. Oktober 2016 die [Entschließung](#) zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1935/2004 über Lebensmittelkontaktmaterialien an und forderte unter anderem die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) auf, „das Konzept der besonders gefährdeten Gruppen auf Schwangere und Stillende auszuweiten und die potenziellen Folgen einer Belastung mit niedrigen Dosen und nicht-monotone Dosis-Wirkungsbeziehungen in die Kriterien der Risikobewertung aufzunehmen“. Das Parlament bedauert, „dass die EFSA dem Zusammenwirken verschiedener Chemikalien (sogenannter Cocktail-Effekt) und den Auswirkungen einer gleichzeitigen und kumulativen Mehrfachbelastung durch Lebensmittelkontaktmaterialien und andere Stoffe, die auch dann negative Folgen haben können, wenn die einzelnen Stoffe in der Mischung in niedriger Menge vorkommen, im Rahmen ihres aktuellen Risikobewertungsverfahrens nicht Rechnung trägt, und fordert sie auf, dies in Zukunft zu berücksichtigen.“ Das Parlament forderte die Kommission ferner auf, die Aufnahme von Bisphenol A in die Liste der besonders besorgniserregenden Stoffe zu prüfen.

Bisphenol A wirkt wie ein künstliches Östrogen, das das menschliche Hormonsystem stören und Brustkrebs, Prostatakrebs sowie Unfruchtbarkeit verursachen kann. Aus diesen und anderen Gründen beschloss Frankreich, Bisphenol A ab dem 1. Januar 2015 zu verbieten. Mehrere Mitgliedstaaten möchten die Gesundheit der Verbraucher ebenfalls schützen und einheitliche Wettbewerbsbedingungen für die Industrie in den verschiedenen Mitgliedstaaten sicherstellen, d. h. die öffentliche Gesundheit schützen,

„Das Konzept des Vorsorgeprinzips ist erstmals in einer [Mitteilung](#) der Kommission aus dem Februar 2000 niederlegt worden. Darin wird dieses Prinzip definiert und seine Anwendung erläutert.

Das Vorsorgeprinzip wird in Artikel 191 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ausführlich erklärt. Das Vorsorgeprinzip verfolgt den Ansatz der Risikovermeidung, die besagt, dass eine Politik oder Maßnahme nicht durchgeführt werden darf, wenn sie der Allgemeinheit oder der Umwelt Schaden zufügen kann und weiterhin kein wissenschaftlicher Konsens zu diesem Thema besteht. Sobald weitere wissenschaftliche Informationen verfügbar werden, sollte die Lage erneut überprüft werden.

Eine Berufung auf das Vorsorgeprinzip ist nur dann möglich, wenn ein potenzielles Risiko besteht, und kann keinesfalls eine willkürliche Entscheidung rechtfertigen.

Der Regelungsrahmen der EU für chemische Stoffe (Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 – bekannt unter dem Namen REACH) beruht auf dem Vorsorgeprinzip, dessen Anwendung bereits im allgemeinen Lebensmittelrecht (Verordnung (EG) Nr. 178/2002) verankert ist.“

⁵⁰ http://ec.europa.eu/environment/chemicals/endocrine/definitions/affect_en.htm

⁵¹ [Lebensmittelkontaktmaterialien; Verordnung \(EG\) 1935/2004; Bewertung der europäischen Umsetzung](#), Ekaterina Karamfilova, EPRS, Mai 2016

ohne den Wettbewerb unter den Herstellern zu verzerren. Sie haben daher ein Interesse daran, dass die Kommission ihren Verpflichtungen aus der REACH-Verordnung nachkommt.⁵²

Im Jahr 2014 leitete Schweden ein Vertragsverletzungsverfahren⁵³ gegen die Kommission ein, weil diese es rechtswidrig unterlassen hat, delegierte Rechtsakte zur Festlegung wissenschaftlicher Kriterien zur Bestimmung der endokrinschädigenden Eigenschaften zu erlassen. Dänemark, Finnland, Frankreich, die Niederlande, das Europäische Parlament und der Rat schlossen sich Schweden an. Am 15. Dezember 2015 erklärte der Europäische Gerichtshof: „Die Europäische Kommission hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 528/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über die Bereitstellung auf dem Markt und die Verwendung von Biozidprodukten verstoßen, dass sie es unterlassen hat, delegierte Rechtsakte zur Festlegung wissenschaftlicher Kriterien zur Bestimmung der endokrinschädigenden Eigenschaften zu erlassen.“

Die Kommission legte am 15. Juni 2016 zwei Entwürfe von Rechtsakten vor, einen Entwurf zur Gesetzgebung von [Biozidprodukten](#) und einen Entwurf zur [Gesetzgebung von Pflanzenschutzmitteln](#), die die Kriterien für die Bestimmung endokrinschädigender Eigenschaften festlegten.^{54,55} In der damit verbundenen [Folgenabschätzung](#)⁵⁶ nahm die Kommission „schwängere und stillende Frauen, Embryonen, Föten, Säuglinge, Kinder, ältere Menschen usw.“ unter gefährdete Personengruppen auf.

Die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) und die Europäische Chemikalienagentur (ECHA) veröffentlichten am 20. Dezember 2016 ein gemeinsames [Grundlagenpapier](#) mit dem Entwurf von Leitlinien für die Umsetzung gefahrenbasierter Kriterien zur Bestimmung endokriner Disruptoren.⁵⁷

Es ist zu hoffen, dass dies zu einem Verbot oder einem vorsichtigeren und sichereren Ansatz in Bezug auf Bisphenole, Phtalate und zahlreiche andere Stoffe führt, die die Gesundheit von Männern und Frauen schwer und unterschiedlich beeinträchtigen können.

8 Kollaborative Wirtschaft: Chancen und Risiken

8.1 Anbieter-Verbraucher-Beziehung: Paradigmenwechsel

Güter und Dienstleistungen werden vermehrt über Internet-Plattformen geteilt, die auf den ersten Blick wie Marktplätze funktionieren und Angebote und Nachfragen von zahlreichen Menschen bündeln. Diese kollaborative Wirtschaft oder ‚Sharing Economy‘

⁵² Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02006R1907-20140410>

⁵³ [Rechtssache T-521/14](#)

⁵⁴ https://ec.europa.eu/health/endocrine_disruptors/policy_en

⁵⁵ [EPRS Briefing](#) on Commission proposals on identifying endocrine disruptors, N. Scholz, Juli 2016.

⁵⁶ [SWD\(2016\) 211](#) vom 15. Juni 2016.

⁵⁷ <https://www.efsa.europa.eu/de/topics/topic/endocrine-active-substances>

(„Wirtschaft des Teilens“)⁵⁸ hält schnell Einzug in verschiedene Wirtschaftszweige wie Beherbergung, Transport, Gesundheitsversorgung, diversifizierte Arbeit und Finanzen. Der „mögliche wirtschaftliche Gewinn in Verbindung mit einer besseren Nutzung von ansonsten nicht voll ausgeschöpften Kapazitäten als Folge der kollaborativen Wirtschaft“ wurde auf mehr als 500 Mrd. EUR pro Jahr in der EU-28 veranschlagt.⁵⁹

In vielen Wirtschaftszweigen ist zu beobachten, dass sich herkömmliche Geschäftsbeziehungen, die bisher als „bilaterale“ Beziehungen zwischen **Anbieter** und **Verbraucher** bezeichnet werden konnten, in trilaterale oder multilaterale Beziehungen zwischen Anbietern von Plattformen, privaten Anbietern von Dienstleistungen und einzelnen Verbrauchern wandeln, wobei es sich bei der „Plattform“ um eine Website handelt, die eine Reihe von Dienstleistungen anbietet, d. h. auf die über das Internet zugegriffen werden kann.

⁵⁸ Die Begriffe „Wirtschaft des Teilens“ und „kollaborative Wirtschaft“, „collaborative economy“, können synonym verwendet werden. Der Unterschied liegt lediglich in der Wahrnehmung oder dem Schwerpunkt, in beiden Fällen gilt jedoch im Wesentlichen:

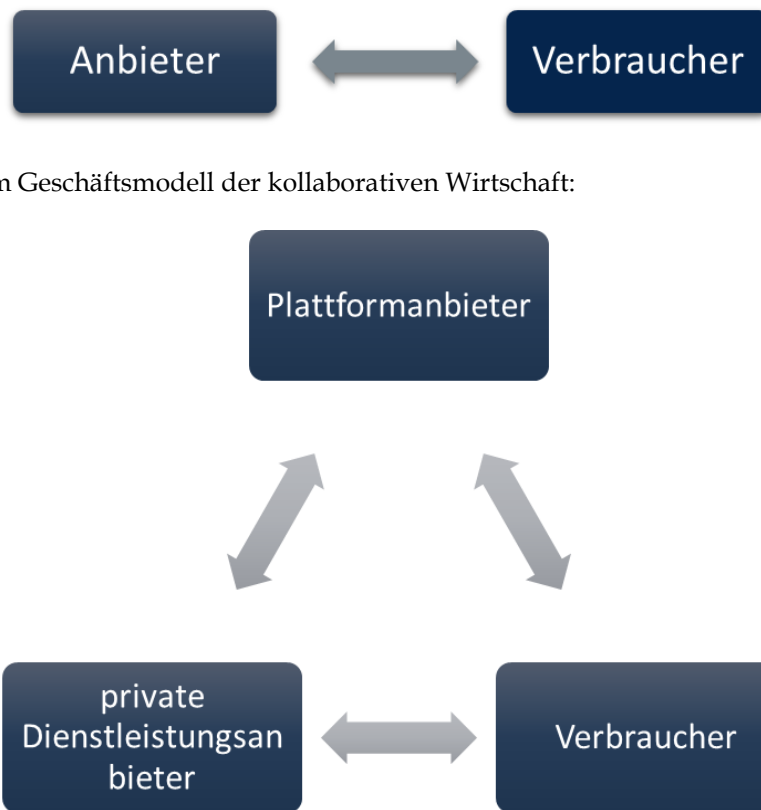
Ein einzelner Anbieter „teilt“ ein Produkt oder eine Dienstleistung gegen eine „Gebühr“ mit einem Verbraucher über eine „Plattform“ und:

ein einzelner Anbieter „kollaboriert“ über eine „Plattform“ (und gegen ein Entgelt), um Verbrauchern Produkte oder Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen. In beiden Fällen kann die Plattform einen prozentualen Anteil an der Gebühr oder dem Entgelt erhalten.

Laut Sarah O'Connor in einem Artikel in der „Financial Times“ vom 14. Juni 2016 ist „[die Gig Economy jedoch weder „teilend“ noch „kollaborativ“](#)“ ([The gig economy is neither „sharing“ nor „collaborative“](#)). Diese Aussage beruht auf einer [Studie von JPMorgan](#) über „Paychecks, Paydays, and the Online Platform Economy Big Data on Income Volatility“ vom Februar 2016 sowie auf einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen [Studie des CEPS](#) über „The Impact of the Collaborative Economy on the Labour Market“, Willem Pieter De Groen und Ilaria Maselli, Juni 2016.

⁵⁹ [Cost of Non-Europe in the Sharing Economy](#), Pierre Goudin, EPRS, Januar 2016.

Abbildung 7 - Paradigmenwechsel weg vom herkömmlichen Geschäftsmodell



Quelle: EPRS

Der einzelne Verbraucher steht somit sowohl mit einem Plattformanbieter als auch mit einem einzelnen, möglicherweise unbekanntem Anbieter von Dienstleistungen in Beziehung, der einzelne Anbieter von Dienstleistungen sieht sich jedoch ebenfalls einem Plattformanbieter und möglicherweise unbekanntem Verbraucher gegenüber.

8.2 Regulatorische Aspekte

Durch die wirtschaftliche und soziale Bedeutung der kollaborativen Wirtschaft ergeben sich sowohl auf Ebene der EU als auch in den Mitgliedstaaten regulatorische Fragen im Zusammenhang mit einem möglichen Marktungleichgewicht und unlauterem Wettbewerb in Bezug auf traditionelle Marktteilnehmer, da es in den Bereichen Arbeitsnormen und -recht, Verbraucherschutz, Besteuerung, Haftung, Qualität der Dienstleistungen und Nutzersicherheit noch unregelte Aspekte gibt.^{60, 61, 62}

⁶⁰ [EPRS-Briefing](#) über „Eine Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft“, Jana Valant, November 2016, mit Blick auf den bevorstehenden [Bericht des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments](#).

⁶¹ [STOA-Studie](#) on the impact and potential of collaborative internet and additive manufacturing, EPRS, Dezember 2015.

⁶² Die [Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft](#) der Kommission vom Juni 2016.

Die Schlussfolgerungen lauten wie folgt:

„4. Fazit

Während herkömmliche Geschäftsformen Zeit hatten, sich – normalerweise über Jahrzehnte – zu entwickeln, und schrittweise ein System von Kontrolle und Gegenkontrolle entstand, an dem gegebenenfalls Verbände, Gewerkschaften und/oder Gesetzgeber mitwirkten oder das auf einem gemeinsamen Verständnis beruhte, entwickeln sich die neuen kollaborativen Geschäftsmodelle schnell und hektisch: der einzelne Verbraucher sieht sich als Kunde von Dienstleistungen sowohl dem „mächtigen“ und entfernt agierenden Plattformanbieter sowie einem oder mehreren einzelnen Anbietern von Dienstleistungen gegenüber; der einzelne Anbieter von Dienstleistungen sieht sich der „mächtigen“ und entfernten Plattform gegenüber, wo er auch ein Kunde von Dienstleistungen ist, sowie einem oder mehreren einzelnen Verbrauchern, denen er eine einzelne Dienstleistung bereitstellt.

Die Plattformanbieter allein bestimmen die Regeln zu ihrem Vorteil und nach ihren Prioritäten. Die Regeln des Anbieters zielen daher darauf ab, den wirtschaftlichen Nutzen und die Nachhaltigkeit sowie die Informationsmacht (und damit auch die soziale Verflechtung) über den einzelnen „Dienstleistungsanbieter“ und in anderer Form den einzelnen Verbraucher zu vergrößern.

Es darf nicht vergessen werden, dass die einzelnen Dienstleistungsanbieter auch Kunden von Dienstleistungen der Plattform sind.⁶³

Angesichts der beträchtlichen Vorteile, die die neuen Geschäftsmodelle der kollaborativen Wirtschaft bringen können, sollte Europa diesen neuen Gelegenheiten offen gegenüberstehen. Die EU sollte die Innovations-, Wettbewerbsfähigkeits- und Wachstumschance, die die Modernisierung der Wirtschaft bietet, proaktiv unterstützen. Zugleich ist es wichtig, faire Arbeitsbedingungen und einen angemessenen und nachhaltigen Verbraucher- und Sozialschutz sicherzustellen. Deshalb sollten Bürger und Unternehmen die für sie geltenden Regeln und Pflichten kennen, wie sie in dieser Mitteilung dargelegt werden. Die Mitgliedstaaten werden dazu aufgefordert, die Lage auf nationaler Ebene in ähnlicher Weise klarzustellen. Die Kommission ist bereit, mit den Mitgliedstaaten und den jeweiligen Behörden zusammenzuarbeiten, um sie dabei zu unterstützen.

Mit den Leitlinien in dieser Mitteilung sollen Verbraucher, Unternehmen und Behörden unterstützt werden, damit sie sich vertrauensvoll an der kollaborativen Wirtschaft beteiligen können. Außerdem wird den Mitgliedstaaten dabei geholfen, das EU-Recht im gesamten Binnenmarkt einheitlich anzuwenden. Die Kommission wird kontinuierlich die Entwicklungen in der kollaborativen Wirtschaft in Europa prüfen, statistische Daten und Belege sammeln und mit Mitgliedstaaten und Interessenträgern – unter anderem zum Austausch bewährter Verfahrensweisen – zusammenarbeiten. Sie sieht einem Dialog mit dem Europäischen Parlament, dem Rat und den Mitgliedstaaten, in dessen Rahmen für das bestmögliche Umfeld für Bürger und Unternehmen in der kollaborativen Wirtschaft gesorgt wird, mit Zuversicht entgegen.“

⁶³ Auf den ersten Blick ist nicht immer ganz klar, ob dies im Sinne der Richtlinie als „Dienstleistung“ gilt. Manche Autoren vertreten die Auffassung, dass kollaborative Plattformen nur „digitale Marktplätze“ und keine Anbieter von Dienstleistungen sind und dass Vorschriften für Dienstleistungsanbieter wie beispielsweise die Antidiskriminierungsvorschriften auf Plattformen nicht anwendbar sind (Guido Smorto auf dem [Workshop](#) des IMCO des Europäischen Parlaments vom 8. November 2016). Auf dem gleichen Workshop war Natali Herberger dagegen der Ansicht, dass die (einzelnen) Dienstleistungsanbieter Vermittlungsdienstleistungen, Vermarktung und Hosting der Plattformen nutzen und dass sie bei der Nutzung dieser Plattformdienstleistungen durch das Verbraucherrecht geschützt werden sollten. Siehe auch [Hintergrundbericht](#) über Protecting Consumers in Peer Platform markets: Exploring the Issues; OECD 25. Mai 2016.

Eugenia Caracciolo di Torella schreibt (S. I-8), dass in der Richtlinie zwar nicht festgelegt wird, was „Güter“ oder „Dienstleistungen“ sind, in Erwägungsgrund 11 jedoch festgehalten wird, dass diese im Sinne der Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) verstanden werden sollten und dass Dienstleistungen nicht notwendigerweise von den Personen bezahlt werden müssen, für die sie erbracht werden.

Nur die letztgenannte Auslegung stimmt mit den allgemeinen Antidiskriminierungsvorschriften in den Verträgen und der Charta der Grundrechte überein.

8.3 Einzelne Verbraucher und Anbieter gegenüber dem Plattformanbieter

Angesichts dieser Ausgangslage können sich sowohl der einzelne Verbraucher als auch der einzelne Dienstleistungsanbieter in einer schwachen oder sogar gefährdeten Position gegenüber dem Plattformanbieter befinden.

Folgende Merkmale und Aspekte können beobachtet werden:

- es fehlen angemessene Vorschriften zugunsten von oder zum Schutz der Interessen von Verbrauchern auf der einen Seite und von einzelnen Dienstleistungsanbietern auf der anderen Seite;
- für einzelne Verbraucher ist es schwierig oder unmöglich, sich mit anderen Verbrauchern zu organisieren oder mit Verbraucherschutzorganisationen in Verbindung zu setzen, die sich mit dem spezifischen Geschäftsmodell auskennen;
- für einzelne Dienstleistungsanbieter ist es schwierig oder unmöglich, sich mit anderen Anbietern und gleichzeitig Wettbewerbern in Verbänden, Gewerkschaften oder anderen angepassten Formen zur geeigneten Wahrung der eigenen Interessen zu organisieren;
- partielle Transparenz und Anonymität für einzelne Dienstleistungsanbieter und Verbraucher, abhängig von den vom Plattformanbieter festgelegten Regeln;
- im Gegensatz zu Plattformanbietern mit erheblicher wirtschaftlicher und „informationeller“ Macht (d. h. als Eigentümer der Daten von Privatpersonen, die die Plattform als Verbraucher oder einzelner Anbieter in Anspruch nehmen);
- unzureichende Vorschriften zum Schutz von einzelnen Dienstleistungsanbietern und Verbrauchern vor Übervorteilung oder Belästigung durch andere Dienstleistungsanbieter oder Verbraucher;⁶⁴
- soziale Garantien für einzelne Dienstleistungsanbieter und der Erwerb von Guthaben und Ansprüchen für Zeiträume ohne Dienstleistungsanfragen fehlen, (z. B. Zeiten fehlender Kunden, Krankheit, Nichtverfügbarkeit, Schwangerschaft, Kinderbetreuungspflichten; einige der kollaborativen Geschäftsmodelle können in Bezug auf den letztgenannten Aspekt allerdings auch positiv oder förderlich sein);
- für Behörden bestehen schwierige oder unmögliche Besteuerungsmöglichkeiten in der kollaborativen Wirtschaft im Gegensatz zur bestehenden Besteuerung von herkömmlichen Unternehmen.

Schutzbedürftige Personen oder Personen, denen Risiken nicht bewusst sind, beispielsweise Risiken durch fehlenden oder ungenügenden Datenschutz, laufen eher

⁶⁴ Beispielsweise Vandalismus oder achtloses Verhalten von Personen in Räumen, die sie über die Plattform Airbnb gemietet haben; oder Belästigung durch einen Benutzer eines gemeinsam genutzten Autos.

Gefahr, in abhängige Beziehungen zu geraten, die schließlich zu Formen von Sklaverei, Unfreiheit und Not führen können.

8.4 Geschlechtsspezifische Gefahren

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass neu aufkommende kollaborative Geschäftsprozesse nicht nur Chancen bieten, sondern für schutzbedürftige Personen durchaus auch einige Risiken mit sich bringen. Frauen sind im Schnitt ggf. gefährdeter als Männer und einigen der genannten Risiken stärker ausgesetzt.

Es erscheint daher fragwürdig, dass in den Dokumenten zur Europäischen Agenda für eine kollaborative Wirtschaft⁶⁵ der Europäischen Kommission vom 2. Juni 2016 nicht auf diese Aspekte der Gefährdung und insbesondere der Gefährdung von Frauen eingegangen wird; angesichts der Tatsache, dass sich die Kommission für ‚Gender Mainstreaming‘ d.h. die durchgängige Berücksichtigung der Gleichstellung von Frauen und Männern in allen Politikbereichen einsetzt, hätte dieser Aspekt behandelt werden sollen.

Da es Fälle von Belästigung, Gewalt und Vandalismus von einzelnen Nutzern gegen einzelne Anbieter von Dienstleistungen (und auch in umgekehrter Richtung) tatsächlich gibt, ist die Debatte keineswegs nur theoretisch.

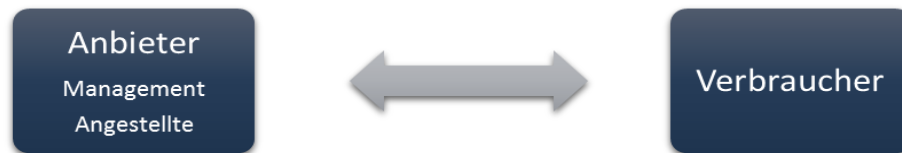
Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sollte aus diesem Grund und nach dem Forschungsbericht von Dr. Caracciolo di Torella auf neu entstehende Bereiche wie die kollaborative Wirtschaft angewendet werden. Wie vorstehend erwähnt, wird eine unvoreingenommene analytische Herangehensweise benötigt, um Konstellationen und kausale Zusammenhänge zu erkennen, die zu Szenarien von mittelbarer Diskriminierung führen können. Wie sieht das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Anbieter und der „Plattform“ jedoch aus? Dies könnte für die Frage wichtig sein, welche Art von Antidiskriminierungsrecht anzuwenden ist:

8.5 Einzelne Anbieter: „Arbeitnehmer“ oder „Selbstständige“?

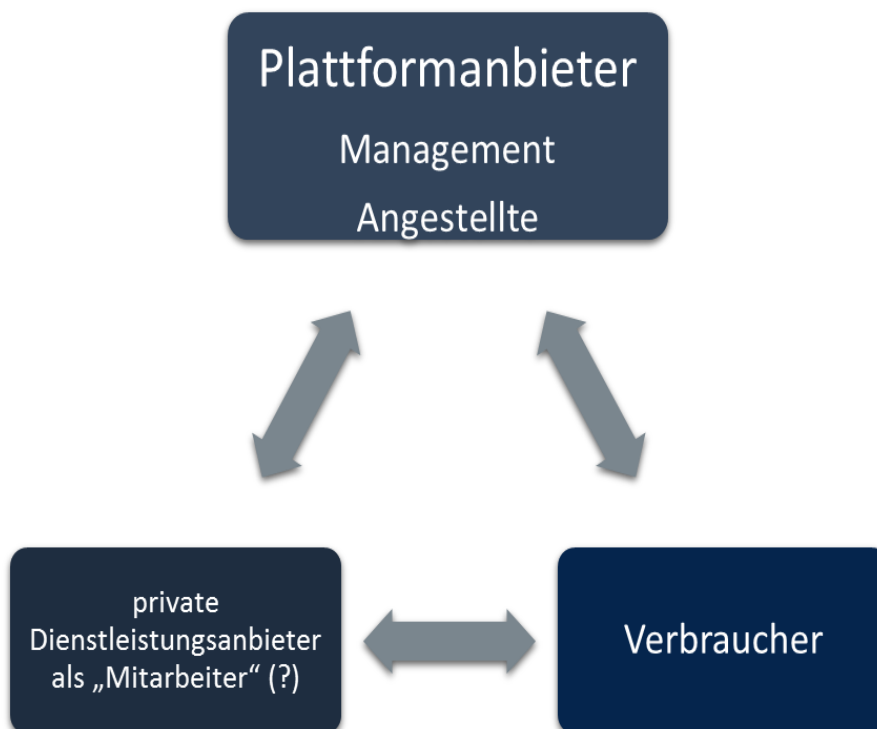
Betrachtet man erneut den Paradigmenwechsel vom „herkömmlichen“ zum kollaborativen Geschäftsmodell, nun unter dem Aspekt der Angestellten, so ist festzustellen, dass das Verhältnis zwischen dem „Anbieter“ und seinen Angestellten beim herkömmlichen Modell von einer Reihe von Arbeitsgesetzen, flankiert von Sozialversicherungsgesetzen, Steuergesetzen usw., geregelt wird. Beim „herkömmlichen“ Modell braucht der Anbieter eine ausreichende Anzahl von Angestellten zur Herstellung von Gütern oder zur Bereitstellung von Dienstleistungen, um den Bedarf der Verbraucher zu decken; in der kollaborativen Wirtschaft braucht der Anbieter nur einen Bruchteil der unmittelbaren Angestellten, um die Plattform zu betreiben, dafür jedoch eine große Anzahl von „privaten“ Anbietern von Dienstleistungen über das Netz, um den Verbrauchern Dienstleistungen bereitzustellen:

⁶⁵ COM(2016) 356 und Anhänge, siehe http://ec.europa.eu/growth/single-market/strategy/collaborative-economy_en

Abbildung 8 - Arbeitnehmer beim Paradigmenwechsel vom herkömmlichen Geschäftsmodell



zum Geschäftsmodell der kollaborativen Wirtschaft:



Quelle: EPRS

Eine wichtige Frage, die an dieser Stelle nachgegangen werden muss, lautet wie folgt: **Besteht zwischen dem privaten Dienstleistungsanbieter und dem Plattformanbieter ein Arbeitsverhältnis? Mit der Folge, dass das Arbeitsrecht gilt?**

Dies würde bedeuten, dass das Verhältnis zwischen dem privaten Dienstleistungsanbieter und dem Plattformanbieter, das ursprünglich eher dadurch gekennzeichnet war, dass der private Dienstleistungsanbieter Vermittlungsdienstleistungen der Plattform nutzte, um potenzielle Verbraucher zu erreichen, zu einem Arbeitsverhältnis mit der Plattform würde.

Das Verhältnis zwischen dem privaten Dienstleistungsanbieter und der Plattform ist somit zunächst unklar: Es kann sich bewegen zwischen:

- der Plattform als reinem Marktplatz,⁶⁶
- einem „Zugang zu einem Dienstleistungsverhältnis“
- und einem Arbeitsverhältnis,

je nach Art des Geschäftsmodells; je nach Art der mit der Plattform vereinbarten (oder vielmehr von der Plattform auferlegten) Regeln; und je nach dem tatsächlichen Szenario in der Praxis. Dies muss jeweils im Einzelfall geprüft und bewertet werden.

8.6 Gerichtsverfahren

In diesem Zusammenhang ist daher eine Entscheidung des britischen Arbeitsgerichts vom 28. Oktober 2016⁶⁷ von großem Interesse. Nach einer genauen Prüfung der Vorschriften von UBER für Fahrer und der praktischen Anwendung der Vorschriften wurden UBER-Fahrer nicht als Selbstständige eingestuft, sondern als Arbeitnehmer, die Anspruch auf den nationalen Mindestlohn, Urlaubsgeld, Pensionen und andere Arbeitnehmerrechte haben.⁶⁸

In einem anderen Fall verhandelte am 29. November 2016 verhandelte der Europäische Gerichtshof zu UBER in der Rechtssache C-434/15 – *Asociación Profesional Elite Taxi*, die ein spanischer Richter 2015 an den EuGH überwiesen hat. Es geht dabei um die Frage, ob UBER ein Transportunternehmen oder ein digitales Dienstleistungsunternehmen ist.⁶⁹ Es wird erwartet, dass der Berater des EuGH in den kommenden Monaten eine unverbindliche Stellungnahme abgibt, bevor der Gerichtshof ein Urteil fällt.⁷⁰

Weitere Ersuchen um Vorabentscheidungen (von Gerichten in Frankreich und Belgien) im Zusammenhang mit UBER sind am Europäischen Gerichtshof anhängig (C-526/15 und C-320/16).

Das Ergebnis dieser Rechtssachen im Fall UBER kann sich auf andere Plattformanbieter, auf andere kollaborative Unternehmen und auf ihre Nutzer auswirken. Die Art der Rechtsbeziehung der einzelnen Dienstleistungsanbieter mit dem Plattformanbieter muss jedoch im Einzelfall bewertet werden. Dabei sind zu prüfen:

- die von der Plattform festgelegten Regeln,
- die von der Plattform verwendeten Algorithmen,⁷¹
- die Art und Weise, wie der Plattformanbieter die Regeln anwendet und
- die faktischen Szenarien in der Praxis.

⁶⁶ Aber auch ein „reiner“ Marktplatz bietet ‚Dienstleistungen‘ an (zumindest Informationsdienste und Vermittlungsdienste),

⁶⁷ <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>; gegen das Urteil kann Berufung eingelegt werden.

⁶⁸ <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/28/uber-uk-tribunal-self-employed-status>; Siehe auch <http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/10/28/uber-awaits-major-tribunal-decision-over-drivers-working-rights/>

⁶⁹ <http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/proteccionismo-economia-colaborativa-uber-los-tribunales-5659312> 29. November 2016.

⁷⁰ <https://www.theguardian.com/technology/2016/nov/29/uber-europe-court-case-pollution> 29. November 2016.

⁷¹ Im Wesentlichen die Software der Plattform in Verbindung mit den dazugehörigen Apps auf den Smartphones der Nutzer.

Bei einigen kollaborativen Unternehmensmodellen ist es daher durchaus möglich, dass die einzelnen Dienstleistungsanbieter tatsächlich ein **Arbeitsverhältnis** mit dem Plattformanbieter haben, in anderen Fällen kann der einzelne Dienstleistungsanbieter als **Selbstständiger** bezeichnet werden und in wieder anderen Fällen ist der einzelne Dienstleistungsanbieter weder ein Arbeitnehmer (im Zusammenhang mit der Plattform) noch selbstständig, sondern **nur ein Kunde von Dienstleistungen** (der Plattform sowie ein Bereitsteller von Dienstleistungen für andere Verbraucher). In einigen Fällen können die Verbindungen zwischen diesen Aspekten des einzelnen Dienstleistungsanbieters unklar sein oder alle drei Aspekte sind gleichzeitig vorhanden und von Bedeutung.⁷² Für jede dieser drei Kennzeichnungen (des einzelnen Dienstleistungsanbieters) gelten unterschiedliche Rechtsvorschriften:

8.7 Geltendes Geschlechtergleichstellungsrecht

Was die **Geschlechtergleichstellung** auf EU-Ebene betrifft, würde im ersten Fall (Arbeitsverhältnis, d.h. des privaten Dienstleistungsanbieters gegenüber der ‚Plattform‘) die [Richtlinie 2006/54/EU](#) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) gelten; im zweiten Fall würde die [Richtlinie 2010/41/EU](#) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine **selbstständige** Erwerbstätigkeit ausüben, Anwendung finden; und im dritten Fall findet die [Richtlinie 2004/113/EG](#) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit **Gütern und Dienstleistungen** Anwendung. Diese Richtlinie ist in jedem Fall für die privaten Kunden von kollaborativen Unternehmen von Bedeutung.

Beispiele für unerwünschte mittelbare Auswirkungen auf den Wohnungssektor

Der verfügbare Wohnraum ist in verschiedenen Städten durch die massiv gestiegene Vermietung von Räumlichkeiten an Touristen über Austauschplattformen offenbar in erheblichem Maße zurückgegangen. **Die Folge ist, dass weniger kostengünstige Wohnungen zur Verfügung stehen, die für schutzbedürftige Personen wie Familien mit einem Elternteil, das sind meistens Frauen, wichtig wären.** Hinzu kommen noch die negativen Folgen für die Hotelbranche und sinkende Steuereinnahmen.

In verschiedenen Städten sah sich die Stadtverwaltung angesichts dieser Folgen und ihrer Ausmaße veranlasst, strenge rechtliche oder administrative Maßnahmen zu ergreifen oder mit Airbnb und ähnlichen Plattformen restriktive Regeln zu vereinbaren:

- Die Stadtverwaltung von **Barcelona** will gegen Airbnb und Homeaway Geldstrafen von 600 000 EUR für die unrechtmäßige Vermittlung von Wohnungen, d. h. ohne Lizenz und ohne Bezahlung der damit verbundenen Gebühren, verhängen, nachdem sich eine erste, im Dezember 2015 verhängte Geldstrafe in Höhe von 30 000 EUR als erfolglos erwiesen hat;⁷³ als Gründe für diese Schritte nannte die Bürgermeisterin von Barcelona unter

⁷² Juristisches Argumentieren müsste sich hier also einem „sowohl als auch“ Ansatz öffnen, statt einer Denkweise in den Kategorien „entweder - oder“ verhaftet zu bleiben.

⁷³ <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/airbnb-und-homeaway-barcelona-plant-hohe-strafen-fuer-wohnungsvermittlungsportale/14892790.html> 24. November 2016.

anderem, dass „Häuser und Wohnungen für die meisten einheimischen Bewohner unerschwinglich sind“ und dass „das Grundrecht auf Wohnen verletzt wird“.⁷⁴

- Die Stadtverwaltung von **Amsterdam** vereinbarte mit Airbnb, die Vermietung von Wohnungen auf höchstens 60 Tage pro Jahr zu beschränken, während **London** eine „großzügigere“ Übereinkunft vereinbarte: bis zu 90 Tage.⁷⁵ Kritiker behaupten, dass Airbnb unter anderem für den Anstieg der Wohnkosten verantwortlich ist.⁷⁶ Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass Airbnb und ähnliche Plattformen dazu beitragen, dass Mieter ihre Hypothek oder Miete bezahlen und ihren Lebensstandard verbessern können. Laut einem aktuellen Urteil des britischen Upper Tribunal (Lands Chamber)⁷⁷ müssen Mieter jedoch aufpassen, dass sie ihre Pflichten im Zusammenhang mit ihren Mietverträgen nicht verletzen.

- In **Berlin** stiegen die Mieten zwischen 2009 und 2014 um 56 %. In dem Bemühen, bezahlbaren Wohnraum für die einheimische Bevölkerung sicherzustellen, erließ die Senatsverwaltung 2014 ein Gesetz mit einer zweijährigen Übergangsfrist, das den Eigentümern Beschränkungen bei der Vermietung von Räumen – jedoch nicht von ganzen Wohnungen oder Häusern – über Plattformen wie Airbnb, Wimdu und 9Flats auferlegt; bei Zuwiderhandlung können Geldstrafen bis zu 100 000 EUR fällig werden.⁷⁸ Vertreter der Senatsverwaltung betrachten dieses Gesetz als Schutz der Bürger vor steigenden Mieten und vor der Vertreibung aus ihren Wohnungen sowie vor Obdachlosigkeit; Wimdu reichte Klage gegen dieses Gesetz vor einem Berliner Verwaltungsgericht ein, das das Gesetz jedoch als rechtmäßig erklärte.⁷⁹

8.8 Mehrwert der Regulierung der kollaborativen Wirtschaft auf EU-Ebene für die EU

Die Regulierung der kollaborativen Wirtschaft auf EU-Ebene anstatt auf Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten ist aus folgenden Gründen sehr wichtig:

- Die kollaborative Wirtschaft kennt ihrer Natur nach keine Grenzen und verbindet Angebot und Nachfrage entfernter Einzelpersonen über Plattform-Marktplätze unabhängig von der Nationalität der „Teilnehmer“;
- werden kollaborative Wirtschaftszweige auf kommunaler und regionaler Ebene oder Ebene der Mitgliedstaaten reguliert, könnte dies zu einem Flickwerk von Rechtsvorschriften führen, das sich sowohl für den Binnenmarkt der EU als auch

⁷⁴ Ebenda, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/11/24/catalunya/1479976225_934881.html
<http://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20161124/412132887490/barcelona-multa-airbnb-homeway-pisos-sin-licencia.html>

⁷⁵ <https://www.theguardian.com/technology/2016/dec/03/airbnb-regulation-london-amsterdam-housing> 03. Dezember 2016.

⁷⁶ <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/airbnb-vermietungsdauer-in-amsterdam-auf-60-tage-begrenzt/14920730.html> 1. Dezember 2016.

⁷⁷ Urteil vom 6. September 2016; Erläuterungen z. B. von <http://uk.businessinsider.com/uk-property-court-ruling-rent-home-airbnb-leasehold-contract-2016-9?r=DE&IR=T> und <https://www.theguardian.com/money/2016/oct/09/beware-pitfalls-airbnb-rental-plansbreaching-leases-mortgages>

⁷⁸ <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/01/berlin-authorities-taking-stand-against-airbnb-rental-boom> 01. Mai 2016.

⁷⁹ <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/berlin-klage-gegen-ferienwohnungsverbot-abgeschmettert-a-1096411.html> vom 8. Juni 2016.

für die erfolgreiche Entwicklung von Unternehmen in der kollaborativen Wirtschaft negativ auswirkt;

- mit einem gemeinsamen Ansatz auf EU-Ebene könnten gemeinsame Rechtsvorschriften umgesetzt werden, die es der kollaborativen Wirtschaft ermöglichen, sich in einem fairen Wettbewerb zwischen den „Plattformen“ und mit herkömmlichen Unternehmen – insbesondere KMU – schrittweise zu entwickeln; Verbraucherrechte könnten geschützt und die Gleichbehandlung sowie Nichtdiskriminierung könnten sichergestellt werden, ebenso könnte ein gemeinsames Maß an Schutz der Gleichstellungsrechte von Männern und Frauen gewährleistet werden;
- nur mit einem gemeinsamen Ansatz auf EU-Ebene kann verhindert werden, dass einzelne Mitgliedstaaten Steueroasen und andere Privilegien für Anbieter in der kollaborativen Wirtschaft zum Nachteil anderer Mitgliedstaaten und entgegen dem berechtigten gemeinsamen Interesse der EU-Bürger insgesamt schaffen, und somit kann sichergestellt werden, dass die „kollaborative Wirtschaft“ wie schon die herkömmlichen Unternehmen auch dazu beiträgt, Infrastruktur und öffentliche Einrichtungen wie Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen zu finanzieren.

Die Steuervermeidung durch bekannte Plattformen der „Gig-Ökonomie“ erreicht Milliarden Euro.^{80,81} Steueroasen sind jedoch nicht die einzigen handfesten Vorteile, die bestimmte Länder bieten, die eine Art Darwinismus auf Kosten der anderen Länder betreiben: Gegenüber „Gig“-Plattformen und ihrer Einstellung zu Verbraucherrechten und Datenschutz, Antidiskriminierung, Arbeitnehmerrechten und Schutz des fairen Wettbewerbs lässt man Milde walten.⁸²

Die Gemeinschaftsmethode⁸³, mit der allein die Wirtschaft in der EU insgesamt wachsen kann und gleichzeitig die Rechte Einzelner insbesondere im Zusammenhang mit Gleichstellung und Antidiskriminierung geschützt werden, stellt daher auch in den Bereichen der kollaborativen Wirtschaft den zukunftsweisenden Weg dar.

⁸⁰ 'The Sharing Economy Doesn't Share the Wealth; As Airbnb and Uber inch toward profits, tax authorities worry', David Kocieniewski, 6. April 2016, Bloomberg, Businessweek
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-06/the-sharing-economy-doesn-t-share-the-wealth>

⁸¹ Die Zeitung „The Guardian“ schreibt in einem Artikel vom 11. Juni 2014: „Taxiverbände behaupten, UBER lasse seine Zahlungen über den Sitz in den Niederlanden laufen, um die Körperschaftssteuer in Frankreich, im Vereinigten Königreich und in Deutschland zu verringern – auf ähnliche Weise wie Apple und Starbucks, die aufgrund dieser Praxis in der Schusslinie stehen.“
<https://www.theguardian.com/uk-news/2014/jun/11/cab-drivers-europe-protest-taxi-app-uber-london-madrid>

⁸² In diesem Zusammenhang ist die Haltung interessant, die die Mitgliedstaaten zur Rechtssache C-434/15 – *Asociación Profesional Elite Taxi* des EuGH einnehmen, auf die „The Guardian“ in einem Artikel vom 29. November 2014 nach einer Anhörung des EuGH vom selben Tag hinweist: „Rechtsanwälte aus Spanien, Irland und Frankreich waren ferner der Ansicht, dass UBER als Transportunternehmen behandelt werden sollte. Die Niederlande – wo UBER seinen europäischen Sitz hat – sowie Estland und die Europäische Freihandelsassoziation (EFTA) meinten, das Unternehmen würde nur eine Verbindungsdienstleistung zwischen dem Passagier und einem Fahrer bereitstellen.“

⁸³ Siehe http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-102_de.htm

In dem Kasten oben sind einige Beispiele für unerwünschte Auswirkungen auf den Wohnungssektor genannt, die die möglichen massiven Folgen hervorheben, die Plattformen der kollaborativen Wirtschaft auf die Bezahlbarkeit von Wohnraum vor allem für schutzbedürftige Personen haben können, von denen der Großteil Alleinerziehende, meistens Frauen, sind. Daher die Verbindung zur Gleichstellung der Geschlechter. Das heißt nicht, dass diese Plattformen nicht auch sehr viele positive Auswirkungen haben. Es wäre jedoch naiv zu glauben, dass strittige Fragen durch die Selbstkontrolle der Plattformen allein fair gelöst würden.⁸⁴ Aus diesem Grund ist darauf hinzuweisen, dass eine Selbstregulierung zwar kein Allheilmittel für die Lösung komplizierter und strittiger Fragen ist, aber dennoch eine Rolle bei einem „Ansatz für eine bessere Rechtsetzung“ spielen kann. Die Agenda für bessere Rechtsetzung der Kommission sieht diese als eine der Optionen vor und stellt Grundsätze bewährter Verfahren bei Selbstregulierung vor:⁸⁵

- **Teilnehmer:** So viele potenziell nützliche Akteure wie möglich sollten vertreten sein;
- **Offenheit:** Maßnahmen sollten unter Beteiligung aller betroffenen Parteien offen vorbereitet werden;
- **Guter Glaube:** Die verschiedenen Fähigkeiten der Teilnehmer sollten berücksichtigt werden, Aktivitäten außerhalb des Maßnahmenbereichs sollten mit dem Ziel der Maßnahme im Einklang stehen, und von den Teilnehmern wird erwartet, dass sie sich wirklich um Erfolg bemühen;
- **Ziele:** Müssen klar und eindeutig formuliert werden und Zielsetzungen sowie Indikatoren für Bewertungszwecke beinhalten;
- **Einhaltung von Rechtsvorschriften** – Maßnahmen müssen im Einklang mit dem geltenden Recht und den Grundrechten ausgearbeitet werden, die im EU-Recht und einzelstaatlichem Recht verankert sind.

9 Handelsabkommen und ihre Auswirkungen auf den geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

Dass Handelsabkommen sich auf die Gleichstellung der Geschlechter beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen auswirken können, mag auf den ersten Blick weit hergeholt sein, und es geht auch nicht darum, zu behaupten, dass eine Verletzung der Vorschriften dieser Richtlinie vorläge. Dennoch sollte berücksichtigt werden, dass Instrumente aus anderen Politikbereichen Folgen für den geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen haben können.

Laut einer aktuellen Studie mit dem Titel „Gender Equality in Trade Agreements“ (Gleichstellung der Geschlechter in Handelsabkommen), die vom FEMM-Ausschuss in Auftrag gegeben wurde⁸⁶, können sich Handelsabkommen auf die Gleichstellung der

⁸⁴ <https://www.theguardian.com/technology/2016/dec/03/airbnb-regulation-london-amsterdam-housing>, hier wird ein Aktivist mit den Worten zitiert: „Es ist etwa so, als hätte man den Fuchs als Bewacher des Hühnerstalls“.

⁸⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/best-practice-principles-better-self-and-co-regulation>

⁸⁶ Gender Equality in Trade Agreements, In-depth analysis, Fachabteilung C des Europäischen Parlaments, Eeva Eriksson und Marzia Fontana, November 2016.

Geschlechter in der EU und in den Handelspartnerstaaten vor allem beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen auswirken.

Wenn beispielsweise eine Reihe von Dienstleistungen, die üblicherweise vom öffentlichen Sektor erbracht werden, nun zunehmend dem Wettbewerb durch ausländische Unternehmen ausgesetzt sind.

Die wichtigsten Ergebnisse der Studie lauten:

„Der Handel beeinflusst verschiedene Dimensionen der geschlechtsspezifischen Ungleichheit über drei wichtige Bereiche: Beschäftigung, Konsum und öffentliche Bereitstellung von Dienstleistungen.

...

Geschlechtsspezifische Auswirkungen in Verbindung mit möglichen Änderungen der Qualität von Sozialleistungen und dem gerechten Zugang zu diesen Leistungen sind weniger gut bekannt und dokumentiert. Diese Aspekte müssen umfassend untersucht werden, um die geschlechtsspezifischen Auswirkungen vor allem auf das Trade in Services Agreement TiSA (Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen) in vollem Umfang zu bewerten.

Für die Beschäftigung von Frauen können sich durch eine größere Liberalisierung der Dienstleistungen Chancen eröffnen und die Qualität der Bereitstellung der Dienstleistungen kann sich unter bestimmten Bedingungen dadurch für Frauen und Männer verbessern. Ohne angemessene öffentliche Mittel und Verpflichtung der Regierung besteht allerdings auch die große Gefahr, dass die Liberalisierung und Privatisierung von Dienstleistungen dazu führen, dass staatliche Ansprüche durch marktorientierte, individualisierte Ansprüche für Personen ersetzt werden, die sich das leisten können, und für Personen, die sich das nicht leisten können, Armut und Überlastung die Folge sind.“

Dies führt erneut zu der Schlussfolgerung, dass es nicht ausreicht, die Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen im engeren Sinne zu verbieten. Die Gleichstellung der Geschlechter auch für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen muss vielmehr durch einen breiteren Ansatz sichergestellt werden, zu dem die durchgängige Berücksichtigung der Gleichstellung von Frauen und Männern und die allgemeine Antidiskriminierung in allen Politikbereichen und Instrumenten gehören.

10 Sensibilisierung und Stärkung von Gleichstellungsstellen

In Anhang I des Forschungsberichts sind folgende Empfehlungen enthalten (s. Seite I-38):

- Durchführung von wissenschaftlichen Untersuchungen in diesem Bereich;
- bessere Aufklärung der Öffentlichkeit und Interessengruppen in Bezug auf die Rechte und Pflichten aus der Richtlinie 2004/113;
- engere Zusammenarbeit mit den Gleichstellungsstellen zur Verbreitung der die Gleichstellung fördernden Maßnahmen;
- Erhöhung des Schadenersatzes bei einer Verletzung der Richtlinie;

- bessere Koordinierung der Richtlinie 2004/113 mit anderen Antidiskriminierungsrichtlinien, insbesondere mit der Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (2000/43/EG).

Die Europäische Kommission trägt mit ihrem [Programm „Rechte, Gleichstellung und Unionsbürgerschaft“ 2014-2020 der GD Justiz](#) dazu bei, die Zusammenarbeit zwischen Fachstellen für die Umsetzung der Gesetzgebung auf dem Gebiet der Gleichstellung zu verbessern. Diese Stellen arbeiten im Europäischen Netzwerk für Gleichstellungsstellen (Equinet) zusammen, „die befugt sind, als nationale Gleichstellungsstellen gegen alle Arten von Diskriminierung aufgrund von Alter, Behinderung, Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung und sexueller Ausrichtung vorzugehen“.⁸⁷ Am 28. November 2016 veröffentlichte Equinet ein Dokument mit dem Titel „Perspective on Intersectionality“⁸⁸, in dem das Netzwerk darauf hinweist, dass „sich die verschiedenen Gründe, auf die sich die Gesetzgebung zur Gleichbehandlung bezieht, überschneiden. Menschen weisen mehr als eines der persönlichen Merkmale auf, die zur Definierung der verschiedenen Gründe wie Geschlecht, Geschlechtsidentität, Alter, sexuelle Ausrichtung, Rasse oder ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung oder Behinderung dienen.“ In diesem Equinet-Papier:

a) wird empfohlen, dass die Gleichstellungsstellen

- „den Austausch untereinander fördern, um ein gemeinsames Verständnis von Intersektionalität aufzubauen;
- ihre eigene Kapazität und Praxis aufbauen, um ihre Arbeit zu erfassen und zu überprüfen;
- die durchgeführten Forschungsarbeiten formell austauschen;
- weiterhin bewährte Verfahren durch Arbeitgeber und Dienstleistungsanbieter unterstützen“;

b) wird der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten unter „Gesetzgebung“ empfohlen:

- „Vorschriften über mehrfache Diskriminierung bei der Gleichbehandlung geben wichtige Impulse für Maßnahmen zur Intersektionalität“ und
- „diese Vorschriften sollten mit verstärkten Sanktionen einhergehen“.
- Das Netzwerk verlangt ferner eine Überprüfung der derzeitigen Schlüsselbegriffe des Antidiskriminierungsrechts und einen kohärenten Schutz der aktuellen Gründe.

c) verlangt Equinet unter „Mainstreaming“ und „Targeting“:

- „die Verfahren zur durchgängigen Berücksichtigung der Gleichstellung der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten müssen erweitert werden, um Überschneidungen als Schwerpunkt aufzunehmen.
- Zu diesen Plänen sollten auch gezielte Maßnahmen gehören, um die Intersektionalität in den Griff zu bekommen.“⁸⁹

⁸⁷ <http://www.equineteurope.org/-About-us-#stratplan>

⁸⁸ <http://www.equineteurope.org/Equinet-Perspective-Innovating-at-the-Intersections-Equality-Bodies-tackling>

⁸⁹ http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/summary_-_equinet_intersectionality_perspective.pdf

11 Bewertung der Anwendung der Richtlinie anhand überarbeiteter Fragen

Im Forschungsbericht (Anhang I) wird festgestellt, dass es an Bewusstsein über die in der Richtlinie enthaltenen Rechte und Pflichten mangelt und dass die Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen fälschlicherweise als „unerheblich“ wahrgenommen wird. Dies hat dazu geführt, dass es nur zu einer sehr geringen Zahl von Gerichtsverfahren und Fällen bei den Gleichstellungsstellen gekommen ist.

Die Autoren des Forschungsberichts und dieser Einführung schlagen aus diesem Grund vor, einen überarbeiteten Fragebogen (Anhang II) für eine künftige Untersuchung der Anwendung dieser und verwandter Richtlinien zu verwenden. Dieser Fragebogen soll dazu beitragen, dass der Intersektionalität⁹⁰ und zahlreichen kausalen Zusammenhängen Rechnung getragen wird, die zu mittelbarer Diskriminierung von Männern und Frauen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen führen können.

Das Netzwerk der Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten der Kommission für die Gleichstellung der Geschlechter und für Nicht-Diskriminierung könnte sich von einigen der Gedanken und Fragen in Anhang II inspirieren lassen sowie ihre eigene umfassenden Forschungsarbeit auf diesem Bereich in den letzten Jahren weiterentwickeln.⁹¹

12 Weitere Referenzen

A comparative analysis of gender equality law in Europe 2016

Eine vergleichende Analyse des Gleichstellungsrechts in Europa 2016, Alexandra Timmer und Linda Senden für das Europäische Netzwerk von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten für Geschlechtergleichstellung und Nichtdiskriminierung, Dezember 2016, GD Justiz und Verbraucher:

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3967-a-comparative-analysis-of-gender-equality-law-in-europe-2016-pdf-867-kb>

Gender equality law in Europe, How are EU rules transposed into national law in 2016?

Europäisches Netzwerk von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten für die Gleichstellung der Geschlechter und Nichtdiskriminierung

Gleichstellungsrecht in Europa

GD Justiz und Verbraucher, Dezember 2016

Wie sind die Unionsvorschriften 2016 im nationalen Recht umgesetzt?

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3827-2016-gender-equality-law-in-europe-pdf-595-kb>

A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2015, Isabelle Chopin und Catharina Germaine für das Europäische Netzwerk von Rechtsexpertinnen und

⁹⁰ „Intersektionalität“: z. B. Berücksichtigung gleichzeitig vorkommender verschiedener Arten von Diskriminierung oder von Gefährdung.

⁹¹ Insbesondere der Bericht aus dem Jahr 2009 über [Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC](#) sowie die [Annual Reports on Equality between Women and Men](#) und [Country Reports](#), die jedes Jahr eine umfassende Analyse der Umsetzung und wirksamen Anwendung der Richtlinien zur Gleichstellung der Geschlechter sowie eine Beschreibung der Maßnahmen vorstellen, die über die Mindestanforderungen dieser Richtlinien hinausgehen.

Rechtsexperten für die Gleichstellung der Geschlechter und Nichtdiskriminierung,
Januar 2016, GD Justiz und Verbraucher

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3824-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2015-pdf-1-12-mb>

Europäisches Netzwerk von Gleichstellungsstellen (Equinet), Equality Bodies and the
Gender Goods and Services Directive, November 2014

(<http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>)

Burri S., McColgan A., Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and
Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC, Europäische Kommission 2009

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/accesstogoodsandservicesfinal28may2009_en.pdf

ANNEX I

Research paper on the implementation across the Member States of Directive 2004/113/EC on the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services

**Dr Eugenia Caracciolo di Torella
and Bridgette McLellan**

Abstract

This paper analyses the state of implementation of Directive 2004/113/EC across the Member States. Its aim is threefold: it depicts the Directive in the context of the EU framework for gender equality, it assesses the implementation of gender equality in the access to and supply of goods and services in the Member States, and it identifies gaps and suggests possible ways to address them.

EPRS | European Parliamentary Research Service

AUTHORS

This paper has been written by **Dr Eugenia Caracciolo di Torella** of the Leicester Law School (University of Leicester) and **Bridgette McLellan** (University of Canterbury, NZ) at the request of the Impact Assessment Unit of the Directorate for Impact Assessment and European Added Value, within the Directorate General for Parliamentary Research Services (DG EPRS) of the General Secretariat of the European Parliament.

Eugenia is a Senior Lecturer in Law and her main research interest is the impact of the principle of gender equality on society; an area where she has written extensively. She has been involved in European Commission projects, specifically in the area of equality. She is the Chair of the Equality and Diversity Committee for the College of Social Science, Arts and Humanity at the University of Leicester.

Bridgette is currently studying towards a Master of Laws by Research. She has extensive experience in EU gender equality law, specifically in the area of occupational and statutory social security schemes.

RESPONSIBLE ADMINISTRATOR

Helmut Werner, Ex-Post Impact Assessment Unit

To contact the Unit, please e-mail EPRS-ExPostImpactAssessment@europarl.europa.eu

LINGUISTIC VERSIONS

Original: EN

DISCLAIMER AND COPYRIGHT

This document is prepared for, and addressed to, the Members and staff of the European Parliament as background material to assist them in their parliamentary work. The content of the document is the sole responsibility of its author(s) and any opinions expressed herein should not be taken to represent an official position of the Parliament.

Reproduction and translation for non-commercial purposes are authorised, provided the source is acknowledged and the European Parliament is given prior notice and sent a copy.

© European Union, 2017.

Manuscript completed in July 2016

Brussels © European Union, 2016

Contents

Contents	I - 3
Executive Summary	I - 4
1. Directive 2004/113/EC within the Context of EU Gender Equality Law	I - 6
I - Background.....	I - 6
II - The Scope of Application of the Directive	I - 8
III - Objectives and Methodology	I - 9
2. The Implementation of Directive 2004/113/EC	I - 11
I) The Implementation Process: Scope of the Directive	I - 11
1) The Implementation Process - General Remarks	I - 11
2) Goods and Services	I - 12
3) Exceptions.....	I - 12
3.1 Media and Advertising	I - 13
3.2 Education	I - 13
II - Implementation of Substantive Provisions	I - 14
1) Equal Treatment	I - 14
1.1 Sex Discrimination and Gender Reassignment	I - 14
1.2 Sexual Harassment	I - 15
1.3 Pregnancy and Maternity	I - 17
2) Sectorial Implementation	I - 19
2.1 Sexual and Reproductive Health Services.....	I - 19
2.2 Insurance, Financial Services and Private Pensions.....	I - 23
2.3 Occupational Pensions	I - 25
2.4 Collaborative Economy	I - 26
3) Derogations from Equal Treatment	I - 30
4) Positive Action.....	I - 33
5) Equality Bodies	I - 34
6) Remedies: Compensation	I - 36
3. REMAINING Challenges and suggestions	I - 38
References	I - 41

Executive Summary

The purpose of this research is to further our understanding of the application of Directive 2004/113/EC (the Directive).⁹² The Directive was adopted in December 2004 and is the first instrument that extends the principle of gender equality beyond the realm of the workplace to everyday areas of life. The idea behind such a Directive stemmed from the concern that, although undeniable progress had been made in the pursuit of gender equality in Europe, discrimination based on sex⁹³ continued to occur in many areas of life. It is thus emphasised that the fight against gender discrimination in the field of goods and services is an integral part of the wider gender equality principle. As such, it is as important as gender equality in the area of employment and should be coordinated with other EU gender equality Directives.

This paper takes stock of how, after more than a decade, Directive 2004/113/EC has been implemented: to what extent has it affected the EU and the Member States' gender equality framework? Has it deepened or improved the application of the principle of gender equality across the Member States? This paper also aims to assess the gaps and the challenges which still exist. For various reasons, ranging *inter alia* from lack of awareness of the content of the Directive and accordingly the lack of case law, the impact of this specific Directive is arguably the most complicated of the EU equality instruments to assess. This paper reaches the conclusion that, despite significant achievements, work remains to be done. The level of progress in certain areas, such as the overall transposition of the Directive across the Member States and the effect of the *Test Achats* decision,⁹⁴ is certainly pleasing. It is, however, worrying that in other areas, such as the relationship between the use and supply of goods and services and pregnancy and maternity, too little has changed over the years. Furthermore, there are specific areas, such as the collaborative economy, that were not contemplated at the time of drafting the Directive. This research paper suggests that it would be advisable to have a new comprehensive report by the European Equality Law Network⁹⁵ on the implementation of Directive 2004/113/EC.

This research paper is divided into three parts. **Part I** provides reflections on the evolution of the principle of sex equality in EU law and places Directive 2004/113/EC in this context. It also examines the content of the Directive with a view to highlight the overall importance of this instrument for the enhancement of the principle of gender equality in the EU. **Part II** analyses the state of its implementation in the Member States. Although at the time of writing this paper the Directive has been

⁹² Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services OJ L 373, 21.12.2004, p. 37-48.

⁹³ For the purposes of this research paper, although the two concepts differ, "gender" and "sex" are used interchangeably.

⁹⁴ Case C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres* [2011] ECR I-00773. See the discussion later in this paper.

⁹⁵ Previously the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality. In this research paper it is referred to as the European Network.

implemented/transposed across Europe, its implementation varies considerably. This could be a cause for concern as it implies that there is no uniform application of this instrument. This part also focuses on specific areas where the Directive could potentially contribute, namely occupational pensions, sexual and reproductive health and the collaborative economy. Finally, **Part III** seeks to highlight the reasons for the difficulties that still persist and to put forward some suggestions.

1. Directive 2004/113/EC within the Context of EU Gender Equality Law

Key findings

- Gender equality is a task and an aim of EU law.
- Directive 2004/113/EC is the first EU instrument that brings gender equality outside the area of employment and occupation.
- Directive 2004/113/EC is instrumental to the concept of gender equality. Thus it is as important as gender equality in employment and occupation.
- The Directive, however, is rather narrow (as compared with, for example, Directive 2000/43/EC, the “Race Equality Directive”, which attracts greater protection).
- There is generally little awareness of the content of the Directive.
- One of the main difficulties in assessing the implementation and the effectiveness of the Directive is the lack of case law on this point.

I – Background

Achievement of the principle of gender equality is one of the “missions”,⁹⁶ an aim⁹⁷ and a task⁹⁸ of the European Union (EU). This commitment is further reinforced by Articles 8 and 10 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) which introduces the principle of gender mainstreaming.⁹⁹ There are also more specific provisions, such as Article 157 TFEU which establishes the obligation of equal pay between men and women. Article 157 TFEU also provides a general legal basis for the adoption of measures in the field of gender equality, which includes equality and non-discrimination on the ground of pregnancy and maternity within the workplace. In addition, Article 19 TFEU extends the principle of non-discrimination to several grounds, namely sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. Finally, the EU Charter of

⁹⁶ M. Bell, “The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening” in P. Craig and G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 611–639.

⁹⁷ Article 2 TEU states that the “Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”.

⁹⁸ Article 3(3) TEU states that the Union “shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child”.

⁹⁹ Article 8 of the TFEU guarantees that “the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women” and Article 10 states that the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation in defining and implementing its policies and activities.

Fundamental Rights firmly reiterates the importance of the concept of equality.¹⁰⁰ Over the years, the provisions in the TFEU have been further developed by a sophisticated array of secondary legislation to cover many aspects of the working relationship. These include, but are not limited to, Directive 2006/54/EC (Recast Directive)¹⁰¹ and Directive 2010/41/EU (gender equality of self-employed).¹⁰²

Directive 2004/113/EC added a new element to this complex web by extending the principle of equal treatment of men and women beyond the strict confines of the workplace to the access to and the supply of goods and services in both the public and private sectors.¹⁰³ The idea was that, in order to be effective, the principle of equality could not be confined to a single area (employment) but needed to be applied to all aspects of everyday life. McColgan explained that the Directive had the potential for “gap-filling.”¹⁰⁴ At the time of its first drafting¹⁰⁵ the Directive was presented almost as a “human rights” instrument and could have potentially included a vast range of areas, including sensitive areas such as social assistance, education, media, advertising and taxation. This (unsurprisingly) did not happen¹⁰⁶ and, when introduced, it received a mixed reception. Part of the doctrine saw it as a missed opportunity,¹⁰⁷ or as a “disappointing (...) instrument addressing (non-controversial) areas that have a clear connection with the workplace”; others saw it as a “curate's egg”.¹⁰⁸

¹⁰⁰ OJ [2010] C82/02; see in particular the Articles in Title III (Equality), Article 20 (equality) and Article 23 (gender equality).

¹⁰¹ **Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)**, OJ [2006] L204/23. This Directive incorporates and updates several Directives *inter alia* Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ [1975] L45/19 and Directive 2002/73/EC of The European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ [2002] L269/15.

¹⁰² This replaces Directive 86/613/EEC, of 11 December 1986, concerning the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity, also in agriculture and including the protection of maternity.

¹⁰³ Council Directive 2004/113/EC, OJ [2004] L373/37 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

¹⁰⁴ **A. McColgan**, Evidence taken before the select Committee of the European Union, House of Lords, *Equal Gender Access to Goods and Services*, 12 May 2004 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/1deucom/999/eug1205.pdf>).

¹⁰⁵ For a comprehensive overview of the history of the Directive see **C. Krois**, “Directive 2004/113 on Sexual equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?” 2005:12 Columbia Journal of European Law 323-338.

¹⁰⁶ “EU Plan against Sexism Draws Fire”, Financial Times, 4 July 2003, “Bruxelles ne trouve pas très sexy l'égalité hommes-femmes”, 85 Liaison Social Europe 1 (2003); Insurers to fight Brussels over Bar on Sex Discrimination!, Financial Times, 3 November 2003.

¹⁰⁷ **E. Caracciolo di Torella**, “The Principle of Equality, the Goods and Services Directive and Insurance” 2006:13 The Maastricht Journal 339.

¹⁰⁸ A “Curate's egg” is an expression that refers to something that is neither good nor bad; see **A. McColgan**, “The Goods and Services Directive a curate's egg or an imperfect blessing?” (2009) 1 European Gender Equality Law Review, 16-24 (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/egelr_2009-1_en.pdf).

The deadline for implementation was December 2007. In 2009 the first report on its implementation was produced.¹⁰⁹ Since then, other reports have been produced but none as comprehensive. The aim of this research paper is, therefore, to provide a critical assessment of its implementation across Europe over the past decade.

II – The Scope of Application of the Directive

Directive 2004/113/EC prohibits direct (Article 4(1)(a)) and indirect (Article 4(1)(b)) discrimination, including less favourable treatment of women for reasons of pregnancy and maternity (Article 4(2)), as well as harassment and sexual harassment (Article 4(3)) and instruction to discriminate wherever goods or services are offered or supplied (Article 4(4)). In line with the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), the prohibition of discrimination is also extended to gender reassignment.¹¹⁰ It applies “to all persons who provide goods and services, which are available to the public irrespective of the persons concerned as regards to both the public and private sectors.”¹¹¹

The Directive does not define “goods” or “services”, but recital 11 states that they should be taken to be those within the meaning of the provisions of the Treaty establishing the European Community (EC). Therefore, we rely on Article 57 TFEU (previously Article 50 TEC) which states that services are those “normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons”, and on the established case law of the CJEU which refers to goods as “products which can be valued in money and which are capable as such of forming the subject of commercial transaction”.¹¹² The European Commission has recently clarified that the economic nature of the activity does not depend on the national legal status of the provider.¹¹³ Furthermore, the services need not necessarily be paid for by those for whom they are performed.¹¹⁴ It has also confirmed that services can include health services.

Media, advertising and education are expressly excluded from the scope of the Directive (Article 3(3)), while Article 4(5) provides that the Directive shall not preclude differences in treatment if the provision of goods and services offered exclusively or primarily to members of one sex is justified by a legitimate aim and the means of achieving it are

¹⁰⁹ S. Burri, A. McColgan, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Commission 2009

¹¹⁰ Case C-13/94 *P. v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-02143; Case C-117/01, *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health* [2004] ECR I-541; Case C-423/04, *Richards v Secretary of State for Work and Pensions* [2006] ECR I-3585.

¹¹¹ Article 3(1) Directive 2004/113/EC.

¹¹² See case 7/78 *Regina v. Thompson* [1978] ECR 2247.

¹¹³ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the *application of Council Directive 2004/113 EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services*, COM(2015) 190 final, at p.3. It expressly referred to case C-196/87, *Steymann v. Staatssecretaris van Justitie* [1988] ECR 615, at paras 9 and 12.

¹¹⁴ Case C-157/99 *Geraets-Smits v. Stichting Zieken-fonds and Peerbooms v. Stichting CZ Groeup Zorgverzekeringen* [2001] ECR I-5473.

appropriate and necessary.¹¹⁵ In addition, Article 3(1) excludes from its scope those services directed to a small circle of individuals (e.g. family, friends and colleagues) by reason of their falling within the private rather than public sphere. It is unfortunate that the CJEU has not yet had the opportunity to rule on the above provisions. Furthermore, there is a limited amount of domestic case law, the outcome of which is not always consistent as it depends on the interpretation of the national equality bodies, which differs from State to State.¹¹⁶ In practice, this causes difficulties when trying to assess on a case-by-case basis the justification and proportionality of a given derogation to the principle of equal treatment. There have been instances where Article 6 of the Directive, which provides the possibility for Member States to take positive actions to prevent or compensate disadvantages linked to sex, has been used to justify unequal treatment.

Article 5 is the provision which has received the most discussion and which has had, so far, the most noticeable impact. Article 5(1) requires Member States to ensure that the use of sex as a factor in the calculation of premiums and benefits for the purposes of insurance and related financial services shall not result in differences in individuals' premiums and benefits. This principle is further reinforced by Article 5(3), which expressly prohibits the use of pregnancy and maternity as a way to discriminate in the calculation of premiums and benefits for the purposes of insurance and related financial services. Increased costs relating to pregnancy and maternity shall not result in differences in individuals' premiums and benefits. Originally, Article 5(2) contained an exception that allowed Member States under certain circumstances to differentiate on the basis of gender. This derogation was the subject of litigation and in the *Test-Achats* case the CJEU declared it invalid with effect from 21 December 2012. As a result, in all new insurance contracts concluded after 21 December 2007, the use of sex as a factor in the calculation of premiums and benefits may not result in differences in individuals' premiums and benefits.

III – Objectives and Methodology

Using a gender perspective, this paper analyses the application of Directive 2004/113 in the 28 Member States¹¹⁷ of the European Union, as well as Iceland, Norway and Lichtenstein (the European Economic Area (EEA) Countries) and four candidate

¹¹⁵ Note that the scope of application of Directive 2004/113/EC is more limited than the scope of application of Directive 2000/43/EC. On the one hand, Article 3 of the former states that:

'1. Within the limits of the powers conferred upon the Community (...) to all persons who provide goods and services, which are available to the public irrespective of the person concerned as regards both the public and private sectors, including public bodies, and which are offered outside the area of private and family life and the transactions carried out in this context (...)

3. This Directive shall not apply to the content of media and advertising nor to education (...)'

On the other hand, Council Directive 2000/43 has a broader scope of application. Art 3 states that:

'1. Within the limits of the powers conferred upon the Community (...) to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (e) social protection, including social security and healthcare; (f) social advantages; (g) education; (h) access to and supply of goods and services which are available to the public, including housing'.

¹¹⁶ See the discussion below at p. 31.

¹¹⁷ Despite the outcome of the referendum on 23 June 2016, at the time of writing the UK remains a full member of the European Union.

countries, namely the Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYR Macedonia), Montenegro, Serbia and Turkey. The research is based on the national reports produced by the European Network,¹¹⁸ studies produced for the European Commission,¹¹⁹ a 2015 Commission Report on the application of Directive 2004/113,¹²⁰ a 2014 study produced by the European Network of Equality Bodies (Equinet),¹²¹ as well as academic commentaries.

¹¹⁸ These are available at <http://www.equalitylaw.eu/country>.

¹¹⁹ **S. Burri**, **A. McColgan**, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Commission 2009.

¹²⁰ Report from the Commission on the application of Council Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services [COM\(2015\) 190 final](#).

¹²¹ **European Network of Equality Bodies (Equinet), Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive, November 2014** (<http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>).

2. The Implementation of Directive 2004/113/EC

Key findings

- Directive 2004/113/EC has been implemented in all the Member States.
- Despite the fact that the Directive has been around for more than a decade, it is still difficult to assess its impact.
- Its implementation varies across the Member States. Some have simply transposed the wording of the Directive with a “copy-out” approach while others have developed their own interpretation. In either case, difficulties remain.
- The most problematic area in the implementation of the Directive involves the different approaches taken by Member States towards those services which may be offered exclusively to one sex and the justification for that unequal treatment (Article 4(5)).
- Since its implementation, ways in which goods and services are accessed and supplied have changed. It is important to consider whether the Directive could apply to situations which were not originally contemplated.
- New and innovative services offered via the collaborative economy have challenged the traditional model of economy. It is important to evaluate the impact that this new form of economy has on how goods and services are accessed and supplied from a gender equality perspective.
- There is a lack of awareness amongst the general public of the content and implications of the Directive.
- This has led to a lack of reporting and thus a lack of case law. Sometimes the lack of case law is erroneously equated to a lack of problems.
- The equality bodies potentially play a very important role and there is a need to find ways to strengthen their position.
- Compensation awarded in the case of infringements of Directive 2004/113/EC is lower than compensation awarded for infringement of provisions in other Directives.

I) The Implementation Process: Scope of the Directive

1) The Implementation Process – General Remarks

Directive 2004/113/EC was enacted in December 2004 and Member States had three years to implement it. In 2009, a report by the European Network highlighted the relatively limited impact of the Directive.¹²² Nearly a decade later, issues remain. Indeed, at the time of writing this paper, although the Directive has been transposed across Europe, its implementation continues to vary considerably. In the main, national

¹²² S. Burri, A. McColgan, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Commission 2009.

legislatures have adopted a “copy-out” approach as regards both the principle and the exceptions allowed (**Austria, Croatia, Cyprus, Greece, Italy, Liechtenstein, FYR Macedonia and Poland**). The Spanish expert reports that although such an approach has meant that, formally, it can be said that the Directive has been correctly implemented, its impact remains rather limited. This is due to the lack of initiative on behalf of the domestic authorities, the lack of specific regulations outlining rights and obligations in the various areas and in contractual agreements, as well as the lack of legal claims concerning specific discrimination issues. The same conclusion was reached by the Slovenian expert, who described the national law as “too broad”. In some instances new legislation has been drafted for the specific purpose of transposing the Directive (e.g. **Romania**,¹²³ **Lithuania**). When this is the case there may be issues regarding the correct transposition.

2) Goods and Services

In some countries national legislation only prohibits discrimination in the provision of public services, but not goods (**Serbia**).¹²⁴ In **Latvia**, the provision for services between individuals is not covered.¹²⁵ A similar situation occurs in both **Slovenia** and **Norway** where neither “goods” nor “services” are defined.

3) Exceptions

The national reports produced by the European Network show that it is not unusual for national legislation to go further than the requirements of the Directive and to cover areas explicitly excluded from its scope of application. This is so in the case of media and advertising, and education.

¹²³ In this case, for example, the Romanian Government has adopted a separate piece of legislation exclusively transposing Directive 2004/113/EC: *Ordonanta de Urgenta a Guvernului nr.61/2008 privind implementarea principiului egalitatii de tratament intre femei si barbati in ceea ce priveste accesul la bunuri si servicii si furnizarea de bunuri si servicii.*

¹²⁴ According to Article 17(1) of the Law on the Prohibition of Discrimination (LPD), discrimination occurs ‘if a legal or physical entity, within the framework of its/his/her activities or profession, refuses to provide a service on the grounds of a personal characteristic of an individual or a group of persons, or if the said entity, in order to provide the service in question, requires the fulfilment of some condition that is not required of other individuals or group of persons, or if the said entity unwarrantedly gives priority to another individual or a group of persons when it comes to providing a service.’ Article 17(2) LPD further specifies that everyone has ‘the right to equal access to premises in public use (premises where the head offices of public administration organs are located, premises used in the sphere of education, healthcare, social welfare, culture, sports, tourism, premises used for the purpose of environmental protection, protection against natural disasters and the like), as well as public spaces (parks, squares, streets, pedestrian crossings and other public transport routes, etc.), in accordance with the law.’

¹²⁵ Article 1(4) of the Law on the Protection of Consumer Rights does not cover goods and services which are publicly offered by natural persons outside commercial activities, for example, if a natural person publicly advertises the sale of his/her own apartment. This is because the Law on Protection of Consumer Rights only applies to transactions provided within the scope of commercial activities (see national report, 2016).

3.1 Media and Advertising

Gender discrimination in the field of media and advertising is regulated in **Belgium, Croatia, France, Ireland, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, and the United Kingdom (UK)**. However, there are Member States, such as **Bulgaria**, where gender-biased or even directly sexist content in advertising is rather frequent.

Good Practice

In **France** the material scope of national law is broader as the exceptions have not been strictly implemented. National law does not exclude, as the Directive does, the non-discrimination principle for the content of media and advertising.

Lithuanian legislation specifically prohibits humiliating advertisements and the encouragement of public attitudes that one sex is superior to the other.

3.2 Education

When the Directive entered into force it was noted that the absence of education from its scope was particularly unfortunate, as it was likely to have a negative impact on the overall EU gender equality structure.¹²⁶ Education is in fact a key element in pursuing gender equality in many areas, but it particularly affects employment - and thus pensions.¹²⁷ In the **UK** at the time, it was noted that male and female choices of study were influenced by stereotyped patterns.¹²⁸ With that said, many countries regulate gender discrimination in education (**Belgium, Croatia, France, Hungary, Latvia,¹²⁹ Lithuania, Malta, the Netherlands, Slovakia, Sweden, Norway** and the **UK** (although the latter permits single-sex schools)).

Good Practice

In **Norway**, section 16 of the Gender Equality Act 1978 states that all teaching materials in schools and education shall emphasise gender equality and non-discrimination based on gender.

¹²⁶ See also **K. Mantouvalou, I. Pavlovaite, P. Irving** *Sex discrimination in access to education: evaluation of the need for and effectiveness of current measures in the Member States*, a report submitted for the European Commission by GHK in association with FGB available at http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_19_07_11_en.pdf

¹²⁷ Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal Treatment between women and men in the Access to and Supply of Goods and Services', [2004] O.J. C241/13.

¹²⁸ EOC, *Facts about women and men in Great Britain 2006*, page 7; http://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/gender/publications/UK/Facts_about_W&M_GB_2006.pdf

¹²⁹ Education Law *Reklāmas likums*, Official Gazette No. 7, 10 January 2000. However, the national expert in the 2009 Network Report reported that despite this there was "study material (...) contain[ing] many stereotypes" as well as teaching staff "hav[ing] many prejudices and not [being] aware of stereotypes."

II – Implementation of Substantive Provisions

1) Equal Treatment

1.1 Sex Discrimination and Gender Reassignment

As already mentioned in this paper, the scope of the principle of equal treatment and non-discrimination also applies to discrimination arising from a person's gender reassignment. At the time of writing this paper, only five Member States have explicitly incorporated gender reassignment as a specific ground of discrimination into their national legislation (**Belgium, Czech Republic, Sweden, Slovakia** and the **UK**). Of those, **Belgium, Sweden** and the **UK** make reference to the changing of or intention to change one's sex, while the **Czech Republic** and **Slovakia** make reference to sexual identification. Additionally, **Ireland, Malta, Montenegro** and **Portugal** prohibit discrimination on grounds of gender reassignment in employment.¹³⁰

While the remaining Member States have not expressly incorporated discrimination on grounds of gender reassignment into their national legislation, most claim that protection against this discrimination is or could be covered under national laws which prohibit discrimination on grounds of sex or gender. For example, **Bulgarian** legislation states that discrimination on the ground of sex encompasses cases of gender reassignment. The courts in **Cyprus** have come to the same conclusion, as did both the courts and the Institute for Human Rights in **the Netherlands**. The position has also been clarified by the High Authority (now Defender of Rights) in **France** and the Equality Tribunal in **Ireland** in the field of employment. Lack of case law in other Member States, however, does present a challenge in assessing the accuracy of those claims.¹³¹ Conversely, discrimination arising from gender reassignment is not protected in **Germany**.¹³²

The equality bodies report that issues regarding the access of transsexual persons to services have emerged in relation to financial and health services. This is the case in **France**, where the change in civil status of transsexual persons has not been taken into account by bank services, and in **Poland** where the State is not financially covering access to healthcare in the transition from one sex to another. This is in contrast to **Serbia**, which extends compulsory health insurance to gender reassignment for medical reasons when the insured person can cover at most 65% of the cost of the health service.¹³³

¹³⁰ Malta explicitly prohibits discriminatory treatment based on gender reassignment on grounds of sex, while Montenegro extends the prohibition of discrimination on grounds of gender reassignment also to self-employment and the exercise of rights to social care and other benefits.

¹³¹ Of those States which consider that discrimination based on gender reassignment could fall within the scope of the broader prohibition on sex or gender discrimination, the following reported a lack of case law: **Denmark, Greece, Italy, Lithuania, Latvia, Romania, Slovenia** and **Spain**.

¹³² Note that the Federal German Constitution Court in its decision of 6 December 2005; 1 BvL 3/03, considered both sexual identity and sexual orientation as being part of each individuals' autonomous personality. This has the effect of either encompassing discrimination based on gender reassignment within sexual identity, or of removing sexual identity from the principle of gender equality (on the basis that it is considered under personal autonomy instead).

¹³³ See the **Serbian** legal expert's 2015 national report. Available at

At the time of writing this paper there is no case law of the CJEU concerning gender identity. Some Member States have, however, incorporated provisions into national legislation which include gender identity as a ground of discrimination. This sets a lower threshold for considering behaviour to be of a discriminatory nature, which may or may not include discrimination based on gender reassignment. The legal experts for **Finland** and **Hungary** both highlighted the application of gender identity to gender reassignment in their national reports. The **Finnish** expert proposed that gender reassignment *involves* gender identity; therefore gender reassignment is protected under that provision. On a similar vein, the interpretation of national legislation as stated by the **Hungarian** expert is that protection against discrimination based on gender identity is ensured, regardless of whether gender reassignment has taken place.

1.2 Sexual Harassment

Article 4(3) of Directive 2004/113/EC clarifies that harassment and sexual harassment within the meaning of the Directive constitute discrimination on grounds of sex and are therefore prohibited.¹³⁴ The 2015 Commission Report states that no specific difficulties in implementing Article 4(3) in the area of equal access to goods and services have been mentioned. However, the national reports of the legal experts of **Cyprus**, **Germany**, **Iceland**, **Montenegro** and **Slovenia** indicate that the prohibition of sexual harassment in these countries has not been implemented outside the field of employment and vocational training. This raises concerns as the prohibition of sexual harassment in the access to and supply of goods and services is as important to achieving gender equality as is its prohibition in the work environment.

While legal implementation of Article 4(3) may have otherwise occurred without seemingly too much difficulty, the prohibition of sexual harassment in *practice* has proven challenging in certain sectors. This is especially so in relation to public transport services across large European cities, where sexual harassment occurs on an alarming scale on trains. A 2015 survey undertaken by **France's** High Council for Equality between Women and Men (HCEfh) found that 100 percent of the 600 women surveyed had experienced at least some form of gender-based sexual harassment while riding on the train.¹³⁵ A similar survey conducted by Transport for London in the **UK** found that 15 percent of Londoner's had experienced unwanted sexual behaviour on the railway transport

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3801-serbia-country-report-gender-pdf-1-11-mb>

¹³⁴ The definition of sexual harassment, as per Article 2(d) is: where any form of unwanted physical, verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment.

¹³⁵ Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes (HCEfh), "Avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun" (Report on gender harassment and sexual assault in mass transit), 16 April 2015). Available at http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hcefh_avis_harcelement_2015-04-16-vio-16.pdf See also Henry Samuel, "100 per cent of Frenchwomen 'victims of sexual harassment on public transport'" (The Telegraph, 17 April 2015). Available at <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11545643/100-per-cent-of-Frenchwomen-victims-of-sexual-harassment-on-public-transport.html>

network.¹³⁶ Due to the context of public trains, such as overcrowding on one hand and isolation on the other, it is difficult to control and prevent sexual harassment, despite national legislation providing for its prohibition.

One issue which has arisen is that of liability. Often, neither the perpetrator nor the victim of sexual harassment is the provider of the service, yet the sexual harassment has arisen in the supply of that service. Questions have therefore arisen concerning the liability of the service provider for third party harassment.

National legislation may or may not hold an employer liable for harassment or discrimination committed by a third party against an employee. For example, **Germany** requires employers to take suitable, necessary and appropriate measures to protect the employee in the event of third party discrimination, while **Ireland** holds the employer liable for third party sexual harassment unless the employer took reasonable steps to prevent the harassment.¹³⁷ Conversely, the **UK** repealed liability for third party harassment in 2013 as it was considered that EU law did not require such liability and that it constituted unnecessary regulation.¹³⁸ The repeal was enforced, despite a government-led consultation revealing opinions from trade unions in the transport sector that third party harassment provisions were undoubtedly of great assistance in protecting the health and wellbeing of employees.¹³⁹ Liability of employers for third party harassment against their employees is therefore clearly a matter for each Member State to determine.

It is also for each Member State to determine when and to what extent liability for third party harassment may apply outside the employment relationship.¹⁴⁰ However, in the absence of a strong employment-like relationship or a relationship of control and subordination, permitting such liability would likely impose too great a burden on the service provider. This is so in the context of public transportation, where the service provider has very little control over those who use the service. This may similarly apply to situations involving the collaborative economy (to be discussed below). It is important

¹³⁶ British Transport Police, "Project Guardian", available at

http://www.btp.police.uk/advice_and_info/how_we_tackle_crime/project_guardian.aspx

¹³⁷ General Act on Equal Treatment 2006 (DE) s 12(4) (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* of 14.08.2006 BGBl. I 1897, 1919, last changed 03.04.2013 BGBl. I 610, 615); Employment Equality Acts 1998-2011 (IE) s 23(1)(c).

¹³⁸ Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (UK) s 65.

¹³⁹ Transport Salaried Staffs' Association, "Response to government consultation on Third Party Harassment". Available at

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/137822/EQ_Transport_Salaried_Staffs_Assoc.pdf

¹⁴⁰ Note that with the exception of liability within the teacher-student relationship, Belgium does not permit vicarious liability outside the field of employment. European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *National protection beyond the two EU Anti-discrimination Directives: The grounds of religion and belief, disability, age and sexual orientation beyond employment* (Report for the European Commission, September 2013), page 45. See also *Cox v Ministry of Justice* [2016] UKSC 10 where vicarious liability can be found in employment-like relationships, not only as between employer and employee.

to note, however, that many Member States hold perpetrators criminally liable for sexual harassment under national law, in addition to civil liability for sexual discrimination.¹⁴¹ Victims may therefore be assured that sexual harassment does not go unpunished.¹⁴²

Some Member States have instead taken initiatives aimed at raising awareness and preventing incidences of sexual harassment in public transportation services. For example, the UK's [Project Guardian](#) aimed to reduce sexual assault and unwanted sexual behaviours on public transport in London. In addition, Transport for London launched a sexual harassment campaign in 2015 which aimed to increase reporting of unwanted sexual behaviours on public transport.¹⁴³ Similarly, **France** launched its awareness-raising campaign "Stop - ça suffit" in July 2015; a 12-point action plan designed to tackle sexual harassment on public transport.¹⁴⁴ **Finland** takes a different and more 'pro-active' approach by permitting police to issue on-the-spot fines to perpetrators of sexual harassment.

1.3 Pregnancy and Maternity

Article 4(2) expressly states that "this Directive shall be without prejudice to more favourable provisions concerning the protection of women as regards pregnancy and maternity".¹⁴⁵ The [2015 Commission Report](#) seems to indicate that "[n]o specific difficulty in implementing (it) has been signalled".¹⁴⁶ However, national legislation in some Member States does not make any reference to or include specific definitions of pregnancy and maternity as a form of gender discrimination in this field (**Lithuania**,¹⁴⁷ **Serbia** and **Portugal**¹⁴⁸).

In these Member States it appears that, for the purpose of pregnancy and maternity, national legislation relies on the general prohibition of sex discrimination in other legislative instruments. According to the **Portuguese** expert, this approach does not go far enough and legislation implementing the Directive should have addressed pregnancy

¹⁴¹ For example, **Austria**, **Belgium** and **Finland** and **France** make sexual harassment a criminal offence, as does **Romania** where sexual harassment occurs in relation to employment.

¹⁴² Note, however, that divergent interpretations of sexual harassment may mean that the behaviour is not prohibited in any given Member State. For example, **Austria** interprets sexual harassment as referring to sexual 'acts' without making reference to the effect that the behaviour has on the individual. This has resulted in police interpreting sexual harassment narrowly, so that it does not include, for example, an unwanted kiss.

¹⁴³ See the campaign's website, available at

http://www.btp.police.uk/advice_and_information/how_we_tackle_crime/report_it_to_stop_it.aspx

¹⁴⁴ This was in response to a [report](#) on gender harassment and sexual assault in public transportation, issued by the High Council for Gender Equality in April 2015. The 12-point action plan is available at <http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/harcelement-transports/le-plan-national/>.

¹⁴⁵ This provision reproduces the cryptic formula used by the amended Equal Treatment Directive in the field of employment. Regrettably, this clause perpetuates the idea that pregnancy and maternity are exceptions rather than integral to the concept of equality; see further **A. Masselot**, "The New Equal Treatment Directive: plus ça change ..."

¹⁴⁶ At p. 5.

¹⁴⁷ Equal Opportunities Act for Women and Men.

¹⁴⁸ Law n. 14/2008.

and maternity more clearly. Portuguese domestic law expressly prohibits any request for information from a woman requiring access to goods and services concerning her possible state of pregnancy, except for reasons related to the protection of her own health. The lack of a specific provision relating to pregnancy and maternity may create the wrong impression that these women are only discriminated against when treated differently in the areas specifically covered by law, namely access to information regarding pregnancy and clauses in insurance and financial contracts.¹⁴⁹ According to the **Serbian** national expert, this makes discrimination “less visible and more difficult to tackle.”

The 2015 Commission Report rightly points out that there seems to be rather widespread practical problems concerning restrictions to breastfeeding on the premises of service providers or to access those services with a baby carriage. In **Poland** cases have been reported where women who were breastfeeding in public have been asked to leave the premises (e.g. shopping centres and restaurants). In **Ireland** the Equality Tribunal ruled that the insistence by a theatre that a mother breastfeeding a two year old child must pay for a second ticket was not discriminatory because the mother and child were not one and the same.¹⁵⁰ Perhaps because these issues are not perceived, strictly speaking, as legal, there is very little case law in this area.

An exception is the case of **Hungary**, where moving around with a pram seems to be a challenge for parents, especially in the countryside. Here, there have been numerous cases where claimants have faced discrimination when trying to use services with small children sitting in a pram. In one case a mother initiated a procedure against a public transportation bus company which regularly caused hardship for her when she travelled with her child who used a pram.¹⁵¹ In another case, the pharmacist requested the parents leave the pram outside the pharmacy, referring to non-existent hygienic regulations when asked about the reason for requesting so.¹⁵² In both cases, the Equal Treatment Authority concluded that the parents suffered direct discrimination because of their motherhood/parenthood. The violators were accordingly issued with a fine.

Good Practice

In many Member States, clinical tests related to pregnancy are exempted from payment (**Italy**, the **UK**). Furthermore, in **Italy**, to have children is regarded as a preferential ground for gaining access to housing.

In the **UK**, the Equality Act 2010 has made it illegal for anyone to ask a breastfeeding woman to leave a public place, such as a cafe, shop or public transport.

¹⁴⁹ National report available at <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3779-2015-pt-country-report-gender>.

¹⁵⁰ *Stevens v The Helix Theatre* DEC – S2008 – 033.

¹⁵¹ EBH/161/2014. http://egyenlobanasmod.hu/article/view/161_2014. Accessed 20 June 2016

¹⁵² EBH/873/2009 http://www.egyenlobanasmod.hu/article/view/873_2009. Accessed 20 June 2016.

Overall, as was highlighted by a 2012 European Network Report,¹⁵³ it appears that there is very little discussion (and thus very little referral) regarding the relationship between Directive 2004/113/EC and pregnancy and maternity.

In some Member States (**the Netherlands**), discrimination in relation to pregnancy and maternity in the goods and services context takes place mainly in the access to health services attached to insurance contracts. This is due to the widespread practice of establishing an initial period during which the contract has no effect; where this period may cover the duration of a woman's pregnancy.¹⁵⁴ Discrimination relating to pregnancy and maternity also extends to other relevant areas. In **Poland**, for example, there have been cases of refusals to rent flats to pregnant women. No such cases could be identified as having been brought to court.

The 2012 European Network Report also highlights that a common complaint relates to a standard airline practice which imposes conditions on pregnant women travelling. Generally, pregnant women may fly after attaining 28 weeks of pregnancy only if they are in possession of a medical certificate stating that they are "fit to fly". After a few more weeks there is a total ban. It was pointed out that the number of "qualifying" weeks varied depending on the airline policy, and thus also varies between Member States. Such a practice is often justified by an airline on grounds of health and safety, although there appears to be no clear research backing these policies. It would rather appear that airlines are merely trying to avoid the inconvenience of an accidental delivery while mid-air. In 2012 the practice was reported by all the experts, while the 2015 European Network National Reports do not contain a specific question on that issue. Its legality is, however, questionable under the Directive, although there has been no legal challenge to date.

2) Sectorial Implementation

This section focuses on specific sectors with a view to exploring whether Directive 2004/113/EC may have an impact.

2.1 Sexual and Reproductive Health Services

As mentioned above, recital 11 of the Directive defines services in accordance with former Article 50 TEC. This means that it would be permissible to rely on earlier case law on the free movement of services in order to determine those categories of health services which may fall within the scope of the Directive.¹⁵⁵ Indeed, the European Commission

¹⁵³ A. Masselot, E. Caracciolo di Torella, S. Burri, *Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood, European Commission 2012 and European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality* (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/discrimination_pregnancy_maternity_parenthood_final_en.pdf)

¹⁵⁴ This was also highlighted by the national experts in the 2009 Report.

¹⁵⁵ There are examples of case law relating to health-care services, such as that on patient mobility where you cannot receive the same treatment in your own Member State within a reasonable time (e.g. C-372/04, *Y. Watts v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health* [2006] ECR I-325).

has recently confirmed that health services in general fall within its scope;¹⁵⁶ a position which is also reported by the majority of equality bodies.¹⁵⁷ Does the notion of health, however, also extend to sexual and reproductive health, which is a prominent aspect of public health?

Sexual and reproductive health:

“implies that people are able to have a satisfying and a safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so. It also includes sexual health, the purpose of which is the enhancement of life and personal relationships, and not merely counselling and care related to reproductive and sexually transmitted diseases.”¹⁵⁸

Implicit in this interpretation are the rights of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable, and acceptable methods of family planning of their choice, as well as the right to appropriate health-care services that enable women to safely go through pregnancy and childbirth. Abortion and alternative reproductive technologies (ART) such as IVF and surrogacy are, arguably, included within the definition of sexual and reproductive health. In fact, by definition, sexual and reproductive health includes the capability and right to reproduce; the inverse being the right *not* to reproduce.

Although in theory feasible, the application of Directive 2004/113/EC to sexual and reproductive health is somewhat complex. For instance, could it apply in cases where sexual and reproductive health services are refused to either sex?

It is first crucial to identify whether abortion and ART can be identified as services. According to Article 3(1), the scope of the Directive includes the proviso “[w]ithin the limits of the powers conferred upon the Community...” This is based upon similar wording in Article 19 TFEU, the meaning of which has always been ambiguous. The recent Opinion of Advocate General Kokott in C¹⁵⁹ provided a discussion of the outer limits of Article 19 TFEU, where it was stated that EU law cannot extend outside the competences conferred to it by the Member States. While that case raised the issue of taxation and is therefore not directly applicable, it provides guidance that could be relevant in determining what may fall inside or outside the scope of the Directive.

¹⁵⁶ [2015 Commission Report](#), at p. 3. However, see the Preamble of the Directive where at Recital 12 it states that “differences between men and women in the provision of healthcare services, which result from the physical differences between men and women, do not relate to comparable situations and therefore, do not constitute discrimination.”

¹⁵⁷ **European Network of Equality Bodies (Equinet)**, *Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive*, November 2014 (<http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>).

¹⁵⁸ 4th International Conference on Population Development in Cairo 1994, paragraph 7.2.

¹⁵⁹ Case C-122/15 C [2016], Opinion delivered 28 January 2016.

In response to a motion on sexual and reproductive health and rights,¹⁶⁰ the European Parliament in 2013 passed a resolution confirming that the formulation and implementation of policies on sexual and reproductive health rights remain within the competence of the Member States.¹⁶¹ It is therefore arguable that the Directive only applies in the field of sexual and reproductive health to the extent that the service provider complies with the national legislation; which may or may not discriminate on grounds of sex. So narrow an interpretation would, however, render the Directive nugatory in the entire field of sexual and reproductive health services. Furthermore, the CJEU has consistently held that even where the matter falls within the competence of the Member States, in situations covered by EU law the national rules concerned must have due regard to EU law.¹⁶² As Directive 2004/113/EC is applicable to *all* goods and services provided against remuneration,¹⁶³ it is therefore unlikely that such a narrow interpretation would be adopted by the CJEU. In any event, the positions of each Member State towards sexual and reproductive health indicate a very diverse approach,¹⁶⁴ the regulation of which would ensure that the principle of gender equality is taken into consideration.

Turning to case law, the case of *Grogan*¹⁶⁵ indicates that abortion, when performed in accordance with the laws of the Member States, can be a service for the purpose of free movement. Patient mobility case law indicates that remuneration can arise indirectly, such as where an individual pays for an operation in another Member State, even though the individual would not have had to pay directly for it in their home country.¹⁶⁶ This is consistent with the interpretation proposed by the majority of equality bodies, which consider that a definition of services which only covers those services provided for remuneration leaves too much space for potential discriminatory behaviours.¹⁶⁷ Rather, the equality bodies propose that a definition of goods and services ought to cover all health-care related goods and services, including those services funded publicly as well as by direct transfer from the patient. This would have the effect of pushing those sexual

¹⁶⁰ Committee on Women's Rights and Gender Equality, *Motion for a European Parliament Resolution on Sexual and Reproductive Health and Rights* (2013/2040(INI)), 03 December 2013.

¹⁶¹ European Parliament resolution of 10 December 2013 on Sexual and Reproductive Health and Rights (2013/2040(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0548+0+DOC+XML+V0//EN>

¹⁶² See, for example, Case C-135/08 *Janko Rottmann v Freistaat Bayern* [2010] ECR I-1486, at para 41.

¹⁶³ 2015 Commission Report, at p. 3.

¹⁶⁴ The Family Federation of Finland - Global Development Unit, *EU Member States' Positions on Sexual and Reproductive Rights Issues* (02 April 2012), <http://vaestoliitto-fi-bin.directo.fi/@Bin/ccdce814fb123c90796a8732df14afc5/1467024614/application/pdf/1740298/EU%20Country%20Positions%20on%20Sexual%20and%20Reproductive%20Rights%20Issues.pdf> Accessed 28 June 2016.

¹⁶⁵ Case C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ltd (SPUC) v Grogan* [1991] ECR I-4685.

¹⁶⁶ See for example case C-372/04, *Y. Watts v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health*, [2006] ECR I-325, which concerns the NHS.

¹⁶⁷ European Network of Equality Bodies (Equinet), *Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive*, November 2014 (<http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>).

and reproductive health services paid for by the State within the scope of the Directive, without the individual having to directly pay for the service.¹⁶⁸

One challenge is that modern technology allows for procedures such as IVF and surrogacy; procedures which are too recent to have been the subject of litigation in relation to Directive 2004/113/EC. Moreover, the Directive specifically excludes education and media. Sexual and reproductive health services whose core service is education would therefore fall outside the scope of the Directive, as would advertisements relating to sexual health. This may raise issues concerning the access to which persons of either sex may receive sexual health information, and possible discrimination based on sex in the supply of that information.

Should sexual and reproductive health fall within the definition of a service, a further issue is then raised in relation to who the service provider is discriminating against. It is questionable whether to deny a woman a reproductive health service would amount to less favourable treatment or direct discrimination, as the service is often only available to women (e.g. abortion, emergency contraception, IVF, cervical cancer or sterilisation).¹⁶⁹ It is at least arguable that this could amount to direct discrimination, even where no comparator is necessary, as this situation will only apply to one sex, thereby seemingly discriminating one as against the other.¹⁷⁰ However, there is also the possibility that the CJEU would not choose this path and that it would not wish to enter into these issues unless there was a clear difference in treatment between women and men. Moreover, recital 16 appears to allow for justifications of differences in treatment, while there is also Article 4(5) to be considered.

In instances where one woman is refused the service while another woman in the same position is not, the difference in treatment may not necessarily relate so much to her sex than to other various factors. These could be factors relating to the service provider or to other internal or external factors relating to the individual seeking the service. Where the difference in treatment relates to the individual, a comparator would be the woman who the service was not refused - in which case their common feature is their female sex. Factors influencing the different treatment in that case may relate to health or religious belief rather than sex. In that context the less favourable treatment would not constitute discrimination based on sex and would therefore not fall within the scope of the Directive. It is important to note that the Directive prohibits discrimination between *men and women*, not between two women or two men. The individual would still have

¹⁶⁸ For example, in Norway all women have access to an abortion free of charge, while in Sweden the National Health Insurance covers almost all the cost. Belgium reimburses the full cost of abortion where it is performed by an abortion clinic that has signed an agreement with the national institute for social security.

¹⁶⁹ Similarly, sexual and reproductive health services may only apply to men on the basis of their sex, such as male infertility screening, testicular and prostate cancer, and vasectomy.

¹⁷⁰ See the CJEU case law on discrimination on ground of pregnancy and maternity, Case C-177/88 *Dekker* ECR I-3941, Case C-32/93 *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd* [1994] ECR I-03567 and Case C-207/98 *Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern* [2000] ECR I-00549.

recourse against the service provider for the breach of domestic law (where failure to provide a service is a violation), albeit not for discrimination based on sex.

Thus, the question of whether the Directive can apply does not have a *prima facie* straightforward answer. Discrimination on the grounds of gender could perhaps be more successfully pursued in cases involving transsexual persons. A further possibility would be to invoke discrimination either on the basis of religion (but in this case this specific Directive would not apply) or on the ground of disability if a woman chooses IVF because she has medical difficulties in conceiving a child.¹⁷¹

2.2 Insurance, Financial Services and Private Pensions

Prior to the *Test-Achats* decision Article 5(2) of the Directive permitted, for the purposes of insurance and related financial services, differences in individuals' premiums and benefits where sex was used as a determining factor in the assessment of risk. Following the CJEU's decision, no derogations to Article 5(1) are permitted, thereby ensuring that individual's premiums and benefits are the same (the "unisex rule").

At the time of writing, all 28 Member States have amended their legislation to comply with the CJEU decision.¹⁷² Germany exhibits a clear case of levelling down, having increased insurance rates for both sexes after 21 December 2012 to the disadvantage of both men and women. In **Finland**, the use of sex-based actuarial factors is only prohibited in policies sold to consumers and is still allowed in insurance schemes sold to employers, while Luxembourg removed sex as a differentiator in all new insurance contracts. The [2015 Commission Report](#) does note, however, that questions have been raised regarding the extent to which some national legislation complies with the ruling, on which basis infringement proceedings for non-conformity could commence. Estonia currently permits insurance companies to use actuarial factors based on sex in the assessment of insured risks in sickness insurance, and to differentiate the insurance premiums between men and women based on those risks. Similarly, **Hungary** permits deviations from the unisex rule for group life, accident and sickness insurances, and where the insurance is regulated by the Act on Insurance Institutions and Insurance Business. Otherwise, the impact on the market appears to have been minimal and in any event it does not appear to have created any unjustified pricing.

The case law of the CJEU is not directly applicable to Iceland, Lichtenstein and Norway, as members of the European Free Trade Association (EFTA). Thus, a procedure for the possible adaptation of Annex XVIII of the EEA Agreement to the *Test-Achats* ruling was initiated on 30 January 2014 in order to ensure the coherence of legislation.

¹⁷¹ But see case C-363/12 *Z v Government Department* (2014). Here the CJEC opted for the very narrow definition of disability provided in the case C-335/11 *Ring and Skouboe Werge*.

¹⁷² Luxembourg was the final Member State to adopt the ruling by the Law of 12 April 2015, despite the implementation process commencing in 2012.

There seems to have been little legislative difficulty implementing Article 5(1) of the Directive, which also applies to private pensions; pensions which are related neither to employment nor to the statutory social security system, such as where a person takes out a pension policy with a financial services company. However, even if the Directive requires that equality is achieved when calculating the amount of annuity, this would only be one part of the solution. The real question that remains is why women have less money to invest in a pension policy? Directive 2004/113/EC simply does not address the *causes* for why women receive lower annuities or lower pension incomes. It fails to consider the problems that women face in the employment market, which are then reflected into their ability to access insurance and related financial services including private pensions. Instead, it requires a private service, namely the insurance industry, to provide a solution that can be artificial. If at best, this offers a sticky plaster; at worst, it introduces the dangerous precedent of justifying discrimination that has occurred for years.

Thus a better alternative could come from focusing on the causes that may explain the lower annuities and pensions available to women. Women in fact have less retirement income to buy annuities. The *reasons behind* such a gap range from fewer years in employment and shorter working hours, therefore resulting in lower pay, to less access to occupational pension schemes and to an historical legacy of past pension scheme rules. In other words, the uneasy link between pension schemes, annuities and gender equality is shaped mainly by two elements: the inconsistent position of women in the employment market and the fact that this is still hindered by their involvement in (unpaid) caring work. Both these issues should be addressed by the traditional Equality Directives, namely Equal Pay and Equal Treatment *before* becoming a problem for the insurance industry. By requiring the insurance industry to adopt the principle of gender equality, exploration of the *causes* of inequality will be avoided, if not artificially hindered. The uneven coordination amongst the Directives highlights the lack of coherency in the overall gender equality framework.

Of particular concern and interest regarding the pension gap, are the proposals by certain Member States (**Hungary, Germany, Poland**) to count those years that women are out of the employment market because of maternity leave (not only time officially allowed by law, but also additional years where women decide to stay at home and raise their children) as a part of the working experience required to receive a pension. While seemingly beneficial to women, such proposals would risk encouraging women to remain out of the employment market for a longer period of time.¹⁷³ Furthermore,

¹⁷³ The CJEU, albeit indirectly, has already addressed this situation. In the case of *Griesmar*, the Court held that “the situation of a male civil servant and a female civil servant may be comparable as regards the bringing up of children.” As a result of this case, the national legislation was amended to take into consideration periods of leave (such as maternity and paternity leave) for the purpose of calculating a retirement pension: however, as maternity leave is compulsory, this *de facto* gave an advantage to women. Case C-366/99, *Griesmar*, [2001] ECR I-9383. The outcome was recently challenged in the *Leone* case. Mr Leone, the father of three children, applied for early retirement with immediate payment of his pension tax credit and was unsuccessful. He argued that the provision discriminated against men. The Court held that, in order to benefit from such

although benefitting women as far as their pension-entitlements are concerned, discrimination may arise in other subtle ways: *inter alia* employers may be unwilling to hire them and the pay gap would increase. Therefore, *de facto* these proposals would encourage and protect women *out of* the employment market. It is, however, at least open to debate whether such proposals could be interpreted as preferential treatment of women, which may therefore be prohibited under the Directive. An alternative is to take into account the years that either *parent* is absent from employment to raise children (outside the periods expressly allowed by national legislation) in order to determine pension entitlements. Provided that this is gender neutral and women are not disadvantaged, it would not be a negative option.

2.3 Occupational Pensions

Recital 15 of the Directive states that it “*should*”¹⁷⁴ apply only to insurance and pensions which are private, voluntary and separate from the employment relationship”. Statutory and occupational pensions are traditionally dealt with under other legislative instruments, such as Council Directive 79/7/EEC¹⁷⁵ and Council Directive 86/378/EEC.¹⁷⁶

With that said, the 2015 Commission Report states that despite the fact that the *Test-Achats* ruling has no legal implications for occupational pensions, some Member States (**Bulgaria, Czech Republic, Cyprus, Denmark, Latvia and Sweden**) have applied it to occupational pension schemes to prohibit the use of gender in determining, for example, contribution rates, benefits and transfer values.¹⁷⁷ It is encouraging to see this progression in gender equality also underpinned by the CJEU in two instances that the use of sex-based actuarial factors in occupational pension schemes is permitted.¹⁷⁸ It follows thus, that decisions relating to insurance and related financial services may indirectly influence gender equality in areas otherwise not covered by the Directive.

provision, the worker needs to demonstrate an investment in bringing up children and a detrimental impact on his/her career; mere involvement in their conception is not sufficient in this respect. The decision in *Leone* will be controversial; indeed, it might have the consequence of removing maternity leave from the list of the qualifying periods of leave. However, it can also be regarded as a step towards equalising the position of men and women when it comes to parenthood. See case C-173/13 *Blandine Leone and Maurice Leone v Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales* [2014] ECR I-2090.

¹⁷⁴ Emphasis added.

¹⁷⁵ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security OJ [1979] L 6, pp. 24–25.

¹⁷⁶ Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 as amended by Directive 96/97/EC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security OJ [1997] L46/20. This has now been repealed and incorporated in the Recast Directive.

¹⁷⁷ Country reports of the legal experts indicate that many other Member States do not permit the use of sex-based actuarial factors in occupational pension schemes. According to those reports, this is the case in Austria, Croatia, Estonia, Hungary, Luxembourg, Malta, Poland, Slovakia and Slovenia.

¹⁷⁸ See Cases C-152/91 *David Neath v Hugh Steeper Ltd* [1993] and C-200/91 *Coloroll Pension Trustees Ltd v James Richard Russel, Daniel Mangham, Gerland Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton and Coloroll Group plc* [1994].

2.4 Collaborative Economy

Collaborative or sharing economy refers to a relatively new but rapidly expanding business model where activities are facilitated by online collaborative platforms that create an open market place for the temporary use of goods and services. It involves three key actors: (i) the *service providers*, (ii) the *users* and (iii) the *intermediaries* that connect providers with users ('collaborative platforms'). Often provided and used by private individuals, it essentially involves borrowing or using assets owned by someone else. These assets can include vehicles, tools, food, a ride from A to B, short-term home swaps or renting in someone's private home.

Two examples of collaborative platforms are Airbnb and Uber. Established in 2008, Airbnb is a global network that connects travellers with hosts who provide short-term accommodation in their private homes for a fee. For many travellers, it has become the first port of call when planning a holiday. In a similar fashion Uber connects riders with drivers, effectively wooing clientele who would otherwise catch a taxi. The company started out in San Francisco in 2009 but has since expanded to more than 320 cities around the world.

The collaborative economy has the potential to offer significant benefits and opportunities for entrepreneurs, businesses and consumers alike. Driven by innovation, it enables entrepreneurs and businesses to offer new and extensive services, opening flexible employment opportunities and generating new sources of income. Consumers in turn benefit from new services, an extensive supply of existing services and, consequently, lower prices. With growth from collaborative platforms already occurring at a rapid rate across key economic sectors, the EU must be ready to embrace this model.

While offering significant benefits, the collaborative economy has raised issues regarding the application of existing legal frameworks and the patchwork nature of regulations across the EU. As a result, the European Commission recently produced a Communication¹⁷⁹ where it addressed many of these issues, such as the type of market regulation that can be imposed, liability, consumer protection, and the relationship with employment law and tax regimes. One issue yet to be examined is whether and how gender equality could apply in this context. Uncertainty regarding the applicability and effect of Directive 2004/113 in this context has, however, been highlighted;¹⁸⁰ therefore a preliminary examination of how it may apply in this context is required. This section aims to provide that examination. It suggests, however, that the European Commission issue guidelines in relation to the impact which the collaborative economy may have on gender equality in the access to and supply of goods and services, in order to elaborate on this examination in greater depth.

¹⁷⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A European Agenda for the Collaborative Economy*, [COM \(2016\) 356 final](#).

¹⁸⁰ For example, during a conference in 2014 concerning the implementation of Directive 2004/113/EC, Austria raised a question regarding the liability of a service provider for third party harassment which occurs in cases of services provided within the collaborative economy.

One concern relating to the scope of the Directive is whether the service facilitated by the collaborative platform falls within the definition of "service". The Directive defines services as those within the meaning of Article 57 TFEU (previously Article 50 TEC), namely those normally provided for remuneration. Consistent with case law of the CJEU, a service must constitute an economic activity.¹⁸¹ The difficulty lies in assessing whether services involving cost-sharing, facilitated via collaborative platforms, constitute an economic activity. As the essential characteristic of remuneration is that it constitutes consideration for the service,¹⁸² the question is whether cost-sharing constitutes or amounts to consideration.

Taking a broad interpretation, cost-sharing could constitute consideration for a service as the user shares the burden of costs in consideration for the service provided. However, the Communication notes that many Member States consider that pure cost-sharing activities do not involve remuneration and therefore do not constitute economic activities.¹⁸³ On this basis, ride-sharing activities facilitated by collaborative platforms such as BlaBlaCar would not fall within the definition of a service and would therefore fall outside the scope of the Directive. The Communication does, however, note that while the transaction between user and provider may not constitute an economic activity, their respective relationship with the collaborative platform may still form an economic activity.¹⁸⁴ Thus, liability for any discrimination or harassment in the provision of the "service" may still occur vertically rather than horizontally.

Of particular concern is whether the Directive is applicable in any given situation where the collaborative platform has facilitated the supply of a service. As mentioned above, often both users and providers of services within the collaborative economy are private individuals. In their capacity as private individuals, more often than not providers are offering services on an occasional peer-to-peer basis rather than professionally. This means that individuals may offer services which fall close to or within their personal proximity, thus blurring the distinction between services offered in the public and private sphere.

The Directive excludes from its scope services which fall within the sphere of private and family life. The Commission has interpreted this to cover situations where the proximity to the personal sphere of the service provider influences their choice rather than economic considerations, such as where the provider sublets a room in his or her private home.¹⁸⁵ This has the implication of removing services such as Couch-surfing¹⁸⁶ from the ambit of the Directive, thereby enabling providers to "discriminate" in their choice of guest within that context.

¹⁸¹ See Case C-281/06 *Hans-Dieter Jundt and Hedwig Jundt v Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231 at para 32.

¹⁸² See Case 263/86 *Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Edel* [1988] ECR 1988-05365 at 2.

¹⁸³ Communication from the Commission [COM \(2016\) 356 final](#), see its footnote 6.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ [2015 Commission Report](#). See its footnote 9.

¹⁸⁶ Where a guest stays under the safe roof as their host, at their hosts' private residence, often free of charge.

The challenge lies in assessing whether services provided under collaborative platforms such as Airbnb fall within the public or private sphere. As already mentioned, Airbnb connects travellers with hosts who provide short-term accommodation in their private homes. On one hand, the accommodation service would seem to fall outside the scope of the Directive as it arguably falls within the personal sphere of the host, being their private residence. On the other hand, many providers only use the collaborative economy as a means to gain earnings on an occasional basis.¹⁸⁷ In this respect, and in consideration of the fact that the host is receiving remuneration for the service, the host will likely be influenced more by economic considerations than by the proximity of the guest to their personal sphere. This is particularly so where the host leases out their entire house, either to persons travelling for leisure or to those travelling for business; the relationship being more like that between a tenant and landlord. In this context, the Directive would apply to the relationship between the host and the guest, thereby prohibiting discrimination on grounds of sex in both the access to and the supply of the accommodation service.

Whether or not Airbnb could be held liable for any discrimination as occurs between the host and guest is questionable. As an example, a housing agent in Belgium was held liable for direct discrimination when the claimant's housing application was rejected on the basis that the landlords intended to reserve the residence for female tenants.¹⁸⁸ Although the relationship between a housing agent and landlord is not directly comparable to that between a collaborative platform and a service provider, the case illustrates that the facilitating platform is not necessarily exempt from liability for the landlord or homeowner's discrimination. As Airbnb provides a Host Guarantee for damage to property in the rare event of guest damage, it could be argued that Airbnb has assumed a relationship with the host which surpasses that of a mere facilitating platform, therefore they could be held liable for the host's discrimination. A recent case of sex discrimination has arisen in the United States where a transgender woman was denied accommodation by an Airbnb host on the basis of her gender;¹⁸⁹ however, no claim for liability against Airbnb has been reported.

Should, however, a service facilitated by Airbnb fall within the personal sphere of the host, the Directive would not apply to discrimination which may occur as between the host and the guest. Despite this, Airbnb anti-discrimination policy states that the platform: "prohibit[s] content that promotes discrimination, bigotry, racism, hatred, harassment or harm against any individual or group..." and that all users are required to

¹⁸⁷ Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European agenda for the collaborative economy, European agenda for the collaborative economy - supporting analysis COM(2016) 356 final, P. 19.

¹⁸⁸ European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, "Girls only" housing illegal" (News Report), 14 April 2015. Available at <http://www.equalitylaw.eu/downloads/2743-13-be-ge-girls-only-housing-illegal>

¹⁸⁹ Chiara Palazzo, "Airbnb host banned for denying transgender woman room after viral tweet" (The Telegraph, 07 June 2016). Available at <http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/06/07/airbnb-host-banned-for-denying-transgender-woman-room-after-vira/>

comply with local laws and regulations.¹⁹⁰ As a result of the above sex discrimination, which was prohibited under United States anti-discrimination laws, Airbnb banned the host from using its services. Similarly, anti-discrimination laws of individual EU Member States would apply in this context, as would general obligations regarding non-discrimination under EU Treaties.

Collaborative platforms, as providers of information society intermediary services, are exempt from liability for the information that they store under EU law.¹⁹¹ Whether or not and to what extent collaborative platforms are liable under contractual and extra-contractual laws is to be determined by each Member State. This includes laws relating to vicarious liability and third-party harassment.

In general, employers may often be held vicariously liable for the actions of their employees.¹⁹² The circumstances under which an employer may be held liable inevitably varies across Member States, although common provisions require that the act is committed during the course of the employment and provide exceptions for where the employer took reasonable steps to prevent the employee from committing the act.¹⁹³ The **UK** has taken a broad interpretation of "course of the employment", which rests upon the existence of a "sufficient connection" between the position in which the employee is employed and the employee's discriminatory conduct.¹⁹⁴ Taking a narrower perspective, **Denmark** considers that as harassment is not part of an employee's position, the employer will not be held vicariously liable for an employee's harassment unless they have neglected to instruct their employees to avoid harassment.¹⁹⁵ Similarly, as discussed earlier in this paper, some Member States hold the employer liable for harassment or discrimination committed by a third party against an employee.

Collaborative platforms acting purely as providers of information society intermediary services would not fall within the definition of "employer". However, the lines become blurred where the collaborative platform is also the provider of the service or has significant control over the service provider, such as in the case of Uber. In its Communication, the Commission noted the increased blurring of lines within the traditional employment structure and set guidelines on determining when a service provider in the collaborative economy becomes a "worker"; the essential criteria being (i) the existence of a subordination link, (ii) the nature of the work and (iii) the presence of remuneration. To date the CJEU has not ruled on the relationship between a collaborative

¹⁹⁰ Airbnb's anti-discrimination policy is available at <https://www.airbnb.co.nz/help/article/483/what-is-airbnb-s-anti-discrimination-policy?topic=250>

¹⁹¹ Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') OJ L 178, 17.7.2000, p. 1-16.

¹⁹² This is the case in, for example, **Austria, Belgium, Denmark, Ireland** and the **UK**.

¹⁹³ See, for example, Equality Act 2010 (UK) s109, Employment Equality Acts 1998-2011 (IE) s 15(1) and (3).

¹⁹⁴ *Mohamud v Wm Morrison Supermarkets plc* [2016] UKSC 11.

¹⁹⁵ **Niels-Erik Hansen**, *Report on Measures to combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC: County Report Denmark*, (2007), p. 35.

platform and a service provider.¹⁹⁶ Nevertheless, the rapid growth of Uber has sparked debate across Europe concerning whether Uber is merely a technology-service or whether it is an employer.¹⁹⁷

As mentioned above, the Directive excludes from its scope employment matters. This would not, however, remove from its scope vicarious liability of an employer for gender discrimination arising from the supply or access to a service, as between a user and a provider. Thus, in the event that Uber is considered an employer, any discrimination faced by a user of the service would be deemed discrimination by Uber.¹⁹⁸ On the other hand, where a driver faces discrimination or harassment from the passenger, Uber could be held liable for the third party harassment, depending upon the applicable national law.

As mentioned earlier in this paper, it is for each Member State to determine when and to what extent vicarious liability or third party harassment may apply outside the employment relationship.¹⁹⁹ In the absence of a strong employment-like relationship or a relationship of control and subordination, permitting such liability would likely impose too great a burden on the collaborative platform. This is particularly so where the collaborative platform is merely providing intermediary services, as there is little to no element of control. In any event, in the absence of national law or guidance by the EU it would be for the national courts to determine liability on a case-by-case basis.

Because of the uncertainty surrounding this area, it would be advisable for the Commission to look further into the collaborative economy.

3) Derogations from Equal Treatment

The national reports echo the finding of the Commission, in reporting that the derogation(s) in Article 4(5) of the Directive are one of the most problematic areas in the

¹⁹⁶ Spain has however referred a question regarding Uber to the CJEU for a preliminary ruling, where it seeks to clarify the nature of the services provided by Uber. See Case C-434/15 (preliminary ruling not yet issued).

¹⁹⁷ For example, the Labour Inspectorate of Catalonia has ruled that there is an employment relationship between Uber and its drivers, while the GMB (Britain's General Union) lodged a claim in the Central London Employment Tribunal in October 2015 where they claim Uber drivers are workers under UK law.

¹⁹⁸ For example, where an Uber driver does not cater for mothers with young children, or a passenger is sexually harassed by a driver of the opposite sex, or a transgender person is refused the service on the basis of their gender.

¹⁹⁹ Note that with the exception of liability within the teacher-student relationship, Belgium does not permit vicarious liability outside the field of employment. European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *National protection beyond the two EU Anti-discrimination Directives: The grounds of religion and belief, disability, age and sexual orientation beyond employment* (Report for the European Commission, September 2013), page 45. See also *Cox v Ministry of Justice* [2016] UKSC 10 where vicarious liability can also be found in employment-like relationships, not only as between employer and employee.

implementation of the Directive.²⁰⁰ This provision provides that the Directive shall “not preclude differences in treatment, if the provision of the goods and services exclusively or primarily to members of one sex is justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”.

Problems have arisen concerning both the transposition into national law²⁰¹ as well as its interpretation in individual cases. In some Member States, the exceptions have been clearly formulated by domestic legislation. In the **UK**, the Equality Act (section 3, part 7) allows exceptions in circumstances where personal/healthcare is being provided, where service users will be in a state of undress, or to protect religious freedom. Similarly, in **the Netherlands** the General Equal Treatment Act permits exceptions to the prohibition of sex-segregated services where the segregation meets the criteria of preferential treatment, is necessary for the protection of women and maternity, or is a case where “sex is decisive”. Dutch law determines examples of the latter and these include sanitary facilities, changing and sleeping rooms and saunas (insofar as facilities are equally available for both sexes), beauty and sports contests (insofar as there is a relevant difference in sex), life insurances entered into after 21 December 2012 where the premium depends on the life expectancy of men and women, and the protection from or fight against sexual violence and harassment, and aid for victims of sexual violence and harassment (insofar as it is necessary that the protection, fight or aid is provided for by a person of a specific sex).

Under **Belgium's** Gender Act, certain goods and services may be reserved exclusively or mainly to person's belonging to one sex. These goods and services must be exhaustively listed in ancillary legislation in order for the exception to apply; legislation which, to date, has not been adopted. In the absence of such list, Belgian national courts do not have the power to assess justifications for differences in treatment, as from 21 December 2007. Federate authorities, on the other hand, are not bound by the time restriction and as a result discrepancies have arisen between the federal and national level. For example, a complaint based on gender discrimination made in relation to a fitness facility reserved for women was held by the Court of Appeal in Liège to fall within the notion of 'sport', thereby falling within the jurisdiction of that Court.²⁰² The Court assessed the proposed justifications for the different treatment as the morphological differences between men and women and the protection of privacy. On this basis, the justifications were held to be valid. Had this case fallen within the Gender Act, the Court would have had no power of assessment, and would have been bound to conclude that the different treatment was direct discrimination.

Overall, there appears to be a divergent approach among Member States and this creates legal uncertainty.²⁰³ Additionally, in certain cases, Member States take too wide an

²⁰⁰ Problems were already highlighted in 2008; see **S. Burri, A. McColgan**, Sex-Segregated Services, European Commission 2008 and European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/2009sex-segregatedservices_en.pdf)

²⁰¹ In **Portugal**, for instance, Article 4(5) has not been transposed as such into national legislation.

²⁰² Cour d'appel de Liège, 12 Ch., 04-11-2014, 2014/RG/268 - Healthy City/ Basic-Fit/ Paquot.

²⁰³ 2015 Commission Report, p. 6.

interpretation of the derogation which *de facto* leads to a justification of unequal treatment. To date the Commission has opened one infringement proceeding against a Member State where the issue concerned too broad a scope in the national provisions implementing Article 4(5), and maintains dialogue with other Member States concerning the same issue.²⁰⁴

More specifically, problems seem to repeatedly arise in relation to the question of whether the requirements for a legitimate objective under that provision are fulfilled.

In addition, often suppliers of services accused of gender-based differential treatment between men and women (generally in the form of differential pricing) seek to justify the unequal treatment on the basis of Article 4(5), as transposed into domestic law - even where the service is not offered exclusively to members of one sex. This applies, for example, in cases where the goal is to reach a balanced number of members of each sex. Different interpretations seem to exist as to the admissibility of such practices, including within the national equality bodies themselves. This is particularly so in relation to women-only gyms, fitness and beauty clubs.²⁰⁵

The Equinet report provides concrete examples as to the divergent interpretation. For example, in the case of women-only gyms or women-only spaces in fitness clubs, the **Finnish** Ombudsman for Equality has justified this sex-segregation on grounds of women's potential embarrassment at exercising in the same area as men. The objective has been to promote women's opportunities to use fitness facilities while the means (providing a separate space or opening hours, or clubs exclusively for women) have been seen as appropriate and necessary for achieving this objective. This principle can also be used to establish clubs or a separate space exclusively for men. By contrast, the opposite interpretation was reached by the **French** HALDE (now Defender of Rights),²⁰⁶ which concluded that a case where a man who had subscribed to, and was regularly attending, a beauty clinic for more than two years, and was suddenly refused on the grounds that only women were then admitted, was an instance of gender discrimination. In **Ireland**, a male-only Golf club was considered to be non-discriminatory under the Equal Status Act because it fell within exemption provisions in Section 9 of the ESA. It was stated that a club:

"shall not be considered to be a discriminating club (...) if its principal purpose is to cater only for the needs of persons of a particular gender [or] it refuses membership to other members".²⁰⁷

National practices may also vary considerably with regard to access to restaurants, clubs and hotels, in particular, by offering different prices and conditions to men and women.

²⁰⁴ Answer given by Ms Jourová on behalf of the Commission in E-015796/2015: *Application of the Directive implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services in legal and practical terms*, Parliamentary questions, 03 March 2016. Available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-015796&language=EN>

²⁰⁵ These are available at <http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>.

²⁰⁶ Decision no. 2006-153 of 19 June 2006.

²⁰⁷ *Equality Authority v. Portmarnock Golf Club & Ors* [2005] IEHC 235 (10 June 2005).

Some equality bodies interpret as an obvious case of direct discrimination based on sex or gender, the case where women have free access to restaurants and clubs while men must pay an entry fee. However, in **Germany** the General Equal Treatment Act has allowed this kind of differential treatment if there is no interest in enforcing equal treatment provisions. The rationale is that there is no interest in enforcing equal treatment as the result would be that the privilege (free entry for women) would be abolished, resulting in a situation where nobody would have free entry. Opposing views argue that this is a clear case of discrimination against both men (because they have to pay an entry fee) and women (because they are used as "incentives" to attract more (male) clients). The reservation by a hotel of a "woman's only" floor (20 rooms out of 814) was found by the **Danish** Board of Equal Treatment to be contrary to national non-discrimination laws. The Eastern High Court confirmed the decision of the Danish Board as the prohibition of men's access to the floor was not based on a legitimate aim, nor was it necessary in order to fulfil terms of privacy and decency or to counter real identified problems in relation to women's safety.

The **Finnish** Ombudsman for Equality was asked to decide whether short-time discounts that apply for only one day, for example Women's Day, Mother's Day, and Father's Day, are permitted under the Directive, and whether the means chosen are appropriate and necessary for achieving the objective. It held that these discounts can be acceptable, as long as they are of minor monetary value. The same approach has been adopted for temporary discounts, but not for season tickets, offered for example by sports clubs.

A further recurrent example is the different pricing for women and men at hairdressers and barbers for identical services. According to the **Finnish** Ombudsman for Equality, the provision prohibiting discrimination in the access to and supply of goods and services in the Equality Act does not affect the right of barbers and hairdressers to promote their services according to their respective business ideas, professional expertise and chosen tools regardless of sex and gender; as long as pricing is not based on gender. Acceptable pricing principles include the skill level, tools, and time required. In the same vein, the **Austrian** Ombud for Equal Treatment has published a recommendation on this issue. By contrast, there are cases from **Denmark** where it is stated that pricing at hairdressers cannot be based on gender.

In some Member States (**Serbia, Norway, Italy**) there is no case law available. This may indicate that there is little awareness amongst the stakeholders and therefore cases do not reach the Courts.

4) Positive Action

Article 6 of the Directive states that the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to sex, with a view to ensuring full equality in practice between men and women. More difficult to assess is the extent to which Member States have used Article 6 to introduce positive action to achieve better outcomes for equality between women and men.

Most of the Member States have not adopted any positive action measure (e.g. **Austria**, **Belgium**). Indeed, only a few have reported the existence of specific provisions on positive action allowing providers to differentiate between men and women in order to achieve a balance between both sexes in their access to goods and services. For example, in **Cyprus** Article 6 of Law 18(I)/2008 provides for positive actions in this area. However, to date there are no specific measures stated under the relevant domestic legislation, nor is there case law. In **Slovakia**, public authorities or legal entities may adopt temporary positive actions to eliminate disadvantages related to reasons of gender or sex, notably, with the aim of ensuring equal opportunities in practice. In the **UK**, a general positive action provision allows providers to target or tailor the delivery of goods and services at people of a particular sex, if there is evidence of disproportionately low uptake or participation. The situation is similar in **Estonia** where Article 5(2) of the Gender Equality Act provides the general basis for positive action measures in relation to the access to and supply of goods and services. In **Estonia**, there have been attempts to establish a Child Maintenance Guarantee Fund by the State, which primarily supports children and women as the majority of single parents are women. Regulations for the Fund have not yet been drafted.

Some national courts have already ruled on the application of Article 6 to such differential treatment. For example, in **Austria**, a lower court held that cheaper tickets to football matches for women constituted positive action within the meaning of the Equal Treatment Act, in order to prevent or eliminate women's disadvantages. The CJEU has not yet ruled on the notion of positive action outside the specific area of access to employment.

5) Equality Bodies

In order to ensure the implementation of the Directive, Article 12²⁰⁸ requires Member States to designate bodies to ensure "the promotion, analysis, monitoring and support of equal treatment of all persons without discrimination on the grounds of sex." These bodies (Equality Bodies) have three main responsibilities, namely to provide independent assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints of discrimination, to conduct independent surveys concerning discrimination, and to publish independent

²⁰⁸ Article 12 of the Directive (Bodies for the Promotion of Equal Treatment) states that:

1. Member States shall designate and make the necessary arrangements for a body or bodies for the promotion, analysis, monitoring and support of equal treatment of all persons without discrimination on the grounds of sex. These bodies may form part of agencies charged at national level with the defence of human rights or the safeguard of individuals' rights, or the implementation of the principle of equal treatment.

2. Member States shall ensure that the competencies of the bodies referred to in paragraph 1 include:

(a) without prejudice to the rights of victims and of associations, organisations or other legal entities referred to in Article 8(3), providing independent assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints about discrimination;

(b) conducting independent surveys concerning discrimination;

(c) publishing independent reports and making recommendations on any issue relating to such discrimination.

reports and make recommendations on any issue related to such discrimination. Moreover, they must be independent and effective.

As recently reiterated by the European Commission in the *EU Justice Agenda for 2020*,²⁰⁹ equality bodies play a key role and their importance cannot be underestimated. They ensure and promote the effective implementation of the gender equality Directives and have a significant potential in assisting victims of discrimination, empowering civil society, supporting good practice by employers and service providers, raising awareness of rights and obligations, and contributing to quality public policy making. In other words, they are essential to ensure the move from “the law on paper to the law in practice”,²¹⁰ and to build and support a culture of rights and equality across the Member States.

The [2015 Commission Report](#) states that all Member States have established equality bodies. However, the effectiveness of these bodies may vary. According to Equinet, there are significant differences in terms of competences, structure, operation and financial/human resources. For example, not all of the equality bodies can represent individuals through litigation, nor can all of them bring proceedings in their own name or make interventions in Court proceedings. There are also differences in terms of technical support: indeed most equality bodies do not have in-house experts to deal with very technical questions and have to outsource those issues. In some cases Equinet reported the lack of sufficient resources which were necessary to ensure further work in the area of goods and services.²¹¹ In addition, in the specific field of goods and services, equality bodies face challenges because of both the difficulty in understanding the specific issues at stake,²¹² as well as the lack of knowledge amongst the general public regarding the relevant legal provisions. As noted by Equinet, this may often be the result of complex notions of gender discrimination, coupled with the conflict between contract law and freedom of business. Lack of knowledge consequently leads to underreporting of incidences of discrimination, as individuals' are not aware that the discrimination they face is prohibited under EU law. Overall, it can be argued that this results in a patchy application of the provisions of the Directive.

Considering the pivotal role of these bodies, it would be advisable to monitor their functioning and to develop a body of research in this area. The latest National Reports on gender equality²¹³ did not require legal experts to discuss the role of the equality bodies; therefore there is little recent material available on their activities in relation to Directive

²⁰⁹ Communication from the Commission, *EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening trust, mobility and growth within the Union*, [COM \(2014\) 144 final](#).

²¹⁰ European Commission, Report on the application of Council Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services COM(2015) 190 final, at 11.

²¹¹ **European Network of Equality Bodies (Equinet)**, *Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive*, November 2014 (<http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>)

²¹² See for example the discussion on the derogations and the different way in which these have been discussed.

²¹³ These are available at <http://www.equalitylaw.eu/country>

2004/113/EC. Specifically, a study on the effectiveness of the equality bodies should be produced in the context of a comprehensive report on the implementation of the Directive. Within this context, it should analyse how equality bodies work, how they are perceived at national level, what their understanding is of the provisions in the Directive and how effective they are at communicating and addressing these issues. Such a report would build *inter alia* on the findings of the 2014 Equinet Report, and would highlight and encourage the sharing of best practices which ultimately would help provide consistency in the application of the Directive across the Member States.

6) Remedies: Compensation

Finally, Chapter III of Directive 2004/113/EC addresses the issue of remedies and enforcement. According to Article 14, Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements. In particular, they shall provide compensation to victims and such compensation should be “effective, proportionate and dissuasive”.²¹⁴ These provisions are formulated in the same way as in other Equality Directives.²¹⁵

However, the first comprehensive report on Directive 2004/113 in 2009 highlighted that:

"A considerable amount of differential treatment on the grounds of sex in the area of services in **Sweden** has become 'untouchable' because the Equal Opportunities Ombudsman refuses to take action where, as in one case involving differential pricing by hairdressers, the discrimination is seen as trivial. By contrast, **Finnish** legislation provides for a minimum 3.000 Euro compensation award, though this may be reduced or waived in cases in which the discriminator has made efforts to remedy the discrimination, and/or for reasons including those relating to the discriminator's economic standing."²¹⁶

In 2014, the Equinet report highlighted that seven²¹⁷ out of 15 of the equality bodies examined thought that compensation in the area of goods and services was lower than compensation in the area of employment. That report referred to the situation in **Denmark**, where compensation in cases of discrimination in employment may equate to between 6 and 12 months pay in the event of dismissal and 25.000 DKK if the person has been rejected for a job because of his/her gender. This is compared to compensation where there has been discrimination in the access to or supply of goods and services, where the compensation awarded is never higher than 2.500 DKK. Generally, the reason why compensation awarded in the area of access to and supply of goods and services is so low when compared to those awarded in the area of employment is because the denial

²¹⁴ See also Article 8 (Defence of Rights) and Recital 27.

²¹⁵ In particular, Council Directive 2000/43 EC (Race Directive) and 2000/78/EC (Employment Equality Directive).

²¹⁶ **S. Burri**, **A. McColgan**, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, p. 22.

²¹⁷ Ombud for Equal Treatment, Austria; Institute for Equality between Women and Men, Belgium; Board of Equal Treatment, Denmark; Federal Anti-Discrimination Agency, Germany; Equality Authority, Ireland; Equality Ombudsman, Sweden; Equality and Human Rights Commission, UK-Great Britain

of 'entrance into a restaurant' does not have the far-reaching consequences that employment discrimination has.

In one instance the **French** Defender of Rights awarded compensation in a case relating to goods and services. The case related to the refusal of private housing and the tribunal awarded three times the amount of rent as compensation. However, the compensation for discrimination was awarded on the ground of nationality rather than gender. It can thus be questioned whether current sanctions are dissuasive, proportionate and effective. In a similar vein, in **Sweden**, an Ombudsman decision was challenged before the Court. The case at stake concerned a gym which enforced a ban against headgears for the members of the sport centre. The claimant was a Muslim woman wearing a head cloth/veil. The sport centre argued that the ban was applied because of health and safety reasons. The Court found that it was a case of indirect discrimination as it affected a specific group of people (namely, religious people). The woman received 5 000 SEK in damages (approximately 500 EUR).²¹⁸

It is worth noting that there is no discussion on the specific point of compensation in the 2015 national reports²¹⁹ and thus more research would be welcome.

²¹⁸ Case Ref. no T 3169-08.

²¹⁹ These are available at <http://www.equalitylaw.eu/country>.

3. Remaining challenges and suggestions

Key findings

- Challenges:
 - Progress remains slow in some areas;
 - Issues reported in 2009 were again reported in 2015;
 - There are very few referrals and consequently there is very little case law;
 - Discrimination in goods and services is, sometimes, seen as “trivial”.
- Solutions:
 - To increase awareness of Directive 2004/113 amongst the general public and stakeholders;
 - To work closer with the equality bodies to disseminate policy work;
 - To develop a body of research;
 - To increase the level of compensation for a breach of the Directive;
 - To better coordinate Directive 2004/113 with other Equality Directives, in particular the Race Directive (2000/43/EC);
 - The European Commission should consider applying non-discrimination in the access to and supply of goods and services to new emerging areas such as the collaborative economy.

The various national reports produced since the implementation of Directive 2004/113/EC provide evidence that, over the years, progress in this area has been made. Possibly the most obvious is the fact that, following Article 5 of the Directive and the Test Achats decision, the use of gender can no longer result in differences in insurance premiums. It is also encouraging to see that many Member States have gone further than the wording of the Directive and have included a prohibition on discrimination against gender in their domestic legislation in areas such as media, advertisement and education. However, there are also areas where progress has been lamentably slow. Access to goods (in particular when it comes to pricing, for example paying more for a pink razor) is at times unexplored because it is seen as trivial. Pregnant women continue to face discrimination when trying to access services, ranging from flying to using facilities in restaurants and shops. On occasion, young mothers have been denied the possibility to breastfeed and in many cases they still suffer stereotypes.

Overall, the law is in place but in many cases there is little awareness of it. If a disabled individual cannot access a shop because of the lack of wheelchair facilities, they may well be aware that to have such facilities is a right protected by law. However, if a parent finds

it difficult to access a shop because it is too difficult to enter with a pram, they will not automatically think that this is a legal entitlement.

Thus, the first challenge is to raise awareness of the Directive amongst the general public and stakeholders. Only when individuals are aware of their rights will claims be brought before the national tribunal, and eventually they may reach the CJEU. The equality bodies are in the best position to raise awareness and should be further supported at national level. Another way to ensure the effectiveness of the provisions of Directive 2004/113/EC would be to strengthen the compensation for damages caused by non-compliance with its provisions. At the time of writing, compensation in this area remains much lower than compensation for violation of, for example, the Equal Treatment Directive.²²⁰ This falls short of ensuring “real and effective compensation” (Article 8) and, more generally, it sends the message that there is a hierarchy between employment and the access to and supply of goods and services. This message is wrong.

In order to gain a better understanding of the areas that need to be addressed, more research on the implementation of Directive 2004/113/EC is needed. The last comprehensive report by the European Network in this area is nearly a decade old.²²¹ Indeed, reports have since been written, in particular the 2015 National Reports on Gender Equality, but these dedicate only a few pages to Directive 2004/113/EC, which is not enough to get a clear picture.

Furthermore, as the Directive is part of the broader concept of gender equality it needs to be better coordinated with the other Equality Directives.²²² The relationship between private/occupational pensions and the Directive exemplifies this point. As discussed in the section on the implementation of the *Test Achats* decision, it is vital to explore the causes as to why women have less money to invest in annuities. This necessarily involves an understanding of other equality instruments and how these and Directive 2004/113/EC fit into the overall context.²²³ It follows from this discussion that it is also necessary to make sure that the principle of gender equality applies to new contexts.

Finally, in addition to building a body of research, it is advisable that the European Commission, when legislating in new areas, take gender equality into consideration. In this respect, it is disappointing that the guidance recently produced by the European Commission on the collaborative economy does not include a clear and specific reference to gender equality.

²²⁰ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of Equal Treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin OJ L 180, 19.7.2000, p. 22-26

²²¹ S. Burri, A. McColgan, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Commission 2009.

²²² In particular, Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of Equal Treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin OJ L 180, 19.7.2000, p. 22-26.

²²³ See for example the discussion in this paper about occupational pensions and the recent and ongoing work of the European Parliament on the gender pension gap.

References

Airbnb, Anti-discrimination policy (<https://www.airbnb.co.nz/help/article/483/what-is-airbnb-s-anti-discrimination-policy?topic=250>)

Bell M., "The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening" in P. Craig and G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 611-639

British Transport Police, "Project Guardian", available at http://www.btp.police.uk/advice_and_info/how_we_tackle_crime/project_guardian.aspx

Burri S., McColgan A., *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Commission 2009

Caracciolo di Torella E., "No Sex Please: We're Insurers" (2015) 38 *European Law Review*

Caracciolo di Torella E., "The Principle of Equality, the Goods and Services Directive and Insurance", (2006) 13 *The Maastricht Journal*, 339.

Caracciolo di Torella E., "The Goods and Services Directives: Limitations and Opportunities", (2005) *Feminist Legal Studies* 337-347

Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European agenda for the collaborative economy, European agenda for the collaborative economy - supporting analysis COM(2016) 356 final

Committee on Women's Rights and Gender Equality, *Motion for a European Parliament Resolution on Sexual and Reproductive Health and Rights* (2013/2040(INI)), 03 December 2013.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A European Agenda for the Collaborative Economy*, COM (2016) 356 final

De Baere G., Goessens E., "Gender Differentiations in Insurance Contracts after the Judgment in Case C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v Conseil des Ministres*", (2011-2012) 18 *Columbia Journal of European Law*, 339-367.

European Commission, Report on the application of Council Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services COM(2015) 190 final.

European Network of Equality Bodies (Equinet), *Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive*, November 2014 (<http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-the-Gender>)

European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, "Girls only" housing illegal" (News Report), 14 April 2015. (<http://www.equalitylaw.eu/downloads/2743-13-be-ge-girls-only-housing-illegal>)

European Parliament Resolution of 10 December 2013 on Sexual and Reproductive Health and Rights (2013/2040(INI)) (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0548+0+DOC+XML+V0//EN>)

Family Federation of Finland - Global Development Unit, EU Member States' Positions on Sexual and Reproductive Rights Issues (02 April 2012), (<http://vaestoliitto-fi-bin.directo.fi/@Bin/ccdce814fb123c90796a8732df14afc5/1467024614/application/pdf/1740298/EU%20Country%20Positions%20on%20Sexual%20and%20Reproductive%20Rights%20Issues.pdf>)

Hansen N.-E., Report on Measures to combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, County Report Denmark, (2007)

Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes (HCEfh), "Avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun" (Report on gender harassment and sexual assault in mass transit), 16 April 2015 (http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hcefh_avis_harcelement_2015-04-16-vio-16.pdf)

Mantouvalou K., Pavlovaite I., Irving P., Sex discrimination in access to education: evaluation of the need for and effectiveness of current measures in the Member States, a report submitted for the European Commission by GHK in association with FGB available at (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_19_07_11_en.pdf)

Masselot A., Caracciolo di Torella E., Burri S., Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood, European Commission 2012 and European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/discrimination_pregnancy_maternity_parenthood_final_en.pdf)

McColgan A., Evidence taken before the Select Committee of the European Union, House of Lords, *Equal Gender Access to Goods and Services*, 12 May 2004 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldecom/999/eug1205.pdf>)

McColgan A., *Sex-Segregated Services*, European Commission 2008 and European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/index_en.htm#h2-9)

McColgan A., "The Goods and Services Directive a Curate's Egg or an Imperfect Blessing?" (2009) 1 *European Gender Equality Law Review*, 16-24 (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/egelr_2009-1_en.pdf)

Palazzo C., "Airbnb host banned for denying transgender woman room after viral tweet", *The Telegraph*, 7 June 2016 (<http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/06/07/airbnb-host-banned-for-denying-transgender-woman-room-after-viral-tweet/>)

Krois C., "Directive 2004/113 on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?" (2005) 12 Columbia Journal of European Law 323-338.

Samuel H., "100 per cent of Frenchwomen 'victims of sexual harassment on public transport'", The Telegraph, 17 April 2015.
(<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11545643/100-per-cent-of-Frenchwomen-victims-of-sexual-harassment-on-public-transport.html>)

Anhang II

Fragebogen

für die weitere Berichterstattung über die Anwendung der

Richtlinie 2004/113/EG

zum geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und

Dienstleistungen

Einleitende Bemerkung: Die Autoren der aktuellen Bewertung der europäischen Umsetzung sind sich der Tatsache bewusst, dass die Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG ein „laufender Prozess“ ist. Sie sind daher der Ansicht, dass es wichtig ist, die Anwendung in den Mitgliedstaaten weiterhin genau zu überwachen. Dies ist insbesondere mit Blick auf Umstände wichtig, die bisher nicht berücksichtigt worden sind und auf die sich die Anwendung der Richtlinie positiv auswirken kann. Folgende Fragen sollten zu Beginn in Betracht gezogen werden, um das Thema eingehender zu analysieren.

Allgemeines:

1. Wie wurde die Richtlinie 2004/113/EG in Ihrem Mitgliedstaat umgesetzt (Wurden neue Gesetze erlassen, um Teile der Richtlinie umzusetzen, oder wurde der Wortlaut der Richtlinie textgetreu übernommen)? Führte dies Ihrer Ansicht nach zu Problemen? Wurden diese Probleme gelöst?
2. Gibt es in Ihrem Land Beispiele für potenzielle Diskriminierungspraktiken im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen?
3. Sind Ihnen Lücken im innerstaatlichen Recht in Bezug auf den geschlechtergerechten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen bekannt?

Schwangerschaft, Mutterschaft und Kindererziehung

4. Kennen Sie Fälle, in denen Frauen oder schwangeren Frauen/Frauen im Mutterschaftsurlaub der Zugang zu Gesundheitsversorgung oder Gesundheitsleistungen verweigert wurde? (z. B. schwangeren Frauen wird aufgrund höherer Kosten eine medizinische Behandlung verweigert).
5. Kennen Sie Fälle, in denen schwangeren Frauen oder Frauen im Mutterschaftsurlaub die Versicherung verweigert oder aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft eingeschränkte oder teurere Versicherungsbedingungen angeboten wurden?

6. Beinhalten Versicherungsverträge im Allgemeinen Wartezeiten, bevor Kosten für Schwangerschaft und Mutterschaft übernommen werden? Wie lange betragen die Wartezeiten durchschnittlich in Ihrem Mitgliedstaat?
7. Gibt es Beispiele für potenzielle Diskriminierungspraktiken gegenüber stillenden Müttern? (z. B. Verbot oder Beschränkung des Stillens in der Öffentlichkeit; eingeschränkter Zugang zu Restaurants oder Unterhaltungsstätten wie Kinos oder Theatern).
8. Gab es Fälle von unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung aufgrund der unzureichenden Qualität oder Verfügbarkeit von Kinderbetreuungsleistungen zu bezahlbaren Kosten?

Versicherung und verwandte Finanzdienstleistungen (Artikel 5)

9. Wie wurde die Entscheidung in der Rechtssache *Test-Achats* in Ihrem Land umgesetzt? Im Einzelnen:
 - Welche Folgen hatte die Entscheidung in der Rechtssache *Test-Achats*? Wurden hauptsächlich geschlechtsneutrale Bedingungen im Zusammenhang mit den teuersten Prämien festgelegt?

„Neue“ Bereiche

10. Kollaborative Wirtschaft: Gibt es Beispiele für Probleme im Zusammenhang mit gewerblichen Plattformen (beispielsweise Airbnb und UBER) in Ihrem Land?
 - Ausnutzung der Schutzbedürftigkeit oder fehlende Schutzvorschriften?
 - für Personen als Endverbraucher oder einzelner Dienstleistungsanbieter gegenüber der Plattform?
 - in welchem Sektor (Transport/Car-Sharing, Wohnungs-/Raum-Sharing, Pflege, Teilen von finanziellen Vermögenswerten, kollaborative Herstellung usw.)?
11. Dienstleistungen im Gesundheitsbereich:
 - Gibt es Fälle, in denen es aufgrund von Arzneimitteln oder medizinischen Verfahren, die unsachgemäß angewendet wurden oder nicht ausreichend für Frauen vor allem während der Schwangerschaft oder in der Stillzeit geprüft wurden, zu negativen Folgen für die Gesundheit von Frauen oder ihren Kindern kam?
 - Kennen Sie Fälle, in denen Frauen der Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der reproduktiven Gesundheit (z. B. IVF) verweigert wurde?
12. Migration: Wenn in Ihrem Land migrationspezifische Probleme auftreten, haben Sie Kenntnis von besonderer unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen?

Umsetzung

13. Wie stellt Ihr Mitgliedstaat die Anwendung der Richtlinie 2004/113 sicher bzw. überwacht diese?
14. Kennen Sie diesbezügliche innerstaatliche Rechtsprechung/Beschwerden im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen?
15. Wie beteiligen sich Ihrer Ansicht nach Dritte an der Gestaltung wichtiger Themen in Verbindung mit der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen? Beschreiben Sie bitte kurz die Art der Beteiligung von privaten oder öffentlichen Interessengruppen (neben Gesetzgeber und Regierung), die eine besonders positive Rolle in Ihrem Land spielen. Berücksichtigen Sie dabei insbesondere die Rolle von:
 - nationalen Gleichstellungsstellen
 - Sozialpartnern (z. B. Kollektivverträge)
 - NGO/Zivilgesellschaften
 - Verbraucherschutzstellen.

Rechtsbehelfe

16. Gibt es besondere Rechtsbehelfe bei einer Verletzung der Richtlinie 2004/113/EG?
17. Sind diese Rechtsbehelfe Ihrer Ansicht nach
 - hilfreich für die „Opfer“ und/oder
 - wirksame Abschreckungsmittel in Bezug auf die „Täter“ (siehe Artikel 8)?

Bewusstsein bezüglich der Rechte und Zugang zu Informationen

18. Expertinnen und Experten kennen gegebenenfalls Studien, die sich mit einigen der folgenden Punkte befassen (nicht unbedingt nur solche, die auf gesetzlich vorgeschriebenen Berichten beruhen):
 - Gibt es Untersuchungen darüber, ob Personen ihre Rechte auf der Grundlage von Richtlinie 2004/113/EG kennen oder nicht kennen? Fassen Sie die Ergebnisse und Referenzen bitte kurz zusammen.
 - Was unternimmt der Staat, wenn überhaupt, um alle relevanten Interessengruppen angemessen über ihre Rechte zu informieren?
 - Gibt es Belege dafür, dass einige Frauen mit Blick auf diese Rechte besonders benachteiligt sind? (Für die Antworten können Frauen von ethnischen Minderheiten, mit wirtschaftlich schwachem Hintergrund, mit Behinderungen oder Frauen in prekären oder atypischen Beschäftigungsverhältnissen berücksichtigt werden.)

Einschlägige nationale Literatur

19. Geben Sie die einschlägige Fachliteratur in diesem Bereich an, einschließlich Forschung über Umstände und Kausalketten bzw. Wirkungszusammenhänge, die zu mittelbarer Diskriminierung führen können.

Bewährte Verfahren

20. Kennen Sie besonders bewährte Verfahren, die von anderen privaten oder öffentlichen Interessengruppen eingeführt wurden und die in diesem Bereich von Interesse sein könnten?

Die Richtlinie 2004/113/EG ist Teil des Antidiskriminierungsrechts der EU. In ihr sind Mindestvorschriften mit dem Ziel festgelegt, die Gleichstellung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sicherzustellen. Die Umsetzung in den Mitgliedstaaten der EU wird in dieser Studie kritisch bewertet. Die Studie enthält das Fazit, dass ein besonderes Augenmerk auf den Begriff der „mittelbaren Diskriminierung“ beispielsweise im Gesundheitswesen oder in Bezug auf die sich schnell entwickelnde kollaborative Wirtschaft gelegt werden muss.

Um die Gleichstellung der Geschlechter beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen zu erreichen, ist es aufgrund multipler Wirkungszusammenhänge erforderlich, dass diese Richtlinie im Einklang mit anderen Gesetzen zur Gleichstellung der Geschlechter, Antidiskriminierung, Barrierefreiheit und Verbraucherschutz umgesetzt wird.

Die Bewertung der europäischen Umsetzung unterstützt den Umsetzungsbericht des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter des Europäischen Parlaments zu diesem Thema.

Herausgeber dieser Publikation ist das Referat Ex-post-Folgenabschätzungen

EPRS | Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments

Europäisches Parlament

Die Verantwortung für den Inhalt liegt ausschließlich beim Verfasser dieses Dokuments; eventuelle Meinungsäußerungen entsprechen nicht unbedingt dem Standpunkt des Europäischen Parlaments. Das Dokument richtet sich an die Mitglieder und Mitarbeiter des Europäischen Parlaments und ist für deren parlamentarische Arbeit bestimmt.



PE 593.787

ISBN 978-92-846-0751-8

doi:10.2861/316192

QA-06-16-353-DE-N