Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 12. januar 2012[1]

Sag C-415/10

Galina Meister
mod
Speech Design Carrier Systems GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesarbeitsgericht (Tyskland))

»Socialpolitik — ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv — bevisbyrde — ret for en person, hvis ansøgning til en stilling i en privat virksomhed er blevet afslået, til at få alle oplysningerne vedrørende udvælgelsesproceduren med henblik på at kunne bevise en eventuel forskelsbehandling — faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der foreligger forskelsbehandling — retsvirkninger forbundet med manglende oplysninger fra arbejdsgiverens side«

1. Bevis for forskelsbehandling har ry for at være særlig vanskeligt at føre. Denne konstatering gør sig i endnu højere grad gældende i forbindelse med ansættelser. I bevidstheden om denne udfordring har EU-lovgiver vedtaget foranstaltninger, der har til formål at lette opgaven for ansøgere, når de hævder at være udsat for forskelsbehandling navnlig på grund af køn, alder og oprindelse. Lovgiver har således muliggjort en regulering af bevisbyrden, uden dog at gå så langt som til at fastslå en fuldstændig omvending, eftersom der nemlig ikke kan ses fuldstændig bort fra den frihed, en arbejdsgiver traditionelt har til at ansætte dem, han ønsker.

2. Den foreliggende præjudicielle anmodning, som hidrører fra Tyskland, stiller i dag Domstolen over for det vanskelige spørgsmål om, hvordan en stillingsansøger kan gøre princippet om ligebehandling gældende, når hans stillingsansøgning er blevet afslået af arbejdsgiveren, uden at denne har givet den mindste begrundelse for afslaget eller den mindste oplysning om udvælgelsesproceduren og dens udfald.

I – Retsforskrifter

A – *EU-retlige bestemmelser*

3. Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse[2] har til formål at bekæmpe forskelsbehandling på grund af race og etnisk oprindelse.

4. Artikel 8 i direktiv 2000/43 omhandler bevisbyrde. Den anfører i stk. 1, at »[m]edlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retsorden alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at det, når en person, der mener sig krænket, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat«.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 180, s. 22.

5. Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv[3] har til formål, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

6. Artikel 10 i direktiv 2000/78 omhandler bevisbyrde. Den gengiver ordret i stk. 1 indholdet af artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43.

7. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv[4] fastslår i artikel 19, stk. 1, der omhandler bevisbyrde, at »[m]edlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retssystemer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at når personer, der betragter sig som krænket, fordi ligebehandlingsprincippet ikke er anvendt over for dem, for en domstol eller en anden kompetent myndighed påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket«.

B – *Tyske bestemmelser*

8. Den almindelige ligebehandlingslov (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, herefter »AGG«) har i henhold til § 1 til formål at forhindre, at arbejdstagere udsættes for forskelsbehandling på grund af race eller etnisk oprindelse, køn, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Som arbejdstagere i denne lovs forstand betragtes udtrykkeligt alle stillingsansøgere[5]. AGG's § 22 fastsætter vedrørende bevisbyrde, at »[h]vis den ene part i en tvist fremlægger indicier, der giver formodning om, at der er sket en forskelsbehandling på grundlag af en af de i § 1 nævnte grunde, bærer den anden part bevisbyrden for, at der ikke er sket nogen tilsidesættelse af bestemmelserne til beskyttelse mod forskelsbehandling«.

II – Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9. Galina Meister er født i 1961 og er af russisk oprindelse. Hun er indehaver af et russisk uddannelsesbevis som systemteknikingeniør, som af delstaten Schleswig-Holstein er anerkendt som tilsvarende et bevis udstedt i Tyskland af et teknisk universitet (»Fachhochschule«).

10. Speech Design Carrier Systems GmbH (herefter »selskabet Speech Design«) søgte i 2006 ved en stillingsannonce i pressen »en erfaren softwareudvikler m/k«. Den 5. oktober 2006 indsendte Galina Meister en ansøgning, og den 11. oktober 2006 meddelte selskabet Speech Design hende afslag på ansøgningen. Selskabet offentliggjorde kort tid efter et stillingsopslag med samme indhold på internettet. Galina Meister indsendte den 19. oktober 2006 igen en ansøgning om stillingen, men selskabet meddelte hende for anden gang afslag på hendes ansøgning uden at have indkaldt hende til samtale eller have givet nogen indikation vedrørende afslaget på hendes ansøgning.

11. Da Galina Meister mente, at hun var blevet forskelsbehandlet både på grund af køn, oprindelse og alder, anlagde hun en retssag og nedlagde på grundlag af AGG's § 15 påstand om en pengemæssig godtgørelse. Hun har desuden krævet, at selskabet Speech Design fremlægger oplysninger om den ansøger, som blev ansat på grundlag af stillingsoplaget med henblik på at belyse sagens faktiske omstændigheder.

3 — EFT L 303, s. 16.

4 — EUT L 204, s. 23.

5 — AGG's artikel 6.

12. Efter at have fastslået, at hun ikke havde fremført tilstrækkelige indicier i AGG's § 22's forstand, der gav anledning til at formode, at der var sket en forskelsbehandling, forkastede både første instans og appelretten Galina Meisters påstand om godtgørelse. Galina Meister iværksatte herefter en »revisionsanke« ved Bundesarbeitsgericht (Tyskland). Selskabet Speech Design har nedlagt påstand om frifindelse på grund af, at søgsmålet ikke var tilstrækkeligt underbygget til at formode, at der var tale om forskelsbehandling.

13. Den forelæggende ret anerkender, at sagsøgeren i hovedsagen helt åbenbart, som omhandlet i national ret, er blevet stillet ringere end andre personer i en tilsvarende situation, eftersom hun ikke blev indkaldt til samtale af arbejdsgiveren i modsætning til andre, der ligeledes havde svaret på selskabet Speech Designs stillingsopslag. Den bemærker imidlertid, at Galina Meister ikke har kunnet godtgøre, at hun er blevet udsat for ringere behandling på grund af sit køn, sin alder eller etniske oprindelse. Den forelæggende ret tilføjer, at ifølge tysk ret skal en person, der klager over forskelsbehandling, godtgøre de faktiske omstændigheder, fremlægge indicier, der opstiller en formodning om, at der er sket forskelsbehandling, og ikke blot fremføre påstande. Dette er bl.a. tilfældet, hvis man ud fra de fremførte faktiske omstændigheder objektivt set med overvejende sandsynlighed kan konkludere, at der er sket forskelsbehandling af en af de ovennævnte grunde.

14. I henhold til AGG's relevante bestemmelser, navnlig § 22, som gennemfører artikel 8 i direktiv 2000/43 og artikel 10 i direktiv 2000/78 i tysk ret, har den forelæggende ret anført, at en ansøger, der mener at være blevet forskelsbehandlet på grund af sit køn, sin alder og/eller etniske oprindelse, ikke opfylder sin pligt til at belyse sagen ved blot at fremføre, at han eller hun har ansøgt om stillingen, har fået afslag, og at han eller hun opfylder den i stillingsannoncen krævede profil, og herved blot gøre sit køn, sin alder eller oprindelse gældende. Galina Meister burde således fremføre yderligere omstændigheder, der med stor sandsynlighed vil kunne godtgøre grundene til forskelsbehandlingen, da det forhold, at hun ikke var blevet indkaldt til samtale, kan forklares ved mange andre faktorer. Hun er således i henhold til AGG's § 22 forpligtet til at gøre faktiske omstændigheder gældende. Galina Meister har imidlertid netop ikke kunnet opfylde dette krav på grund af arbejdsgiverens manglende oplysninger i forbindelse med afslaget på hendes ansøgninger. Af denne grund ønsker den forelæggende ret oplyst, om der af direktiv 2000/43, 2000/78 og 2006/54 følger en ret til oplysninger, som gør det muligt for en stillingsansøger, der har fået afslag, at kræve, at arbejdsgiveren meddeler, hvem han har ansat og af hvilke grunde.

15. Bundesarbeitsgericht har besluttet at udsætte sagen, idet den står over for en vanskelighed ved fortolkningen af EU-retten, og har ved en afgørelse, der er indgået til Domstolens Justitskontor den 20. august 2010, forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 267 TEUF:

»1) Skal artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54[…] og artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43[…] og artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78[…] fortolkes således, at en arbejdstager, som godtgør, at han opfylder betingelserne for en af en arbejdsgiver opslået stilling – i tilfælde af, at han eller hun får afslag på sin ansøgning – skal kunne kræve af arbejdsgiveren at få oplyst, om denne har besat stillingen til anden side, og i så fald på grundlag af hvilke kriterier denne stilling blev besat?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende:

Er den omstændighed, at arbejdsgiveren ikke meddeler de krævede oplysninger, et forhold, som indebærer en formodning om, at der foreligger en forskelsbehandling som påstået af arbejdstageren?«

III – Retsforhandlingerne ved Domstolen

16. Sagsøgeren i hovedsagen, selskabet Speech Design, den tyske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

17. Under retsmødet, som blev afholdt den 30. november 2011, afgav sagsøgeren i hovedsagen, den græske regering og Europa-Kommissionen mundtlige indlæg.

IV – Retlig bedømmelse

A – *Det første præjudicielle spørgsmål*

18. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en stillingsansøger, som godtgør, at han eller hun opfylder den i stillingsannoncen krævede profil, skal kunne kræve, at arbejdsgiveren – når den pågældende ansøger har fået afslag på sin ansøgning uden at være indkaldt til samtale – giver ham eller hende oplysninger om den endelige ansættelsesbeslutning og navnlig på grundlag af hvilke kriterier.

19. Da sagsøgeren i hovedsagen hævder at have været udsat for forskelsbehandling på grund af sit køn, sin alder eller oprindelse, omhandler det første spørgsmål de relevante bestemmelser i direktiv 2000/43, 2000/78 og 2006/54[6], hvis anvendelsesområde omfatter vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse[7]. Artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54 har næsten samme ordlyd og indebærer, at forskelsbehandling omfattes af samme retlige regulering med hensyn til bevisbyrden.

20. Det skal ligeledes bemærkes, at disse artikler har næsten samme ordlyd[8], eller samme ordlyd[9] som artikel 4, stk. 1, i direktiv 97/80. Domstolen har allerede skullet tage stilling til fortolkningen af den sidstnævnte artikel i Kelly-dommen[10]. I den sag havde Patrick Kelly ansøgt om at blive optaget på en mastergraduddannelse, som blev udbudt af et irsk universitet. Hans ansøgning blev ikke imødekommet. Patrick Kelly hævdede at have været udsat for en ifølge artikel 4, stk. 1, i direktiv 97/80 forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn og krævede, at universitetet udleverede kopier af de ansøgninger, der var bevaret, de dokumenter, som var vedhæftet de nævnte ansøgninger, og pointangivelserne for de andre ansøgere. Domstolen fastslog, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 97/80 »skal fortolkes således, at den ikke giver en ansøger til en erhvervsuddannelse, der mener, at han eller hun er blevet nægtet adgang til erhvervsuddannelsen, fordi ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, ret til oplysninger, som uddannelsesudbyderen er i besiddelse af om de øvrige ansøgere til den pågældende uddannelses kvalifikationer, således at ansøgeren kan fremføre »faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling« i henhold til denne bestemmelse«[11].

21. Det må konstateres, at intet i ordlyden eller ånden i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54 giver anledning til at ændre denne afgørelse. Deres ordlyd henviser nemlig på intet tidspunkt udtrykkeligt til en ret til adgang til oplysninger, som den person, der er »mistænkt« for at have forskelsbehandlet, er i besiddelse af. De involverede parter, der har indgivet skriftlige indlæg, har for størstedelens vedkommende påpeget, at uanset at Kommissionen har fremsat forslag om at fastslå en ret til oplysninger for personer, der har

6 — Hvad anvendelsen af det sidstnævnte direktiv angår udspillede de faktiske omstændigheder i hovedsagen sig ganske vist, mens Rådets direktiv 97/80/EF af 15.12.1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (EFT 1998 L 14, s. 6) var gældende. Direktiv 2006/54 erstattede direktiv 97/80 i løbet af proceduren i hovedsagen. Direktiv 2006/54 indebar imidlertid ingen ændring med hensyn til bevisbyrden.

7 — Jf. artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/43, artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 samt artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 14, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/54.

8 — Affattelsen af artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43 og artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 adskiller sig kun fra artikel 4 i direktiv 97/80 ved placeringen af udtrykket »i overensstemmelse med deres nationale retsorden«.

9 — Artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54.

10 — Dom af 21.7.2011, sag C-104/10, Sml. I, s. 6813.

11 — Kelly-dommen, præmis 38.

været udsat for forskelsbehandling [12], blev dette forslag aldrig optaget i de endelige tekster. Under disse betingelser bør manglen på udtrykkelig henvisning til en ret til oplysninger i de ovennævnte bestemmelser ikke fortolkes som en forglemmelse fra lovgivers side, men derimod som en tilkendegivelse af lovgivers vilje til ikke at fastslå en sådan ret.

22. Det fremgår ligeledes af opbygningen af de nævnte bestemmelser, at lovgiver klart har valgt en løsning, der opretholder en ligevægt mellem den person, der har været udsat for forskelsbehandling, og arbejdsgiveren, når det er sidstnævnte, der er ophavsmand til forskelsbehandlingen. Der er i de tre direktiver nemlig hvad angår bevisbyrde valgt en fremgangsmåde, der letter bevisbyrden uden at ophæve den. Med andre ord, således som Domstolen allerede har anført i Kelly-dommen [13], består fremgangsmåden af to trin. Først skal den forskelsbehandlede i tilstrækkelig grad fremføre faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Han eller hun skal med andre ord godtgøre en tilsyneladende forskelsbehandling. Når denne formodning består, er den umiddelbare følge heraf, at bevisbyrden flyttes over på den sagsøgte. Centralt i de af det første præjudicielle spørgsmål omhandlede artikler er der således en bevis*byrde*, der, selv om den er lettet, ikke desto mindre faktisk påhviler den forskelsbehandlede. En vis ligevægt er således bevaret, hvilket giver den forskelsbehandlede mulighed for at gøre sin ret til ligebehandling gældende og den indklagede mulighed for ikke at blive sagsøgt alene på grundlag af den forskelsbehandledes påstande.

23. Den manglende ligevægt mellem den person, der påstår at have været udsat for forskelsbehandling, og den sagsøgte ville ikke være den eneste risiko, hvis der blev anerkendt en ret for den forskelsbehandlede til oplysninger [14]. I så fald ville der nemlig ligeledes opstå et spørgsmål om rettighederne for tredjemand, der eventuelt er nævnt i de fremlagte dokumenter eller oplysninger [15].

24. Af alle de ovenstående grunde foreslår jeg, at det første spørgsmål besvares således, at hverken artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78, eller artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54 skal fortolkes således, at en stillingsansøger – i tilfælde af, at han eller hun får afslag på sin ansøgning – skal kunne kræve, at arbejdsgiveren oplyser om og i givet fald på grundlag af hvilke kriterier denne har besat stillingen til anden side, heller ikke selv om denne ansøger kan godtgøre, at han eller hun opfylder betingelserne i stillingsopslaget, der blev offentliggjort af arbejdsgiveren.

B – *Det andet præjudicielle spørgsmål*

1. Indledende bemærkninger

25. Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at de stillede spørgsmål er affattet således, at Domstolen kun anmodes om at besvare det andet spørgsmål, såfremt det første besvares bekræftende. Som jeg netop har forklaret, foreslår jeg imidlertid, at Domstolen besvarer det første spørgsmål benægtende.

12 — Jf. artikel 4, litra b), i forslag til Rådets direktiv om bevisbyrden i forbindelse med ligeløn og ligebehandling for kvinder og mænd [KOM(88) 269 endelig udg.] fremsat af Kommissionen den 27.5.1988 (EFT C 176, s. 5). Dette forslag blev trukket tilbage af Kommissionen i 1998 (EFT 1998 C 40, s. 7).

13 — Præmis 30.

14 — Det bemærkes, at lovgiver har anerkendt, at denne ligevægt kan tippes, men kun til fordel for sagsøgerne, eftersom disse tre direktiver bemyndiger medlemsstaterne til at indføre regler for bevisførelse, der er gunstigere for klageren (jf. artikel 8, stk. 2, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 2, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 2, i direktiv 2006/54). Denne adgang til at tippe ligevægten er imidlertid underlagt medlemsstaternes vilje. Det fremgår af sagsakterne, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har indført gunstigere regler for bevisførelse for klagerne, da den omsatte de tre berørte direktiver i den foreliggende præjudicielle anmodning.

15 — Domstolen har i øvrigt anerkendt, at for så vidt som en ansøger til en erhvervsuddannelse påberåber sig direktiv 97/80 med henblik på at indhente oplysninger, som uddannelsesudbyderen er i besiddelse af, om de øvrige ansøgere til den pågældende uddannelseskvalifikationer, kan denne rettighed påvirkes af de EU-retlige bestemmelser om fortrolighed (jf. Kelly-dommen, præmis 56).

26. Hvis Domstolen imidlertid skulle holde sig strengt til spørgsmålenes ordlyd, ville følgerne heraf være, at Galina Meister ikke kunne påberåbe sig en ret til oplysninger på grundlag af de tre direktiver, som er genstand for den foreliggende præjudicielle anmodning. Uden adgang til de oplysninger, som kun arbejdsgiveren er i besiddelse af, vil hun ikke kunne forelægge den forelæggende ret de faktiske omstændigheder, der kan danne grundlag for en formodning om, at der er sket forskelsbehandling, og hun vil i øvrigt aldrig kunne gøre det, idet hun ikke har nogen ret til oplysninger. Hvis Domstolen ikke fører sin vurdering til ende, ville den effektive virkning af de direktiver, der bekæmper forskelsbehandling i forbindelse med en ansættelsesprocedure, risikere at blive reduceret til nul.

27. Det kunne imidlertid indvendes, at det udelukkende tilkommer de nationale retter at vurdere, om en af en forskelsbehandlet person fremført faktisk omstændighed er tilstrækkelig til at danne grundlag for en formodning om, at der er udøvet forskelsbehandling [16]. Jeg vil imidlertid bemærke, at Domstolen imidlertid tidligere har foretaget en sådan vurdering [17], og at den forelæggende ret i det foreliggende tilfælde udtrykkeligt har anmodet Domstolen om at tage stilling til, om arbejdsgiverens tavshed udgør et forhold, som gør det muligt at fastslå en formodning om, at der foreligger en forskelsbehandling som påstået af ansøgeren. Det fremgår i øvrigt af den ånd, der ligger til grund for den præjudicielle procedure, at Domstolen skal give den nationale ret, der forelægger en anmodning for den, alle nødvendige oplysninger med henblik på, at denne kan træffe afgørelse i tvisten i hovedsagen, og at Domstolen ligeledes har »kompetence til på grundlag af det i hovedsagen oplyste samt de for Domstolen indgivne skriftlige og mundtlige indlæg at vejlede den nationale ret på en sådan måde, at denne kan træffe afgørelse i den konkrete retstvist« [18].

28. Det er netop på grund af denne samarbejdsånd, som Domstolen skal udvise i forhold til den nationale ret, at jeg foreslår, at det andet spørgsmål omformuleres, således at det skal afgøres, om den omstændighed, at arbejdsgiveren ikke meddeler stillingsansøgeren de krævede oplysninger under alle omstændigheder skal anses for irrelevant, når det drejer sig om formodningen om, at der er udøvet forskelsbehandling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54.

29. Jeg foreslår således, at Domstolen går videre med overvejelserne over de retsvirkninger, der er forbundet med arbejdsgiverens tavshed i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende.

2. Stillingtagen

30. Med det andet spørgsmål anmodes Domstolen således om at tage stilling til, hvilken fremgangsmåde den forelæggende ret skal følge for – i forhold til de tre direktiver, der er genstand for den foreliggende præjudicielle anmodning – at vurdere holdningen hos en arbejdsgiver, som ikke reagerer på en stillingsansøgers krav om oplysninger. Domstolen afslog i Kelly-dommen i denne henseende at fastslå en ret til oplysninger, men anførte ikke desto mindre, at »det […] imidlertid ikke [kan] udelukkes, at [arbejdsgiverens] afslag på at afgive sådanne oplysninger, som er relevante for fremlæggelse af [faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling], kan være medvirkende til, at formålet [med direktiverne om ligebehandling] ikke kan opfyldes« [19] og navnlig fratage deres bestemmelser om bevisbyrden deres effektive virkning.

16 — Jf. 15. betragtning til direktiv 2000/43, 15. betragtning til direktiv 2000/78 og 30. betragtning til direktiv 2006/54. Jf. ligeledes dom af 26.6.2001, sag C-381/99, Brunnhofer, Sml. I, s. 4961, præmis 49.

17 — Jf. bl.a. om spørgsmålet om, hvorvidt offentlige erklæringer, hvori en arbejdsgiver giver udtryk for, at han ikke vil ansætte medarbejdere, der har en bestemt etnisk eller racemæssig oprindelse, udgør faktiske omstændigheder i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, dom af 10.7.2008, sag C-54/07, Feryn, Sml. I, s. 5187, præmis 30 og 34.

18 — Dom af 14.7.2011, sag C-464/10, Henfling m.fl., Sml. I, s. 6219, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

19 — Præmis 39.

31. Med denne afgørelse har Domstolen utvetydigt fastslået, at vurderingen af arbejdsgiverens holdning ud fra et metodologisk synspunkt ikke skal begrænses til blot at tage hensyn til den manglende reaktion fra hans side, men at sætte dette ind i en bredere faktuel kontekst, hvori den indgår. I forbindelse med den foreliggende præjudicielle anmodning er Domstolen netop blevet anmodet om at hjælpe den forelæggende ret med at træffe afgørelse om, hvilke typer faktorer der kan tages hensyn til, for at foretage den krævede vurdering i den konkrete sag.

32. Den forelæggende ret kan i denne henseende ikke se bort fra, at arbejdsgiveren med sit afslag på at meddele de krævede oplysninger med en ikke ubetydelig sandsynlighed kan gøre sine beslutninger uangribelige. Arbejdsgiveren beholder med andre ord således vigtige oplysninger, som i sidste instans er afgørende for, om søgsmålet er begrundet, for sig selv og bevarer således muligheden for at vinde en sag, der anlægges af en ansøger, der har fået afslag. I en ansættelsessammenhæng skal der ligeledes tages hensyn til, at ansøgerens stilling – der nødvendigvis er uden for den ansættende virksomhed – gør det endnu vanskeligere at få adgang til indicier eller faktiske oplysninger, der kan danne grundlag for en formodning om, at der er udøvet forskelsbehandling, end når det drejer sig om at påvise, at en arbejdsgiver indfører en række diskriminerende foranstaltninger hvad f.eks. angår de ansattes lønvilkår[20]. Stillingsansøgeren er derfor normalt fuldstændig afhængig af arbejdsgiverens gode vilje med hensyn til indhentning af oplysninger, som kan indeholde faktiske omstændigheder, der kan danne grundlag for en formodning om, at der er sket forskelsbehandling, hvilke oplysninger imidlertid er nødvendige for at nyde godt af den lettede bevisbyrde, og han eller hun kan have reelle objektive vanskeligheder med at indhente oplysningerne. Jeg bemærker i denne henseende, at jeg ikke finder de løsninger, som den tyske regering foreslog under retsmødet, for at den nævnte ansøger på eget initiativ fremskaffer oplysningerne, særlig overbevisende. Det ville således være højst hypotetisk at kræve af ansøgeren, at han eller hun kontakter arbejdsgiverens virksomhedsudvalg direkte, eller at han eller hun på ansættelsestidspunktet begiver sig hen på arbejdsstedet for pr. »kategori« at registrere de tilstedeværende ansatte, og det ville i sidste instans ikke være særlig fornuftigt, for så vidt som ikke alle arbejdsgivere har et virksomhedsudvalg, og idet alle de omstændigheder, der kan udgøre grundlaget for en af årsagerne til forskelsbehandling, ikke nødvendigvis kan identificeres alene ved iagttagelse.

33. Såfremt en stillingsansøger således er fuldstændig afhængig af arbejdsgiverens gode vilje med hensyn til indhentning af oplysninger, som kan indeholde faktiske omstændigheder, der kan danne grundlag for en formodning om, at der er udøvet forskelsbehandling, kan ligevægten mellem arbejdsgiverens frihed og stillingsansøgerens rettigheder, som EU-lovgiver har tillagt væsentlig betydning, være tippet.

34. I en sådan situation bør de nationale retter – for at genoprette ligevægten – generelt stille mindre høje krav end dem, der kræves opfyldt for at fastslå tilstedeværelsen af en høj grad af sandsynlighed, således som det nævnes i forelæggelsesafgørelsen, i relation til vurderingen af de faktiske omstændigheder, som kan danne grundlag for en formodning om, at der er udøvet forskelsbehandling som omhandlet i de tre direktiver, navnlig for at de rettigheder, som EU-retten tillægger borgerne, kan sikres effektivt, og for at de kan få en effektiv retsbeskyttelse. Et afslag på at udlevere oplysninger fra arbejdsgiverens side kan nemlig i den konkrete situation være medvirkende til, at formålet med de nævnte direktiver[21], som består i en effektiv gennemførelse af princippet om ligebehandling, ikke kan opfyldes.

35. Med henblik på den vurdering, der skal foretages, og for at følge den i Kelly-dommen foreslåede fremgangsmåde må den forelæggende ret ikke se bort fra vigtige faktorer, som i den foreliggende sag består i den omstændighed, at det fremgår af sagsakterne, at arbejdsgiveren ikke har bestridt, at ansøgerens kvalifikationer var i overensstemmelse med den stilling, der skal besættes, selv om denne

20 — Selv i et sådant tilfælde kan det være vanskeligt at føre bevis for forskelsbehandling. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at såfremt en virksomhed anvender et lønfastsættelsessystem, som er kendetegnet ved at være helt uigennemskueligt, og som derfor gør klagerens opgave vanskeligere, har arbejdsgiveren bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er udtryk for forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af et forholdsvis omfattende personmateriale godtgør, at gennemsnitslønnen for kvindelige arbejdstagere er lavere end for mandlige (jf. blandt righoldig retspraksis Brunnhofer-dommen, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

21 — Jf. analogt Kelly-dommen, præmis 34.

ikke har ønsket at indkalde Galina Meister til en ansættelsessamtale, på trods af, at virksomheden har indkaldt andre ansøgere til en sådan samtale, og i den omstændighed, at ansøgeren reagerede på et stillingsudbud og ikke ansøgte uopfordret. For at være helt tydelig skal en arbejdsgivers manglende reaktion på en stillingsansøgers krav om oplysninger vurderes anderledes i forhold til artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54, såfremt ansøgeren åbenbart ikke svarer til den krævede profil, er blevet indkaldt til en ansættelsessamtale eller uopfordret har ansøgt stillingen.

36. Der kan også tages hensyn til en tredje faktor. Anmodningen om præjudiciel afgørelse henviser for det første til, at sagsøgte i hovedsagen afslog sagsøgerens ansøgning ved skrivelse af 11. oktober 2006, og for det andet, at sagsøgeren, efter at sagsøgte på internettet igen havde indrykket et stillingsopslag med samme ordlyd, den 19. oktober 2006 igen indsendte en ansøgning om stillingen, som atter blev afslået, uden at hun blev indkaldt til samtale. Repræsentanten for sagsøgte i hovedsagen kunne på et spørgsmål stillet under retsmødet om grunden til indrykningen af det andet stillingsopslag ikke konkret redegøre for kronologien i ansættelsesproceduren. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om indrykningen af det andet stillingsopslag skyldes, at arbejdsgiveren ikke havde fundet de ansøgere, der var indkaldt til samtale efter det første stillingsopslag, tilfredsstillende, og om virksomheden til trods for dette igen afslog ansøgningen uden at indkalde ansøgeren til en samtale, selv om den ikke har bestridt, at hendes kvalifikationer var i overensstemmelse med den pågældende stilling.

37. I tråd med den foreslåede fremgangsmåde i Kelly-dommen foreslår jeg, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål således, at i henhold til artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54 skal den forelæggende ret vurdere en arbejdsgivers holdning bestående i afslag på at udlevere de oplysninger, der kræves af en stillingsansøger, som har fået afslag på sin ansøgning, og som vedrører resultatet af ansættelsesproceduren og arbejdsgiverens kriterier for ansættelse af en af ansøgerne til den omhandlede stilling, idet retten ikke skal begrænse sig til blot at tage hensyn til den manglende reaktion fra arbejdsgiverens side, men derimod sætte denne ind i den bredere faktuelle kontekst, hvori den indgår. I denne henseende kan den forelæggende ret tage hensyn til faktorer, såsom at stillingsansøgerens kvalifikationer åbenbart var i overensstemmelse med stillingen, at han eller hun ikke blev indkaldt til samtale, og at arbejdsgiveren eventuelt på ny undlod at indkalde samme ansøger til samtale, i det tilfælde, hvor arbejdsgiveren gennemførte en anden ansættelsesrunde til samme stilling.

V – Forslag til afgørelse

38. På baggrund af alle ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Bundesarbeitsgericht forelagte to præjudicielle spørgsmål således:

»1) Hverken artikel 8, stk. 1, i Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse, artikel 10, stk. 1, i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv eller artikel 19, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv skal fortolkes således, at en stillingsansøger – i tilfælde af, at han eller hun får afslag på sin ansøgning – skal kunne kræve, at arbejdsgiveren oplyser, om og i givet fald på grundlag af hvilke kriterier denne har besat stillingen til anden side, heller ikke selv om denne ansøger kan godtgøre, at han eller hun opfylder betingelserne i stillingsopslaget, der blev offentliggjort af arbejdsgiveren.

2) I henhold til artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43, artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 og artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54, skal den forelæggende ret vurdere en arbejdsgivers holdning bestående i afslag på at udlevere de oplysninger, der kræves af en stillingsansøger, som har fået afslag på sin ansøgning, og som vedrører resultatet af ansættelsesproceduren og arbejdsgiverens kriterier for

ansættelse af en af ansøgerne til den omhandlede stilling, idet retten ikke skal begrænse sig til blot at tage hensyn til den manglende reaktion fra arbejdsgiverens side, men derimod sætte denne ind i den bredere faktuelle kontekst, hvori den indgår. I denne henseende kan den forelæggende ret tage hensyn til faktorer, såsom at stillingsansøgerens kvalifikationer åbenbart var i overensstemmelse med stillingen, at han eller hun ikke blev indkaldt til samtale, og at arbejdsgiveren eventuelt på ny undlod at indkalde samme ansøger til samtale, i det tilfælde, hvor arbejdsgiveren gennemførte en anden ansættelsesrunde til samme stilling.«