Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 12 januari 2012 [1]

Mål C-415/10

Galina Meister
mot
Speech Design Carrier Systems GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Bundesarbeitsgericht (Förbundsrepubliken Tyskland))

”Socialpolitik — Likabehandling i arbetslivet — Bevisbörda — Rätt för den som har sökt en anställning i ett privat företag men inte blivit anställd att erhålla samtliga upplysningar om urvalsförfarandet för att kunna styrka att diskriminering eventuellt ägt rum — Fakta som ger anledning att anta att diskriminering föreligger — Rättsföljd av att arbetsgivaren inte lämnar upplysningar”

1. Bevisning för diskriminering har rykte om sig att vara särskilt svår att förebringa. Detta konstaterande gäller så mycket mer i fråga om diskriminering vid anställning. Unionslagstiftaren har varit medveten om denna svårighet och har beslutat om åtgärder för att underlätta för dem som ansöker när dessa anser sig ha diskriminerats, bland annat när det är fråga om diskriminering på grund av kön, ålder och ursprung. Lagstiftaren har således möjliggjort en omfördelning av bevisbördan, utan att för den skull föreskriva att bevisbördan ska vara omvänd. Det är nämligen inte möjligt att helt bortse från att det traditionellt står arbetsgivaren fritt att besluta vem han vill anställa.

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande, som kommer från Tyskland, ställer domstolen inför den knepiga frågan hur en arbetssökande kan göra gällande principen om likabehandling när den arbetssökandes platsansökan inte har lett till anställning och arbetsgivaren inte anger några skäl för detta och inte lämnar några upplysningar om urvalsförfarandet och eller utgången av det.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

3. Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung [2] syftar till bekämpning av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung.

4. Artikel 8 i direktiv 2000/43 avser bevisbördan. I artikel 8.1 anges att ”[m]edlemsstaterna skall, i enlighet med sina nationella rättssystem, vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer, som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem,

1 — Originalspråk: franska.
2 — EGT L 180, s. 22.

inför domstol eller annan behörig myndighet lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling”.

5. Syftet med rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet [3] är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling ska kunna genomföras i medlemsstaterna.

6. Artikel 10 i direktiv 2000/78 avser bevisbördan. I artikel 10.1 återges ordagrant innehållet i artikel 8.1 i direktiv 2000/43.

7. Artikel 19 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet [4] avser bevisbördan. I artikel 19.1 föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att se till att svaranden är skyldig att bevisa att det inte föreligger något brott mot likabehandlingsprincipen när personer, som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig myndighet lägger fram sådana fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering”.

B – *Tysk rätt*

8. Den allmänna lagen om likabehandling (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) (nedan kallad AGG) syftar enligt artikel 1 i denna lag till att förhindra att arbetstagare diskrimineras, oavsett om det är fråga om diskriminering på grund av ras, etniskt ursprung, kön, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller könsidentitet. I den mening som avses i denna lag anses arbetssökande uttryckligen vara arbetstagare. [5] I 22 § AGG föreskrivs i fråga om bevisbördan att ”[o]m en part i en tvist lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering på grund av någon av grunderna i 1 §, åligger det den andra parten att bevisa att det inte föreligger något brott mot förbudet mot diskriminering”.

II – Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

9. Galina Meister är född år 1961 och har ryskt ursprung. Hon har en rysk systemvetarexamen, och delstaten Schleswig-Holstein har förklarat att denna är likvärdig med en examen vid en teknisk högskola (Fachhoschule) i Tyskland.

10. Speech Design Carrier Systems GmbH (nedan kallat Speech Design) sökte år 2006 en ”erfaren manlig/kvinnlig softwareutvecklare” i en tidningsannons. Galina Meister sökte denna plats den 5 oktober 2006, och Speech Design avslog hennes ansökan genom skrivelse av den 11 oktober 2006. Kort tid därefter publicerade detta företag en annons med liknande innehåll på internet. Galina Meister sökte på nytt denna plats den 19 oktober 2006, och Speech Design avslog hennes ansökan ytterligare en gång, utan att ha kallat henne till anställningsintervju och utan att ha lämnat henne något meddelande om skälet till avslaget på hennes platsansökan.

11. Galina Meister antog att hon diskriminerats på grund av sitt kön, sitt ursprung och sin ålder. Hon väckte talan och yrkade ekonomisk ersättning med stöd av 15 § AGG. Hon yrkade vidare att Speech Design, för att klargöra omständigheterna, skulle ge in ansökningshandlingarna för den sökande som hade anställts med anledning av annonsen.

3 — EGT L 303, s. 16.

4 — EUT L 204, s. 23.

5 — 6 § AGG.

12. Domstolarna i första och andra instans ansåg att Galina Meister inte hade lagt fram tillräckliga fakta, i den mening som avses i 22 § AGG, som gav anledning att anta att diskriminering förekommit. Båda domstolarna ogillade Galina Meisters yrkande om ersättning. Galina Meister överklagade målet till Bundesarbeitsgericht (Tyskland). Speech Design yrkade att överklagandet skulle ogillas, eftersom det saknade tillräckligt stöd. Klaganden hade nämligen inte lagt fram tillräckliga fakta för att ge anledning att anta att diskriminering förekommit.

13. Den hänskjutande domstolen har för sin del medgett att det är uppenbart att klaganden behandlades på ett mer ogynnsamt sätt, i den mening som avses i den nationella lagstiftningen, än andra personer i en motsvarande situation, eftersom Galina Meister, i motsats till andra personer som sökte arbete hos Speech Design, inte kallades till anställningsintervju av arbetsgivaren. Den hänskjutande domstolen har emellertid anmärkt att Galina Meister inte har förmått styrka att denna mindre gynnsamma behandling berodde på hennes kön, ålder eller etniska ursprung. Denna domstol har emellertid tillagt att det enligt tysk rätt fordras att en kärande i en talan om diskriminering ska styrka omständigheterna, lägga fram fakta som ger anledning att anta att diskriminering förekommit och inte begränsar sig till att anföra påståenden. Detta gäller bland annat när de fakta som åberopats gör det möjligt att med mycket stor sannolikhet objektivt dra slutsatsen att diskrimineringen har sin grund i ett av de ovannämnda skälen.

14. Med tillämpning av de relevanta bestämmelserna i AGG och särskilt 22 § i denna, som syftade till att införliva artikel 8 i direktiv 2000/43 och artikel 10 i direktiv 2000/78 med tysk rätt, har den hänskjutande domstolen anfört att en arbetssökande som anser sig diskriminerad på grund av sitt kön, sin ålder eller sitt etniska ursprung inte uppfyller skyldigheten att framlägga om han eller hon endast påstår sig ha sökt arbetet, inte har valts och motsvarar de kvalifikationer som söks, men endast åberopar sitt kön, sin ålder eller sitt ursprung. Galina Meister måste därför göra gällande andra omständigheter som gör det möjligt att med stor sannolikhet slå fast skälen till diskrimineringen. Det kan nämligen finnas många andra skäl till att hon inte kallades till anställningsintervju. Enligt 22 § AGG är hon således skyldig att göra gällande fakta. Den omständigheten att arbetsgivaren inte tillhandahöll några upplysningar när platsansökan avslogs ökar emellertid inte möjligheterna att uppfylla detta krav. Detta är skälet till att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida en rätt till information följer av direktiven 2000/43, 2000/78 och 2006/54, en rätt till information som gör det möjligt för en arbetssökande som inte anställts att fordra att arbetsgivaren uppger vem som anställdes och vad som avgjorde det valet.

15. Bundesarbeitsgericht ansåg att det förelåg en svårighet att tolka unionsrätten och beslutade därför att vilandeförklara målet och att genom beslut om hänskjutande, som inkom till domstolens kansli den 20 augusti 2010, ställa följande tolkningsfrågor till domstolen med stöd av artikel 267 FEUF:

”1)Ska artikel 19.1 i … direktiv 2006/54 …, artikel 8.1 i … direktiv 2000/43 … och artikel 10.1 i … direktiv 2000/78 … tolkas så, att en arbetstagare som gör troligt att han eller hon uppfyller kraven för en utlyst tjänst och som inte har valts har rätt att kräva att arbetsgivaren uppger huruvida denne har anställt en annan sökande och, om så är fallet, på vilka grunder detta har skett?

2)Om den första frågan besvaras jakande, [u]tgör den omständigheten att arbetsgivaren inte lämnar de upplysningar som har begärts fakta som ger anledning att anta att det har förekommit sådan diskriminering som har gjorts gällande av arbetstagaren?”

III – Förfarandet vid domstolen

16. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Speech Design, den tyska regeringen och Europeiska kommissionen har avgett yttranden till domstolen.

17. Vid förhandlingen, som hölls den 30 november 2011, har svaranden i målet vid den nationella domstolen, den tyska regeringen och kommissionen yttrat sig muntligen.

IV – Rättslig bedömning

A – *Den första tolkningsfrågan*

18. Genom den första frågan vill den hänskjutande domstolen få klarhet i om en sökande till en anställning som gör troligt att han eller hon motsvarar de kvalifikationer som söks i en annons som arbetsgivaren har publicerat, när hans eller hennes ansökan avslås utan att han eller hon har kallats till anställningsintervju, kan fordra att arbetsgivaren lämnar upplysningar om den rekrytering som har gjorts och om vilka kriterier som har styrt det valet.

19. Eftersom klaganden i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att hon har diskriminerats på grund av kön, ålder eller ursprung, avser den första tolkningsfrågan relevanta bestämmelser i direktiven 2000/43, 2000/78 och 2006/54,[6] vilkas tillämningsområde även omfattar tillträde till anställning.[7] Artiklarna 8.1 i direktiv 2000/43, 10.1 i direktiv 2000/78 och 19.1 i direktiv 2006/54 har nästan samma lydelse och innebär att diskriminering ska omfattas av samma rättsliga regelverk beträffande bevisbördan.

20. De ovannämnda artiklarna har nästan samma[8] eller samma[9] lydelse som artikel 4.1 i direktiv 97/80. Domstolen har emellertid uttalat sig om tolkningen av denna artikel i domen i målet Kelly.[10] I detta mål hade Patrick Kelly lämnat in en ansökan om att bli antagen till en masterutbildning i samhällsvetenskap som anordnades av ett irländskt universitet. Hans ansökan till kursen hade avslagits. Patrick Kelly gjorde gällande att han hade diskriminerats på grund av kön, vilket är förbjudet enligt artikel 4.1 i direktiv 97/80. Han yrkade att det ovannämnda universitetet skulle ge in kopior av ansökningshandlingar, handlingar som bifogats dessa handlingar och poängprotokollen för övriga sökande till utbildningen. Domstolen slog fast att den ovannämnda artikeln ”ska tolkas så, att den inte ger en sökande till en yrkesutbildning, som anser att han eller hon har nekats tillträde till yrkesutbildningen på grund av att principen om likabehandling inte har iakttagits, rätt att få information som innehas av den som håller i utbildningen om de kvalifikationer som de andra sökandena till den aktuella utbildningen har så att vederbörande kan lägga fram ’fakta som ger anledning att anta [att] det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering’ i enlighet med nämnda bestämmelse”.[11]

21. Varken lydelsen i artikel 8.1 i direktiv 2000/43, artikel 10.1 i direktiv 2000/78 eller artikel 19.1 i direktiv 2006/54 eller dessa bestämmelsers andemening kan föranleda någon annan bedömning. I dessa bestämmelser anges inte uttryckligen att det föreligger en rätt att få tillgång till de upplysningar som innehas av den som ”misstänks” för att ha diskriminerat. De flesta av de berörda parter som har ingett skriftliga yttranden har angett att trots att kommissionen lade fram ett förslag i syfte att ge dem

6 — Med anledning av att det sistnämnda direktivet åberopats, är det visserligen riktigt att omständigheterna i målet vid den nationella domstolen ägde rum medan rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6) var i kraft. Direktiv 97/80 har ersatts med direktiv 2006/54 under förfarandet vid den nationella domstolen. Direktiv 2006/54 har härvid inte medfört några ändringar beträffande bevisbördan.

7 — Se artikel 3.1 a i direktiv 2000/43, artikel 3.1 a i direktiv 2000/78 och artiklarna 1.2 a och 14.1 a i direktiv 2006/54.

8 — Lydelsen i artiklarna 8.1 i direktiv 2000/43 och 10.1 i direktiv 2000/78 skiljer sig från lydelsen i artikel 4 i direktiv 97/80 endast genom att lokutionen ”i enlighet med sina nationella rättssystem” placerats på annan plats i meningen[*]. [*Denna skillnad föreligger inte i den svenska språkversionen. Övers. anm.]

9 — Artikel 19.1 i direktiv 2006/54.

10 — Dom av den 21 juli 2011 i mål C-104/10 (REU 2011, s. I-6813).

11 — Domen i det ovannämnda målet Kelly, punkt 38.

som diskriminerats rätt till information,[12] bibehölls detta inte i de slutliga textversionerna. Under dessa förhållanden ska den omständigheten att de ovannämnda bestämmelserna inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till en rätt till information inte tolkas som ett förbiseende från lagstiftarens sida, utan tvärtemot som ett uttryck för att lagstiftaren inte har velat införa någon sådan rätt.

22. Det framgår dessutom av dessa bestämmelsers allmänna systematik att lagstiftaren har valt en lösning som innebär att jämvikten bibehålls mellan den som diskriminerats och arbetsgivaren, när denne är upphovet till diskrimineringen. I de tre direktiven har nämligen en mekanism valts som gör det möjligt att lätta, men inte undanröja, bevisbördan för den som diskriminerats. Såsom domstolen slog fast i domen målet Kelly,[13] fungerar den införda mekanismen i två steg. Först måste den som diskriminerats lägga fram fakta som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. Denne måste med andra ord visa att det föreligger ett *prima facie*-fall av diskriminering. När detta har visats ska bevisbördan flyttas över till svaranden. I de artiklar som avses i den första frågan anges verkligen en *bevisbörda* som visserligen lättats, men verkligen åligger den som diskriminerats. En viss jämvikt har således bibehållits som gör det möjligt för den som diskriminerats att göra gällande rätten till likabehandling, samtidigt som talan inte väcks endast på grundval av påståenden från den som diskriminerats.

23. Risken att bryta jämvikten mellan den som påstår sig ha blivit diskriminerad och svaranden är inte den enda risk som skulle uppkomma om den som diskriminerats skulle få rätt att erhålla information.[14] I ett sådant fall uppkommer nämligen även frågan om rättigheterna för de utomstående som eventuellt nämns i de handlingar eller upplysningar som lämnas ut.[15]

24. På grundval av samtliga ovan angivna skäl föreslår jag att den första frågan besvaras på följande sätt. Varken artikel 8.1 i direktiv 2000/43, artikel 10.1 i direktiv 2000/78 eller artikel 19.1 i direktiv 2006/54 ska tolkas så, att en arbetssökande som inte har anställts har rätt att fordra att arbetsgivaren uppger om och på grundval av vilka kriterier en annan sökande har rekryterats. Detta gäller även om den arbetssökande gör troligt att han uppfyller villkoren i arbetsgivarens meddelande om ledig tjänst.

B – *Den andra tolkningsfrågan*

1. Inledande anmärkningar

25. Enligt begäran om förhandsavgörande är de ställda frågorna avfattade på sådant sätt, att domstolen ombeds att besvara den andra frågan endast om den första frågan besvaras jakande. Såsom jag just har angett, föreslår jag emellertid att domstolen ska besvara den första frågan nekande.

26. Om domstolen följer frågornas lydelse uppkommer följande resultat: Galina Meister kan inte åberopa någon rätt till information på grundval av de tre direktiv som den aktuella begäran om förhandsavgörande bygger på. Eftersom hon inte skulle få del av de upplysningar som endast arbetsgivaren innehar, kommer hon inte att kunna lägga fram fakta vid den nationella domstolen som

12 — Se artikel 4 b i förslag till rådets direktiv om bevisbördan på området för lika lön och lika behandling mellan kvinnor och män (KOM(88) 269 slutlig) ingiven av kommissionen den 27 maj 1988 (EGT C 176, s. 5). Kommissionen återkallade detta förslag år 1998 (EGT C 40, 1998, s. 7).

13 — Domen i det ovannämnda målet Kelly, punkt 30.

14 — Lagstiftaren har medgett att denna jämvikt bryts, men endast till förmån för käranden. Enligt de tre direktiven tillåts nämligen medlemsstaterna att införa bevisregler som är fördelaktigare för käranden (se artikel 8.2 i direktiv 2000/43, artikel 10.2 i direktiv 2000/78 och artikel 19.2 i direktiv 2006/54). Huruvida denna jämvikt bryts beror emellertid uteslutande på medlemsstaterna. Det framgår av handlingarna i målet att Förbundsrepubliken Tyskland inte införde bevisregler som är fördelaktigare för käranden när denna medlemsstat införlivade de tre direktiv som är i fråga i denna begäran om förhandsavgörande.

15 — Domstolen har för övrigt slagit fast att för det fall en sökande till en yrkesutbildning kan åberopa direktiv 97/80 för att få tillgång till information som innehas av den som håller i utbildningen om de kvalifikationer som de andra sökandena till den aktuella utbildningen har, kan denna rättighet påverkas av EU-lagstiftning om konfidentiell behandling (domen i det ovannämnda målet Kelly, punkt 56).

ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering. Hon kommer för övrigt aldrig att kunna göra detta, eftersom hon inte har någon rätt till information. Om domstolen inte för analysen längre, riskerar den ändamålsenliga verkan av direktiven om bekämpning av diskriminering vid anställningsförfaranden att omintetgöras.

27. Emellertid kan den invändningen göras att det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma huruvida en omständighet som har gjorts gällande av den som har diskriminerats är tillräcklig för att dra slutsatsen att diskriminering har förekommit. [16] Domstolen har emellertid tidigare gjort en sådan bedömning. [17] I förevarande mål har den nationella domstolen uttryckligen uppmanat domstolen att avgöra huruvida arbetsgivarens tystnad utgör fakta som ger anledning att anta att den diskriminering har förekommit som arbetstagaren har gjort gällande. Det följer för övrigt av andan bakom förfarandet för förhandsavgörande att domstolen ska lämna den domstol som har begärt ett förhandsavgörande samtliga uppgifter som är ändamålsenliga för att avgöra tvisten vid den nationella domstolen och att domstolen även är ”behörig att, mot bakgrund av handlingarna i målet vid den nationella domstolen och de skriftliga och muntliga yttranden som avgetts, lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra det konkreta målet”. [18]

28. Det är med anledning av denna anda av samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna som jag föreslår att den andra frågan ska formuleras om så att den avser att slå fast huruvida den omständigheten att arbetsgivaren inte meddelar en arbetssökande de upplysningar som denne har begärt ska anses vara irrelevant med avseende på antagandet att diskriminering har förekommit i den mening som avses i artikel 8.1 i direktiv 2000/43, artikel 10.1 i direktiv 2000/78 och artikel 19.1 i direktiv 2006/54.

29. Jag föreslår därför att domstolen ska fortsätta undersökningen av vilken rättsföljden blir av att arbetsgivaren inte lämnar upplysningar i ett sådant fall som i målet vid den nationella domstolen.

2. Bedömning

30. Den andra frågan syftar således till att domstolen ska avgöra vilken metod den nationella domstolen ska följa för att, mot bakgrund av de tre direktiv som den aktuella begäran om förhandsavgörande bygger på, bedöma en arbetsgivares ståndpunkt att inte besvara en begäran om upplysningar från en arbetssökande. I domen i det ovannämnda målet Kelly fann domstolen att rätt till information inte föreligger, men slog fast att ”[d]et kan … inte uteslutas att en [arbetsgivares] vägran att lämna ut information som är relevant för framläggandet av [fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering] kan riskera att äventyra att syftet med [direktiven om likabehandling] uppfylls” [19] och frånta bland annat bestämmelserna om bevisbörda deras ändamålsenliga verkan.

31. Genom detta avgörande angav domstolen otvetydigt att arbetsgivares ståndpunkt måste bedömas från en metodologisk utgångspunkt, inte genom att endast beakta att arbetsgivaren inte har svarat, utan genom att sätta in denna omständighet i ett större faktiskt sammanhang än det där den befinner sig. I förevarande mål om förhandsavgörande ombeds domstolen att hjälpa den nationella domstolen att avgöra vilka slags omständigheter som kan beaktas för att göra den bedömning som fordras i förevarande mål.

16 — Se skäl 15 i direktiv 2000/43, skäl 15 i direktiv 2000/78 och skäl 30 i direktiv 2006/54. Se även dom av den 26 juni 2001 i mål C-381/99, Brunnhofer, REG 2001, s. I-4961, punkt 49).

17 — Se, bland annat, i fråga om huruvida en arbetsgivares offentliga förklaringar att han inte kommer att anställa arbetstagare som är av ett visst etniskt ursprung eller en viss ras utgör fakta i den mening som avses i artikel 8.1 i direktiv 2000/43, dom av den 10 juli 2008 i mål C-54/07, Feryn (REG 2008, s. I-5187, punkterna 30 och 34).

18 — Dom av den 14 juli 2011 i mål C-464/10, Henfling m.fl. (REU 2011, s. I-6219, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

19 — Punkt 39.

32. Den nationella domstolen kan härvid inte bortse från att det föreligger en icke försumbar sannolikhet för att arbetsgivaren kan göra det omöjligt att överklaga denna domstols beslut, eftersom denne arbetsgivare har vägrat att lämna ut upplysningar. Arbetsgivaren behåller därför ensam väsentlig bevisning som är avgörande för huruvida en talan som väcks av en arbetssökande som inte anställts ska anses vara välgrundad och för möjligheterna till framgång med denna talan. I samband med ett rekryteringsförfarande måste man vara medveten om att den arbetssökandes ställning – denne befinner sig med nödvändighet utanför det rekryterande företaget – innebär att uppgiften att inhämta upplysningar eller fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering är svårare än att visa att arbetsgivaren har vidtagit ett antal diskriminerande åtgärder beträffande exempelvis arbetstagarnas löneförhållanden. [20] Den arbetssökande är således i allmänhet fullständigt utlämnad åt arbetsgivarens goda vilja beträffande inhämtande av upplysningar som kan utgöra fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering. Dessa upplysningar är emellertid oundgängliga för att lätta bevisbördan. Den arbetssökande kan ha verkliga, objektiva svårigheter att inhämta de ovannämnda upplysningarna. De lösningar som den tyska regeringen har föreslagit under förhandlingen för att den arbetssökande på eget initiativ ska inhämta upplysningar förefaller föga övertygande. Att kräva att den arbetssökande ska ta kontakt direkt med företagsrådet i arbetsgivarens företag eller att han vid tjänstetillträdet ska bege sig till arbetsplatsen för att anteckna de anställda i kategorier framstår som synnerligen hypotetiskt och föga förnuftigt. Det är nämligen inte alla företag som har ett företagsråd och vidare är inte alla kännetecken på någon av grunderna för diskriminering nödvändigtvis identifierbara enbart genom iakttagelse.

33. Om den arbetssökande är fullständigt utlämnad åt arbetsgivarens goda vilja beträffande inhämtande av upplysningar som kan utgöra fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering, kan jämvikten vara bruten mellan arbetsgivarens frihet och den arbetssökandes rättigheter, vilka unionslagstiftningen har tillmätt en stor betydelse.

34. För att återställa denna jämvikt måste de nationella domstolarna i ett sådant fall generellt ställa lägre krav i fråga om fastställelse av fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering i den mening som avses i de tre direktiv som avses i denna begäran om förhandsavgörande, än vad som exempelvis fordras för fastställelse med en sådan mycket stor sannolikhet som anges i begäran om förhandsavgörande. Detta gäller bland annat för att medborgarnas rättigheter enligt unionsrätten ska kunna säkerställas effektivt och få ett effektivt rättsligt skydd. Att arbetsgivaren vägrar att lämna ut upplysningar kan nämligen, i det särskilda sammanhang som denne befinner sig i, innebära att ändamålet med de ovannämnda direktiven äventyras. [21] Detta ändamål består i att principen om likabehandling genomförs effektivt.

35. För att göra den bedömning som ska göras och följa den metod som anges i domen i det ovannämnda målet Kelly, får den nationella domstolen inte försumma viktiga sakförhållanden av det slag som i förevarande mål utgörs av den omständigheten att det framgår av handlingarna i målet att arbetsgivaren inte har bestritt överensstämmelsen mellan den arbetssökandes kvalifikationer och den tjänst som ska tillsättas, men att arbetsgivaren inte velat kalla Galina Meister till en anställningsintervju, trots att övriga arbetssökande kallades. Dessa viktiga sakförhållanden utgörs vidare av den omständigheten att ovannämnda arbetssökande hade besvarat ett erbjudande om anställning och inte hade sökt arbete spontant. För att vara helt tydlig bör det förhållandet att en arbetsgivare inte har reagerat på en arbetssökandes begäran om upplysningar, med hänsyn till artikel 8.1 i direktiv 2000/43, artikel 10.1 i direktiv 2000/78 och artikel 19.1 i direktiv 2006/54, bedömas annorlunda om den arbetssökande uppenbarligen inte motsvarar de kvalifikationer som söks, har kallats till anställningsintervju eller har sökt arbete spontant.

20 — Det kan vara svårt att förebringa bevisning även i ett sådant fall. Det framgår emellertid av fast rättspraxis att om ett företag tillämpar ett lönesystem som kännetecknas av att vara helt slutet och som således försvårar klagandens uppgift, har arbetsgivaren bevisbördan för att hans avlöningspraxis inte är diskriminerande när en kvinnlig arbetstagare, som påstår sig vara offer för diskriminering, visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittslön, mot bakgrund av ett stort antal arbetstagare, är lägre än de manliga arbetstagarnas genomsnittslön (se, i en omfattande rättspraxis, domen i det ovannämnda målet Brunnhofer, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

21 — Se, analogt, domen i det ovannämnda målet Kelly (punkt 34).

36. Även en tredje omständighet kan beaktas. I begäran om förhandsavgörande anges för det första att svaranden i målet vid den nationella domstolen avslog klagandens ansökan genom skrivelse av den 11 oktober 2006. För det andra anges att klaganden sökte anställning på nytt den 19 oktober 2006, sedan svaranden hade publicerat en ny platsannons med samma innehåll på internet. Även denna platsansökan avslogs utan att klaganden hade kallats till anställningsintervju. Svarandens ombud tillfrågades under förhandlingen om skälen till att denna andra platsannons publicerades, men var inte i stånd att konkret förklara tidsföljden för rekryteringsförfarandet. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera om den andra platsannonsen publicerades på grund av att arbetsgivaren ansåg att de platssökande som hade kallats till följd av den första annonsen inte var tillfredsställande, men ändå avslog klagandens ansökan, än en gång utan att kalla henne till anställningsintervju – detta trots att arbetsgivaren inte har bestritt överensstämmelsen mellan den arbetssökandes kvalifikationer och den aktuella tjänsten.

37. I linje med den metodologi som domstolen angav i domen i det ovannämnda målet Kelly, föreslår jag att domstolen ska besvara den andra frågan på följande sätt. Enligt artikel 8.1 i direktiv 2000/43, artikel 10.1 i direktiv 2000/78 och artikel 19.1 i direktiv 2006/54 ska den nationella domstolen bedöma en arbetsgivares hållning, när denne har vägrat att lämna ut upplysningar som begärts av en arbetssökande som inte anställts, beträffande resultatet av rekryteringsförfarandet och arbetsgivarens kriterier vid anställningen av en av dem som sökte den ovannämnda tjänsten. Den nationella domstolen ska härvid inte endast beakta den omständigheten att arbetsgivaren inte svarat, utan sätta in denna omständighet i det faktiska och större sammanhang som den ingår i. Den nationella domstolen kan härvid beakta sådana omständigheter som att den arbetssökandes kvalifikationer uppenbart är adekvata, att han eller hon inte kallats till anställningsintervju och att arbetsgivaren eventuellt har framhärdat i att inte kalla samma arbetssökande för det fall arbetsgivaren gjort en andra urvalsomgång av arbetssökande till samma tjänst.

V – Förslag till avgörande

38. Mot bakgrund av det ovan anförda ska de två tolkningsfrågor som Bundesarbeitsgericht har ställt besvaras enligt följande:

1) Varken artikel 8.1 i rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, artikel 10.1 i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet eller artikel 19.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet ska tolkas så, att en arbetssökande som inte har anställts har rätt att fordra att arbetsgivaren uppger om och på grundval av vilka kriterier en annan sökande har rekryterats. Detta gäller även om den arbetssökande gör troligt att han uppfyller villkoren i arbetsgivarens meddelande om ledig tjänst.

2) Enligt artikel 8.1 i direktiv 2000/43, artikel 10.1 i direktiv 2000/78 och artikel 19.1 i direktiv 2006/54 ska den nationella domstolen bedöma en arbetsgivares hållning, när denne har vägrat att lämna ut upplysningar som begärts av en arbetssökande som inte anställts, beträffande resultatet av rekryteringsförfarandet och arbetsgivarens kriterier vid anställningen av en av dem som sökte den ovannämnda tjänsten. Den nationella domstolen ska härvid inte endast beakta den omständigheten att arbetsgivaren inte svarat, utan sätta in denna omständighet i det faktiska och större sammanhang som den ingår i. Den nationella domstolen kan härvid beakta sådana omständigheter som att den arbetssökandes kvalifikationer uppenbart är adekvata, att han eller hon inte kallats till anställningsintervju och att arbetsgivaren eventuellt har framhärdat i att inte kalla samma arbetssökande för det fall arbetsgivaren gjort en andra urvalsomgång av arbetssökande till samma tjänst.