Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 12 stycznia 2012 r.[1]

Sprawa C-415/10

Galina Meister
przeciwko
Speech Design Carrier Systems GmbH

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesarbeitsgericht (Niemcy)]

Polityka społeczna — Zasada równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy — Ciężar dowodu — Prawo osoby, której kandydatura na stanowisko w spółce prywatnej nie została uwzględniona, do otrzymania wszelkich informacji dotyczących procedury selekcyjnej w celu udowodnienia ewentualnej dyskryminacji — Fakt pozwalający domniemywać istnienie dyskryminacji — Konsekwencje prawne wynikające z braku informacji ze strony pracodawcy

1. Uważa się powszechnie, że dowód dyskryminacji jest szczególnie trudny do przeprowadzenia. Przekonanie to jest tym bardziej uzasadnione w przypadku stwierdzenia dyskryminacji przy zatrudnieniu. Świadom tej przeszkody prawodawca Unii przyjął środki mające na celu ułatwienie zadania skarżących w sytuacji, gdy uważają się za ofiary dyskryminacji, w szczególności ze względu na płeć, wiek lub pochodzenie. Dopuścił on zatem modyfikację ciężaru dowodu, nie uciekając się jednak do jego całkowitego przeniesienia, ponieważ kwestii tej nie można rozpatrywać w zupełnym oderwaniu od swobody, która tradycyjnie przysługuje pracodawcy w zatrudnianiu wybranych przez siebie osób.

2. Niniejsze odesłanie prejudycjalne, pochodzące z Niemiec, prowadzi do potrzeby rozstrzygnięcia przez Trybunał trudnej kwestii, a mianowicie w jaki sposób kandydat ubiegający się o zatrudnienie może zażądać przestrzegania wobec siebie zasady równego traktowania, jeżeli jego kandydatura na stanowisko została odrzucona przez pracodawcę, przy czym pracodawca nie przedstawił żadnego uzasadnienia odrzucenia ani żadnych informacji dotyczących procedury selekcyjnej i jej wyniku.

I – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

3. Celem dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne[2] jest walka z dyskryminacją ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

1 — Język oryginału: francuski.
2 — Dz.U. L 180, s. 22.

4. Artykuł 8 dyrektywy 2000/43 dotyczy ciężaru dowodu. Artykuł 8 ust. 1 stanowi, że „[p]aństwa członkowskie podejmują takie środki, które są niezbędne, zgodnie z ich krajowymi systemami prawnymi, w celu zapewnienia, że gdy osoba, która uważa się za pokrzywdzoną nieprzestrzeganiem wobec niej zasady równego traktowania i przedstawia przed sądem lub właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, to na stronie pozwanej ciąży udowodnienie, że zasada równego traktowania nie została naruszona".

5. Celem dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy[3], jest wyznaczenie ogólnych ram walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy, w celu realizacji w państwach członkowskich zasady równego traktowania.

6. Artykuł 10 dyrektywy 2000/78 dotyczy ciężaru dowodu. Artykuł 10 ust. 1 stanowi dosłowne powtórzenie treści art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43.

7. Artykuł 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy[4], dotyczący ciężaru dowodu, stanowi, że „[p]aństwa członkowskie podejmą takie działania, jakie są niezbędne, zgodnie z ich systemami prawnymi, w celu zapewnienia, aby – jeżeli osoby, które uznają się za poszkodowane z powodu niezastosowania do nich zasady równego traktowania, uprawdopodobnią przed sądem lub innym właściwym organem okoliczności pozwalające domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji – do pozwanego należało udowodnienie, że nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania".

B – *Prawo niemieckie*

8. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (ogólna ustawa o równym traktowaniu, zwana dalej „AGG") ma na celu, zgodnie z jej § 1, zapobieżenie jakiejkolwiek dyskryminacji pracowników ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, płeć, religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub tożsamość seksualną. Wyraźnie uznaje się za pracowników w rozumieniu tej ustawy osoby, które są kandydatami na pracowników[5]. Ponadto § 22 AGG stanowi w odniesieniu do ciężaru dowodu, że „[j]eśli w przypadku sporu strona przedstawi wskazówki pozwalające domniemywać istnienie dyskryminacji z przyczyn określonych w § 1, na drugiej stronie spoczywa ciężar dowodu, że nie doszło do naruszenia przepisów dotyczących ochrony przed dyskryminacją".

II – Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

9. Galina Meister urodziła się w 1961 r. i jest pochodzenia rosyjskiego. Posiada rosyjski dyplom inżyniera systemów, którego równoważność z dyplomem wydawanym w Niemczech przez uniwersytecki instytut technologii („Fachhochschule") została uznana przez kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn.

10. Spółka Speech Design Carrier Systems GmbH (zwana dalej „spółką Speech Design") zamieściła w 2006 r. ogłoszenie w prasie w celu rekrutacji „doświadczonego informatyka programisty M/K". W dniu 5 października 2006 r. G. Meister przedstawiła swoją kandydaturę, która została odrzucona przez spółkę Speech Design pismem z dnia 11 października 2006 r. Wspomniana spółka krótko po

3 — Dz.U. L 303, s. 16.

4 — Dz.U. L 204, s. 23.

5 — Artykuł 6 AGG.

tym opublikowała na stronie internetowej ogłoszenie o podobnej treści. W dniu 19 października 2006 r. G. Meister ponownie przedstawiła swoją kandydaturę, lecz spółka Speech Design odrzuciła jej wniosek po raz drugi, nie zaprosiwszy jej na rozmowę i nie udzieliwszy jakiejkolwiek informacji na temat odrzucenia jej kandydatury.

11. Doszedłszy do wniosku, że zastosowano wobec niej dyskryminację jednocześnie ze względu na płeć, pochodzenie i wiek, G. Meister wniosła powództwo do sądu i zażądała odszkodowania pieniężnego na podstawie art. 15 AGG. Domagała się również, aby w celu ustalenia stanu faktycznego spółka Speech Design przedstawiła akta kandydata, który został zatrudniony w wyniku ogłoszenia o naborze.

12. Zarówno sąd pierwszej instancji, jak i sąd apelacyjny, stwierdziwszy, że powódka nie przedstawiła wystarczających wskazówek w rozumieniu § 22 AGG, aby domniemywać, że miała miejsce dyskryminacja, oddalił żądanie G. Meister dotyczące przyznania odszkodowania, Galina Meister złożyła zatem skargę kasacyjną („Revision") do Bundesarbeitsgericht. Spółka Speech Design wniosła o oddalenie skargi w związku z tym, że nie była ona wystarczająco uzasadniona, gdyż skarżąca nie przedstawiła okoliczności wystarczających do tego, aby domniemywać istnienie dyskryminacji.

13. Sąd krajowy przyznaje, że skarżąca w toczącym się przed nim postępowaniu ewidentnie została potraktowana, w świetle prawa krajowego, w sposób mniej korzystny niż inne osoby znajdujące się w porównywalnej sytuacji, ponieważ nie została zaproszona przez pracodawcę na rozmowę, w odróżnieniu od innych osób, które również przedstawiły swoje kandydatury spółce SPEECH DESIGN. Jednakże zauważa on również, że G. Meister nie była w stanie wykazać, iż mniej korzystne traktowanie miało wobec niej miejsce ze względu na płeć, wiek lub pochodzenie etniczne. Tymczasem sąd dodaje, że prawo niemieckie wymaga, aby powód podnoszący dyskryminację wykazał zaistnienie faktów i przedstawił wskazówki pozwalające domniemywać istnienie tej dyskryminacji, a nie ograniczał się jedynie do niczym niepopartych twierdzeń. Tak będzie w szczególności w przypadku, gdy przedstawione okoliczności pozwolą obiektywnie z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że dyskryminacja nastąpiła z powodu jednego z wymienionych powyżej względów.

14. Zgodnie z odpowiednimi postanowieniami AGG, a w szczególności art. 22, którego celem była transpozycja na grunt prawa niemieckiego art. 8 dyrektywy 2000/43 i art. 10 dyrektywy 2000/78, sąd krajowy wskazuje, że kandydat, który twierdzi, że doświadczył dyskryminacji ze względu na płeć, wiek lub pochodzenie etniczne, nie spełnia warunku uprawdopodobnienia niekorzystnego traktowania, twierdząc po prostu, że przedstawił swoją kandydaturę, został odrzucony i odpowiadał poszukiwanemu profilowi, ograniczając się jedynie do wskazania swoich płci, wieku lub pochodzenia. Galina Meister powinna powołać się na inne elementy pozwalające wykazać z dużym prawdopodobieństwem powody dyskryminacji, ponieważ brak zaproszenia na rozmowę kwalifikacyjną może wynikać z wielu innych czynników. Ma ona zatem na mocy § 22 AGG obowiązek przedstawienia okoliczności stanu faktycznego, przy czym właśnie brak dostarczenia informacji przez pracodawcę w momencie odrzucenia jej kandydatury nie pozwolił na spełnienie tego wymogu. Z tego powodu sąd krajowy zastanawia się, czy z dyrektyw 2000/43, 2000/78, 2006/54 wynika prawo do uzyskania informacji, które umożliwiłoby odrzuconemu kandydatowi do zatrudnienia wymagać od pracodawcy, aby poinformował go, kogo zatrudnił i co stanowiło podstawę dokonanego wyboru.

15. Mając zatem do czynienia z wątpliwościami dotyczącymi wykładni prawa Unii, Bundesarbeitsgericht postanowił zawiesić postępowanie i w postanowieniu odsyłającym, które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 20 sierpnia 2010 r., zwrócić się do niego na podstawie art. 267 TFUE z następującymi pytaniami:

„1)Czy art. 19 ust. 1 dyrektywy [2006/54] i art. 8 ust. 1 dyrektywy [2000/43] a także art. 10 ust. 1 dyrektywy [2000/78] należy interpretować w ten sposób, że pracownikowi, który twierdzi, że spełnia warunki zajęcia stanowiska oferowanego przez pracodawcę ale jego kandydatura nie została uwzględniona, przysługuje prawo do uzyskania od pracodawcy informacji na temat tego, czy zatrudnił on innego kandydata, a jeżeli tak, na podstawie jakich kryteriów ten inny kandydat został zatrudniony?

2)W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, [c]zy okoliczność, że pracodawca nie udzielił żądanej informacji, pozwala przypuszczać, że doszło do zarzucanej mu przez pracownika dyskryminacji?”.

III – Postępowanie przed Trybunałem

16. Skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym, spółka Speech Design, rząd niemiecki i Komisja Europejska przedstawiły Trybunałowi uwagi na piśmie.

17. Podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 30 listopada 2011 r., uwagi ustne zostały przedstawione przez pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym, rząd niemiecki i Komisję.

IV – Analiza prawna

A – *W przedmiocie pytania pierwszego*

18. W drodze pytania pierwszego sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy kandydat do zatrudnienia, który uprawdopodabnia, że odpowiada profilowi wymaganemu w ogłoszeniu opublikowanym przez pracodawcę, może wymagać od tego pracodawcy, w przypadku gdy jego kandydatura została odrzucona bez zaproszenia na rozmowę kwalifikacyjną, aby przedstawił mu informacje na temat zatrudnienia, którego ostatecznie dokonał, i w szczególności kryteriów, które przyjął przy dokonywaniu wyboru.

19. Ponieważ skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym, jak twierdzi, doświadczyła dyskryminacji ze względu na płeć, wiek lub pochodzenie, pytanie prejudycjalne dotyczy odpowiednich przepisów dyrektyw 2000/43, 2000/78 i 2006/54[6], których zakres stosowania obejmuje warunki dostępu do zatrudnienia[7]. Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 oraz art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 mają prawie identyczne brzmienie i zawierają dla potrzeb spraw dotyczących dyskryminacji takie same reguły w odniesieniu do ciężaru dowodu.

20. Należy również zauważyć, że artykuły te mają brzmienie prawie identyczne[8], tudzież całkowicie identyczne[9] co art. 4 ust. 1 dyrektywy 97/80. Tymczasem Trybunał zdołał już wypowiedzieć się w kwestii wykładni tego artykułu w wyroku w sprawie Kelly[10]. W tej sprawie P. Kelly wystąpił o przyjęcie na studia magisterskie w dziedzinie nauk społecznych organizowane przez uniwersytet w Irlandii. Jego kandydatura została odrzucona. Patrick Kelly był, jak twierdził, ofiarą zakazanej dyskryminacji ze względu na płeć w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 97/80 i zażądał od uniwersytetu dostarczenia kopii podań o przyjęcie na studia, dokumentów załączonych do rzeczonych podań i arkuszy wyników innych kandydatów ubiegających się o kształcenie. Trybunał uznał, że wykładni tego artykułu „należy dokonywać w ten sposób, że nie uprawnia on kandydata ubiegającego się o kształcenie zawodowe, który uważa, że odmówiono mu dostępu do takiego kształcenia, z uwagi

6 — Jeżeli chodzi o przywołanie tej ostatniej dyrektywy, co prawda okoliczności faktyczne w postępowaniu przed sądem krajowym miały miejsce w okresie obowiązywania dyrektywy 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (Dz.U. 1998, L 14, s. 6). Dyrektywa 2006/54 zastąpiła dyrektywę 97/80 w trakcie postępowania przed sądem krajowym. Jednak dyrektywa 2006/54 nie wprowadza żadnych zmian dotyczących ciężaru dowodu.

7 — Zobacz art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/43, art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78, art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2006/54.

8 — Brzmienie art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43 i art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 różni się, w porównaniu z art. 4 dyrektywy 97/80, jedynie umieszczeniem w zdaniu zwrotu „zgodnie z ich systemami prawnymi”.

9 — Artykuł 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54.

10 — Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie C-104/10, Zb. Orz. s. I-6813.

na nieprzestrzeganie zasady równego traktowania, do uzyskania informacji posiadanych przez organizatora rzeczonego kształcenia dotyczących kwalifikacji innych kandydatów ubiegających się o takie kształcenie, tak aby był on w stanie przedstawić zgodnie z omawianym przepisem »fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji«"[11].

21. Należy stwierdzić, że z brzmienia i ducha art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 i art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 nie wynika nic, co pozwalałoby podważyć takie rozwiązanie. Ich treść nie zawiera bowiem w żadnym miejscu wyraźnego odniesienia do prawa dostępu do informacji posiadanych przez osobę „podejrzewaną" o dyskryminację. Zainteresowane strony, które przedstawiły uwagi na piśmie, w większości podniosły, że pomimo tego, iż Komisja przedstawiła propozycję zmierzającą do przyznania prawa do informacji ofiarom dyskryminacji[12], taki wniosek nigdy nie został uwzględniony w ostatecznych wersjach tekstów. W tych okolicznościach brak wyraźnego odniesienia do prawa do informacji w wyżej wymienionych przepisach nie może być interpretowany jako przeoczenie prawodawcy, ale, wręcz przeciwnie, jako wyraz jego woli, aby nie przyznać takiego prawa.

22. Z ogólnej systematyki omawianych przepisów wynika również, że wybór prawodawcy zmierza wyraźnie w kierunku równowagi między ofiarą dyskryminacji i pracodawcą, jeśli to on doprowadził do dyskryminacji. W zakresie ciężaru dowodu wspomniane trzy dyrektywy tworzą bowiem mechanizm, który pozwala złagodzić rzeczony ciężar spoczywający na ofierze, bez zupełnego wyeliminowania go. Innymi słowy, jak już zostało stwierdzone w wyroku w sprawie Kelly[13], wprowadzony system działa w dwóch etapach. W pierwszej kolejności poszkodowany musi w sposób wystarczający wykazać fakty, z których można domniemywać istnienie dyskryminacji. Innymi słowy, musi on doprowadzić do powstania domniemania faktycznego, wskazując na wystąpienie dyskryminacji. W drugiej kolejności, bezpośrednią konsekwencją ustanowienia takiego jest przeniesienie ciężaru dowodu na stronę pozwaną. Przepisy artykułów, których dotyczy pierwsze pytanie prejudycjalne, odnoszą się więc do *ciężaru* dowodu, który, aczkolwiek w złagodzonej formie, nadal spoczywa na poszkodowanym. Zatem zachowana jest pewna równowaga, pozwalająca poszkodowanemu skorzystać z prawa do równego traktowania, a stronie pozwanej na to, aby nie była pozywana przed sądami wyłącznie na podstawie twierdzeń ofiary.

23. Naruszenie tej równowagi między osobą podnoszącą, że była ofiarą dyskryminacji, a stroną pozwaną nie jest jedynym ryzykiem, które może wystąpić w razie uznania prawa poszkodowanego do uzyskania informacji[14]. W takim przypadku pojawia się bowiem również kwestia praw osób trzecich, które są ewentualnie wymienione w przekazanych dokumentach lub informacjach[15].

24. Ze względu na wszystkie powyższe rozważania proponuję odpowiedzieć na pytanie pierwsze w ten sposób, że przepisów art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 ani art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 nie należy interpretować w ten sposób, że kandydat ubiegający się o stanowisko, jeśli nie został przyjęty, musi posiadać możliwość zażądania od pracodawcy, aby ten poinformował go, czy i na podstawie jakich kryteriów zatrudnił innego kandydata, nawet jeśli okaże się, że kandydat wykaże w sposób prawdopodobny, że spełnia warunki ujęte w ogłoszeniu pracodawcy o naborze.

11 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Kelly, pkt 38.

12 — Zobacz art. 4 lit. b) wniosku o przyjęcie dyrektywy Rady dotyczącej ciężaru dowodu w dziedzinie równości wynagrodzeń i równego traktowania kobiet i mężczyzn [COM(88) 269 wersja ostateczna] przedłożony przez Komisję w dniu 27 maja 1988 r. (Dz.U. C 176, s. 5). Wniosek ten został wycofany przez Komisję w 1998 r. (Dz.U. C 40, s. 7).

13 — Wyżej wymieniony w pkt 30.

14 — Należy zauważyć, że prawodawca dopuścił naruszenie rzeczonej równowagi, lecz wyłącznie na rzecz powoda, ponieważ trzy dyrektywy pozwalają państwom członkowskim wprowadzić reguły dowodowe korzystniejsze dla powoda (zob. art. 8 ust. 2 dyrektywy 2000/43; art. 10 ust. 2 dyrektywy 2000/78; a także art. 19 ust. 2 dyrektywy 2006/54). Niemniej jednak takie zaburzenie równowagi może wynikać wyłącznie z woli państw członkowskich. Z akt sprawy wynika, że dokonując transpozycji trzech dyrektyw objętych niniejszym odesłaniem prejudycjalnym Niemcy nie wprowadziły w życie zasad dowodowych korzystniejszych dla powodów.

15 — Trybunał przyznał ponadto, że gdyby kandydat ubiegający się o kształcenie zawodowe mógł powołać się na dyrektywę 97/80, aby uzyskać informacje będące w posiadaniu organizatora tego kształcenia dotyczące kwalifikacji innych ubiegających się o to kształcenie kandydatów, na rzeczone prawo dostępu mogłyby mieć wpływ normy prawa Unii dotyczące poufności (ww. wyrok w sprawie Kelly, pkt 56).

B – *W przedmiocie pytania drugiego*

1. Uwagi wstępne

25. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że przedstawione pytania są sformułowane w taki sposób, iż Trybunał powinien udzielić odpowiedzi na pytanie drugie tylko w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze. Tymczasem, jak już wyjaśniłem, proponuję, aby Trybunał odpowiedział przecząco na pytanie pierwsze.

26. Jednakże gdyby Trybunał ściśle trzymał się treści pytań, konsekwencje byłyby następujące: G. Meister nie mogłaby się powołać na prawo do informacji na podstawie rzeczonych trzech dyrektyw, których dotyczy niniejsze odesłanie prejudycjalne. Pozbawiona informacji, których pracodawca jest jedynym posiadaczem, nie byłaby ona w stanie wykazać przed sądem krajowym okoliczności faktycznych pozwalających domniemywać istnienie dyskryminacji, nadto, nie korzystając z prawa do informacji, nie będzie mogła nigdy tego uczynić. Jeżeli Trybunał nie poprowadzi dalszej analizy, skuteczność dyrektyw dotyczących walki z dyskryminacją w ramach procedur zatrudnienia może zostać zredukowana do zera.

27. Można jednak twierdzić, że to wyłącznie do sądu krajowego należy ocena, czy okoliczność faktyczna podnoszona przez pokrzywdzonego wystarcza, aby domniemywać dyskryminację [16]. Pragnę jednak zauważyć, że Trybunał już w przeszłości dokonał takiej kwalifikacji [17] i, co więcej, że w niniejszym przypadku został wyraźnie wezwany przez sąd krajowy do ustalenia, czy milczenie pracodawcy stanowi okoliczność pozwalającą domniemywać, że doszło do zarzucanej mu przez pracownika dyskryminacji. Także duch postępowania prejudycjalnego wskazuje na to, że Trybunał powinien dostarczyć sądowi krajowemu, który się do niego zwraca, wszelkich użytecznych informacji w celu rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed tym sądem krajowym, i że może on również „dostarczyć wskazówki związane z aktami postępowania przed sądem krajowym oraz uwagami pisemnymi bądź ustnymi, które mu zostały przedstawione, tak aby umożliwić sądowi krajowemu rozstrzygnięcie toczącej się przed nim sprawy” [18].

28. Również z powodu tego ducha współpracy, który Trybunał powinien mieć na względzie w odniesieniu do sądu krajowego, proponuję przeformułować drugie pytanie w taki sposób, że jego celem będzie ustalenie, czy okoliczność, że pracodawca nie przedstawia kandydatowi do zatrudnienia informacji, których ten od niego wymaga, należy uważać w każdym przypadku za nieistotną w kontekście kwestii domniemania istnienia dyskryminacji w rozumieniu przepisów art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 oraz art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54.

29. Proponuję zatem, aby Trybunał poszedł dalej w rozważaniach na temat konsekwencji prawnych wynikających z bezczynności pracodawcy w przypadku takim, jak rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym.

16 — Zobacz motyw 15 dyrektywy 2000/43, motyw 15 dyrektywy 2000/78 oraz motyw 30 dyrektywy 2006/54. Zobacz również wyrok z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie C-381/99 Brunnhofer, Rec. s. I-4961, pkt 49.

17 — W szczególności w kwestii tego, czy publiczne oświadczenia pracodawcy, który ostrzega, że nie będzie zatrudniał pracowników o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, stanowią fakt w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, wyrok z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07 Feryn, Zb. Orz. s. I-5187, pkt 30, 34.

18 — Wyrok z dnia 14 lipca 2011 r. w sprawie C-464/10 Henfling i in., Zb. Orz. s. I-6219, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo.

2. Ocena

30. Drugie pytanie prejudycjalne zmierza zatem do ustalenia przez Trybunał metody, jaką powinien stosować sąd krajowy w celu oceny, w świetle trzech dyrektyw, których dotyczy niniejsze odesłanie prejudycjalne, postawy pracodawcy, który nie odpowiada na wniosek o udzielenie informacji złożony przez kandydata do zatrudnienia. W tym względzie Trybunał w ww. wyroku w sprawie Kelly, po odmowie uznania istnienia prawa do informacji, stwierdził jednak, iż „nie można wykluczyć, że odmowa informacji ze strony [pracodawcy], w kontekście przedstawiania [okoliczności pozwalających domniemywać istnienie dyskryminacji] może zagrozić realizacji celu wytyczonego” [19] przez dyrektywy dotyczące równego traktowania, a w szczególności pozbawić skuteczności odnośne przepisy dotyczące ciężaru dowodu.

31. Tak orzekając, Trybunał wskazał w sposób jednoznaczny, że z punktu widzenia metodologicznego należy oceniać postawę pracodawcy, nie ograniczając się do stwierdzenia braku odpowiedzi z jego strony, lecz przeciwnie, rozpatrując stwierdzony brak w szerszym kontekście faktycznym, w który się on wpisuje. W ramach niniejszego odesłania prejudycjalnego Trybunał został poproszony konkretnie o udzielenie sądowi odsyłającemu pomocy w określeniu, jakie rodzaje elementów należy uwzględnić w ramach oceny wymaganej w niniejszym przypadku.

32. W tym względzie sąd krajowy nie może lekceważyć faktu, że – biorąc pod uwagę to, iż pracodawca odmówił przekazania tych informacji – istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że pracodawca może w ten sposób uniemożliwiać podważenie swoich decyzji. Innymi słowy, pracodawca nadal zachowuje w swoim wyłącznym posiadaniu istotne elementy, od których uzależniona jest w ostatecznym rozrachunku zasadność powództwa wniesionego przez kandydata, a tym samym możliwość wygrania przez niego sprawy. W kontekście procedury naboru należy również pamiętać, że sytuacja kandydata – znajdującego się z konieczności poza przedsiębiorstwem poszukującym pracowników – sprawia, iż uzyskanie elementów wskazujących na poszlaki lub fakty pozwalające domniemywać istnienie dyskryminacji, jest jeszcze trudniejsze niż w przypadku, gdy chodzi o wykazanie, że pracodawca wprowadza środki dyskryminujące w odniesieniu do, na przykład, warunków wynagrodzenia pracowników [20]. Kandydat do zatrudnienia jest zatem zasadniczo całkowicie uzależniony od dobrej woli pracodawcy w zakresie uzyskania informacji, które mogą stanowić fakty pozwalające domniemywać istnienie dyskryminacji, a które są niezbędne w celu doprowadzenia do złagodzenia ciężaru dowodu, i może napotykać obiektywne trudności w uzyskaniu rzeczonych informacji. W tym względzie pragnę zauważyć, iż rozwiązanie sugerowane przez rząd niemiecki podczas rozprawy, polegające na tym, że kandydat w takim przypadku powinien z własnej inicjatywy uzyskać informacje, okazują się mało przekonujące. W istocie wymaganie od kandydata, aby skontaktował się bezpośrednio z radą zakładową przedsiębiorstwa pracodawcy lub pojawił się w miejscu wykonywania pracy w chwili rozpoczęcia stosunku pracy, w celu policzenia obecnych pracowników z podziałem na „kategorie”, jawi się jako szczególnie hipotetyczne i w ostatecznym rozrachunku mało rozsądne, bowiem, z jednej strony, nie wszyscy pracodawcy posiadają radę zakładową, a z drugiej strony, nie wszystkie cechy, które mogą stanowić podstawę dyskryminacji, można stwierdzić w drodze samej tylko obserwacji.

33. Tak więc, w przypadku gdy kandydat do zatrudnienia okazuje się całkowicie uzależniony od dobrej woli pracodawcy w zakresie uzyskania informacji, które mogą stanowić fakty pozwalające przyjąć domniemanie istnienia dyskryminacji, równowaga między swobodą pracodawcy i prawami kandydata do zatrudnienia, której ustawodawca Unii przyznał duże znaczenie, może okazać się naruszona.

19 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Kelly, pkt 39.

20 — W takim przypadku dowód dyskryminacji może być trudny do przeprowadzenia. Jednak z utrwalonego orzecznictwa wynika, że jeśli przedsiębiorstwo stosuje system wynagrodzenia zupełnie pozbawiony przejrzystości, co w konsekwencji utrudnia zadanie powoda, na pracodawcy spoczywa ciężar dowodu, że jego praktyka płacowa nie stanowi dyskryminacji w sytuacji, gdy pracownica, która uważa, że stała się ofiarą dyskryminacji, wykaże w odniesieniu do względnie sporej liczby pracowników, że średnie wynagrodzenie pracownic jest niższe niż pracowników; zob. pośród obszernego orzecznictwa wyrok z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie C-381/99 Brunnhofer, Rec. s. I-4961, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo.

34. W obliczu takiego przypadku, w celu przywrócenia rzeczonej równowagi sądy krajowe powinny w sposób ogólny przyjąć niższy standard wymogu niż na przykład standard wymagany przy ustaleniu wysokiego prawdopodobieństwa, o którym wspomniano w uzasadnieniu postanowienia odsyłającego, w odniesieniu do kwalifikacji faktów, z których można domniemywać istnienie dyskryminacji w rozumieniu trzech dyrektyw, których dotyczy niniejsze odesłanie prejudycjalne, w szczególności w celu zapewnienia, że prawa, które obywatele wywodzą z prawa Unii, mogą być rzeczywiście zagwarantowane i poddane skutecznej ochronie sądowej. Odmowa udzielenia informacji przez pracodawcę może bowiem w konkretnym kontekście, w który się wpisuje, zagrozić realizacji celu wytyczonego przez rzeczone dyrektywy[21], który polega na skutecznej realizacji zasady równego traktowania.

35. Przy przeprowadzaniu niezbędnej oceny oraz w celu zastosowania metody zaproponowanej w ww. wyroku w sprawie Kelly, sąd krajowy nie powinien lekceważyć istotnych elementów takich jak występujące w niniejszej sprawie na podstawie, z jednej strony, faktu, że z akt sprawy wynika, iż zgodność między kwalifikacjami kandydatki do zatrudnienia i pozycji stanowiska nie była kwestionowana przez pracodawcę, chociaż nie zadecydował on o zaproszeniu G. Meister na rozmowę kwalifikacyjną, mimo że zaprosił innych kandydatów na taką rozmowę i, z drugiej strony, faktu, że wspomniana kandydatka odpowiedziała na ofertę zatrudnienia, a nie zgłosiła się w sposób spontaniczny. Dla pełnej jasności brak reakcji pracodawcy na wnioski kandydata o udzielenie informacji należy oceniać różnie w świetle przepisów art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 oraz art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54, w zależności od tego, czy kandydat w sposób oczywisty nie odpowiada poszukiwanemu profilowi, został zaproszony na rozmowę kwalifikacyjną, czy zgłosił się jako kandydat do zatrudnienia w sposób spontaniczny.

36. Można również rozważyć trzeci element. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wskazano na fakt, że po pierwsze strona pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym odrzuciła kandydaturę skarżącej pismem z dnia 11 października 2006 r. i po drugie po tym, jak rzeczona strona pozwana opublikowała nowe ogłoszenie o naborze na stronie internetowej, skarżąca przedstawiła ponownie swoją kandydaturę w dniu 19 października 2006 r., która została ponownie odrzucona bez zaproszenia na rozmowę. Zapytana podczas rozprawy o powody opublikowania drugiego ogłoszenia pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym nie była w stanie konkretnie wyjaśnić przebiegu procedury naboru. Zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy publikacja drugiego ogłoszenia wynikała z faktu, że pracodawca uznał, iż kandydaci zaproszeni w wyniku pierwszego ogłoszenia są nieodpowiedni i czy mimo to ponownie odrzucił kandydaturę skarżącej w zawisłej przed nim sprawie znowu bez zaproszenia jej na rozmowę, w sytuacji gdy pracodawca ten nie podważa, iż jej kwalifikacje są adekwatne do rzeczonego stanowiska.

37. W ścisłej zgodności z metodologią zaproponowaną przez Trybunał w wyroku w sprawie Kelly proponuję, aby Trybunał odpowiedział na drugie pytanie prejudycjalne, że zgodnie z przepisami art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 oraz art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54, sąd krajowy powinien ocenić postawę pracodawcy polegającą na odmowie przekazania informacji zażądanych przez odrzuconego kandydata do zatrudnienia na temat wyniku naboru i na temat kryteriów, które pracodawca przyjął, dokonując rekrutacji jednego z kandydatów, nie ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że pracodawca nie udzielił odpowiedzi, ale rozpatrując ten brak w szerszym kontekście faktycznym, w który się on wpisuje. W tym względzie sąd krajowy może wziąć pod uwagę elementy, takie jak oczywista adekwatność poziomu kwalifikacji posiadanych przez kandydata do podjęcia zatrudnienia, brak zaproszenia na rozmowę i ewentualne obstawanie przez pracodawcę przy niezapraszaniu tego samego kandydata na rozmowę, w przypadku gdy przeprowadza drugą selekcję kandydatów na to samo stanowisko.

21 — Zobacz analogicznie ww. wyrok w sprawie Kelly, pkt 34.

V – Wnioski

38. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział w następujący sposób na dwa pytania prejudycjalne przedstawione przez Bundesarbeitsgericht:

1) Artykułu 8 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, art. 10 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy i art. 1 ust. 1 dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy nie należy interpretować w ten sposób, że kandydat ubiegający się o stanowisko, jeśli nie został przyjęty, musi posiadać możliwość zażądania od pracodawcy, aby ten poinformował go, czy i na podstawie jakich kryteriów zatrudnił innego kandydata, nawet jeśli okaże się, że kandydat wykaże w sposób prawdopodobny, że spełnia warunki ujęte w ogłoszeniu pracodawcy o naborze.

2) Zgodnie z przepisami art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78 oraz art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 sąd krajowy powinien ocenić postawę pracodawcy polegającą na odmowie przekazania informacji zażądanych przez odrzuconego kandydata do zatrudnienia na temat wyniku naboru i na temat kryteriów, które pracodawca przyjął, dokonując rekrutacji jednego z kandydatów, nie ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że pracodawca nie udzielił odpowiedzi, ale rozpatrując ten brak w szerszym kontekście faktycznym, w który się on wpisuje. W tym względzie sąd krajowy może wziąć pod uwagę elementy, takie jak oczywista adekwatność poziomu kwalifikacji posiadanych przez kandydata do podjęcia zatrudnienia, brak zaproszenia na rozmowę i ewentualne obstawanie przez pracodawcę przy niezapraszaniu tego samego kandydata na rozmowę, w przypadku gdy przeprowadza drugą selekcję kandydatów na to samo stanowisko.