FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT POIARES MADURO

föredraget den 12 mars 2008 [1]

1. I motsats till vad som är en utbredd uppfattning kan ord faktiskt såra. Men kan de utgöra diskriminering? Så kan huvudfrågan i det förevarande fallet sammanfattas. Arbeidshof te Brussel (Belgien) har begärt ett förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol beträffande tolkningen av 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] Den nationella domstolen har bett om vägledning i ett antal frågor som har uppstått i ett mål mellan en organisation som arbetar för att främja likabehandling och en arbetsgivare som enligt vad som har påståtts har meddelat att han inte avser att rekrytera personer av marockanskt ursprung.

I — Bakgrund och begäran om förhandsavgörande

2. Företaget NV Firma Feryn (nedan kallat Feryn) är specialiserat på försäljning och installation av vipp- och takskjutsportar. I början av år 2005 sökte Feryn montörer för att installera vipportar hemma hos företagets kunder. För detta ändamål satte Feryn upp en stor skylt med texten ”personal sökes” på företagets mark bredvid motorvägen mellan Bryssel och Antwerpen.

3. Den 28 april 2005 publicerade dagstidningen *De Standaard* en intervju med en direktör på företaget, Pascal Feryn, med rubriken ”Kunderna vill inte ha marockaner”. Pascal Feryn påstods ha uppgett att hans företag inte avsåg att rekrytera personer av marockanskt ursprung:

”Under dessa två veckor är det bara marockaner som har svarat på vår annons … men vi söker inga marockaner. Våra kunder vill inte ha dem hos sig. De skall installera vipportar i privatbostäder, ofta villor, och kunderna vill inte ha in dem i sina hem.”

Liknande artiklar publicerades i tidningarna *Het Nieuwsblad* och *Het Volk*.

Pascal Feryn bestred återgivningen i tidningsartiklarna.

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

4. På kvällen den 28 april 2005 deltog Pascal Feryn i en intervju, som sändes i belgisk nationell television, under vilken han uttryckte sig på följande sätt:

”Många av våra företrädare åker och träffar kunderna. … Alla installerar larmsystem och alla är tydligen jätterädda i dagsläget. Det är inte bara utlänningar som gör inbrott. Det säger jag inte, jag är inte rasist. Det är lika ofta belgare som gör inbrott i bostäder. Men folk är tydligen rädda. Alltså säger många: 'inga utlänningar, tack'. … Jag måste rätta mig efter mina kunders krav. Om ni säger 'jag vill ha den och den produkten och på det och det sättet' och jag säger 'jag går inte med på det, jag skickar ändå dessa personer', så kommer ni att säga 'jag tar inte den där porten'. Då slår jag igen min egen butik. Vi måste uppfylla kundernas krav. Det är inte mitt problem. Jag har inte skapat problemet med belgarnas inställning. Jag vill att företaget går bra och att vi vid årets slut klarar omsättningen, och hur jag ska lyckas med det? Jag måste göra det på det sätt som kunden vill!”

5. Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (centrum för lika möjligheter och bekämpning av rasism) (nedan kallat CGKR) är en organisation som arbetar för likabehandling. CGKR inrättades genom lag av den 15 februari 1993. Lagen ändrades genom en lag av den 25 februari 2003 (lagen om förbud mot diskriminering). Genom lagen om förbud mot diskriminering införlivades direktiv 2000/43 med belgisk rätt.

6. Efter diverse kontakter med Pascal Feryn väckte CGKR talan mot honom den 31 mars 2006, vid Arbeidsrechtbank Brussels, och yrkade bland annat att domstolen (i detta fall ordföranden) skulle fastställa att Pascal Feryn hade brutit mot lagen om förbud mot diskriminering och förplikta honom att upphöra med tillämpningen av den diskriminerande rekryteringspolitiken. Ordföranden på Arbeidsrechtbank konstaterade dock att de aktuella offentliga uttalandena inte utgjorde diskriminerande handlingar, utan endast var ett tecken på potentiell diskriminering, eftersom de indikerade att personer av ett visst etniskt ursprung inte skulle anställas av Pascal Feryn för det fall de bestämde sig för att söka en tjänst. CGKR hade varken hävdat eller visat att Pascal Feryn faktiskt hade avslagit en jobbansökan på grund av sökandens etniska ursprung. Av dessa skäl ogillades CGKR:s yrkanden genom dom av den 26 juni 2006. CGKR överklagade domen till Arbeidshof te Brussel, som har begärt ett förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol.

7. Arbeidshof te Brussel har ställt ett antal mycket exakt formulerade frågor beträffande direktivet och de särskilda omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen.[3] Dessa frågor rör i huvudsak begreppet direkt diskriminering (första och andra frågan), bevisbördan (tredje, fjärde och femte frågan) och vad som utgör lämpliga åtgärder (sjätte frågan). Jag kommer att behandla dessa frågor med beaktande av att domstolen inom ramen för artikel 234 EG inte är behörig att tillämpa regler i gemenskapsrätten på ett visst fall,

3 — EUT C 82, 2007, s. 21.

utan endast kan tillhandahålla den nationella domstolen de upplysningar om tolkningen av gemenskapsrätten som den behöver för att bedöma verkningarna av en nationell bestämmelse.

II — Bedömning

Begreppet direkt diskriminering

8. Syftet med detta direktiv är att ”fastställa en ram för bekämpning av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung för att genomföra principen om likabehandling i medlemsstaterna”.[4] Direktivet är tillämpligt inom både den offentliga och den privata sektorn, beträffande bland annat ”[v]illkor för tillträde till anställning … inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet …”[5]. Enligt artikel 2.1 i direktivet avses med ”principen om likabehandling att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung”. I artikel 2.2 a anges att ”direkt diskriminering anses förekomma när en person på grund av ras eller etniskt ursprung behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation”.

9. Den första frågan som domstolen ombeds att besvara är i grunden följande: Föreligger det direkt diskriminering i den mening som avses i direktivet när en arbetsgivare i samband med en rekryteringskampanj offentligt meddelar att ansökningar från personer med ett visst etniskt ursprung kommer att avslås?

10. Den nationella domstol som prövade målet i första instans var av uppfattningen att så länge arbetsgivaren inte har satt sina diskriminerande uttalanden i verket är diskrimineringen endast hypotetisk och omfattas således inte av direktivets tillämpningsområde. Förenade kungariket och Irland har inkommit med yttranden av samma innebörd. De har hävdat att direktivet inte är tillämpligt om inget diskrimineringsoffer kan identifieras. Således kan organisationer såsom CGKR inte under sådana omständigheter väcka talan vid den nationella domstolen och göra gällande att det föreligger direkt diskriminering i direktivets mening.

11. CGKR är av motsatt ståndpunkt och anser att förbudet mot direkt diskriminering avser såväl rekryteringsförfarandet som det

4 — Artikel 1 i direktivet.

5 — Artike3.1 a i direktivet.

eventuella anställningsbeslutet. Enligt CGKR skall direktivets materiella tillämpningsområde definieras oberoende av frågan vem som är behörig att väcka talan. Frågan huruvida CGKR har talerätt (*locus standi*) saknar med andra ord betydelse för om det föreligger direkt diskriminering eller inte. Kommissionen och den belgiska regeringen delar CGKR:s uppfattning.

12. Det föreligger således olika meningar beträffande sambandet mellan begreppet direkt diskriminering och frågan huruvida ett offentligt organ är behörigt att söka upprättelse vid domstol när likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Såsom Förenade kungariket och Irland har framhållit var syftet med direktivet inte att det i medlemsstaternas nationella rätt skulle införas en allmän talerätt (*actio popularis*) för offentliga organ. De har härvid hänvisat till artikel 7 i direktivet. Enligt den bestämmelsen är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa att ”alla som anser *sig* förfördelade på grund av att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem” [6] samt alla offentliga organ som agerar ”*på den klagande personens vägnar eller för att stödja denne*” [7] har tillgång till rättsliga förfaranden.

13. Det följer dock inte av bestämmelsen att medlemsstaterna är förhindrade att erbjuda ytterligare möjligheter att rättsligen hävda sin rätt eller få upprättelse. Tvärtom anges det uttryckligen i direktivet att ”[m]edlemsstaterna får införa eller behålla bestämmelser som är mer fördelaktiga när det gäller att upprätthålla principen om likabehandling än de som anges i detta direktiv” [8] och att ”[g]enomförandet av detta direktiv får under inga omständigheter utgöra skäl för att inskränka det skydd mot diskriminering som redan finns i medlemsstaterna på de områden som omfattas av detta direktiv” [9]. I princip är det således nationell rätt som avgör huruvida ett sådant organ för likabehandling som CGKR kan väcka talan trots att det inte agerar på en viss klagande persons vägnar. Direktivet låter medlemsstaterna välja olika metoder för att säkerställa lagens efterlevnad under förutsättning att personer som påstår sig ha blivit utsatta för diskriminering och offentliga organ som företräder diskrimineringsoffer har tillgång till rättsliga eller administrativa förfaranden. I detta avseende delar jag Förenade kungarikets och Irlands uppfattning att direktivet inte *kräver* att medlemsstaterna skall se till att offentliga organ tillerkänns talerätt (*locus standi)* när det saknas en klagande person som påstår sig ha blivit utsatt för diskriminering.

14. Det betyder emellertid inte att direktivets tillämpningsområde är begränsat till fall med identifierbara diskrimineringsoffer. Frågan vilka former av diskriminering som direktivet omfattar måste besvaras utifrån, framför allt, direktivets lydelse och syfte och inte utifrån de åtgärder som medlemsstaterna, som ett minsta krav, är skyldiga att

6 — Artikel 7.1 i direktivet (min kursivering).
7 — Artikel 7.2 i direktivet (min kursivering).
8 — Artikel 6.1 i direktivet.
9 — Artikel 6.2 i direktivet.

vidta. Frågan vilka typer av diskriminerande ageranden som är förbjudna enligt direktivet är en sak. Frågan vilka mekanismer för lagens efterlevnad och åtgärder som särskilt föreskrivs i direktivet är en helt annan sak. Direktivet skall nämligen uppfattas som en del av en bredare politik för ”att utveckla förutsättningarna för en arbetsmarknad som främjar social integrering” [10] och ”att säkerställa utvecklingen av demokratiska och toleranta samhällen där alla kan vara delaktiga, oavsett ras eller etniskt ursprung” [11]. Såsom jag har angett i mitt nyligen meddelade förslag till avgörande i målet Coleman skall ett direktiv som antas med stöd av artikel 13 EG tolkas i ljuset av de mer allmänna värderingar som ligger bakom nämnda bestämmelse. [12] Visserligen innehåller direktivet minimiåtgärder. Det är dock inget skäl till att göra en snävare definition av dess tillämpningsområde än vad som är motiverat mot bakgrund av nämnda värderingar. Ett minimiskydd är inte detsamma som ett *minimalt* skydd. Gemenskapens regler om skydd mot diskriminering ger medlemsstaterna utrymme för att införa ett ännu starkare skydd, men därav kan vi inte sluta oss till att den skyddsnivå som föreskrivs enligt gemenskapens regler är den lägsta tänkbara. [13]

15. En tolkning som innebär att direktivet endast är tillämpligt i fall med identifierbara klagande personer som har sökt en viss tjänst förefaller mot denna bakgrund riskera att inskränka likabehandlingsprincipens effektivitet i arbetslivet. I varje rekryteringsförfarande sker det största ”urvalet” mellan de som söker en tjänst och de som inte gör det. Ingen kan rimligen förväntas söka en tjänst om de i förväg vet att de saknar chans att anställas på grund av sin ras eller sitt etniska ursprung. När en arbetsgivare offentligt meddelar att personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung inte behöver göra sig besväret att söka en viss tjänst får detta således en effekt som är allt annat än hypotetisk. Att inte betrakta detta som en diskriminerande handling innebär att man bortser från den sociala verkligheten, nämligen att sådana uttalanden nödvändigtvis har en förnedrande och demoraliserande inverkan på de personer av det aktuella ursprunget som vill vara aktiva på arbetsmarknaden och framför allt på dem som skulle ha varit intresserade av att arbeta för den berörda arbetsgivaren.

16. I fall som detta kan det dock vara mycket svårt att identifiera enskilda diskrimineringsoffer eftersom det är möjligt att de drabbade personerna inte ens söker någon tjänst hos den berörda arbetsgivaren över huvud taget. Vid förhandlingen medgav Förenade kungariket och Irland att begreppet diskrimineringsoffer måste anses omfatta personer som skulle vara intresserade av att söka en viss tjänst och som är kvalificerade för den. Det löser emellertid knappast problemet eftersom det är svårt att identifiera var och en av dessa personer och eftersom incitamenten för dem att träda fram är svaga. Genom att offentligt informera om sin avsikt att inte

10 — Skäl 8 i direktivet.

11 — Skäl 12 i direktivet.

12 — Se punkt 7 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i mål C-303/06, Coleman, som för närvarande är föremål för domstolens prövning. Målet rör direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, s. 16).

13 — Ibidem, punkt 24.

anställa några personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung utesluter arbetsgivaren i själva verket dessa personer från ansökningsförfarandet och från sin arbetsplats. Han inte bara talar om diskriminering, han *diskriminerar*. Han inte bara uttalar ord, han utför en ”talhandling” [14]. Tillkännagivandet att personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung inte är välkomna att söka en viss tjänst utgör således i sig en form av diskriminering.

17. Det skulle få underliga följder om denna typ av diskriminering av någon anledning helt skulle uteslutas från direktivets tillämpningsområde, eftersom det indirekt skulle innebära att medlemsstaterna enligt direktivet hade rätt att tillåta arbetsgivare att på ett mycket effektivt sätt göra skillnad mellan kandidater på grund av ras eller etniskt ursprung genom att helt enkelt i förväg informera om sin diskriminerande rekryteringspolitik så öppet som möjligt. Den mest flagranta strategin för diskriminering vid anställning skulle således kunna visa sig vara den ”lönsammaste”. Det är tydligt att detta skulle urholka – snarare än gynna – förutsättningarna för en arbetsmarknad som främjar social integrering. Sammanfattningsvis skulle själva syftet med direktivet förfelas om det inte ansågs som direkt diskriminering när en arbetsgivare i samband med en rekryteringskampanj offentligt meddelar att ansökningar från personer av ett visst etniskt ursprung kommer att avslås.

18. Pascal Feryns argument att kunderna kommer att vara negativt inställda till anställda av ett visst etniskt ursprung är totalt irrelevant för frågan huruvida direktivet är tillämpligt. Även om hans påstående visade sig vara riktigt skulle det endast illustrera att ”marknader inte kommer att lösa problemet med diskriminering” [15] och att det är nödvändigt att ingripa med regleringar. Genom att vidta regleringsåtgärder på gemenskapsnivå bidrar man dessutom till att lösa de problem som kollektiva åtgärder innebär för arbetsgivarna, eftersom man således kan förhindra en snedvridning av konkurrensen som – just på grund av marknadens ovannämnda misslyckande – skulle kunna uppstå om det på ett nationellt plan fanns olika skyddsnivåer vad gäller diskriminering.

19. Således föreslår jag att domstolen besvarar den första och den andra frågan från den nationella domstolen på följande sätt: Det utgör direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktivet när en arbetsgivare i samband med en rekryteringskampanj offentligt meddelar att ansökningar från personer av ett visst etniskt ursprung kommer att avslås.

14 — John Searle, *Speech Acts*, Cambridge University Press 1969, John Langshaw Austin, How to Do Things With Words, Cambridge (Mass.) 1962

15 — Sunstein, C., ”Why markets don’t stop discrimination”, *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, s. 165.

Bevisbördan

20. Den hänskjutande domstolen ber också om vägledning vad gäller bevisbördan. Dessa frågor är av relevans för CGKR:s påstående vid den nationella domstolen att Pascal Feryn fortsätter att tillämpa en diskriminerande rekryteringspolitik.

21. Den relevanta bestämmelsen är artikel 8 i direktivet. Det följer av denna bestämmelse att när det har lagts fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall det åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling. När det föreligger ett *prima facie*-fall av diskriminering ankommer det således på arbetsgivaren att visa att nämnda princip inte har åsidosatts.

22. Denna omvända bevisbörda står i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen och domstolens rättspraxis på området för könsdiskriminering. Domstolen har sålunda slagit fast att det ”ankommer … på arbetsgivaren att, i en situation där diskriminering synes föreligga, visa att det finns sakliga skäl som berättigar till den konstaterade löneskillnaden [mellan manliga och kvinnliga arbetstagare]. Arbetstagarna skulle nämligen berövas möjligheten att göra gällande likalönsprincipen vid den nationella domstolen om den omständigheten att de förebringat uppgifter som visar att diskriminering synes föreligga inte fick till följd att bevisbördan för att löneskillnaden i praktiken inte är diskriminerande övergick på arbetsgivaren” [16]. Det som gäller i fall av könsdiskriminering gäller i detta avseende också i fall av etnisk diskriminering. I artikel 8 i direktivet upprepas nämligen ord för ord innehållet i artikel 4 i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering. [17]

23. Det ankommer på den nationella domstolen att tillämpa dessa regler beträffande bevisbördan på de särskilda omständigheterna i fallet. Under sådana omständigheter då det framgår att en arbetsgivare har gjort sådana offentliga uttalanden om sin egen rekryteringspolitik som i målet vid den nationella domstolen och då den rekryteringspolitik som arbetsgivaren faktiskt tillämpar dessutom förblir dunkel och inga personer med den ifrågavarande etniska bakgrunden har rekryterats föreligger det dock, såsom kommissionen korrekt har framhållit, en presumtion för diskriminering i den mening som avses i artikel 8 i direktivet. Det ankommer på arbetsgivaren att motbevisa presumtionen.

24. Vad gäller frågan hur den nationella domstolen skall bedöma arbetsgivarens motbevisning skall det konstateras att den nationella domstolen skall tillämpa de relevanta nationella processuella reglerna, förutsatt att de för det första inte är mindre

16 — Domstolens dom av den 30 mars 2000 i mål C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen (REG 2000, s. I-2189), punkt 53. Se också domstolens dom av den 10 mars 2005 i mål C-196/02, Nikoloudi (REG 2005, s. I-1789), punkt 74.

17 — EGT L 14, 1998, s. 6, ändrad genom rådets direktiv 98/52/EG av den 13 juli 1998 (EGT L 205, s. 66). Se också artikel 10.1 i direktiv 2000/78.

förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) och för det andra inte i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen). [18]

25. Följaktligen föreslår jag att domstolen lämnar följande svar på den tredje, den fjärde och den femte frågan från den nationella domstolen: När det har visats att det rör sig om ett *prima facie*-fall av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung ankommer det på svaranden att visa att likabehandlingsprincipen inte har åsidosatts.

Lämpliga åtgärder

26. Slutligen önskar den nationella domstolen få klarhet i vad som utgör lämpliga åtgärder i fall där diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung har konstaterats. Den nationella domstolen har närmare bestämt frågat huruvida ett domstolsavgörande i vilket det fastställs att diskriminering har ägt rum skulle kunna utgöra en lämplig åtgärd eller huruvida den nationella domstolen, under sådana omständigheter som i det förevarande fallet, bör förplikta arbetsgivaren att upphöra att tillämpa den diskriminerande rekryteringspolitiken.

27. När det gäller sanktioner föreskrivs det i artikel 15 i direktivet att ”[m]edlemsstaterna skall bestämma vilka sanktioner som skall tillämpas på överträdelser av de nationella bestämmelser som antas i enlighet med detta direktiv och vidta alla åtgärder som behövs för deras genomförande. Sanktionerna, som kan bestå av skadestånd till den utsatta personen, skall vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.” Dessutom är, såsom domstolen slog fast i domen i målet Von Colson och Kamann, de nationella domstolarna skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att medlemsstaternas skyldighet att uppnå det resultat som avses i direktivet fullgörs. [19]

28. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i enlighet med de relevanta reglerna i nationell rätt avgöra vilken slags åtgärd som skulle vara lämplig under omständigheterna i det förevarande fallet. I allmänhet är rent symboliska sanktioner dock inte tillräckligt avskräckande för att se till att diskrimineringsförbudet efterlevs. [20] Därför förefaller ett domstolsavgörande som förbjuder ett sådant agerande utgöra en lämpligare åtgärd.

29. Sammanfattningsvis skall den nationella domstolen, om den finner att likabehandlingsprincipen har åsidosatts, vidta effektiva, proportionerliga och avskräckande åtgärder.

18 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och van Veen (REG 1995, s. I-4705), punkt 17, och av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 28.

19 — Domstolens dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 26. Se också domstolens dom 79/83, Harz, (REG 1984, s. 1921), punkt 26.

20 — Se analogt domen i det ovannämnda målet Von Colson och Kamann, punkterna 23 och 24.

III — Förslag till avgörande

30. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att de frågor som hänskjutits av Arbeidshof te Brussel skall besvaras på följande sätt:

1) Det utgör direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 a 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 när en arbetsgivare i samband med en rekryteringskampanj offentligt meddelar att ansökningar från personer av ett visst etniskt ursprung kommer att avslås.

2) När det har visats att det föreligger ett *prima facie*-fall av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung ankommer det på svaranden att visa att likabehandlingsprincipen inte har åsidosatts.

3) Det ankommer på en nationell domstol som finner att likabehandlingsprincipen har åsidosatts att vidta effektiva, proportionerliga och avskräckande åtgärder.