SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA M. POIARESA MADURA,

predstavljeni 12. marca 2008 [1]

1. V nasprotju s tem, kar pravi znana modrost, besede lahko prizadanejo. Vendar, ali so lahko besede tudi diskriminatorne? To je v bistvu glavno vprašanje v tej zadevi. Arbeidshof te Brussel (delovno sodišče v Bruslju, Belgija) s svojim predlogom za sprejetje predhodne odločbe sprašuje Sodišče glede razlage Direktive Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost. [2] Želi pojasnila glede nekaterih vprašanj, ki so se pojavila v okviru spora med organom za spodbujanje enakega obravnavanja in delodajalcem, ki naj bi izjavil, da ne zaposluje oseb maroške narodnosti.

I – Dejansko stanje in predlog za sprejetje predhodne odločbe

2. NV Firma Feryn (v nadaljevanju: Feryn) je družba, specializirana za prodajo in vgradnjo dvižnih ter predelnih vrat. V začetku leta 2005 je družba Feryn želela zaposliti montažerje za vgradnjo dvižnih vrat v hišah svojih strank. V ta namen je družba Feryn na svojem zemljišču ob glavni cesti med Brusljem in Antwerpnom namestila velik oglasni pano o prostih delovnih mestih.

3. Časopis *De Standaard* je 28. aprila 2005 objavil intervju s Pascalom Ferynom, enim od direktorjev družbe, pod naslovom „Stranke nočejo Maročanov“. P. Feryn naj bi izjavil, da njegova družba ne zaposluje oseb maroške narodnosti:

„Razen teh Maročanov se v dveh tednih ni nihče drug odzval na naš oglas […], ampak mi ne iščemo Maročanov. Naše stranke jih nočejo. Vgrajevati morajo dvižna vrata v zasebnih domovih, pogosto v vilah, in stranke nočejo, da vstopijo v njihove domove.“

Podobni članki so se pojavili tudi v časopisih *Het Nieuwsblad* in *Het Volk*.

P. Feryn izpodbija razlago iz časopisov.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – UL L 180, str. 22.

4. P. Feryn je 28. aprila 2005 zvečer sodeloval v intervjuju na belgijski nacionalni televiziji, v katerem je izjavil:

„[V]eliko naših zastopnikov obišče naše stranke […]. Danes vsi vgrajujejo alarmne sisteme in vse je zelo strah. Ne vlamljajo le priseljenci. Ne trdim tega, saj nisem rasist. V domove vlamljajo prav tako Belgijci. Vendar so ljudje očitno prestrašeni. Tako pogosto rečejo: ‚nobenih imigrantov'.[…] Izpolniti moram zahteve svojih strank. Če mi rečete: ‚Hočem tak proizvod oziroma hočem to ali ono', in če vam rečem: ‚Jaz tega ne delam, pripeljal vam bom te ljudi', mi vi odgovorite: ‚Nočem vaših vrat'. Tako lahko končam posel z vrati. Mi moramo izpolniti zahteve strank. To ni moja stvar. Jaz nisem ustvaril tega problema v Belgiji. Jaz hočem, da moja družba posluje dobro in da je na koncu leta promet realiziran, in kako to dosežem? […] To moram doseči tako, da se ravnam po željah stranke!"

5. Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (center za enake možnosti in boj proti rasizmu, v nadaljevanju: CGKR) je organ za pospeševanje enakega obravnavanja. CGKR je bil ustanovljen z zakonom z dne 15. februarja 1993. Ta zakon je bil spremenjen z zakonom z dne 25. februarja 2003 (zakon proti diskriminaciji). Z zakonom proti diskriminaciji je bila Direktiva 2000/43 prenesena v belgijsko pravo.

6. CGKR je 31. marca 2006, po več izmenjavah mnenj z družbo Feryn, vložil tožbo proti družbi Feryn pri predsedniku Arbeidsrechtbank Brussels, v kateri med drugim navaja, da bi sodišče moralo ugotoviti, da je družba Feryn kršila zakon proti diskriminaciji in da bi moralo družbi Feryn odrediti, naj preneha s svojo diskriminatorno zaposlovalno politiko. Vendar je predsednik Arbeidsrechtbank ugotovil, da zadevne javne izjave ne pomenijo diskriminatornih dejanj, ampak da gre le za dokaz o morebitni diskriminaciji, saj izkazujejo, da družba Feryn ne bi zaposlila oseb določene narodnosti, če bi se te odločile kandidirati za ta delovna mesta. CGKR ni niti navedel niti dokazal, da naj bi družba Feryn kadar koli dejansko izločila prošnjo za zaposlitev zaradi narodnosti kandidata. Na podlagi te obrazložitve so bili predlogi CGKR zavrnjeni s sklepom z dne 26. junija 2006. CGKR je vložil pritožbo zoper ta sklep pred Arbeidshof te Brussel, ki je Sodišču predlagalo sprejetje predhodne odločbe.

7. Arbeidshof te Brussel zastavlja več zelo natančnih vprašanj o Direktivi in posebnih okoliščinah, ki so sporne v postopku v glavni stvari.[3] Ta vprašanja se nanašajo zlasti na pojem neposredne diskriminacije (prvo in drugo vprašanje), na dokazno breme (tretje, četrto in peto vprašanje) in na vprašanje ustreznih popravnih ukrepov (šesto vprašanje). Ta vprašanja bom obravnaval ob upoštevanju, da na podlagi člena 234 ES Sodišče v obravnavani zadevi ni pristojno uporabiti pravil Skupnosti, ampak lahko

3 – UL 2007 C 82, str. 21.

nacionalnemu sodišču le pojasni razlago prava Skupnosti, kar bi bilo koristno pri presoji učinkov določbe nacionalnega prava.

II – Presoja

Pojem neposredne diskriminacije

8. Namen Direktive je „določiti okvir za boj proti diskriminaciji na podlagi rase ali narodnosti, da bi v državah članicah uveljavili načelo enakega obravnavanja“.[4] Direktiva se uporablja tako v javnem kot v zasebnem sektorju, zlasti glede „pogojev za dostop do zaposlitve […], vključno z izbirnimi merili in pogoji zaposlovanja ne glede na vrsto dejavnosti in na vseh ravneh poklicne hierarhije […]“.[5]

Na podlagi člena 2(1) Direktive „‚načelo enakega obravnavanja‘ pomeni, da ne sme biti nobene neposredne ali posredne diskriminacije na podlagi rase ali narodnosti“. Člen 2(2)(a) določa, da „se za neposredno diskriminacijo šteje, če se ena oseba obravnava manj ugodno, kakor se obravnava, se je obravnavala ali pa bi se obravnavala druga oseba v primerljivem položaju na podlagi rase ali narodnosti“.

9. Prvo vprašanje, na katerega mora odgovoriti Sodišče, je v bistvu tole: ali dejstvo, da delodajalec v okviru zaposlovanja javno izjavi, da bodo prošnje oseb določene narodnosti izločene, pomeni neposredno diskriminacijo za namene Direktive?

10. Nacionalno sodišče, ki je obravnavalo zadevo na prvi stopnji, je ugotovilo, da je diskriminacija, dokler delodajalec ni ravnal v smislu svojih diskriminatornih izjav, zgolj hipotetična in ne spada na področje Direktive. Združeno kraljestvo in Irska sta izrazila podobna stališča. Navajata, da se Direktiva ne uporabi, če ni določenega pritožnika, ki je bil žrtev diskriminacije. Zato organi, kot je CGKR, v takih okoliščinah ne morejo vložiti tožbe pred nacionalnimi sodišči s sklicevanjem na neposredno diskriminacijo v smislu Direktive.

11. CGKR zatrjuje nasprotno in navaja, da se prepoved neposredne diskriminacije nanaša tako na postopek zaposlovanja kot

4 – Člen 1 Direktive.

5 – Člen 3(1)(a) Direktive.

na morebitno odločitev o zaposlitvi osebe. CGKR meni, da mora biti dejansko področje uporabe Direktive določeno neodvisno od vprašanja, kdo ima pravico sprožiti sodni postopek. Z drugimi besedami, vprašanje o procesnem upravičenju CGKR ne vpliva na vprašanje, ali je prišlo do neposredne diskriminacije. Komisija in belgijska vlada se strinjata s stališčem CGKR.

12. Zdi se, da zveza med pojmom neposredne diskriminacije in vprašanjem, ali imajo organi javnega interesa pravico zahtevati sodno popravo krivice v primeru kršitve načela enakega obravnavanja, povzroča nekaj zmede. Kot sta poudarila Združeno kraljestvo in Irska, ni namen Direktive, da se organom javnega interesa omogoči, da po zakonih držav članic vložijo popularno tožbo. V zvezi s tem se sklicujeta na člen 7 Direktive. Ta določba zahteva, da države članice zagotovijo, da so sodni postopki na voljo „vsem osebam, ki menijo, da *jim* je bila storjena krivica, ker ni bilo uporabljeno načelo enakega obravnavanja“ [6] in organom javnega interesa, ki „ukrepajo ‚*v imenu ali v podporo tožnika*‘“. [7]

13. Vendar ta določba ne prepoveduje državam članicam, da zagotavljajo dodatne možnosti za izvršitev ali sodno popravo krivic. Nasprotno, Direktiva izrecno določa, da „države članice lahko uvedejo ali ohranijo določbe, ki so ugodnejše za zaščito načela enakega obravnavanja kakor tiste, ki jih določa ta direktiva“ [8] in da „[i]zvajanje te direktive nikakor ne predstavlja temelja za znižanje ravni zaščite pred diskriminacijo, ki jo države članice na področjih, zajetih s to direktivo, že zagotavljajo“ [9]. Vprašanje, ali tak organ, kot je CGKR, ki zagotavlja spoštovanje enakega obravnavanja, lahko vloži tožbo, kadar ne ukrepa v imenu določenega tožnika, načeloma torej sodi v nacionalno pravo. Direktiva državam članicam dovoljuje, da izberejo različne načine izvrševanja, če je tako osebam, ki zatrjujejo, da so bile diskriminirane, kot organom javnega interesa, ki zastopajo diskriminirane tožnike, zagotovljen dostop do ustreznega sodnega ali upravnega postopka. Glede na to se strinjam z Združenim kraljestvom in Irsko, da Direktiva *ne zahteva* od držav članic, da zagotovijo, da se organom javnega interesa prizna procesno upravičenje glede sprožitve sodnega postopka, če ni tožnika, ki bi navajal, da je bil žrtev diskriminacije.

14. To pa ne pomeni, da je področje Direktive omejeno na zadeve, v katerih je mogoče določiti tožnike, ki so bili žrtve diskriminacije. Oblike diskriminacije, ki jih pokriva Direktiva, morajo biti izvedene predvsem iz njenega besedila in cilja, ne pa iz pravnih sredstev, ki jih morajo države članice zagotavljati kot minimum. Obseg diskriminatornih

6 – Člen 7(1) Direktive (poudarek dodan).
7 – Člen 7(2) Direktive (poudarek dodan).
8 – Člen 6(1) Direktive.
9 – Člen 6(2) Direktive.

ravnanj, ki so prepovedana z Direktivo, je eno, obseg načinov izvajanja in pravnih sredstev, ki jih izrecno določa Direktiva, pa nekaj povsem drugega. Direktivo je treba dejansko razlagati v okviru širše politike, ki vztraja pri „potrebi po vzpostavljanju ugodnejših pogojev za trg delovne sile, ki temelji na družbenih integracijah“, [10] „da bi zagotovili razvoj demokratičnih in strpnih družb, ki omogočajo sodelovanje vseh oseb ne glede na njihovo raso ali narodnost“. [11] Poleg tega, kot sem navedel v nedavnih sklepnih predlogih v zadevi Coleman, je treba direktivo, če je sprejeta na podlagi člena 13 ES, razlagati v smislu širših vrednot, ki so podlaga za ta člen. [12] Res je, da Direktiva določa minimalne ukrepe, vendar to ni razlog, da bi se njen obseg moral razlagati ožje kot razumevanje v smislu, ki ga te vrednote upravičujejo. Minimalni standard varstva ni isto kot *najnižji* standard varstva. Pravila Skupnosti glede varstva pred diskriminacijo lahko dopuščajo možnost državam članicam, da zagotovijo celo večje varstvo, vendar iz tega ni mogoče sklepati, da je raven varstva, ki ga zagotavljajo pravila Skupnosti, najnižja sprejemljiva raven. [13]

15. Glede na navedeno se mi zdi, da bi razlaga, ki bi omejila področje uporabe Direktive na primere, ko je mogoče določiti tožnike, ki so kandidirali za določeno delovno mesto, zmanjšala učinkovitost načela enakega obravnavanja na zaposlovalnem področju. V vsakem zaposlovalnem postopku se največja „selektivnost“ izvaja med tistimi, ki kandidirajo, in tistimi ki ne. Od nikogar ni mogoče razumno pričakovati, da bo kandidiral za položaj, če vnaprej ve, da zaradi svoje rase ali narodnosti nima nobenih možnosti, da bo dobil to delovno mesto. Zato je učinek javne izjave delodajalca, da naj osebe določene rase ali narodnosti ne kandidirajo, daleč od hipotetičnega. Če tega ne bi opredelili kot diskriminatorno ravnanje, bi to pomenilo zanemarjanje družbene realnosti, da imajo take izjave zagotovo poniževalen in nemoralen vpliv na osebe te narodnosti, ki želijo sodelovati na trgu dela, zlasti na tiste, ki bi želeli delati za zadevnega delodajalca.

16. Vendar se v takih zadevah, kot je ta, lahko izkaže, da je zelo težko določiti posamične žrtve, ker je mogoče, da prizadete osebe niti ne kandidirajo za zadevno delovno mesto. Združeno kraljestvo in Irska sta na obravnavi priznala, da bi pojem žrtve moral vključevati osebe, ki so morebiti zainteresirane kandidirati za to delovno mesto in so usposobljene za zadevno delo. Vendar to komajda reši problem glede na težavnost posamične določitve takih oseb in nizke spodbude, da se predstavijo. Delodajalec je z javno izjavo o svojem namenu, da ne bo

10 – Osma uvodna izjava Direktive.

11 – Dvanajsta uvodna izjava Direktive.

12 – Glej moje sklepne predloge v zadevi Coleman (C-303/06), ki še teče pred Sodiščem, točka 7 in naslednje. Ta zadeva se nanaša na Direktivo Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL L 303, str. 16).

13 – Prav tam, točka 24.

zaposlil oseb določene rase oziroma narodnosti, te osebe v bistvu izključil iz postopka zaposlovanja in iz svojega delovnega okolja. Delodajalec ni le govoril o diskriminaciji, on *diskriminira*. Ne izgovarja le besed, ampak „govori“. [14] Razglašanje, da osebe določene rase oziroma narodnosti niso dobrodošle kot kandidati za delovno mesto, je torej samo po sebi diskriminatorno.

17. Če bi bila diskriminacija take vrste iz kakršnega koli razloga izključena s področja uporabe Direktive, bi to povzročilo neprijetne posledice, ker bi bilo na podlagi Direktive državam članicam implicitno omogočeno, da delodajalcem dovolijo zelo učinkovito razlikovanje med kandidati na podlagi njihove rase oziroma narodnosti zgolj z vnaprejšnjo in najširšo objavo diskriminatorne narave svoje zaposlovalne politike. Tako bi se najočitnejša strategija zaposlovalne diskriminacije lahko izkazala za najbolj „donosno“. To bi očitno bolj škodilo, kot koristilo ugodnejšim razmeram za trg delovne sile, ki temelji na družbenem vključevanju. Na kratko torej, če javna izjava delodajalca v okviru postopka zaposlovanja, katere namen je izključiti kandidature oseb določene rase oziroma narodnosti, ne bi spadala v pojem neposredne diskriminacije, bi to izničilo cilj Direktive.

18. Zatrjevanje P. Feryna, naj stranke ne bi bile naklonjene zaposlenim določene narodnosti, je popolnoma neupoštevno za vprašanje uporabe Direktive. Tudi če bi bilo to zatrjevanje resnično, to zgolj ilustrira, da „trg ne bo odpravil diskriminacije“ [15] in da je zakonska intervencija bistvena. Poleg tega sprejetje regulativnih ukrepov na ravni Skupnosti pomaga pri rešitvi problema kolektivnega ukrepa za delodajalce s preprečevanjem vsakega izkrivljanja konkurence, ki bi nastalo – ravno zaradi te pomanjkljivosti trga –, če bi na nacionalni ravni obstajali različni standardi varstva pred diskriminacijo.

19. Zato predlagam, da Sodišče na prvo in drugo vprašanje nacionalnega sodišča odgovori, da javna izjava delodajalca v okviru postopka zaposlovanja, ki povzroči izločitev kandidatur oseb določene narodnosti, pomeni neposredno diskriminacijo v smislu člena 2(2)(a) Direktive.

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, v: *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, str. 165.

Dokazno breme

20. Predložitveno sodišče želi pojasnila tudi glede dokaznega bremena. Ta vprašanja so pomembna v okviru navedb CGKR pred nacionalnim sodiščem, in sicer, da družba Feryn še naprej uporablja diskriminatorne zaposlitvene postopke.

21. Upoštevna določba na tem področju je člen 8 Direktive. Iz te določbe izhaja, da mora tožena stranka, če so bila dokazana dejstva, iz katerih se lahko sklepa o neposredni ali posredni diskriminaciji, dokazati, da ni bilo kršeno načelo enakega obravnavanja. Zato mora v primeru očitne diskriminacije delodajalec dokazati, da to načelo ni bilo kršeno.

22. To obrnjeno dokazno breme je skladno z zakonodajo Skupnosti in s sodno prakso Sodišča na področju diskriminacije na podlagi spola. Kot se je izreklo Sodišče: „[k]adar gre za očiten primer diskriminacije, mora delodajalec dokazati, da obstajajo objektivni razlogi, ki upravičujejo ugotovljeno razliko v plači [med delavcem in delavko]. Delavci namreč pred nacionalnim sodiščem ne bi imeli pravnega sredstva za uveljavljanje spoštovanja načela enakega plačila, če predložitev dokaza o očitni diskriminaciji ne bi imela učinka, naj delodajalec dokaže, da razlika v plačilu dejansko ni diskriminatorna“. [16] Glede na to, kar velja za primere diskriminacije na podlagi spola, velja tudi za primere diskriminacije na podlagi narodnosti. Člen 8 Direktive namreč dobesedno povzema člen 4 Direktive Sveta 97/80/ES z dne 15. decembra 1997 o dokaznem bremenu v primerih diskriminacije zaradi spola. [17]

23. Nacionalno sodišče mora torej uporabiti ta pravila glede dokaznega bremena v posebnih okoliščinah zadeve. Vendar, kot je Komisija pravilno poudarila, če je dokazano, da se je delodajalec javno izjavil o svoji zaposlovalni politiki, kot je zaposlovalna politika v postopku v glavni stvari, in da poleg tega praksa zaposlovanja, ki jo je delodajalec dejansko uporabil, ostaja nejasna in da noben delavec zadevne narodnosti ni bil zaposlen, obstaja domneva diskriminacije v smislu člena 8 Direktive. To domnevo mora ovreči delodajalec.

24. Glede tega, kako bi nacionalno sodišče moralo presoditi dokaze, ki jih je delodajalec predložil, da bi ovrgel navedeno domnevo, je treba ugotoviti, da mora nacionalno sodišče uporabiti nacionalna procesna pravila, če, prvič, taka pravila niso manj ugodna od tistih,

16 – Sodba z dne 30. marca 2000 v zadevi JämO (C-236/98, Recueil, str. I-2189, točka 53). Glej tudi sodbo z dne 10. marca 2005 v zadevi Nikoloudi (C-196/02, ZOdl., str. I-1789, točka 74).

17 – UL 1998, L 14, str. 6, spremenjena z Direktivo Sveta 98/52/EC z dne 13. julija 1998 (UL L 205, str. 66). Glej tudi člen 10(1) Direktive 2000/78.

ki veljajo za podobna nacionalna pravna sredstva (načelo enakovrednosti), in, drugič, da praktično ne onemogočijo oziroma čezmerno ne otežijo uveljavljanja pravic, ki jih daje pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti). [18]

25. Zato Sodišču predlagam, naj na tretje, četrto in peto vprašanje, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, odgovori, da mora tožena stranka, ko je enkrat ugotovljena očitna diskriminacija na podlagi rase oziroma narodnosti, dokazati, da ni bilo kršeno načelo enakega obravnavanja.

Ustrezni ukrepi

26. Nacionalno sodišče nazadnje sprašuje o ustreznih popravnih ukrepih v primerih, ko je bila ugotovljena očitna diskriminacija na podlagi rase oziroma narodnosti. Natančneje, nacionalno sodišče sprašuje, ali bi sodba, s katero se ugotovi obstoj diskriminacije, pomenila ustrezen popravni ukrep oziroma ali bi v okoliščinah, kot so okoliščine v postopku v glavni stvari, nacionalno sodišče moralo odrediti, da delodajalec preneha s svojo zaposlovalno politiko.

27. Glede sankcij člen 15 Direktive določa, da „države članice določijo pravila o sankcijah, ki se uporabljajo pri kršitvah nacionalnih določb, sprejetih v skladu s to direktivo, in sprejmejo vse ukrepe, ki so potrebni za zagotovitev njihove uporabe. Sankcije, ki lahko zajemajo tudi plačilo nadomestila žrtvi, morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne […]“. Poleg tega, kot se je izreklo Sodišče v zadevi Von Colson in Kamann, morajo nacionalna sodišča sprejeti vse ustrezne ukrepe, da zagotovijo izpolnitev obveznosti držav članic za dosego rezultata, določenega z Direktivo. [19]

28. Predložitveno sodišče mora v skladu z upoštevnimi pravili nacionalnega prava določiti, kateri popravni ukrepi bi bili ustrezni v okoliščinah te zadeve. Vendar povsem simbolične sankcije običajno ne bodo dovolj odvračilne, da bi uveljavile prepoved diskriminacije. [20] Zato se zdi, da bi bila odredba sodišča o prepovedi takega ravnanja ustreznejši ukrep.

29. Skratka, če nacionalno sodišče ugotovi, da je bilo kršeno načelo enakega obravnavanja, mora odrediti učinkovite, sorazmerne in odvračilne popravne ukrepe.

18 – Sodbe z dne 16. decembra 1976 v zadevi Rewe (33/76, Recueil, str. 1989); z dne 14. decembra 1995 v združenih zadevah Van Schijndel in Van Veen (združeni zadevi C-490/93 in C-491/93, Recueil, str. I-4705), točka 17, in z dne 7. junija 2007 v združenih zadevah van der Weerd in drugi (C-222/05 in C-225/05, ZOdl., str. I-4233), točka 28.

19 – Sodba z dne 10. aprila 1984 v zadevi Von Colson in Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen (C-14/83, Recueil, str. 1891, točka 26). Glej tudi sodbo z dne 10. aprila 1984 v zadevi Harz proti Deutsche Tradax (C-79/83, Reueil, str. 1921, točka 26).

20 – Glej po analogiji zgoraj navedeno sodbo Von Colson in Kamann, točki 23 in 24.

III – Predlog

30. Glede na zgoraj navedene razloge menim, da je treba na vprašanja, ki jih je predložilo Arbeidshof te Brussel, odgovoriti:

1. Javna izjava delodajalca v okviru postopka zaposlovanja, ki povzroči izločitev vseh kandidatur oseb določene narodnosti, pomeni neposredno diskriminacijo v smislu člena 2(2)(a) Direktive Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost.

2. Ko je enkrat ugotovljena očitna diskriminacija na podlagi rase oziroma narodnosti, mora tožena stranka dokazati, da ni bilo kršeno načelo enakega obravnavanja.

3. Če nacionalno sodišče meni, da je bilo kršeno načelo enakega obravnavanja, mora odrediti učinkovite, sorazmerne in odvračilne popravne ukrepe.