ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н M. POIARES MADURO
представено на 12 март 2008 година [1]

1. Противно на популярната максима, от дума може да боли. Може ли обаче изречените думи да представляват дискриминация? По същество това е основният въпрос по настоящото дело. Arbeidshof te Brussel (Белгия) отправя до Съда преюдициално запитване относно тълкуването на Директива 2000/43/ЕО на Съвета от 29 юни 2000 година относно прилагане на принципа на равно третиране на лица без разлика на расата или етническия произход [2]. Този съд иска насоки по редица въпроси, повдигнати в рамките на производство между орган за насърчаване на равното третиране и работодател, който заявил, че няма да наема лица от мароканси произход.

I — Фактите и преюдициалните въпроси

2. NV Firma Feryn (наричано по-нататък „Feryn“) е дружество, специализирано в продажбата и инсталирането на махови и секционни врати. В началото на 2005 г. Feryn решава да наеме монтьори, които да инсталират махови врати по домовете на клиентите му. За целта Feryn поставя голяма табела с надпис „свободни работни места“ върху своята сграда, която се намира край главния път между Брюксел и Антверпен.

3. На 28 април 2005 г. вестник „De Standaard“ публикува интервю с г-н Pascal Feryn, един от директорите на дружеството, озаглавено „Клиентите не искат мароканци“. Според вестника г-н Feryn заявил, че дружеството му няма да наема лица от мароканси произход:

„Освен тези мароканци, за две седмици никой не отговори на обявата ни […], но ние не търсим мароканци. Клиентите ни не ги искат. Те ще трябва да инсталират махови врати в частни домове, често във вили, а клиентите не ги искат в дома си.

Подобни статии се появяват във вестниците „Het Nieuwsblad“ и „Het Volk“.

Г-н Feryn оспорва информацията във вестниците.“

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — ОВ L 180, стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 20, том 1, стр. 19.

4. Вечерта на 28 април 2005 г. г-н Feryn дава интервю пред белгийската национална телевизия, в което заявява:

„[М]ного от нашите представители посещават клиентите [...] Всички си слагат алармени системи и напоследък явно всички са много уплашени. Не само имигрантите обират къщи. Не твърдя това, не съм расист. И белгийци правят обири. Хората обаче явно са уплашени. Затова често казват: „без имигранти“. [...] Трябва да се съобразявам с изискванията на моите клиенти. Ако Вие ми кажете: „Искам този продукт или искам това или онова“ и аз Ви отговоря: „Аз не го правя, ще Ви изпратя тези хора“, то Вие ще ми отговорите: „Вашата врата не ми трябва“. Това означава да закрия бизнеса си. Ние трябва да отговаряме на изискванията на клиентите. Това не е мой проблем. Не аз съм създал този проблем в Белгия. Искам дружеството ми да функционира и в края на годината да бъде реализиран желаният оборот, и как да постигна това? Трябва да го постигна, като се съобразявам с желанията на клиента!“

5. Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (Център за равни възможности и борба срещу расизма, наричан по-нататък „CGKR“) е орган за насърчаване на равното третиране. Той е учреден със Закон от 15 февруари 1993 г. Законът е изменен със Закон от 25 февруари 2003 г. (наричан по-нататък „Закона за борба с дискриминацията“). Със Закона за борба с дискриминацията Директива 2000/43 е транспонирана в белгийското право.

6. На 31 март 2006 г. след размяна на кореспонденция с Feryn, CGKR предявява иск срещу Feryn пред председателя на Arbeidsrechtbank в Брюксел, като в частност иска да се установи, че Feryn е нарушило Закона за борба с дискриминацията, и да се разпореди на същото дружество да преустанови дискриминационната си политика по наемане на работа. Председателят на Arbeidsrechtbank обаче постановява, че разглежданите публични изявления не представляват актове на дискриминация, а по-скоро са само доказателство за евентуална дискриминация, и че те показват, че лицата от определен етнически произход няма да бъдат наети от Feryn, в случай че решат да кандидатстват. CGKR нито твърдял, нито доказал, че Feryn наистина е отхвърлило кандидатура за наемане на работа на основание на етническия произход на кандидата. По тези съображения исканията на CGKR са отхвърлени с Определение от 26 юни 2006 г. CGKR обжалва определението пред Arbeidshof te Brussel, който отправя до Съда настоящото преюдициално запитване.

7. Arbeidshof te Brussel поставя редица много точни въпроси относно директивата и относно конкретните обстоятелства по главното производство [3]. Тези въпроси по същество се отнасят до понятието за пряка дискриминация (първи и втори въпрос), до тежестта на доказване (трети, четвърти и пети въпрос) и до въпроса за подходящите санкции (шести въпрос). Ще разгледам тези въпроси, като взема предвид обстоятелството, че член 234 ЕО оправомощава Съда не да прилага общностните разпоредби за определен

3 — ОВ C 82, 2007 г., стр. 21.

случай, а само да предоставя сведения на националния съд, които могат да са му полезни при преценката на последиците от дадена национална правна разпоредба.

II — Съображения

Понятие за пряка дискриминация

8. Целта на директивата е „да създаде рамка за борба срещу дискриминацията въз основа на расов признак или етнически произход с оглед прилагането в държавите-членки на принципа на равно третиране“ [4]. Директивата се прилага както в публичния, така и в частния сектор, по-специално във връзка с „условията за достъп до заетост […], включително критериите за подбор и условия за наемане на работа, в който и да е клон на дейност на всички нива на професионалната йерархия […]“ [5]. Съгласно член 2, параграф 1 от директивата „принципът на равно третиране“ означава отсъствие на пряка или непряка дискриминация, основана на расов признак или етнически произход. В член 2, параграф 2, буква а) се предвижда, че „проява на пряка дискриминация има, когато едно лице е, било е, или би било третирано по-малко благоприятно от друго в сравнима ситуация въз основа на расов признак или етнически произход“.

9. Първият въпрос, който Съдът следва да реши, по същество е следният: налице ли е пряка дискриминация за целите на директивата, когато в рамките на кампания за наемане на служители работодател публично заяви, че кандидатурите на лица от определен етнически произход ще бъдат отхвърлени?

10. Националната юрисдикция, която разглежда делото в първоинстанционното производство, приема тезата, че стига работодателят да не е предприел действия в съответствие с дискриминационните си изявления, дискриминацията е само хипотетична и не попада в приложното поле на директивата. В същия смисъл са и становищата на Обединеното кралство и на Ирландия. Те поддържат, че директивата не се прилага при липсата на тъжител, който може да бъде идентифициран и който е бил жертва на дискриминация. Затова при подобни обстоятелства органи като CGKR не можели да предявяват искове пред националните съдилища, като се позовават на наличие на пряка дискриминация по смисъла на директивата.

11. CGKR поддържа обратното становище и твърди, че забраната на пряката дискриминация се отнася както до процеса по наемане на работа, така и до евентуалното решение за назначаване. Според

4 — Член 1 от директивата.

5 — Член 3, параграф 1, буква а) от директивата.

CGKR материалният обхват на директивата следва да се определя независимо от това кой има право на иск. С други думи, въпросът за процесуалната легитимация на CGKR няма отношение към въпроса дали е налице пряка дискриминация. Комисията и белгийското правителство подкрепят становището на CGKR.

12. Изглежда има известно объркване относно връзката между понятието за пряка дискриминация и въпроса дали орган, който действа в обществен интерес, има право на иск при нарушаване на принципа на равно третиране. Както подчертават Обединеното кралство и Ирландия, целта на директивата не е да даде възможност на органите, които действат в обществен интерес, да предявяват искове от вида на actio popularis съгласно законодателството на съответната държава-членка. В това отношение те се позовават на член 7 от директивата. Тази разпоредба изисква от държавите-членки да гарантират, че съдебните процедури са достъпни за „всички лица, които считат *себе си* засегнати поради неприлагането спрямо тях на принципа за равно третиране“ [6], и за органите, които действат в обществен интерес и участват в производството „*от името, или в подкрепа на тъжителя*“ [7].

13. От тази разпоредба обаче не следва, че на държавите-членки е забранено да предоставят допълнителни възможности за прилагане на закона или за правна защита. Напротив, директивата изрично предвижда, че „[д]ържавите-членки могат да приемат или поддържат разпоредби, които са по-благоприятни за защитата на принципа на равно третиране от онези, изложени в настоящата директива“ [8], и че „[п]рилагането на настоящата директива при никакви обстоятелства не представлява основание за намаляване на равнището на защита срещу дискриминация, което е вече постигнато от държавите-членки в сферите, обхванати от настоящата директива“ [9]. В този смисъл въпросът дали орган като CGKR има право на иск, когато не участва от името на конкретен тъжител, по принцип се урежда от националното право. Директивата позволява на държавите-членки да изберат различни способи за прилагането и, стига да осигурят достъп до подходящи съдебни или административни процедури на лицата, които твърдят, че са били дискриминирани, както и на органите, които действат в обществен интерес и представляват тъжители-жертви. В това отношение съм съгласен с Обединеното кралство и с Ирландия, че директивата *не изисква* от държавите-членки да признаят процесуална легитимация на органите, които действат в обществен интерес, да предявяват искове при липсата на тъжител, който поддържа, че е бил жертва на дискриминация.

14. Това обаче не означава, че обхватът на директивата е ограничен до случаите, в които има тъжител-жертва, който може да бъде идентифициран. Обхванатите от директивата форми на дискриминация трябва да се определят най-вече в зависимост от текста и целите на директивата, а не в зависимост от способите за защита, които държавите-членки трябва да осигурят като минимум. Обхватът на

6 — Член 7, параграф 1 от директивата (курсивът е мой).
7 — Член 7, параграф 2 от директивата (курсивът е мой).
8 — Член 6, параграф 1 от директивата.
9 — Член 6, параграф 2 от директивата.

забраненото от директивата дискриминационно поведение е едно, а обхватът на конкретно предвидените в директивата механизми за прилагане и способи за защита е съвсем друго. Наистина директивата трябва да бъде схващана в контекста на по-широката политика за „насърчаване създаването на пазар на труда, благоприятстващ социалното приобщаване“ [10], и за „осигур[яване] развитието на демократични и толерантни общества, които позволяват участието на всички лица независимо от тяхната раса или етнически произход“ [11]. По-нататък, както посочих и неотдавна в заключението си по дело Coleman, приетите на основание член 13 ЕО директиви трябва да се тълкуват в светлината на по-общите ценности, на които се основава тази разпоредба [12]. Несъмнено директивата определя минимума на изискваните мерки, но това не е причина обхватът и да се тълкува по-тясно, отколкото би било необходимо при прочита и в светлината на тези ценности. Минимумът на стандарта за защита не е едно и също с *минимален* стандарт за защита. Общностните правила за защита от дискриминация може и да предоставят на държавите-членки свобода на действие за осигуряването на още по-висока степен на защита, но от това не може да се заключи, че предоставеното от общностните правила равнище на защита е най-ниското възможно [13].

15. При това положение ми се струва, че тълкуване, което би ограничило обхвата на директивата до случаите на тъжители, които могат да бъдат идентифицирани и които са кандидатствали за конкретна длъжност, застрашава ефективното действие на принципа на равно третиране в областта на заетостта. При всеки процес по наемане на работа най-съществената част от „подбора“ се извършва още на етапа, когато някои подават кандидатури, а други — не. Не би било разумно да се очаква, че някой ще се кандидатира за дадена длъжност, ако предварително знае, че поради своята раса или етнически произход няма вероятност да бъде нает на работа. Следователно публичното изявление на работодател, че лицата от определена раса или етнически произход няма нужда изобщо да се кандидатират, в никакъв случай няма само хипотетични последици. Да не се приеме това за акт на дискриминация означава да не се приеме социалният факт, че подобни изявления въздействат унизително и обезсърчително върху лицата от такъв произход, които искат да участват на пазара на труда, и по-специално върху онези, които иначе биха имали интерес да работят за съответния работодател.

16. Въпреки това в случаи като този може да е много трудно да се идентифицират конкретни жертви, тъй като засегнатите лица може изобщо да не кандидатстват за работа при този работодател. В съдебното заседание Обединеното кралство и Ирландия се съгласиха, че понятието за жертва трябва да обхваща и лицата, които биха имали интерес да кандидатстват и които са квалифицирани за съответната длъжност. Това обаче едва ли решава проблема, като се имат предвид трудностите при идентифицирането на всяко от тези лица поотделно и тяхната слаба мотивация да обявят кои са. Като заявява публично намерението си да не

10 — Съображение 8 от директивата.

11 — Съображение 12 от директивата.

12 — Вж. моето заключение по дело Coleman, C-303/06, в момента висящо пред Съда, точка 7 и сл. Делото се отнася до Директива 2000/78/ЕО на Съвета от 27 ноември 2000 година за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите (ОВ L 303, стр. 16; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 7).

13 — Ibid., точка 24.

наема лица от определена раса или етнически произход, работодателят фактически изключва тези лица от процеса по кандидатстване за работа и от своето предприятие. Той не само говори за дискриминация, той *извършва* дискриминация. Не само изрича думи, а извършва „устен акт“ [14]. Ето защо изявлението, че лицата от определена раса или етнически произход не са добре дошли като кандидати за работа, е само по себе си форма на дискриминация.

17. Ако този вид дискриминация по някакви причини се изключи от приложното поле на директивата, ще се стигне до абсурдни резултати, тъй като по подразбиране държавите-членки ще имат възможност съгласно директивата да разрешават на работодателите по много ефективен начин да разграничават кандидатите си по раса или етнически произход само като предварително обявяват колкото се може по-явно дискриминационния характер на своята политика по наемане на работа. По този начин най-отявленият подход за дискриминация при наемането на служители може да се окаже и „най-изгоден“. Това несъмнено ще застраши — вместо да насърчи — условията за пазар на труда, благоприятстващ социалното приобщаване. Накратко, би било в противоречие със самата цел на директивата, ако се приеме, че понятието за пряка дискриминация не се отнася до публичните изявления на работодател в рамките на кампания за наемане на служители в смисъл, че кандидатурите на лица от определен етнически произход ще бъдат отхвърлени.

18. Доводът на г-н Feryn, че клиентите не гледат с добро око на служители от определен етнически произход, няма никакво отношение към въпроса за приложното поле на директивата. Дори и този довод да отговаря на истината, това само илюстрира разбирането, че „пазарът не е лекарство срещу дискриминация“ [15] и че нормативната намеса е от съществено значение. Нещо повече, приемането на нормативни мерки на общностно равнище способства за решаването на евентуалния проблем на колективното действие на работодателите, като предотвратява нарушаването на конкуренцията, което може да възникне именно поради този неуспех на пазара, ако на национално равнище съществуват различни стандарти за защита срещу дискриминация.

19. Ето защо предлагам на Съда да даде следния отговор на първия и втория от въпросите на националната юрисдикция: публичното изявление на работодател в рамките на кампания за наемане на служители в смисъл, че кандидатурите на лица от определен етнически произход ще бъдат отхвърлени, представлява пряка дискриминация по смисъла на член 2, параграф 2, буква а) от директивата.

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“ във: *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Оксфорд, 1997, p. 165.

Тежест на доказване

20. Препращащата юрисдикция иска и насоки относно тежестта на доказване. Тези въпроси се отнасят до твърдението на CGKR пред националната юрисдикция, че Feryn продължава да прилага дискриминационни практики по наемане на работа.

21. Приложимата разпоредба е член 8 от директивата. От тази разпоредба следва, че когато се установят факти, от които може да бъде заключено, че е налице пряка или непряка дискриминация, ответникът следва да докаже, че няма нарушение на принципа на равно третиране. В този смисъл когато е налице prima facie случай на дискриминация, работодателят трябва да докаже, че този принцип не е нарушен.

22. Това разместване на тежестта на доказване съответства на общностното право и на практиката на Съда в областта на дискриминацията, основана на пола. Както постановява Съдът, „[к]огато е налице prima facie случай на дискриминация, работодателят трябва да докаже, че съществуват обективни причини за разликата в заплащането [между работниците от мъжки и от женски пол]. Работниците щяха да са лишени от начин да осигурят спазването спрямо тях на принципа на равно заплащане пред националните юрисдикции, ако представянето на доказателства, които установяват prima facie наличие на дискриминация, нямаше за последица преминаването върху работодателя на тежестта да се докаже, че разликата в заплащането всъщност не е дискриминационна“ [16]. В това отношение онова, което важи за случаите на дискриминация, основана на пола, важи и за случаите на дискриминация, основана на етническия произход. Всъщност в член 8 от директивата дословно е повторен текстът на член 4 от Директива 97/80/ЕО на Съвета от 15 декември 1997 година относно тежестта на доказване в случаите на дискриминация, основана на пола [17].

23. Националната юрисдикция следва да прилага правилата за тежестта на доказване към конкретните обстоятелства по случая. Въпреки това, както правилно посочва Комисията, когато е установено, че работодателят е направил публични изявления относно политиката си по наемане на работа като разглежданите в главното производство, и още повече когато действителната практика на работодателя при наемането на работа е неясна и не са били наемани лица от съответния етнически произход, ще е налице презумпция за дискриминация по смисъла на член 8 от директивата. Тази презумпция следва да се обори от работодателя.

24. Що се отнася до въпроса как националната юрисдикция трябва да преценява представените от работодателя доказателства за оборване на тази презумпция, следва да се приеме, че тази юрисдикция трябва да приложи съответните национални процесуални правила, при условие че, първо, тези правила не са

16 — Решение от 30 март 2000 г. по дело JämO (C-236/98, Recueil, стр. I-2189, точка 53). Вж. също Решение от 10 март 2005 г. по дело Nikoloudi (C-196/02, Recueil, стр. I-1789, точка 74).

17 — ОВ L 14, стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 5, стр. 32, изменена с Директива 98/52/ЕО на Съвета от 13 юли 1998 година (ОВ L 205, стр. 66; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 5, стр. 75). Вж. също член 10, параграф 1 от Директива 2000/78.

по-неблагоприятни от тези, които уреждат аналогични вътрешноправни съдебни производства (принцип на равностойност), и второ, че не правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на правата, предоставени от общностния правен ред (принцип на ефективността) [18].

25. Ето защо предлагам на Съда да отговори на третия, четвъртия и петия от поставените от националната юрисдикция въпроси така: след като е установено наличието на prima facie случай на дискриминация, основана на расата или на етническия произход, ответникът трябва да докаже, че принципът на равно третиране не е нарушен.

Подходящи способи за защита

26. На последно място, националната юрисдикция иска да установи кои са подходящите способи за защита, когато се установи случай на дискриминация, основана на расата или на етническия произход. По-конкретно националната юрисдикция пита дали установяването на наличието на дискриминация със съдебно решение е подходяща санкция, или при обстоятелства като тези по настоящото дело националната юрисдикция трябва да разпореди работодателят да преустанови дискриминационната си политика по наемане на работа.

27. По въпроса за санкциите член 15 от директивата предвижда, че „[д]ържавите-членки определят режима на санкции, приложими при нарушаване на националните разпоредби, приети в съответствие с настоящата директива и приемат всички мерки, необходими за да гарантират тяхното прилагане. Санкциите, които могат да включат изплащане на обезщетение на жертвата, трябва да бъдат ефективни, пропорционални и разубедителни [другаде в текста: „възпиращи“]“. Освен това както постановява Съдът в Решение по дело Von Colson и Kamann, националните съдилища са длъжни да предприемат всички необходими мерки, за да бъде изпълнено задължението на държавите-членки да постигнат предвидения в директивата резултат [19].

28. Именно препращащата юрисдикция следва в съответствие с приложимите вътрешноправни разпоредби да определи каква ще е подходящата санкция предвид обстоятелствата по конкретния случай. Чисто символичните санкции обаче като цяло не са достатъчно възпиращи, за да осигурят прилагането на забраната за дискриминация [20]. Следователно забраната по съдебен път на такова поведение изглежда по-подходяща санкция.

29. В обобщение, ако установи, че е налице нарушение на принципа на равно третиране, националната юрисдикция трябва да осигури ефективни, пропорционални и възпиращи способи за защита.

18 — Вж. в този смисъл Решение на Съда от 16 декември 1976 г. по дело Rewe Zentralfinanz и Rewe Zentral (33/76, Recueil, стр. 1989), Решение от 14 декември 1995 г. по дело Van Schijndel и Van Veen (съединени дела C-430/93 и C-431/93, Recueil, стр. I-4705, точка 17) и Решение от 7 юни 2007 г. по дело Van der Weerd и др. (C-222/05 до C-225/05, Сборник, стр. I-4233, точка 28).

19 — Решение от 10 април 1984 г. (14/83, Recueil, стр. 1891, точка 26). Вж. също Решение от 10 април 1984 г. по дело Harz (79/83, Recueil, стр. 1921, точка 26).

20 — Вж. по аналогия Решение по дело Von Colson и Kamann, точки 23 и 24.

III — Заключение

30. По изложените дотук съображения смятам, че на поставените от Arbeidshof te Brussel въпроси следва да се отговори така:

„1) Публичното изявление на работодател в рамките на кампания за наемане на служители в смисъл, че кандидатурите на лица от определен етнически произход ще бъдат отхвърлени, представлява пряка дискриминация по смисъла на член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2000/43/ЕО на Съвета от 29 юни 2000 годинаотносно прилагане на принципа на равно третиране на лица без разлика на расата или етническия произход.

2) След като е установено наличието на prima facie случай на дискриминация, основана на расата или на етническия произход, ответникът трябва да докаже, че принципът на равно третиране не е нарушен.

3) Когато установи, че е налице нарушение на принципа на равно третиране, националната юрисдикция трябва да осигури ефективни, пропорционални и възпиращи способи за защита.“