

Tõendamiskohustuse jagunemine ELi diskrimineerimisvastases õiguses

Goran Selanec S.J.D



This training session is funded under the 'Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020' of the European Commission.

Seda koolitussessiooni rahastab Euroopa Komisjoni programm "Õigused, võrdsus ja kodakondsus 2014-2020"

Õiguslik alus

Direktiiv 2006/54/EÜ (uuesti sõnastatud) :

*“Liikmesriigid võtavad kooskõlas oma riigisisese õigussüsteemiga vajalikud meetmed tagamaks, et kui isik, kes leiab, et ta on võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamata jätmise tõttu kannatanud, esitab kohtule või muule pädevale asutusele **asjaolud, mille põhjal võib eeldada, et on toimunud** otsene või kaudne diskrimineerimine, **peab** **kostja tõendama**, et võrdse kohtlemise põhimõtet **ei ole rikutud.**”*

- Nõukogu direktiiv 2000/43/EÜ, artikkel 8
- Nõukogu direktiiv 2000/78/EÜ, artikkel 10

Tõhusa õigusliku kaitse põhimõtte

- ***ei vabasta hagejaid*** kohustusest veenda kohut diskrimineerimise esinemises
- eesmärk on ***kõrvaldada tõhusa õigusliku kaitse barjäärid*** ELi tagatavast õigusest võrdsusele
 - Tõhusa õigusliku kaitse aluspõhimõtte väljendamine ELi õiguses (õigused, mis tulenevad ELi õiguskorrast)

Tõendamiskohustuse garantii on osa diskrimineerimisevastasest (võrdõiguslikkuse) õigusest ELis. Kui otsest (kaudset) diskrimineerimist või seksuaalset ahistamist keelavad õigussätted on materiaalsed õigused, siis tõendamiskohustus on protsessiõigus. Ometi on see ELi õigusega ette nähtud individuaalne õigus igale isikule, kes taotleb õiguslikku kaitset diskrimineerimise eest.

Tõendamiskohustuse eesmärk on luua menetluskontekst, milles materiaalseid diskrimineerimisvastaseid tagatise saaks tõhusalt jõustada. Individuaalse õigusena on tõendamiskohustus siiski oluline. See aitab kaasa materiaalse diskrimineerimisvastase kaitse tõhususele. Sellega seoses on tõendamiskohustuse garantii ELi õiguse aluspõhimõtte – tõhusa õiguskaitse põhimõtte – eriline (spetsiaalne) väljendus.

Tõhus kohtulik kaitse

- Kaasus 222/84 Johnston

„...tuleb meenutada, et direktiivi artikkel 6 kehtestab liikmesriikidele kohustuse võtta oma siseriiklikes õigussüsteemides meetmed võimaldamaks isikutel, kes leiavad, et neid on diskrimineerimise tõttu õigusvastaselt koheldud, „taotlema oma õiguste kaitset kohtu kaudu“. Sellest sättest järeldub, et liikmesriigid peavad võtma direktiivi eesmärgi saavutamiseks piisavalt tõhusaid meetmeid ning tagama, et asjaomased isikud võiksid niiviisi antud õigustele siseriiklikes kohtutes tugineda.

Ette nähtud kohtulik kontroll on liikmesriikide ühesugusel riigiõiguslikel tavadel rajaneva üldise õiguspõhimõtte väljendus. See põhimõte on sätestatud ka 4. novembri 1950. aasta Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artiklites 6 ja 13. Euroopa Parlamendi, nõukogu ja komisjoni 5. aprilli 1977. aasta ühisdeklaratsiooni (EÜT C 103, lk 1) ning Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb ühenduse õiguses võtta arvesse põhimõtteid, millest see konventsioon juhindub.

Direktiivi artikli 6 kohaselt, mida tõlgendatakse mainitud üldpõhimõtet silmas pidades, on igal isikul õigus tõhusale kohtulikule kaitsele pädevas kohtus, kui tegemist on meetmetega, mis tema arvates rikuvad direktiivis 76/207 sätestatud meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtet. Liikmesriigid on kohustatud tagama tõhusa kohtuliku kontrolli kohaldatavate ühenduse õigusnormide ja direktiiviga sätestatud õiguste rakendamiseks mõeldud siseriiklike sätete järgimise üle.

Niisil tuleb Industrial Tribunal'i esitatud küsimuse sellele osale vastata, et nõukogu 9. veebruari 1976. aasta direktiivi 76/207 artiklis 6 ette nähtud tõhusa kohtuliku kontrolli põhimõttega on vastuolus see, kui siseriikliku ametivõimu õiend, mis kinnitab, et meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtet avaliku julgeoleku kaitse eesmärgil erandi tegemise tingimused on täidetud, tunnistatakse vaieldamatuks tõendiks, mis välistab igasuguse kohtuliku kontrolli.”

Juba kaasuses **14/83 von Colson** otsustas kohus, et „siseriiklikud õiguskaitsevahendid peavad tagama tõelise ja tõhusa kohtuliku kaitse“, et tagada meeste ja naiste võrdne kohtlemine ELi õiguse alusel.

22 EI SAA KEHTESTADA VÕIMALUSTE TEGELIKKU VÕRDSUST, KUI EI OLE ASJAKOHASTE SANKTSIOONIDE SÜSTEEMI. SELLINE TAGAJÄRG TULENEB MITTE AINULT DIREKTIIVI EESMÄRGIST, VAID EELKÕIGE SELLE ARTIKLIST 6, MIS ANNAB TÖÖTSIJATELE, KELLELE ON SAANUD OSAKS DISKRIMINEERIMINE, ÕIGUSE PÕÖRDUDA KOHTUSSE, TUNNUSTADES SEEGA, ET NEIL ON ÕIGUSI, MILLE KAITSET NAD VÕIVAD TAOTLEDA KOHTU KAUDU.

23 KUIGI DIREKTIIVI TÄIELIK RAKENDAMINE EI EELDA DISKRIMINEERIMISKEELU RIKKUMISE EEST MINGIT KINDLAT LIIKI SANKTSIOONI, NAGU ON TÕDETUD VASTUSES ESIMESELE KÜSIMUSELE, EELDAB SEE SIISKI, ET SANKTSIOON PEAB OLEMA NIISUGUNE, MIS TAGAB TEGELIKU JA TÕHUSA KOHTULIKU KAITSE. VEEL PEAB SELLEL OLEMA TÖÖANDJALE REAALSELT HOIATAV MÕJU. SELLEST JÄRELDUB, ET KUI LIIKMESRIIK OTSUSTAB NÄHA DISKRIMINEERIMISE KEELU RIKKUMISE KORRAL SANKTSIOONIKS ETTE KAHJUHÜVITISE MAKSMISE, PEAB VIIMANE OLEMA VASTAVUSES KANTUD KAHJUGA.

Kaasus 222/86 Heylens (1987)

4 KUNA TASUTA JUURDEPÄÄS TÖÖLE ON PÕHIÕIGUS, MIDA LEPING ANNAB ÜHENDUSE IGALE TÖÖTAJALE, ON KOHTULIKU LOOMUGA ÕIGUSKAITSEVAHEND PÕHILINE TÕHUS KAITSE RIIKLIKU AMETIASUTUSE MISTAHES OTSUSE VASTU, MIS KEELAB SELLE ÕIGUSE

KASUTAMIST. NAGU KOHTU 15. MAI 1986. A. OTSUSES KOHTUASJAS 222/84 JOHNSTON VS. ROYAL ULSTERI PEAKKONSTAABEL ((1986)) EKL 1651, AT P . 1663, PEEGELDAB SEE NÕUE ÜHENDUSE ÕIGUSE ÜLDPÕHIMÕTET, MIS ON ALUS LIIKMESRIIKIDE ÜHISTELE PÕHISEADUSLIKELE TRADITSIOONIDELE NING ON SÄILITATUD EUROOPA INIMÕIGUSTE JA PÕHIVABADUSTE KAITSE KONVENTSIOONI ARTIKLITES 6 JA 13.

15 TÕHUS KOHTULIK JÄRELEVALVE, MIS PEAB LAIENEMA VAIDLUSTATUD OTSUSTE PÕHJENDUSTE SEADUSLIKKUSE KONTROLLIMISELE, EELDAB ÜLDJUHL, ET ASJAGA TEGELEV KOHUS VÕIB NÕUDA PÄDEVALT ASUTUSTELT TEHTUD OTSUSTE PÕHJENDAMIST. KUI AGA, NAGU SELLE JUHTUMI PUHUL, ON TEGEMIST ASUTAMISLEPINGUS ÜHENDUSE TÖÖTAJATELE ANTUD **PÕHIÕIGUSE TÕHUSA KAITSEGA,** PEAVAD TÖÖTAJAD **SAAMA SEDA ÕIGUST PARIMAL VÕIMALIKUL JUHUL KAITSTA JA OTSUSTADA,** TUGINEDES OLULISTELE FAKTIDELE, KAS ASJA KOHTUSSEE ANDMINE ON NENDE HUVIDES. SELLEST JÄRELDUB, ET NIMETATUD OLUKORRAS ON ASJAOMASEL RIIKLIKUL PÄDEVAL ASUTUSEL KOHUSTUS TEAVITADA NEID OMA TEHTUD NEGATIIVSE OTSUSE PÕHJUSTEST KAS OTSUSES ENDAS VÕI HILJEM, KUI SEDA TAOTLETAKSE.

USA põhiseaduse kohtuvõimu klausli (Art III) kontekstis nõuab kohtuasjade või vastuolude klausel, et hagejal peab **olema hagi esitamiseks 'põhjendus' ('standing')**. See nõue kehtib võrdselt nii kodanike kui ka mittekodanike kohta. Nagu ülemkohus leidis kohtuasjas Clapper vs. Amnesty International, „[artikli III kehtivuse põhjendamiseks] peab kahju olema „konkreetne, täpsustatud ja tegelik või vahetu; jälgitav vaidlustatud toimingus osas; ja **hüvitatav pooldava otsusega.**” Spekulatsioonist ei piisa; kahju (tegelik või ähvardav) peab eksisteerima „tegelikult” (p. 10).

Kohtud kui üks võrdselt väärtuslikke riigivõimu, st. valitsuse, harusid.

Soolise võrdõiguslikkuse põhimõtte normatiivne tugevus kui ELi õiguskorra õiguslase integratsiooni soodustaja.

Jagunemismehhanism

- tõendamiskohustuse garantii eesmärk on ***jagada vastutused*** erinevate osapoolte vahel kohtu ees seoses ***faktipõhiste tõendite esitamise***ga, mille põhjal saab kohus lõplikult ***järeldada***, kas väide diskrimineerimise kohta on (ei ole) põhjendatud.

Jagunemine põhineb normatiivsel (väärtuspõhisel) eeldusel.

Konkreetsed diskrimineerimise liigid – soo, rahvuse, seksuaalse sättumuse, puude, vanuse, usuliste veendumuste alusel – on osa praeguste sotsiaalsete suhete struktuurist. Diskrimineerimine ei piirdu üksikute erandjuhtudega. See on osa praeguse ühiskonnaelu struktuurist. Järelikult, seistes silmitsi sotsiaalsete suhete asümmeetrilise struktuuriga (tasakaalu puudumine jõuvahekordade vahel) domineerivate ja „vähemusrühmade” liikmete vahel, püsib formaalne võrdsus – arusaam, et kõiki tuleb kohelda järjekindlalt samade kriteeriumide alusel – *status quo*’na.

Sellest tulenevalt takistab kokkuleppeline põhimõte, et hagejal lasub vastutus oma nõude õigsuse tõendamise osas, diskrimineerimise ohvri menetluslikku võimalust saada kohtulikku kaitset tegelikust elust tulenevalt asjaolust, et tal puudub peaaegu igasugune kontroll oma huvisid puudutavate otsuste tegemise protsessi üle.

Menetlusreeglid peaksid andma hagejatele (traditsiooniliselt ebasoodsas olukorras olevate sotsiaalsete rühmade liikmetele) reaalse võimaluse kaasata kohus hoolikalt uurima ja ausalt hindama viisi, kuidas kostja konkreetse hageja huve puudutava otsuseni jõudis.

ELi tõendamiskohustuse põhimõtte protseduuriline ulatus

- Põhimõtte nõuab siseriiklike menetlusreeglite kohandamist, mis on seotud tõendite esitamise ja hindamisega diskrimineerimisvastase kohtumenetluse kontekstis.
- Millised menetlusreeglid kuuluvad selle põhimõtte kohaldamisalasse:
 - Tõendite esitamise reeglid?
 - Esitatud tõendite hindamise reeglid?
 - Mõlemad?

Direktiivid ega Euroopa Kohtu kohtupraktika ei maini, millised menetlusreeglid kuuluvad põhimõtte kohaldamisalasse. Võttes arvesse pädevuste jaotust ELi õiguskorra ja siseriiklike õiguskordade vahel kohtumenetlusõiguse valdkonnas, pole selline vaikimine üllatav. Rusikareegel (subsidiarsus/proportsionaalsus) on see, et põhimõtte ulatub ainult nende menetlusreegliteni, mille kaotamine tagaks ELi õiguse tõhusa jõustamise (antud juhul diskrimineerimisvastased garantiid). Lühidalt, hõlmab ainult neid reegleid, mille kohandamine on vajalik.

Tegelikkuses on põhimõtte sihtmärgiks enamasti riiklikud eeskirjad ja tavad, mis on seotud **esitatud tõendite hindamisega**.

Euroopa Kohus on sageli kehtestanud hindamisstandardi, mis on seotud *prima facie* künnisega, mis määrab, kas teatud faktide kategooria nihutab (täielikult) tõendamise kohustust, et vaidlusalune kohtlemine/käitumine ei olnud hagejat diskrimineeriv. Euroopa Kohtu teedrajavad tõendamiskohustuse otsused, nagu Danfossi või Enderby kaasused, on head näited. Mõlemad otsused näitavad ELi tõendamiskohustuse põhimõtte potentsiaalselt kaugeleulatuvaid tagajärgi, mida sageli alahinnatakse nii kirjanduses kui ka riiklike kohtute praktikas.

Esiteks kinnitasid mõlemad otsused, et teatud faktiliste asjaolude kategooria – otsustusprotsessi läbipaistvuse puudumine – on piisava tõendusjõuga, et 1) võimaldada hagejal soovi korral "puhata" ja 2) panna kogu tõendamiskoormis kostjale.

Teiseks näitavad mõlemad näited ELi tõendamiskohustuse põhimõtte normatiivset alust.

Oluline on märkida, et vaidlusaluse ebasoodsa kohtlemise tagajärjeks olevate otsuste tegemise läbipaistvuse puudumine ei ole iseenesest piisav diskrimineerimise tuvastamiseks. Kui aga kostja ei esita veenvat põhjust, mis näitaks, et vaidlusalune kohtlemine ei olnud ebasoodne või et see ei olnud seotud diskrimineeriva põhjusega, peab tõendeid hindav siseriiklik kohus leidma selle hageja jaoks. Nende kahe kohtumenetluse käigus tuvastatud asjaolu – 1) läbipaistvuse puudumine ja 2) veenva „objektiivse“ (mittediskrimineeriva) selgituse – kombinatsioon on piisavaks aluseks õiguslikuks järelduseks, et väide diskrimineerimise kohta on põhjendatud.

Siin pole võimalik üle rõhutada võtmepunkti: diskrimineerimise seaduslikuks tuvastamiseks ei vaja riiklikud kohtud seda tüüpi tõendeid, mida tavaliselt eeldatakse akadeemilistes/teaduslikes uuringutes ja järeldustes. Teaduslikud põhjendused ei võimaldaks järeldada, et testitud käitumine/kohtlemine oli diskrimineeriv, kui olemasolevad tõendid piirdusid otsuste tegemise läbipaistmatuse ja mittediskrimineerivate põhjuste puudumisega. Selliste tõenditega silmitsi seistes võib teaduslik järeldus olla, et see, kas diskrimineerimine toimus, jääb lahtiseks küsimuseks, sest kumbagi kahest võimalikust „väitest“ ei saa *teadusliku protsessiga* nõutava kindlusega kindlaks teha.

Kohtuotsuste tegemine on aga väga erinev arutlusprotsess. Selle sotsiaalse normatiivsuse eesmärgid on erinevad. See on mõeldud vaidluste lahendamiseks õigusnormide alusel, mida ei kohaldata mitte eksperimentaalses „laboris“ (mudelipõhises) seisundis, vaid reaalse elukogemuse kontekstis, mida normatiivsed väärtused peaksid hõlbustama. Sellest tuleneb ka sotsiaalse reaalsuse hästi aktsepteeritud tõsiasi, et teatud sotsiaalsete rühmade (naised, rahvusvähemused jne.) liikmete ebasoodne kohtlemine, eriti teatud valdkondades nagu tööhõive, on pikaajaline ja laialt levinud, st. see on süsteemne nende inimeste poolsete otsuste tegemisel, kellel on võim protsessi kontrollida. Just sellise sotsiaalse konteksti valguses on läbipaistvuse puudumise fakt ja veenva põhjenduse puudumine enam kui piisavad kohtulikuks õiguslikuks järelduseks, et diskrimineerimise väide on põhjendatud.

Asjaolu, et ELi tõendamiskohustuse põhimõte on olnud peamiselt seotud esitatud tõendite hindamise standardiga, ei tähenda, et see ei jõuaks ka siseriiklike eeskirjadeni, mis puudutavad tõendite esitamist kohtus.

ELi tõendamiskohustuse põhimõtte materiaalne ulatus

- ELi tõendamiskohustuse põhimõtte kohaldamisel ilmnevad erinevad „spetsiifilised omadused” sõltuvalt materiaalsest diskrimineerimisvastasest garantiist, mida jõustamine peaks hõlbustama:
 - Otsene diskrimineerimine
 - Kaudne diskrimineerimine
 - Mõistlikud abinõud
 - Ahistamine
 - Seksuaalne ahistamine

Diskrimineerimise tõestamise põhitõed: formaalne vs. tõeline

– Mida on vaja tõestada?

- Kallutatatus
 - Eelarvamus
 - Stereotüüp (ratsionaalne ja/või ebaratsionaalne)
- Vastuolu (vormi rikkumine)
 - Sarnast koheldaks erinevalt
 - Erinevat koheldakse sarnaselt (või mitte piisavalt erinevalt)
- Grupi liikmeks olemise negatiivsed mõjud (reaalelu tagajärjed)
 - keskendutakse uuritava kohtlemise tegelikele tagajärgedele

Diskrimineerimise tõendamine eeldab diskrimineerimise õigusmõiste(te) täpset tähendust. Millegi olemasolu tõestamiseks tuleb mõista selle asja olemust/sisu. Selguse puudumine selle kohta, mis täpselt kujutab endast erinevaid diskrimineerimise vorme, takistab tõendamiskohustuse jagunemise põhimõtte rakendamist.

Sellega seoses tasub rõhutada, et usutav tõend kallutatuse osas on enam kui piisav põhjus järeldamiseks, et vaidlusalune kohtlemine kujutab endast OTSESET diskrimineerimist. Igasugune kohtlemine, mis on ajendatud eelarvamusest või stereotüübist, kuulub otsese diskrimineerimise alla. Ei ole oluline, kas eelarvamuse motiiv oli teadlik või mitte.

Glasgow City Council vs. Zafar

„[diskrimineerimisvastased] väited tekitavad kaebuse esitajatele erilisi tõendamisprobleeme, kuna need, kes diskrimineerivad rassi või soo alusel, ei avalda üldiselt oma eelarvamusi: nad ei pruugi neist isegi teadlikud olla.”

Tõsiasi, et vastaja otsustusprotsessis oli tegu eelarvamustega, on iseenesest piisav diskrimineerimisläveni jõudmiseks. Kui kohus tuvastas kallutatuse, ei pea (ei tohi) asuda uurima vaidlusaluse kohtlemise tagajärgede olulisust hageja konkreetsetele huvidele. Samuti on erapoolik kohtlemine oma olemuselt ebajärjekindel selles mõttes, et kõiki tuleks kohelda ühtemoodi (järjekindlalt), olenemata nende kuulumisest teatud sotsiaalsesse rühma (naised, etniline grupp, seksuaalvähemus jne). Seega on kahtlemata

tegu formaalse võrdõiguslikkuse rikkumisega.

Diskrimineerimise keeld ulatub aga oluliselt kaugemale kallutatusest. Erapoolik kohtlemine on alati diskrimineerimine, kuid erapooletu kohtlemine ei pruugi olla mittediskrimineeriv. Kui eelarvamus kui diskrimineerimise tuvastamise oluline tegur on kõrvaldatud, tekib küsimus, kas diskrimineerimist saab kõige paremini mõista kui 1) järjepidevuse hindamist vaidlusaluse kohtlemise vormis (nagu samalaadne), olenemata tegelikest tagajärgedest, mida kohtlemine avaldab hageja huvidele, kes on mõne traditsiooniliselt ebasoodsas olukorras oleva sotsiaalse grupi liige VÕI kui 2) hinnangut vaidlusaluse kohtlemise tegelike tagajärgede olulisusele hageja KUI ebasoodsas olukorras oleva SOTSIAALSE GRUPI LIIKME sotsiaalsele positsioonile.

Seda lahknemist diskrimineerimise mõiste mõistmisel nimetatakse rahvasuus formaalse võrdõiguslikkuse ja sisulise (tegeliku) võrdõiguslikkuse konfliktiks. See, kas inimene tajub diskrimineerimist formaalse või sisulise võrdõiguslikkuse raames, mõjutab paratamatult tema lähenemist tõendamiskohustuse garantiile.

Otsese diskrimineerimise tõendamine

- Esitage faktid, millele tuginedes saab kohus jõuda järeldusele, kas vaidlusalune kohtlemine oli:
 - *ebasoodne*
 - *seotud* diskrimineeriva alusega
- „Võrdluisiku” keerukas roll

Prima facie lävend (PFT)

- Mida tähendab „eeldama“
 - ilma esitatud faktide muu selgituseta on tõenäolisem, et diskrimineerimine selgitab fakte (*tõendite ülekaal*)
 - faktid näitavad suure tõenäosusega, et diskrimineerimine toimus (*tõenäoline põhjus*)
 - konkreetne, sõnastatud ja individuaalne kahtlus, et diskrimineerimine toimub (*põhjendatud kahtlus*)
 - esitatud tõendid peavad olema sellised, mis muudavad diskrimineerimise toimumise oluliselt tõenäolisemaks kui selle mittetoimumise (*selged ja veenvad tõendid*)

Üleminek

- Kuidas kostja tõendab, et diskrimineerimist ei toimunud?
 - Lükates ümber *prima facie* eelduse (piisavuse standard) usaldusväarsuse
 - Näidates, et praktika ei olnud tõepoolest kuidagi seotud kahtlusaluse kriteeriumiga? (täielik kohustus)
 - Millise veenvuse astme peab ta saavutama, et kohut veenda?#

Varasem kohtupraktika

C-109/88 Danfoss (1989)

“kui palgasüsteemis puudub täielikult läbipaistvus ja statistilised tõendid näitavad mees- ja naistöötajate palkade erinevust, nihkub tõendamiskohustus tööandjale, et seostada palgaerinevust sooga mitteseotud teguritega.”

- *Prima facie* lävend:
 - kuulumine gruppi
 - statistilised tõendid, mis toovad välja ebasoodsa kohtlemise
 - täielik läbipaistvuse puudumine
 - “taotletud ja keeldutud” – kaebaja küsis selgitust
- Üleminek:
 - tõendid sooga mitteseotud tegurite kohta
 - kohustus „arvestada”

Kuigi Danfossi kaasusest räägitakse sageli kaudse diskrimineerimise kontekstis, on see eelkõige õpetlik tõendamiskohustuse põhimõtte kohaldamisel otsese diskrimineerimise nõuete puhul.

Esiteks näitavad Euroopa Kohtu fookuses olnud asjaolud, eriti *prima facie* diskrimineerimise tuvastamise kontekstis, õiguse mitte olla diskrimineeritud praktilist ülesehitust. Palga struktuuriga seotud statistikal oli kahetine roll.

Ühest küljest oli selle roll kehtestada erinev kohtlemine rühmade vahel, mida peeti võrreldavateks, kuna eeldati, et nende töö (tööülesanded) on tootmisprotsessi lõpptulemuse jaoks võrdse väärtusega. Ühte tüüpi tööd tegevat rühma koheldi ebasoodsamalt (tasustati vähem) kui teist tüüpi tööd tegevat rühma. Kohtlemine ei olnud mitte ainult erinev, vaid ka vähem soodne (võrdse väärtuse eelduse tõttu).

Teisest küljest oli statistika roll näidata ka seda, et üks rühm erines soolise struktuuri poolest teisest. See asjaolu viitas sellele, et erinev kohtlemine (erinev tasu väidetavalt samaväärse töö eest) oli mingil moel seotud soo kriteeriumiga (rühma kuulumine).

Teiseks viitas Danfossi kaasuse arutluskäik sellele, et tõsiasi, et hageja tuvastas palgaerinevuse (tema ebasoodsasse olukorda asetamise) ja asjassepuutuvatesse sotsiaalsetesse rühmadesse kuulumise erinevuse eelistatud ja ebasoodsas olukorras olevate isikute vahel, ei ole *iseenest* piisav *prima facie* künnise saavutamiseks. Künnis saavutati vaid seetõttu, et nende kahe asjaoluga – palgaerinevus ja kahe töötajate grupi erinev sooline struktuur – kaasnes kolmas täiendav asjaolu: otsustusprotsess, mille

alusel tööandja oma töötajatele tasu määras, ei olnud piisavalt läbipaistev.

Kolmandaks tuleb tähele panna, kuidas Euroopa Kohus kehtestas tõendamiskohustuse nihke. Siseriikliku kohtu veenmiseks, et hageja kahjuks erinev töötasu ei olnud seotud tema sooga, pidi tööandja esitama erinevust arvestavad tegurid, mis ei olnud sooga seotud. Mõiste „arvestama” kasutamine viitab sellele, et tööandja ei saa lihtsalt sõnastada mingit „neutraalset” põhjust, mis võiks teoreetiliselt selgitada palgaerinevust. Põhjus pidi olema tegelik, st. konkreetse tootmisprotsessi jaoks tegeliku tehnilise tähtsusega. Teisisõnu on kostjal kohustus veenda kohut põhjuse objektiivses vajalikkuses. See ei saa pelgalt sõnastada võimalikku põhjendust (mis nihutaks selle ümberlökkamise koormuse tagasi hagejale).

Neljandaks, pange tähele ka seda, et kui kostja esitas tõendeid „sooga mitteseotud tegurite” kohta, ei tähenda see tingimata, et palgaerinevus ei olnud diskrimineeriv. Näiteks kui tööandja selgitab veenvalt töötasude erinevust mõne väljakujunenud neutraalse tehnilise reegli/tava tõttu, mis ei vaidlusta eeldust, et rühmad teevad võrdse väärtusega tööd, viitab see sellele, et erinevus ei kujutanud endast otsest diskrimineerimist. Sel hetkel oleks aga tekiks küsimus võimalikust kaudsest diskrimineerimisest. Sellest tulenevalt nihkuks fookus statistikaga seotud tõenditele kahe töötajate rühma soolise struktuuri arvulise erinevuse ulatuse ja stabiilsuse kohta.

Varasem kohtupraktika

CÁ 27/92#Enderby

“kui logopeedide palk on **oluliselt** madalam kui apteekritel ja kui esimesed on **eranditult naised**, samas kui teised on **valdavalt mehed**, **on tegu** prima facie soolise diskrimineerimise juhtumiga... Ó

Prima facie diskrimineerimise korral **peab tööandja näitama**, et palgaerinevus on **objektiivsed põhjused**. Töötajad ei saaks võrdse tasu põhimõtet siseriiklikes kohtutes jõustada, kui prima facie diskrimineerimise tõendid ei paneks tööandjale kohustust näidata, et palgaerinevus ei ole tegelikult diskrimineeriv (vt. analoogiline Danfossi kaasus, ülal, paragrahv 13). ”

Enderby kaasus kinnitas ja mõningal määral täiustas Danfossi arutlusstandardit, mis on seotud diskrimineerimisjuhtumite tõendamiskohustusega.

Esiteks rõhutas Euroopa Kohus selgelt usaldusväärsete ja selgete statistiliste andmete kaalukust. Kui statistika suudab näidata statistiliselt olulist (stabiilset) erinevat kohtlemist (siin töötasu) kahe võrreldavaks peetava (siinkohal samaväärse tööga tegelevate) töötajate rühma vahel, loetakse kohtlemine ebasoodsaks.

Võrdse töö eest võrdse tasu põhimõttest tulenevalt loetakse selle põhimõtte igasugune rikkumine ebaseaduslikuks. Seetõttu on tegu ebasoodsa kohtlemisega.

Kui selline ebasoodne kohtlemine on seotud mõne diskrimineeriva kriteeriumiga (siin sugu), on tegemist diskrimineerimisega (siin soo alusel). Usaldusväärne ja stabiilne statistika võib olla sellise seose tõendiks.

Kui tehti kindlaks, et statistika näitab nn. grupi liikmelisuse statistilist relevantsust soodsama kohtlemise osas, oli *prima facie* künnis täidetud.

Teiseks pange tähele, et *prima facie* künnis ei teinud (veel) vahet otsesel ja kaudsel diskrimineerimisel. Teisisõnu saab statistikat kasutada tõendina otsese diskrimineerimise juhtumite kontekstis. See pole üllatav, sest süsteemne diskrimineerimine ei eelda kostja käitumise täielikku järjepidevust. Näiteks võis tööandja eelistada mitte ainult meeste, vaid ka rohkemate meeste (kui naiste) töölevõtmist, eriti

kui ta üritab varjata oma sooga seotud kallutatust. Selline praktika pole kindlasti „nähtavalt neutraalne”. Seetõttu tuleks seda käsitleda otsese diskrimineerimise raames.

Vaid juhul, kui kostja veenab kohut, et statistiliselt olulist kohtlemise erinevust selgitavad objektiivsed põhjused, mis ei ole kuidagi seotud diskrimineeriva alusega (näiteks sooga), muutub kaudne diskrimineerimine võimalikuks.

Varasem kohtupraktika

CÁ 27/92#Enderby

- Ülemineku kaitselemendid
 - Objektiivsed põhjused
 - Ei ole seotud diskrimineeriva alusega
 - Läbipaistvuse puudumise küsimus
 - tööandja püüdis kaitsta menetluslikku võrdsust, tuginedes kollektiivläbirääkimiste "demokraatlikule" protsessile
 - väidetavalt „esindusliku“ protsessi läbipaistmatus ja ametiühingute ajalugu organisatsioonidena, kus „domineerivad mehed“ näitas, et põhjus ei olnud „objektiivne“.
- *Prima facie* elemendid
 - Andmed, mis näitavad statistiliselt relevantset erinevust kohtlemises (sama väärtusega tööd tegevate gruppide osas)
 - Andmed, mis näitavad statistiliselt relevantset erinevust (sugu, etniline kuuluvus, jne.) kahe grupi struktuuri vahel

Enderby on huvitav otsus ka selle poolest, mis roll oli läbipaistvuse küsimusel ELi arutluskäigus tõendamiskohustuse jaotamisel.

Enderby kohtuasjas üritas kostja rakendada teatud tüüpi kaitset. Ta väitis, et palgaerinevus ei saa kuuluda diskrimineerimise alla, kuna see tulenes ausast ja demokraatlikust dialoogist sotsiaalpartnerite – töötajate ja tööandjate – esindajate vahel selles konkreetsetes sektoris. Järelikult muutis otsustusprotsessi struktuur võimatuks selle, et palgakriteeriumite üle otsustamine oleks tingitud teatud sooga seotud eelarvamustest.

See argument ei veennud Euroopa Kohust. Lisaks hinnati argumenti laiema tegeliku sotsiaalse konteksti valguses. Kohus pani tähele tõesiasja, et kogu läbirääkimisprotsess ei olnud eriti läbipaistev. Järelikult puudusid teadmised tegelikest palgaotsust kujundanud kriteeriumidest. Lisaks rõhutati, et ametiühingute esindatuse ajalugu ei olnud julgustav, kuna ametiühinguid häiris naiste alaesindatus ja nad keskendusid rohkem sektoritele, kus domineerivad mehed. Seega oli rohkem kui piisavalt põhjust eeldada, et otsustusprotsessis toimis teatud tüüpi seotud eelarvamus, kuigi see võis olla varjatud või teadvustamata. Sellest tulenevalt leidis Euroopa Kohus, et selline põhjendus ei ole piisav, et tühistada *prima facie* diskrimineerimine.

Pange tähele, et läbipaistvuse küsimusel oli Enderby kohtuasjas pisut erinev roll kui Danfossi kohtuasjas. Danfossi kohtuasjas oli see oluline element diskrimineerimise *prima facie* tõendamise etapis. Hageja ei täidaks oma osa tõendamiskohustusest ilma selleta. Enderby kohtuasjas see nii ei olnud. Siin täitis hageja *prima facie* künnise stabiilse ja

veenva statistika abil. Seega ei olnud hagejal selles diskrimineerimise tõendamise etapis vaja läbipaistvuse argumenti. Läbipaistvuse küsimus muutus aktuaalseks alles siis, kui tõendamiskohustus läks täielikult üle kostjale. Nagu märgitud, viitas Euroopa Kohus argumendile, et kostja esitatud põhjendus ei olnud veenev.

Selline läbipaistvuse argumendi kasutamine ELi poolt on pigem kõnekas künnise osas, millele kostja peab täitma, kui hageja on esmapilgul *prima facie* künnise edukalt saavutanud. Kostja ei saanud esitada vaid mõnda mõistlikku põhjendust, mis lubaks, et vaidlusalust kohtlemist võib seletada põhjusega, mis ei ole seotud ebaseaduslike diskrimineerivate kriteeriumidega. Kostja peab kohut veenma, et esitatud põhjendus on reaalne ja sidus. Teisisõnu ei saa kuidagi olla lubatud võimalus, et diskrimineerivad kriteeriumid toimisid mingil varjatud viisil. Lisaks ei saa kostja kasutada üksnes teoreetilist põhjendust. Põhjendus peab tulenema tegelikust vajadusest ja sellest tulenevalt kostja tegelikust praktikast.

Varasem kohtupraktika - õppetunnid

- **BoP** põhimõtte osa laiemast menetlustagatiste kategooriast, mis tuleneb tõhusa õigus-/kohtukaitse põhimõttest kui ELi õiguse ühest aluspõhimõttest
- **Prima facie lävend: (tugev) eeldus**
 - Nõuab, et teabekoguja eeldaks, vähemalt ajutiselt, teatud faktide olemasolu, kui üks osapool on tõendanud teiste – tavaliselt loogiliselt omavahel seotud – faktide olemasolu
 - tõendamiskohustus nihkub *tootmisele ja veenmisele*
 - ülekaal või vähem
- **Ülemineku lävend: järelus**
 - kohustus 1) *esitada tõendeid faktide* osas, mis 2) lubaksid teabekogujal *teha järelusi* põhjenduse ja kogemuse alusel alljärgneva kohta:
 - *i) kas kohtlemine oli ebasoodne*
 - *ii) kas kohtlemine oli seotud diskrimineeriva alusega*
 - kaitsja ei saa kasutada “kõige vähem kättesaadava põhjuse” strateegiat

Tänapäeva kohtupraktika

- C-381/99 Brunhoffer
- C - 17/05 Cadman
- C - 54/07 Feryn
- C-104/10 Kelly
- C-81/12 Accept
- C-83/14 CHEZ

Võrdlusisiku roll

- Kas „sarnasuse” tõendamine on diskrimineerimise kohta kohtuliku järelduse tegemiseks hädavajalik?
 - diskrimineerimine kui formaalne järjepidev tegevus
 - diskrimineerimisega kaasneb kahe piisavalt sarnase olukorra erinev kohtlemine
 - nõuab võrdlusisiku olemasolu
- Kes peaks esitama (mitte)sarnasuse tõendi?
 - hageja *prima facie* etapis?
 - kostja osana kaitse üleminekuprotsessist?

C - 54/07 Feryn

„Kui tööandja teatab avalikult, et ta ei võta tööle teatava etnilise või rassilise päritoluga töötajaid – asjaolu, mis võib ilmselgelt mõningate kandidaatide töökohale kandideerimist **tõsiselt pärssida ja takistada seega nende tööturule pääsemist** –, on see töölevõtmisel **otsene diskrimineerimine** direktiivi 2000/43 tähenduses. Niisuguse otsese diskrimineerimise esinemiseks ei ole vaja, et oleks tuvastatud kaebuse esitaja, kes väidab, et teda on sel viisil diskrimineeritud.

Direktiivi 2000/43 artikkel 15, mis sätestab võrdse kohtlemise põhimõtte rassilise ja etnilise kuuluvuse osas, teeb liikmesriikidele ülesandeks kehtestada **eeskirjad sanktsioonide** kohta, mida rakendatakse vastavalt kõnesolevale direktiivile vastuvõetud siseriiklike õigusnormide rikkumise korral. Osutatud artiklis on täpsustatud, et sanktsioonid peavad olema tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad, **isegi kui tuvastatav ohver puudub**.

Faktide kokkuvõte :

NV Firma Feryn ('Feryn') on liug- ja tiibuste müügile ning paigaldamisele spetsialiseerunud ettevõtte. 2005. aasta alguses otsis Feryn töötajaid, kes klientide majades uksi paigaldaksid. Selleks paigaldas Feryn oma territooriumile, Brüsseli ja Antwerpeni vahelisele peateele, sildi 'vabad töökohad'. Hr. Pascal Feryn oli üks firma direktoritest. Ta andis Belgian riigiteleviisioonis intervjuu, milles ütles: '[M]eie mitmed esindajad külastavad kliente ... Kõik paigaldavad alarmsüsteeme ja tänapäeval on inimesed väga kartlikud. Mitte ainult immigrandid ei murra majadesse sisse. Ma ei ütle seda, ma pole rassist. Belgased murravad sama palju majadesse sisse. Kuid selge on see, et inimesed kardavad. Seetõttu ütlevad inimesed sageli: "me ei soovi näha immigrante". ... Mina pean klientide nõudmistele vastu tulema. Kui ütlete "Soovin teatud toodet ja seda sellisel viisil", ja mina ütlen "Mitte niiviisi, me saadame need inimesed", ja siis teie ütlete "Ma ei vaja seda ust." Siis ma jään klientidest ilma. Peame täitma klientide soove. See pole minu probleem. Mina pole seda probleemi Belgias loonud. Soovin, et firmal läheb hästi ja soovin saavutada aasta lõpuks teatud käibe. Kuidas ma seda teen? Pean seda tegema nii, nagu klient soovib!'

Hagejaks oli Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding ('the CGKR' – Võrdsete võimaluste ja rassismivastase võitluse keskus). Tegu on riigiasutusega, mis edendab võrdset kohtlemist seaduse alusel.

Feryni arutluskäik on otsese diskrimineerimise sisulise lähenemise väljendus

Vastates sellele, mida kujutab endast otsene diskrimineerimine, keskendub Euroopa Kohus selgelt vaidlusaluse käitumise/kohtlemise tegelikele tagajärgedele (mõjudele) (siinkohal eraettevõtte juhi avalikud kommentaarid). Juhtumi asjaolud näitavad, et polnud kaugeltki selge, et kostja Firma Feryn oleks kunagi keeldunud kedagi tööle võtmast rahvuse tõttu. Pealegi oli hageja valitsusorganisatsioon. Seadusandja määras talle pädevuse takistada diskrimineerivaid tavasid töösuhetes. Feryni juhtumi faktide põhjal polnud võimalik tuvastada konkreetset kahju ühelegi konkreetsele isikule.

Puudus konkreetne ohver.

Kuna puudus ohver, puudus ka võrdlusisik, kes oleks olnud ohvriga sarnases olukorras.

Sellegipoolest esitas Euroopa Kohus väga selge avalduse, et prognoositava *kahju* (ebasoodsus olukord) **tõenäosuse tõttu**, mida vaidlusalused avalikud avaldused võisid teatud *etnilise* rühma liikmetele tekitada (seotus), kujutasid nad endast otsest diskrimineerimist.

Feryni arutluskäik näitab, et otsese diskrimineerimise kohta tehtud kohtujäreldused ei nõua kahe olukorra tegelikku võrdlemist.

Kindlasti on vaidlusalused avaldused kallutatud, kuna need tõid välja ühe konkreetse etnilise rühma. Sellega seoses koheldi seda rühma erinevalt võrreldes teistega, kes võiksid või sooviksid tööd otsida.

Kõne ei ole aga iseenesest ebasoodne kohtlemine. Euroopa Kohus ei tuvastanud kõnet kahjuna. Pigem oli see väidetavalt heidutav mõju, mida avaldused tekitasid. Ometi ei palutud kellelgi esitada „kindlaid tõendeid“ selle mõju kohta. Tegelikult hõlmaksid kindlad tõendid tõenäoliselt mingisugust võrdlust potentsiaalsete ja tegelike taotlejate vahel kahest konkureerivast etnilisest rühmast. Selline võrdlus ei oleks vältimatu meetod, millega selgesõnaliselt näidata heidutatute osa sihtrühmas. Seda saaks tehniliselt näidata ilma võrdlemiseta (näiteks sihtrühma liikmete kvaliteediküsitlusega). Siiski oleks vaja välistada (ebatõenäoline, kuid mõeldav) võimalus, et sellised rassistlikud avaldused heidutasid ka mõningaid enamusrühma liikmeid (kes tõenäoliselt ei usaldaks, et selline tööandja, kes avaldab avalikult rassilist eelarvamust, oleks austanud nende tööõigusi mõnes konfliktses olukorras).

Ometi on see just nimelt asja mõte. Ükskõik kui ebatõenäoline see ka tegelikult on, kuid isegi kui mõned statistilised andmed näitaksid tegelikult sarnast heidutavat mõju kõikidele võrreldavatele potentsiaalsete töötajate rühmadele, oleks heidutav mõju ikkagi vähemusrühma jaoks rassiliselt diskrimineeriv. See on tingitud asjaolust, et heidutav mõju oli otseselt SEOTUD nende kuulumisega konkreetse etnilisse rühma. Erinevalt enamusrühmast tuleneks sihtrühmale suunatud vähemusrühma heidutav mõju nende madalama sotsiaalse staatuse tegelikust kontekstist. Nad kannaksid ja põlistaksid olemasolevat „alaväärustunnust“, mille on peale surunud enamusosa ühiskonnast. Järelikult oli vaidlusaluste väidete selgesti kallutatud iseloom vaid teatud tüüpi tõend selle olulise tõsiasja kohta, et erinev kohtlemine OLI SEOTUD etnilise kuulumisega. See on

tõend süsteemsest sotsiaalsest eelarvamusest. Ükski võrdlusik ei saa selliste tõendite tugevust ümber lükata. See ei anna midagi juurde.

Järelikult oli vaidlusaluste väidete selgesti kallutatud iseloom vaid teatud tüüpi tõend selle olulise tõsiasja kohta, et kohtlemine OLI SEOTUD etnilise kuuluvusega. Otsene diskrimineerimine võib kindlasti tuleneda ebajärjekindlast kohtlemisest (kahe näiliselt sarnase olukorra puhul). Küll aga ei põhine otsene diskrimineerimine kohtlemisel esinenud ettekujutatud järjepidevuse puudumisel. See põhineb seotuse faktil.

Kohtlemine, mis **säilitab teatud sotsiaalse grupi liikmete niigi ebasoodsa sotsiaalse positsiooni** või muudab selle veelgi ebasoodsamaks, **kuna nende positsioon üksikisikuna edukalt sotsiaalsetes suhetes osalemiseks on kujundatud sellesse rühma kuulumise tõttu**, kujutab endast otsese diskrimineerimise tuuma.

Tõendamiskohustus on tihedalt seotud normatiivse arusaamaga otsesest diskrimineerimisest.

Prima facie künnis:

1. Avalik avaldus, mis väljendab kallutatust (mis oli väidetavalt „sunnitud“) sotsiaalse rühma liikmete suhtes – seotus
2. Kogemuslik hinnang sotsiaalsele rühmale (määramata arvu liikmetega) tekitatava kahju tõenäosusele – ebasoodsus

C - 54/07 Feryn

„Direktiivi 2000/43 artiklis 8 on sellega seoses täpsustatud, et **kui asjaolude põhjal võib eeldada**, et on toimunud otsene või kaudne diskrimineerimine, **peab kostja tõendama**, et võrdse kohtlemise põhimõtet **ei ole rikutud**. Seega on diskrimineerimise väidetavalt põhjustanud isikul lasuva kohustuse vastupidist tõendada tingimuseks üksnes see, et **on olemas diskrimineerimise eeldus**, mis tugineb tuvastatud asjaoludel.

Sellisteks asjaoludeks, mille alusel võib eeldada diskrimineerivat töölevõtmise poliitikat, võivad olla avaldused, milles tööandja teatab töölevõtmise protsessi kohta avalikult, et ta ei võta tööle teatava etnilise või rassilise päritoluga töötajaid.

Seega peab asjaomane tööandja **tõendama**, et ta ei ole võrdse kohtlemise põhimõtet **rikkunud**, milleks ta võib **muu hulgas** tõendada, ettevõtte tegelik töölevõtmise praktika nendele avaldustele ei vasta.

Siseriiklik kohus peab esiteks kontrollima, kas asjaomasele tööandjale süüspannud asjaolud on tuvastatud, ja teiseks hindama, **kas tõendid, mis ta on esitanud oma väidete kinnituseks** selle kohta, et võrdse kohtlemise põhimõtet ei ole rikutud, on piisavad.“

Feryni arutluskäik eeldab, et *prima facie* künnise saavutamiseks pidi hageja veenma kohut konkreetse (tuvastatava) kahju mõistlikus võimalikkuses.

Lisaks ei nõudnud Euroopa Kohus konkreetseid tõendeid kõnealuse konkreetse kahju ega selle tekkimise tõenäosuse kohta. Euroopa Kohus ei otsinud empiirilisi (nt. sotsiaalmajanduslikke) tõendeid seda tüüpi väidete kohta ja sellest tulenevate sotsiaalsete tavade kohta, nagu heidutav mõju teatud sotsiaalse rühma liikmete vahel.

Samuti ei nõudnud Euroopa Kohus võrdlust mõjude osas, mida konkreetset avaldused avaldasid erinevate (võrreldavate) sotsiaalsete rühmade liikmetele. Nagu märgitud, kui on statistilisi tõendeid selle kohta, et konkreetset diskrimineerivad avaldused heidutasid märkimisväärsel hulgal teiste sotsiaalsete rühmade liikmeid, isegi domineerivat etnilist rühma, firmas Feryn tööd otsimast, on väga ebatõenäoline, et see takistaks Euroopa Kohust tegemast järeldust, et vaidlusalused avaldused kujutasid endast otsest diskrimineerimist.

Euroopa Kohus ei nõudnud ka statistilisi tõendeid selle kohta, et konkreetset väitel oleks konkreetse sotsiaalse rühma liikmetele nii kahjulik sotsiaalne mõju.

Avalduste olemasolust iseenesest piisas Euroopa Kohtule, et järeldada, et neil on kahjulikud tagajärjed konkreetse sotsiaalse rühma liikmetele.

Selline järeldus tulenes ratsionaalsest hinnangust, mis põhines reaalelu kogemustel, et teatud etnilise rühma liikmeid koheldi süstemaatiliselt ebasoodsalt ja nad olid teatud

kogukonnas ebasoodsas sotsiaalses positsioonis.

Seega võiks Euroopa Kohtu väidet, et *prima facie* künnis eeldab „lihtsat tuvastamist, et diskrimineerimise eeldus on tekkinud tuvastatud faktide alusel“, tõlgendada tõenduspraktika seisukohalt kui üsna lihtsat praktilist nõuet.

Prima facie diskrimineerimise tuvastamiseks oli hageja kohustatud esitama konkreetseid „kindlad“ tõendid selle kohta, et 1) vastaja niiviisi ütles; 2) väitega kaasnes eelarvamus; 3) kõneleja omas laiemat avalikku haaret.

Siinkohal kerkib huvitav küsimus. Nimelt ei ole selge, kas sellisest „kindlast tõendist“ iseenesest piisas, et tekitada eelotsusetaotluse esitanud kohtus kohustus eeldada *prima facie* diskrimineerimist. Teisisõnu, kas hagejal oli õigus kasutada „menetlusõigust“, ilma et tal oleks olnud kohustust vähemalt täiendada selliseid tõendeid mõne ratsionaalse argumendiga, mis näitaks, et oli mõistlik eeldada, et avaldus oleks võinud avaldada heidutavat mõju etnilise grupi liikmetele? Kas eelotsusetaotluse esitanud kohtul oli *ex officio* kohustus hinnata esitatud „kindlaid tõendeid“ sellisel kogemuslikul ratsionaalsel viisil?

Kui *prima facie* „diskrimineeriva värbamispoliitika eeldus“ saavutati, kandus tõendamiskohustus tööandjale, kes pidi „**esitama tõendid selle kohta, et ta ei ole rikkunud**“ diskrimineerimiskeeldu. Euroopa Kohus ei täpsustanud, millise *veenmisastme* kostja pidi saavutama, et kohus saaks järeldada, et rikkumist ei toimunud.

Feryni arutluskäik viitab aga sellele, et veenmisaste peaks olema üsna kõrge. Põhjendus viitab sellele, et (empiirilised) tõendid, mis näitavad, et ettevõtja tegelik värbamispraktika ei vasta nendele väidetele, on vajalik miinimum. Ent kui tegu on vaid miinimumiga, ei saa ettevõtte tagada, et need tõendid oleks piisavad. Tegelikult on ebatõenäoline, et neist piisaks, kuna puudub otsene seos selle vahel, et tööandja ei diskrimineerinud „väravas“ ja selle vahel, et märkimisväärne hulk inimesi ei julgenud tema avaliku hoiatuse tõttu isegi väravasse tulla.

Teisisõnu, sellistel asjaoludel nagu Feryni kohtuasjas, peaks vaidluse eest vastutav siseriiklik kohus nõudma empiirilisi tõendeid tegeliku praktika kohta. Kui need on aga omandatud, peab ta hindama, kas need võimaldavad järeldada, et tegelik praktika õõnestab tõepoolest eeldust, et avalikud diskrimineerivad avaldused heidutasid teatud sotsiaalse rühma liikmeid isegi tööle kandideerimast.

Feryni juhtumi õppetunnid

- *Prima facie* diskrimineerimise tuvastamiseks pidi hageja esitama konkreetseid tõendeid järgneva kohta:
 - 1) kostja tegi selliseid avaldusi;
 - 2) avaldused sisaldasid kallutatud sisu/selgesõnalist eelarvamust;
 - 3) kõneleja omas laia avalikku haaret
- Ei nõutud “kindlaid” (empiirilisi) tõendeid järgnevast:
 - seos kõne ja heidutava mõju vahel – kogemuslikult eeldati, et see oli olemas
 - tõenäosus, et väidetavad avaldused selle mõjuni viiksid – kogemuslikult eeldati, et see on väga tõenäoline
 - mõju suurus – oletati, et see on relevantne
- Puudus võrdlev lähenemine; võrdlusisiku vajadust polnud
- Ebaselge, kas põhjuslikku seost ja tõenäosust pidi argumentidena esitama vähemalt hageja või pidi kohus neid põhjendama osana esitatud *prima facie* tõendite hindamisest
- Ebaselge, kuidas sai kostja edukalt ümber lükata *prima facie* oletuse heidutava mõju kohta

C-81/12 Accept

“47 Ent eespool viidatud kohtuotsusest **Feryn ei saa järeldada**, et tuvastamaks direktiivi 2000/78 artikli 10 lõike 1 kohaselt „asjaolusid, mille põhjal võib eeldada, et on toimunud diskrimineerimine”, peaks mingi üksuse töölevõtupoliitikat puudutavate avalduste autoril tingimata **olema õigus seda poliitikat otseselt kindlaks määrata või võtta sellele üksusele kohustusi või esindada** seda töölevõtmisel.

48 Pelgalt asjaolu, et niisugused avaldused, nagu on kõne all põhikohtuasjas, ei ole otse pärit kindlalt kostjalt, **ei välista tingimata** selle kostjaga seoses tuvastamist, et esinevad direktiivi 2000/78 artikli 10 lõike 1 mõttes „asjaolud, mille põhjal võib eeldada, et on toimunud... diskrimineerimine...”

49 Sellest järeldub, et asjaolude esinemist, mille põhjal võib eeldada diskrimineeriva töölevõtupoliitika rakendamist, ei saa kostjaks olev tööandja kummutada, piirdudes väitega, et homfoobsele töölevõtupoliitikale viitavate avaldustega esines isik, kes ise kinnitab ja jätab ka mulje, et tal on selle tööandja juhtkonnas oluline roll, kuid kellel ei ole õigust võtta tööandjale kohustusi töölevõtmise valdkonnas.

50 Niisuguses olukorras nagu põhikohtuasjas on asjaolu, **et tööandja ei ole kõnesolevatest avaldusest selgelt distantseerunud, teguriks, mida asja menetlev kohus võib** faktiliste asjaolude **igakülgsel hindamisel arvesse võtta**.

Feryni lähenemist tõendamiskohustuse jaotamisel on testinud ja kinnitanud Accepti kaalus.

Faktide kokkuvõte:

Hr Becali, kes oli FC Steaua mõjukas osanik, tegi avalikus intervjuus avaldusi, milles väitis, et

“Isegi kui peaksin [FC Steaua] sulgema, ei võtaks ma homoseksuaalset inimest meeskonda. Muidugi inimesed räägivad, kuid kuidas saab keegi midagi sellist kirjutada, veelgi enam, seda esiküljele panna ... Võib-olla ta [jalgpallur X] ei ole homoseksuaal ... Kuid mis siis, kui ta on? Ütlesin oma onule, kes ei usu ei saatanat ega Kristust: “Oletame, et jumalat pole olemas. Aga kui ta on olemas? Mida sa armulaualeiva võtmisega kaotaksid? Kas poleks hea taevasse minna?” Ta ütles, et mul oli õigus. Kuu aega enne oma surma käis ta armulaual. Las jumal andestab talle. Ei minu perekonnas ega klubis [FC Steaua], mis on nagu mu perekond, pole ruumi geidele. Parem mängida koos juunioriga kui kellegagi, kes on gei. Keegi ei saa mind sundida kellegagi koos töötama. Mul on õigused just nagu neil ja mul on õigus töötada koos inimestega, kellega ma tahan koostööd teha.”

Hageja oli mittetulundusühing, kelle eesmärk oli edendada ka kaitsta lesbide, geide, biseksuaalide ja transseksuaalide huvisid. Accept esitas kaebuse Hr. Becali ja jalgpalliklubi SC Fotbal Club Steaua București SA (‘FC Steaua’) vastu, väites, et värbamisel rikuti võrdse kohtlemise põhimõtet. Accept väitis, et kostjad diskrimineerisid otseselt seksuaalse

sättumuse alusel, rikkudes võrdse kohtlemise põhimõtet töösuhtes ja alandades homoseksuaalide väärikut.

Accepti kohtuotsus kinnitab veenvalt Feryni arutluskäigu põhiaspekte.

Esiteks, nii nagu Feryni puhul, keskendutakse konkreetset organisatsiooni esindavate isikute avaliku käitumise konkreetsetele tagajärgedele (siinkohal selgelt homofoobsed avaldused intervjuus), mitte aga formaalsele järjekindlusele inimeste kohtlemisel. Nõue ei puudutanud ühtki konkreetset isikut kui ohvrit. Seetõttu ei olnud tuvastatavat sarnases olukorras võrdlusisikut. Nagu ka Feryni kohtuasjas, ei hõlmanud juhtum mingeid võrdlevaid statistilisi andmeid ühe rühma mõjutatud liikmete arvu kohta võrreldes teise rühmaga. Lühidalt, võrdlev lähenemisviis ei olnud kohtu tähelepanu keskmes.

Teiseks kinnitab Accepti arutluskäik veel kord eeldust, et tööandja avalikult avaldatud eelarvamused tema poolt hallatavate töövõimaluste kohta **võivad avaldada** heidutavat mõju sihtvähemusrühma liikmetele. See mõju, et vähemusgruppi kuuluvaid inimesi heidutatakse avatud töökohtadele kandideerimast, on diskrimineerimise tuvastamisel otsustava tähtsusega. Järelikult piisab *prima facie* künniseks lihtsast faktist, et väide on avalikult väljendatud.

Veelgi enam, Euroopa Kohus selgitas, et asjaolu, et vaidlusaluseid avaldusi väljendanud isik ei ole õiguslikult suuteline tööandjat värbamisasjades mõjutama, ei saa seda eeldust iseenesest kahjustada, eriti kui ta väitis ja/või oli teadaolevalt avalikult esinenud väitega, et ta mängis tööandja juhtimises olulist rolli. Euroopa Kohus juhtis tähelepanu sellele, kui oluline on arusaam, mille sotsiaalse rühma liikmed võivad selliste avalike avalduste põhjal kujundada.

Viimane on väga huvitav aspekt arutluse osas. See viitab sellele, et tööandja võidakse võtta vastutusele nende isikute tegevuse eest, kes ei ole tema (täieliku) kontrolli all. Mis tähendaks seega, et vastutus ei tulene pelgalt otsustusprotsessi kontrollist, vaid pigem (või samaväärselt) tööandja võimest kontrollida probleemse praktika mõjusid/tagajärke. Kui tööandja oli teadlik (või oleks pidanud teadma), et avalikkus tajub tema ja tema nimel tegutseva isiku väidetavat suhet, siis oli tal ikkagi kontroll selles ulatuses, et ta oleks võinud reageerida väite avaliku tagasilükkamisega. See oleks aidanud tõhusalt ära hoida või leevendada negatiivseid mõjusid.

Selline lähenemine tööandjate vastutusele nende inimeste tegude eest, kes ei ole nende otsese või täieliku kontrolli all, omab mõningaid kaugeleulatuvaid tagajärgi. Niivõrd, kui võrd võib eeldada, et nad on teadlikud tõsiasjast, et neile omistatavad (tajutavad) tavad võivad avaldada diskrimineerivat mõju, on tööandjatel surve rakendada nende vastu „kaitsemeetmeid”. Vastasel juhul peetakse neid vastutavaks.

C-81/12 Accept

“56 Sellest lähtuvalt võivad kostjad siseriiklikus kohtus niisuguse rikkumise toimepanemist eitada, tõendades kõiki seaduses ette nähtud vahendeid kasutades eelkõige seda, et nende töölevõtupoliitika põhineb asjaoludel, mis ei ole kuidagi seotud seksuaalse sättumuse alusel diskrimineerimisega.

57 Selleks et kummutada lihtsat eeldust, mis võib tuleneda direktiivi 2000/78 artikli 10 lõikest 1, ei ole kostjal vaja tõendada, et varem on teatud seksuaalse sättumusega isikuid tööle võetud, kuna niisugune nõue võib mingis olukorras tõepoolest rikkuda õigust eraelu puutumatusse.

58 Asjaolude igakülgtsel hindamisel, mille peab läbi viima asja lahendav siseriiklik kohus, võib kokkulangevate kaudsete tõendite kogumi põhjal kummutada väite, et esineb diskrimineerimine seksuaalse sättumuse alusel. Nagu Accept sisuliselt väitis, võib selliste tõendite hulka kuuluda kostja reaktsioon, mis väljendub selges distantseerumises avalikest avaldustest, mille põhjal võis esmapilgul eeldada diskrimineerimist, ning kostja sõnaselgete töölevõtupoliitika sätete olemasolu, et tagada direktiivi 2000/78 mõttes võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine.

Kolmas punkt on seotud kostja võimega tõestada, et ta ei ole vastutav.

Accepti kohtuasja arutluskäik kinnitab, et *prima facie* oletust saab ümber lükata tõenditega, mis näitavad, et avalikel avaldustel ei olnud heidutavat mõju või vähemalt, et selline mõju ei saanud olla märkimisväärne.

Siin selgitas Euroopa Kohus oma seisukohta tõendite liigi kohta, mis kostja käsutuses on, et *prima facie* oletusele tõhusalt vastata. Euroopa Kohus jäi oma Feryni lähenemisviisi juurde, et tegeliku praktikaga seotud konkreetsed andmed võivad olla esimene samm kaitse üleminekul. Kuigi Feryni arutluskäik viitab sellele, et need oleksid esimene samm *prima facie* eelduse edukal ümberlükkamisel, selgitas Euroopa Kohus nüüd, et sellised empiirilised tõendid ei oleks otsustava tähtsusega, kuivõrd need võivad ohustada nende isikute positsiooni, keda nad peaksid kaitsma. Seega, kui värbamispraktika kohta empiiriliste andmete esitamine kahjustaks töökonkursil osalenute privaatsust, oleks tööandjal endiselt kasutada muid tõendusvahendeid. Kohus märkis seega, et kostjal on mitu võimalust. Ennekõike, nagu eespool märgitud, saab kostja esitada tõendid selle kohta, et ta lükkab vaidlusalused kahjustavad väited selgelt avalikult ümber. Vastaja oli teadlik nii väidete eelarvamuslikust iseloomust kui ka avalikkuse arusaamast, et väidete esitaja on organisatsioonisiseste otsustusprotsesside oluline mõjutaja. Seega oleks klubi võinud ja pidanud reageerima. Teiseks võib kaitsja esitada tõendeid kaitsemeetmete kohta oma tööhõivepoliitikas ja praktikas, mis on kohandatud just seda tüüpi diskrimineerimise ärahoidmiseks. Selline positiivne „kindlustuspoliis“ kaitseks kostjat nende isikute tegude eest, kes ei ole otseselt ega täielikult tema kontrolli all.

Accepti uuendused

- *Prima facie* etapis avalikult „objektiivselt“ väljendatud avaldustel on kahjustav mõju
 - tegelik süüteo toimepanija ei pea olema kostja täieliku kontrolli all
 - määrav on avalikkuse taju – seni, kuni avalikkus tajub teo toimepanija ja kostja vahelist lähedast suhet, toob tema avaldus negatiivseid tagajärgi
- Kõige tõhusam viis avalikult kahjustavatel avaldustel põhineva *prima facie* eelduse ümberlükkamiseks on
 - need otsustaval viisil hukka mõista
 - seni, kuni neid peetakse temaga seotuks, peaks kostja need hukka mõistma
 - vastutus ei tulene pelgalt kontrollist otsustusprotsessi üle, vaid pigem (või samaväärselt) tööandja võimest kontrollida probleemse praktika mõjusid/tagajärgi.
 - rakendada ennetavaid võrdõiguslikke tööhõivetasid

C-83/14 CHEZ

Otsese diskrimineerimise elemendid

„Siinkohal on oluline rõhutada, et Euroopa Kohtu praktika ... mille kohaselt ei kohaldata direktiivis viidatud võrdse kohtlemise põhimõtet kindlaksmääratud isikute kategooriale, vaid direktiivi artiklis 1 sätestatud põhjenduste alusel, mistõttu kohaldatakse kõnealust põhimõtet ka isikutele, kes hoolimata sellest, et nad ise ei ole asjaomase rassilise või etnilise päritoluga, kannatavad mõnel nimetatud põhjusel ometi halvema kohtlemise või ebasoodsama olukorra all (vt analoogia alusel kohtuotsus Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, punktid 38 ja 50)...

Võttes arvesse põhikohtuasjas kujunenud olukorda ja mööndes, et Pr. Nikolova ei ole roma päritolu, nagu ta on kinnitanud ka Euroopa Kohtus, on siiski tuvastatud, et **roma päritolu**, st tema tegevuskoha linnaosa teiste elanike valdava osa päritolu, on tegur, **mille tõttu kannatab ta enda hinnangul halvema kohtlemise või konkreetselt ebasoodsama olukorra all...**

...vaidlusalusest praktikast tulenev erinev kohtlemine võeti kasutusele etnilise päritolu tõttu ... on esmalt oluline märkida, et **pelk asjaolu, et põhikohtuasjas kõne all olevas linnaosas elab ka inimisi, kes ei ole roma päritolu, ei luba välistada, et taoline praktika võeti kasutusele valdava osa selle linnaosa elanike roma etnilise päritolu tõttu.**“

Faktide kokkuvõte:

Aastatel 1999 ja 2000 paigaldas CHEZ RB selle linnaosa kõigi tarbijate elektriarvestid elektrivõrgu õhuliinide betoonpostide külge kuue kuni seitsme meetri kõrgusele, samas kui teistes linnaosades asuvad CHEZ RB paigaldatud elektriarvestid 1,70 meetri kõrgusel, enamasti klientide eluruumides, nende elamute välisseintel või piirdeaedade küljes (edaspidi „vaidlusalune praktika“).

Hageja polnud roma, kuid elas romade linnaosas. Ta väitis, et teda diskrimineeriti CHEZi poolt, kelle diskrimineerimise sihtmärgiks olid romad, kes selles linnaosas domineerisid.

Teatud mõttes olid nii Feryn kui Accept ebatavalised kohtuasjad. Nad avasid huvitava küsimuse, kas nende isikute avalik käitumine, kes on võimelised töödandjat mõjutama, võib kujutada endast otsesest diskrimineerimist, kuigi see käitumine ei olnud otseselt osa konkreetset(id) isikut(id) puudutavast otsustusprotsessist. Kuid need puudutasid ka käitumist, mis oli selgelt ja väga avalikult kallutatud. Selline käitumine näis esmapilgul eelarvamuslik.

CHEZi kohtuasi hõlmas erinevat olukorda.

Esiteks ei puudutanud see käitumist, mis oli nii avatud oma eelarvamusliku motivatsiooni suhtes. Kontrollarvestite paigaldamine 6 meetri kõrgusele võib tunduda kummaline ja „kliendivaenulik“, kuid mitte tingimata diskrimineeriv rahvuse alusel.

Teiseks kohaldati vaidlusalust praktikat „järjekindlalt“ kõigi üksikisikute suhtes konkreetsetes naabruskondades. Siiski erines praktikast, mida kostja kasutas mõnes teises linnaosas, kus ta pakkus sama teenust. Nende linnaosade erinevus seisnes nende demograafias. Ühes linnaosade rühmas elasid valdavalt romad, teises valdavalt europiidid. Seega polnud kaugeltki selge, kas see praktika oli otseselt või kaudselt diskrimineeriv, ja kas seda sai üldse diskrimineerivaks pidada.

Kolmandaks oli hageja konkreetne isik, kes väitis end olevat etnilise diskrimineerimise konkreetne ohver. Ta ise ei olnud roma, vaid europiid. Ometi väitis ta, et ta on romade vastu suunatud diskrimineeriva tegevuse ohver.

Selliste huvitavate faktide valguses ei olnud kohe selge, mil määral võiks Feryni ja Accepti kohtuasjade otsuste kaudu välja töötatud lähenemisviis siin kasulik olla. Selgus, et see oli väga rakendatav ja kasulik.

Ennekõike jätkab CHEZ lähenemist, mis keskendub vaidlusaluse praktika tegelikele tagajärgedele, keeldudes olemast piiratud formaalse võrdõiguslikkuse mõistega.

Seda illustreerib kõige paremini tõsiasi, et Euroopa Kohus ei lubanud endal jääda võrdlusliku dogma lõksu. Kui kohus oleks oodanud, et otsene diskrimineerimine eeldab, et hageja peab oma argumendi üles ehitama sarnasusele sobiva võrdluspartneriga, oleks hageja kaotanud.

Hageja ei olnud roma. Enda võrdlemine romadega tähendaks, et teda koheldi võrdselt. Enda võrdlemine oma etnilise rühma liikmetega ei suutnud tõestada, et tema kohtlemine oli seotud diskrimineerimisega rahvuse alusel. Selline „võrdlev“ lähenemine muudaks tema väite tõestamise äärmiselt keeruliseks kui mitte võimatuks. Siiski märkis kohus selgesõnaliselt, et hageja võib langeda etnilise diskrimineerimise ohvriks, mis on suunatud teatud sotsiaalse rühma liikmetele, kuigi ta ei kuulunud samasse rühma.

Kuigi hageja polnud sama päritolu roma kodanikega, jagas ta nendega sama elukeskkonda. Nende ühiskondlik elu oli seega omavahel tihedalt seotud. Sellest tulenevalt oli vaevalt midagi üllatavat selles lihtsas elulises faktis, et ebasoodne kohtlemine, mis oli suunatud romadele, kellega ta oli sotsiaalselt seotud, võis teda mõjutada. Niivõrd kui ta jagas oma roma naabritega igapäevaelu mustreid, oli ta avatud neile suunatud diskrimineerivate tavade kahjulikele mõjudele.

See ei olnud ka kaudse diskrimineerimise juhtum. Kontrollarvestite paigaldamine 6-meetristele postidele võib esmapilgul näida neutraalne. Näib, et seda rakendatakse järjekindlalt kogu konkreetsetes naabruskonnas kõigile selle elanikele. Kui aga kohus oleks tema hagile nii lähenenud, oleks ta kaotanud, sest statistika ei näitaks, et vaidlusalune praktika oleks oluliselt rohkem tema rahvusest liikmeid mõjutanud.

Pealegi eiraks selline lähenemine täielikult tema väite olemust, mille kohaselt ta oli selle praktika ohver, mida mõjutas eelarvamuslik kallutatus romade suhtes, ja et teda karistati selle eest, et ta elu sarnanes tema roma naabritega omaga, kuigi ta ise ei onud roma.

Kui tuvastati, et hagejal on võimalik langeda otsese diskrimineerimise ohvriks, mis on suunatud vähemusrühma liikmetele, millesse ta ei kuulunud, ning jäi üle vaadata, kuidas saab seda tõestada.

Sellele vastamiseks järgis kohus Feryni ja Accepti kohtasjadega kehtestatud eeskju.

Võrdlusisiku lõksu vältimine

- Hageja ei olnud roma
 - enda võrdlemine romadega tähendaks, et teda koheldi võrdselt
 - enda võrdlemine oma etnilise rühma liikmetega ei suutnud tõestada, et tema kohtlemine oli seotud diskrimineerimisega rahvuse alusel
 - kaudne diskrimineerimine ei tulnud kõne alla, sest vaidlusalune praktika mõjutas oluliselt suuremat arvu tema rahvusest liikmeid võrreldes romadega
 - „võrdlev” lähenemine teeks tema nõude väga raskelt tõendatavaks, kui mitte võimatuks tõendada
 - siiski märkis kohus selgesõnaliselt, et hageja võib langeda etnilise diskrimineerimise ohvriks, mis on suunatud teatud sotsiaalse rühma liikmetele, kuigi ta ei kuulunud samasse rühma

C-83/14 CHEZ

Prima facie etapp

Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on **võtta arvesse kõiki vaidlusaluse praktikaga seotud asjaolusid**, et teha kindlaks, kas on piisavalt tõendeid, mis võimaldaksid käsitada tõendatuna asjaolusid, mille põhjal võib eeldada, et otsene diskrimineerimine etnilise päritolu alusel on toimunud, ning kontrollida, et kostja – käesolevas asjas CHEZ RB – **keeldumine teabe esitamisest ei kahjustaks** direktiivi 2000/43 eesmärkide saavutamist.

Nende aspektide hulgas, mida võib seoses sellega arvesse võtta, on **eeskätt ...** asjaolu, et on **selge ja CHEZ RB ei vaidlusta seda**, et ta kasutab vaidlusalust praktikat **ainult linnaosades, kus elavad ... valdavalt roma päritolu Bulgaaria kodanikud**.

Sama kehtib ... asjaolu kohta, et CHEZ RB on mitmes asjas kinnitanud, et **tema arvates panevad kahjustamisi ja ebaseaduslikke elektrivõrku ühendamisi toime peamiselt roma päritolu kodanikud**. Sellised väited võivad nimelt toetada arusaama, et vaidlusalune praktika rajaneb stereotüüpidel või etnilistel eelarvamustel, kusjuures rassilised motiivid kombineeruvad muude põhjustega.

Järgides oma oma varasemat kohtupraktikat kohtuasjades Danfoss ja Enderby, rõhutas Euroopa Kohus, et asjaolu, et hageja ei saa anda täpset teavet täpsete põhjuste kohta, mis motiveerisid kostja otsust paigutada kontrollarvestid mõnes piirkonnas ligipääsmatult kõrgetele kohtadele, ei tohi kahjustada tema võimet omandada tõhusat kohtulikku kaitse diskrimineerimise vastu, kuna kostja kui teenusepakkuja keeldus neid põhjuseid läbipaistvaks muutmast.

Sellest tulenevalt on ELi õiguse tõhususe aluspõhimõttest tulenevalt liikmesriikide kohtutel juriidiline kohustus võtta arvesse kõiki vaidlusaluse praktikaga seotud asjaolusid, mis on neile kättesaadavad, et nad saaksid kindlaks teha, kas on saavutatud *prima facie* künnis.

Selline arutluskäik viitab sellele, et peaks olema tähtsusetu, kas hageja või mõni teine menetlusosaline on need olulised asjaolud kohtule teatavaks teinud. Kui osapooltele kohtuasja materjale korralikult tutvustati, tuleks neid arvesse võtta.

Lisaks märkis Euroopa Kohus Accepti arutluskäiku järgides, et eelotsusetaotluse esitanud kohtud peaksid võtma arvesse üldsuse väljakujunenud arusaama, et seda praktikat kasutati ainult romade elupiirkondades, mida kostja kunagi avalikult ei eitanud, kuigi tal oli selleks mitmeid võimalusi.

Kohus märkis, et seda avalikku arusaama praktika taga peituvast eelarvamuslikust motiivist toetas kostja „keelevääratus“ menetluse käigus. Kohus juhtis tähelepanu asjaolule, et ametlikest menetlusdokumentidest (kohtuasja materjalidest) nähtub, et

kostja väljendas tegelikult oma veendumust, et kontrollarvestitega manipuleerisid peamiselt romadest kliendid.

Lisaks tõendas Euroopa Kohus veel seda, et kostja poolt menetluse käigus kasutatud põhjendused viitavad kognitiivselt toimuvale (teadvustamata) eelarvamusele. Seega märkas kohus, et kostja ei rahuldanud riikliku kohtuniku taotlust esitada konkreetseid empiirilised tõendid „väidetava kahju, arvesti andmete võltsimise ja ebaseaduslike ühenduste kohta, kinnitades, et need on üldteada.“

Eelotsusetaotluse esitanud kohus pidi *prima facie* künnise hindamisel neid mõlemaid asjaolusid arvesse võtma, kuigi hageja ei olnud neid menetluse käigus esitatud tõendite osana esitanud.

C-83/14 CHEZ

Prima facie etapp

Samuti peab eelotsusetaotluse esitanud kohus võtma arvesse vaidlusaluse praktika kohustuslikku, üldist ja kestvat laadi, mis esiteks seetõttu, et see laieneb vahet tegemata linnaosa kõigile elanikele, olenemata sellest, kas nende isiklike elektriarvesteid on manipuleeritud või ebaseaduslikult elektrivõrku ühendatud, või kes on need teod toime pannud, ja teiseks, seetõttu, et nimetatud praktika eksisteerib pärast pea 25-aastast rakendamist ikka veel, võib toetada arusaama, et kõnealuse linnaosa, kus elavad peamiselt roma päritolu Bulgaaria kodanikud, kõiki elanikke käsitatakse selliste rikkumiste potentsiaalsete toimepanijatena. Eelnimetatud arusaam võib osutada ka oluliseks tõendiks kõne all oleva praktika igakülgisel hindamisel (vt analoogia alusel kohtuotsus *Asociația Accept*, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), punkt 51).

Nagu varem märgitud, ei olnud vaidlusalune praktika CHEZi kohtuasjas erinevalt kohtuasjade *Feryn* ja *Accept* avalikest avaldustest oma iseloomult selgelt kahjustav. Tegu polnud ilmselge eelarvamusega. Sellegipoolest palus Euroopa Kohus eelotsusetaotluse esitanud siseriiklikul kohtul analüüsida selle peamisi toimimisomadusi, pidades silmas võimalust, et need võivad paljastada ebakõlasid ja sisemisi vastuolusid, mis viitavad varjatud eelarvamusele. Siin juhtis kohus tähelepanu eelarvamuse laiaulatuslikule iseloomule. Pettuste ennetamise meetmena kohandati praktikat liiga laialt, hõlmates kõiki linnaosa elanikke, olenemata sellest, kas üksikute arvestite puhul oli tegemist tegeliku riskiga. Pealegi oli meede järjepidevalt kasutusel aastakümneid, kuigi paljud teatud linnaosade sotsiaalsed tegurid aja jooksul kindlasti muutusid. Sellest tulenevalt ei olnud selge, kas meede oli suuteline saavutama oma väljakuulutatud eesmärki või kas meede oli selle saavutamiseks vajalik.

Teisisõnu tegi Euroopa Kohus siseriiklikule kohtule ülesandeks kasutada üldtuntud asjakohasuse ja vajalikkuse mõõtmise teste ning võtta nende tulemusi *prima facie* künnise hindamisel arvesse.

Jällegi näib, et Euroopa Kohus andis siseriiklikule kohtule ülesandeks see konkreetne kontroll läbi viia, hoolimata sellest, kas hageja esitas argumente, mis seda toetaksid. Näib, et piisaks sellest, kui hageja esitab väidetavalt diskrimineeriva praktika osas piisavalt täpse kirjelduse, jättes seejuures argumenti asjakohasuse ja vajalikkuse küsimusi käsitleva analüütilisema osa kohtule, justkui oleks see *ex officio*.

Prima facie mõistatus

- Läbipaistvuse või statistiliste indikaatorite puudumine (nagu Danfoss/Enderby kohtuasjades)
 - avalik arusaam
 - hukkamõistu puudumine
 - kahtlust äratavad põhjendused, mis viitavad teadvustamata eelarvamusele
 - väidetavat riski puuduvate empiiriliste andmete puudumine
 - praktika ebaproportsionaalne iseloom
 - Sobivuse test
 - muutuvatele oludele ei reageerita
 - Vajalikkuse test

C-83/14 CHEZ

Ülemineku etapp

„Peale selle on kohane meenutada, et kui eelotsusetaotluse esitanud kohus peaks leidma, et tegemist on diskrimineerimisega, siis nõuab **võrdse kohtlemise põhimõtte tõhus rakendamine** tõendamiskoormise üleminekut kostjatele, kes peavad tõendama, et nimetatud põhimõtet ei ole rikutud (vt esmajoones kohtuotsused Coleman, C-303/06, [EU:C:2008:415](#), punkt 54, ja Asociația Accept, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), punkt 55). Sellisel juhul lasuks CHEZ RB-I kui **kostjal kohustus lükata** võrdse kohtlemise põhimõtte **rikkumine ümber, tõendades**, et vaidlusaluse praktika kehtestamine ja selle praegune säilitamine ei **põhine mingil moel asjaolul**, et asjaomastes linnaosades elavad peamiselt **roma päritolu Bulgaaria kodanikud, vaid et kõnealune praktika tugineb ainult objektiivsetele teguritele, mis ei ole kuidagi seotud diskrimineerimisega rassilise ja etnilise päritolu alusel** (vt analoogia alusel kohtuotsused Coleman, C-303/06, [EU:C:2008:415](#), punkt 55, ja Asociația Accept, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), punkt 56).”

Euroopa Kohus väljendas jõuliselt kaht tõendamiskohustuse jagunemispõhimõtte tunnusjoont, mis on olulised viisi jaoks, kuidas kostjatelt oodatakse oma kaitse korraldamist. Esiteks, kui üleminek aset leiab, langeb tõendamiskohustus kogu oma kaalus kostjale. Sellest tulenevalt peab kostja veenma kohut selgete ja veenvate tõenditega mingi objektiivse teguri olemasolus, mis tingib vaidlusaluse tegevuse, kuid mis ei ole (varjatud ja kõrvale hoidev) ning seotud ühegi keelatud diskrimineeriva alusega. Esitatud tõendid peavad olema sellised, mis muudavad selgelt ja sisuliselt tõenäoliseks selle, et deklareeritud objektiivne põhjus ajendab vaidlusalust tegevust.

Praktikas võib aga selle standardi täitmine osutuda veelgi keerulisemaks. Kuna tõendamiskohustuse jagunemise põhimõtte puudutab eelkõige menetluse käigus kogutud faktide hindamise lõpp-protsessi, ei saa kostja kunagi kindel olla, kas hagejal õnnestus *prima facie* künnis saavutada. Suure tõenäosusega ei teavita kohus kostjat, et tõendamiskohustus läks tema kanda. Kostja peab võtma riski, et ta hindab iseseisvalt hageja edu. Praktikas tähendab see suure tõenäosusega seda, et kostjad kalduvad menetluse algusest peale kogu tõendamiskohustust enda peale võtma ja esitama oma tõendid veenva objektiivse põhjenduse olemasolu kohta, sõltumata hageja esitatud tegelike tõendite kvaliteedist.

Kokkuvõtteks

Võrdlusisiku roll

- pelgalt instrumentaalne
 - tõendusvahendid
 - vaidlusaluse kohtlemise ebasoodsus
 - vaidlusaluse kohtlemise seotus
 - ebaühtluse määratleja
 - tõstatab usaldusväärse põhjenduse küsimuse
 - võidakse kasutada tõendamismenetluse eri etappides (*prima facie* künnis, üleminek) ja mõlema osapoole poolt

Kokkuvõtteks

Prima facie etapp

- Hageja peab esitama tõendeid faktide kohta, mis lubaksid kohtul eeldada, et diskrimineerimine võis esineda **tõendite ülekaalu** alusel
 - ilma esitatud faktide muu selgitusega on tõenäolisem, et diskrimineerimine selgitab fakte
- Puudutab peamiselt kogutud faktide hindamise lõpp-protsessi
- Nõuab väga aktiivset rolli kohtult

Kokkuvõtteks

Prima facie etapp

- *Prima facie* künnist võib saavutada tõenditega, mis näitavad mõne järgneva fakti koosmõju:
 - Ametikohtade kandideerimise kontekstis:
 - grupimehhanism
 - võimaluse taotlemine
 - nõutud kvalifikatsioonide olemasolu
 - tagasilükkamine
 - ametikohta ei täidetud
 - Läbipaistvuse puudumine/ Keeldumine avaldamisest
 - Relevantne statistika vaidlusalusest praktikast mõjutatud rühmade struktuuri kohta
 - Üldiste mustrite avaldamine
 - Kostja käitumise ajalugu
 - Ebakõlad/Usaldusväärsus
 - Võrdlusisik
 - Asjakohasus
 - Vajalikkus
 - Kostja üldpoliitika ja -praktikad
 - Avalikkuse arusaam ja kostja reaktsioon

Kokkuvõtteks

Ülemineku etapp

- Tõendamiskohustuse täielik kaal
 - veenmise, mitte pelgalt tootmise kohustus
 - selgete ja veenvate tõenditega tegeliku objektiivse põhjuse olemasolu tõendamine, mis ei ole kuidagi seotud ühegi diskrimineeriva alusega
 - põhjendus peab olema reaalne
 - esitatud objektiivne põhjus peab olema asjakohane ja vajalik vaidlusaluse tegevuse legitiimse eesmärgi tõhusaks elluviimiseks

Õ

Õ

Täna tähelepanu eest!Õ