

АКАДЕМИЯ ЗА ЕВРОПЕЙСКО ПРАВО (ERA), СОФИЯ

12 ОКТОМВРИ 2015 Г.

**ТЕЖЕСТ НА ДОКАЗВАНЕ В СЛУЧАИ НА ПОЛОВА
ДИСКРИМИНАЦИЯ**

Пол Епстайн, QC кралски адвокат
pje@cloisters.com

УВОД

1. В настоящия доклад се анализират значението и приложението на законодателството на Съюза относно обръщане на тежестта на доказване в случаи на пряка и непряка полова дискриминация.
2. Случаите на дискриминация предполагат особени проблеми за ищците, тъй като дискриминираният обикновено не обявява своите предразсъдъци, а дори може да не ги осъзнава. Този човек често се намира в значително по-добро положение от ищцата, когато трябва да представи доказателства относно причината за действията си и е вероятно той, а не ищцата, да притежава документите, обосноваващи действията му.
3. Първоначалното предложение на Комисията за законодателство на Съюза относно обръщането на тежестта на доказване беше направено още през 1988 г. – Официален вестник [1988] C176/5, но беше прието само под формата на Директива 97/80/ЕО относно доказателствената тежест, която съдържаше разпоредби за прилагане до 1 януари 2001 г. Тази директива се основаваше отчасти на предишна съдебна практика на Съда на ЕС.
4. Разпоредбите от 97/80/ЕО, що се отнася до половата дискриминация, понастоящем се съдържат в Преработената директива 2006/54/ЕО.

Идентични разпоредби се съдържат в Директива 2000/43/ЕО за равенство между расите и Директива 2000/78/ЕО за рамка в областта на заетостта.

5. Съдебната практика на Съда на ЕС относно смисъла на разпоредбите в която и да било от тези директиви е, разбира се, задължаваща по отношение на другите две директиви.

Преработена директива – клауза за тежестта на доказване, чл. 19(1)

6. Обръщането на тежестта на доказване се съдържа в чл. 19(1), който регламентира следното: *„Държавите членки предприемат необходимите мерки в съответствие със своите съдебни системи за осигуряване на това, когато едно лице се счита засегнато поради неприлагането спрямо него на принципа на равно третиране и докаже пред съда или друг компетентен орган факти, които позволяват да се допусне съществуването на пряка или непряка дискриминация, ответникът да бъде задължен да докаже, че не е имало нарушение на принципа на равно третиране.“*
7. Следователно е отговорност на държавите членки да определят процедурните правила, които ще бъдат достатъчни за спазване на задължението за обръщане на доказателствената тежест. В директивата конкретно се посочва, че националните разпоредби могат да бъдат по-благоприятни от съдържащите се в нея минимални стандарти. Настоящият доклад следва да се чете, като се имат предвид тези две условия.
8. Удобно е да се анализират значението и приложението на разпоредбите за доказателствена тежест поотделно, що се отнася до пряка и непряка полова дискриминация.

Пряка дискриминация

Определение за пряка дискриминация

9. Чл. 2(1) (а) определя пряката дискриминация, както следва: „*когато едно лице се третира по-неблагоприятно въз основа на пола, отколкото друго лице е, било е или би било третирано в сравнима ситуация.*“

Тежестта върху ищцата

10. Въпреки че чл. 19(1) обръща тежестта на доказване, независимо от това формулировката му показва ясно, че за да настъпи това обръщане, ищцата трябва най-напред да докаже определени факти. Какви са тези факти?

Първични факти

11. На първо място, отговорност на ищцата е да докаже първичните факти, на които разчита в иска си за по-неблагоприятно третиране въз основа на пола¹. Ако не докаже тези факти, няма да спечели иска.
12. Когато се определя дали ищцата е доказала тези факти, е важно да се има предвид, че е необичайно да се намерят преки доказателства за полова дискриминация. Малко работодатели биха били готови да признаят такава дискриминация, дори пред себе си. В някои случаи дискриминацията няма да бъде преднамерена, а просто ще се основава на презумпцията, че служителят не би се вписал.
13. Когато се определя дали ищцата е доказала тези факти, е важно да помним, че по тази причина резултатът на този етап от анализа обикновено ще зависи от това, какви изводи е правилно да направим от установените първични факти.

¹ В настоящия доклад използвам традиционния подход за разглеждане на случаи с ищци от женски пол, въпреки че е възможно да става въпрос и за ищци от мъжки пол.

14. Дискриминиращи коментари от страна на ответника или от лице, достатъчно близко свързано с него, могат да доведат до обръщане на доказателствената тежест.
15. В дело C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding срещу Firma Feryn NV работодателят прави следното неразумно изявление, като обяснява защо не би назначил мароканци: *„Трябва да изпълнявам изискванията на клиентите си. Ако клиентът каже: „Искам точно този продукт“ или „Искам да се направи така и така“, а аз кажа: "Няма аз да го изпълня, ще изпратя онези хора“, тогава Вие казвате „Тази врата не ми трябва.“ Тогава аз ще фалирам. Трябва да изпълняваме изискванията на клиентите. Това не е мой проблем. Аз не съм създал този проблем в Белгия. Искам фирмата ми да се развива и искам да постигаме заложенния оборот в края на годината, а как да го постигна? - Трябва да изпълнявам поръчките така, както клиентите искат!“*
16. Съдът на ЕС потвърди, че тези коментари говорят за наличие *prima facie* [очевидно от пръв поглед] на дискриминационна политика на назначаване на служители, независимо от липсата на свидетел, който да може да докаже, че е бил отхвърлен от работодателя въз основа на расата си.
17. Един дискриминационен коментар беше достатъчен за обръщане на доказателствената тежест и в C-81/12 Asociatia ACCEPT срещу Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii, където мажоритарният акционер в румънски футболен клуб беше направил хомофобски коментари, че би предпочел да не наема хомосексуален играч.
18. В алинея 48 Съдът на ЕС постанови, при презумпцията, че акционерът е имал глас в ръководството на клуба: *"Самият факт, че изказвания като оспорваните в основния иск биха могли да не бъдат изречени от даден ответник, не представлява непременно пречка за установяване по отношение на този ответник на съществуването на „факти, които позволяват да се допусне съществуването на ... дискриминация...“*

19. В отговор на аргумент от страна на ответника за това, защо обстоятелствата на произнасяне на такъв коментар от трето лице не биха били достатъчни за обръщане на доказателствената тежест, Съдът добави, че ответникът би могъл да избере да се дистанцира от такива изказвания.
20. В С-83/14, **„ЧЕЗ Разпределение България“ АД срещу Комисия за защита от дискриминация; Николова, Държавна комисия за енергийно и водно регулиране** - българско дело за расова дискриминация, в който електроразпределителното дружество „ЧЕЗ РБ“ поставя електромери над определена височина в градски райони с преобладаващо ромско население, за да не могат да бъдат достигнати от жителите, Съдът на ЕС застъпи становището, че сред относимите към случая факти могат да се посочат следните:
- i. „ЧЕЗ РБ“ е установила тази практика само в градски райони, за които е известно, че мнозинството от населението се състои от български граждани от ромски произход.
 - ii. „ЧЕЗ РБ“ твърди, че според него предимно български граждани от ромски произход нанасят щетите и извършват незаконните свързвания. Тези твърдения биха могли да подскажат, че практиката се основава на етнически стереотипи или предразсъдъци.
21. Един често повдиган въпрос гласи дали самият факт на по-неблагоприятно третиране, придружено от разлика в статута, е достатъчен за обръщане на доказателствената тежест (напр. служителка не получава повишение, но служител от мъжки пол получава).
22. Съдът на ЕС все още не е дал категоричен отговор, въпреки че е разрешил два важни казуса за доказателствената тежест.
23. Първият от тях е С-104/10 **Кели срещу Ирландския национален университет (Университетски колеж, Дъблин)**.

24. Г-н Кели кандидатства за прием в магистърската програма на ответника по социални науки за социални работници. Ответникът го уведомява, че кандидатурата му не е приета. Г-н Кели подава официална жалба за дискриминация по полов признак, като твърди, че притежава по-висока квалификация от кандидатката с най-ниска квалификация, на която е предложено място, и завежда съдебен иск.
25. В това дело той настоява да се представят копия от запазените заявления за кандидатстване, копия от документите, приложени или включени в тези заявления, както и копия от списъците с класирането на кандидатите, чиито заявления са запазени. Ответникът предлага да предостави на г-н Кели част от поисканата информация.
26. Става ясно, че искането за представяне на документи се отнася за конфиденциалните данни на други кандидати.
27. Фактите не разкриват дали в програмата е била приета някоя кандидатка, въпреки че искането за представяне на документи на г-н Кели се основава на основателната презумпция, че поне една е била приета.
28. Що се отнася до искането за представяне на документи, в алинея 38 Съдът на ЕС застъпва виждането, че *"Чл. 4(1) от Директива 97/80 на Съвета трябва да се тълкува като означаващ, че кандидат за професионално обучение, който смята, че кандидатурата му не е била приета поради нарушение на принципа за равно третиране, не получава право на информация, притежавана от учебното заведение, за квалификацията на другите кандидати за въпросния курс, за да може да докаже „факти, които позволяват да се допусне съществуването на пряка или непряка дискриминация“ в съответствие с тази клауза."*
29. При един възможен анализ логиката на този пасаж, въпреки че това не е заявено изрично, гласи, че дори да се допусне както по-неблагоприятно третиране, така и разлика в статута, това не е достатъчно за доказване на факти, от които може да се допусне полова дискриминация.

30. Вторият случай е C-415/10 Галина Майстер срещу Speech Design Carrier Systems GmbH [*„Спийч Дизайн Кериър Систъмс“ ГмбХ*].
31. Г-ца Майстер, руска гражданка, с руска диплома по системно инженерство, еквивалентна на сходна германска диплома, отговаря на обява на ответника във вестник за опитен разработчик на софтуер. Ответникът отхвърля кандидатурата на г-ца Майстер, без да я покани на интервю.
32. Скоро след това ответникът публикува нова обява. Г-ца Майстер кандидатства повторно, но ответникът отново отхвърля кандидатурата ѝ, без да я покани на интервю и без да ѝ обясни на какви основания молбата ѝ е отхвърлена. Г-ца Майстер подава жалба за полова, възрастова и расова дискриминация.
33. Националният съд задава два въпроса. Първият е относно правото на г-ца Майстер да ѝ бъдат представени документи от ответника за одобрения кандидат. Вторият е дали непредставянето от страна на ответника на поисканата от г-ца Майстер информация дава повод за допускане на полова дискриминация.
34. Отново е налице въпросът за защита на данните, който Съдът на ЕС не анализира.
35. В алинея 42 Съдът на ЕС казва: *„Затова е отговорност на националния съд да се увери, че отказът за оповестяване от страна на „Спийч Дизайн“, в контекста на доказването на факти, от които може да се допусне, че е налице пряка или непряка дискриминация срещу г-ца Майстер, няма да застраши постигането на целите на Директиви 2000/43, 2000/78 и 2006/54. А в частност, националният съд трябва да вземе предвид всички обстоятелства на основния иск, за да определи дали има достатъчни доказателства за констатация, че фактите, от които може да се допусне, че е налице такава дискриминация, са били доказани.“*
36. Така Съдът на ЕС заявява изрично, че непредоставянето на исканата информация може, съгласно националните разпоредби, да бъде

достатъчно за обръщане на доказателствената тежест, въпреки че би било трудно да се открие загатната констатация, че доказателствената тежест действително се обръща или не, ако налице са само предполагаемо по-неблагоприятно третиране и предполагаема разлика в статута.

Изводи

37. В началния етап на определяне дали ищцата е успяла да обърне тежестта на доказване, съществува въпрос дали и до каква степен съдът може да вземе предвид обяснения от работодателя, защото текстът на чл. 19(1) изисква единствено обяснение от работодателя, след като доказателствената тежест е била обърната.
38. Но, при условие че се спазва законодателството в държавите членки, би било разумно да се направи подходящ неблагоприятен извод, когато ответникът е дал нелогични обяснения или е дал обяснения, за които е установено, че са неверни.
39. Възможно ли е непредоставянето на обяснение от страна на ответника да позволи извеждането на неблагоприятно заключение? Съдът на ЕС е обявил по случаите **Кели** и **Галина Майстер**, че това е възможно, макар и без да поясни по-подробно кога, като вместо това оставя това решение на държавите членки.
40. В случая **Кели** Съдът на ЕС посочва в алинея 39: *„Не може да се изключи, че отказът за представяне на документи от страна на ответника, в контекста на доказване на тези факти, би създад риск за застрашаване на изпълнението на целта на тази директива и така осуетяване на ефективността ѝ, особено чл. 4(1). Отговорност на националния съд е да установи дали случаят е такъв в основния иск.“*
41. Съдът достига до сходен извод в случая **Галина Майстер**. В алинея 44 той застъпва становището, че *„Сред факторите, които биха могли да се вземат предвид, е особено фактът, че, за разлика от случая Кели, въпросният работодател в основния иск изглежда е отказал на г-ца Майстер всякакъв достъп до информацията, за чието оповестяване тя настоява.“*

42. В случая Николова Съдът на ЕС е на мнение, че от непредоставянето на доказателства от страна на електроразпределителното дружество може да се направи извод: Независимо от исканията в този смисъл от националния съд по отношение на тежестта на доказване, „ЧЕЗ РБ“ не е представило доказателства за предполагаемите щети, манипулацията на електромерите и незаконните свързвания, като е твърдяло, че те са общоизвестни.
43. Липсата на отговор от страна на работодател, ненавременният му отговор или предоставянето на уклончиви или двусмислени отговори на въпросник или разпит може да даде право на съда да допусне факти, които водят до обръщане на доказателствената тежест.
44. За това може да допринесе по-неблагоприятно третиране на ищцата или на други лица въз основа на пола в случаи, предхождащи по дата оспорвания случай, както и третиране с по-късна дата спрямо този случай.

Лице за сравнение

45. Определението за пряка дискриминация се отнася до по-неблагоприятно третиране на ищцата въз основа на пола *„отколкото друго лице е, било е или би било третирано в сравнима ситуация.“*
46. Формулировката *„е, било е ... третирано“* предполага съпоставка с действително лице за сравнение. Ако тежестта на доказване следва да се обърне, обстоятелствата в случая на действителното лице за сравнение не трябва да бъдат съществено различни от тези в случая на ищцата, с изключение на пола им.
47. Винаги съществува вероятност да е въпрос за факти и степен дали едно действително лице наистина се намира в сравнимо положение. От практическа гледна точка може да бъде трудно да се намери действително лице, чието положение да е наистина сравнимо с това на ищцата.

48. Възможността ищцата да направи съпоставка с хипотетично лице за сравнение произтича от формулировката *"би било третирано"*.
49. Лицето за сравнение, често е лице, чието положение не се различава съществено от това на ищцата, с изключение на пола.
50. Често може да бъде възможно да се допусне хипотетично лице за сравнение, без първоначално да се определя защо ищцата е била третирана така. Двата въпроса са безусловно свързани.
51. Ако този анализ е правилен, той означава, че не е необходимо да се допуска хипотетично лице за сравнение и често е по-добре изобщо да не се прибегва до тази практика. Вместо това е по-добре да се попита защо ищцата е била третирана по определен начин.
52. Но ако съдът трябва да допусне хипотетично лице за сравнение, ще трябва да определи имащите отношение към случая сравними обстоятелства, като се върне назад в разсъжденията си от причината за третирането. Така имащите отношение към случая обстоятелства в ситуацията на хипотетичното лице за сравнение отразяват обстоятелствата, имащи отношение към причината за действието или решението, срещу което е заведен иск.

„Може да се допусне“

53. Формулировката в чл. 19(1) повдига въпрос относно стандартът за доказателство, който е необходимо да бъде удовлетворен, преди да бъде обвърната тежестта на доказване. Към настоящия момент няма разрешен от Съда на ЕС случай по тази точка.
54. Но съществуват указания в становището на съдебен консултант Кокот в С-394/11 **Белов срещу „ЧЕЗ Електро България“ АД**, 20.09.2012 г. (в крайна сметка Съдът на ЕС решава, че няма правомощия да разглежда насочения към него въпрос и не се произнася).

55. Този случай се отнася за разпоредбите за доказателствена тежест в 2000/43/ЕО. Представява друг казус, засягащ височината на електромерите. Ищецът е от ромски произход. Той твърди, че е налице расова дискриминация във връзка с неспособността му да отчита електромера на домакинството си, поставен на 7 метра височина над земята, освен със специална уговорка със служителите на дружеството.
56. Съдебен консултант Кокот заключава, че за обръщането на тежестта на доказване не е необходимо ищецът да докаже дискриминация с висока степен на сигурност, тъй като това би застрашило разпоредбите за практическата ефективност и би ги направило почти редундантни.
57. Тя заключава, че *„Следователно за обръщане на доказателствената тежест е достатъчно, съгласно чл. 8(1) от Директива 2000/43, лицата, които смятат себе си за оцетени поради неприлагане на принципа за равно третиране, да докажат факти, които потвърждават случай на дискриминация prima facie.“*
58. Насоченият към Съда на ЕС случай е сметнат за недопустим за разглеждане от Съда през януари 2013 г., поради което по въпроса не са взети по-нататъшни решения.
59. Във формулировката „може да се допусне“ трябва да бъде негласно заложено, че директивата се отнася за това, дали по отношение на тези факти приемлива съдебна инстанция, водена надлежно от закона, е установила факти, от които може да се допусне дискриминация.

Ако тежестта се обърне, какво трябва да докаже работодателят?

60. Чл. 19(1) постановява, че ответникът е задължен *„да докаже, че не е имало нарушение на принципа на равно третиране.“*
61. Работодаателят може да опита да опровергае презумпцията за полова дискриминация по няколко начина.

Информираност

62. Един начин, по който той може да опита да опровергае презумпцията, е, че не е бил информиран за съответния защитен признак. Съществува по-малка вероятност това да бъде приложимо в случай на полова дискриминация, отколкото например при расова дискриминация или дискриминация поради друг защитен признак. Но въпреки това може да бъде приложимо, например в случай на бременност.

Твърдените действия не са се случили

63. Работодателят има възможност да опита да докаже, че фактите, на които се опира ищцата, не са се случили в действителност. Но ако съдът прилага стриктен двуфазов процес (Обърната ли е тежестта на доказване? Ако е така, работодателят опровергал ли е презумпцията?), тази възможност би била взета предвид в първата фаза.

Обяснение, с което се отрича дискриминацията

64. Работодателят винаги може да се възползва от възможността да се защити срещу иска, като посочи, че полът не е бил сред причините, поради които ищцата е третирана така.
65. Съществува разлика между причината, поради която едно лице постъпва по даден начин, и мотива за действията му. Дори и работодателят да се позове на най-благоприятния възможен мотив, въпреки всичко може да се установи, че третирането се е основавало на пола.
66. Освен това формулировката на 2006/54/ЕО сочи, че когато се прави опит за опровергаване на *prima facie* случай на дискриминация, работодателят може да докаже, че полът не е имал никакво отношение към причината за третирането на ищцата.
67. Ако има повече от една причина за третирането и ако полът е сред тези причини, дори и да не е основната, но ако е съществена причина, работодателят няма да успее да опровергае презумпцията за дискриминация.

68. Може ли ответникът изобщо да избегне отговорността, като се позове на психическото състояние на взелия решението? Възможно е.
69. Ако правилният подход е, че дискриминационно действие или пропуск могат да възникнат поради изгубил давност фактор, докато този фактор действа върху психиката на евентуалния дискриминиращ (съзнателно или несъзнателно), ответникът може да опита да твърди, че отправната точка е да се установи лицето (лицата), което е отговорно за въпросното действие или пропуск.
70. Ако това е вярно, така се поставя още една пречка пред ищцата, тъй като ответникът може да успее да избегне отговорността, когато ищцата не е в състояние да докаже според изискуемия критерий, че дадено взело решението лице е притежавало необходимата информираност.

Непряка дискриминация

Увод

71. Чл. 2(1)(б) дефинира непряката дискриминация, както следва: *„когато привидно неутрална разпоредба, критерий или практика би поставила лица от един пол в по-неблагоприятно положение от лица от друг пол, освен ако тази разпоредба, критерий или практика е обективно обоснована от легитимна цел и средствата за постигането на тази цел са подходящи и необходими.“*

Три ситуации, в които тежестта на доказване се обръща

72. Има три ситуации, при които ищца по иск за непряка дискриминация може да докаже факти, водещи до обръщане на доказателствената тежест.
73. Едната предполага ищцата да докаже наличието на разпоредба, критерий или практика („РКП“), поставящи лица от един пол в по-неблагоприятно положение. Втората предполага липса на прозрачност в третирането от страна на работодателя, която поставя лица от един пол в по-неблагоприятно положение. Третата е ситуацията, при която не са

налице РКП или липса на прозрачност, но въпреки това статистиката показва, че служителите от мъжки или женски пол са обект на по-неблагоприятно третиране.

74. В настоящия доклад се анализира поред всяка от тези три ситуации.

Разпоредба, критерий или практика

75. Случай на РКП е налице, когато съществува явна (или негласна) практика от страна на ответника, която поставя една група служители, обикновено жени, в по-неблагоприятно положение в сравнение с друга група служители (обикновено мъже).

76. Класическите случаи, по които са били заведени иски в Съда на ЕС преди 30 години, са били свързани с работа на непълен работен ден. В един от тези случаи – дело 170/84 **Bilka-Kaufhaus GmbH** [*„Билка-Кaufhaus“ ГмбХ*] **срещу Вебер фон Харц**, в ал. 29 Съдът на ЕС застъпва становището, че *„Следователно, ако се установи, че много по-нисък процент жени, отколкото мъже, работят с непълно време, изключването на служителите на непълен работен ден от пенсионната схема на дружеството би противоречало на чл. 119 [предшественик на чл. 157] от Договора, когато, като се вземат предвид трудностите, срещани от жените, работещи с пълно работно време, тази мярка не би могла да се обясни с фактори, които изключват всякаква дискриминация по полов признак.“*

77. Въпросът, повдигнат от **„Билка“**, бил дали това важи само за случаите, когато статистиката показва „много по-нисък процент“ жени, които се възползват от пенсионната схема.

78. В съдебната практика на Съда на ЕС изрично или негласно е било застъпвано становището, че е налице „съществена разлика“ при следните проценти:

- i. Дело 171/88 *Ринер-Кюн* – в категорията служители на непълен работен ден 89% процента били жени и 11% - мъже;

- ii. С-33/89 *Ковалска* – в категорията служители на непълен работен ден процентите на жените били 77,3% (като през тази година те били само 55,5% от служителите с пълно работно време), 97,8% и 90,2% според длъжността и отработените часове на седмица;
 - iii. С-184/89 *Нимз* – в същата категория процентите на жените били 77,3% и 90,2% според отработените часове на седмица, а процентът на жените в категорията служители на пълнен работен ден бил 55%;
 - iv. С-243/95 *Хил* – сред служителите, назначени на принципа „поделение на работната заетост“ *[назначаване на двама служители на непълен работен ден, така че общият брой отработени от тях часове да съответства на работното време на един служител, назначен на пълнен работен ден, б.пр.]*, т.е. категорията, обект на неблагоприятно юридическо третиране, от 98% до 99,2% били жени.
79. В С-167/97 **Р. срещу Министъра на заетостта от името на Сиймор-Смит и Перес**, по отношение на правилата, възпрети от държава членка, които имали диспропорционален ефект, както и като се вземе предвид формулировката на тогавашната Директива 76/207/ЕО, било посочено, че критерият се съдържа в ал. 60: *„Дали наличната статистика сочи, че значително по-нисък процент жени, отколкото мъже, е в състояние да удовлетвори условието за двегодишен стаж, изискван от оспорваното правило.“*
80. В ал. 61 е добавено: *„Това би било възможно също ако статистическите доказателства показват по-малко, но трайно и относително постоянно несъответствие за продължителен период от време между мъжете и жените, които изпълняват изискването за двегодишен стаж. Но би било в компетентността на националния съд да определи изводите, които трябва да се направят от тази статистика.“* Съдът приема, че диспропорционален ефект в размер на 8,5% не може да се сметне за достатъчен.

Липса на прозрачност

81. В С-109/88 Съюз на служителите в търговията и администрацията на Дания срещу Датската организация на работодателите, действаща от името на Danfoss (“Danfoss”) [„Денфос“], имаше доказателства, че средната заплата за жените е 6,85% по-ниска от заплатата, получавана от мъжете. Но поради липса на прозрачност в системата на възнагражденията ищците не бяха в състояние да докажат категорично, че жените получават по-ниски заплати от гледна точка на всеки елемент на възнаграждението им.
82. Съдът на ЕС доразви обръщането на доказателствената тежест. А в частност, в ал. 16 от резолютивната част на решението си той застъпи становището, че *„Когато дружество прилага система на възнаграждения, която се характеризира с пълна липса на прозрачност, е отговорност на работодателя да докаже, че практиката му по отношение на заплатите не е дискриминационна, ако служителка докаже по отношение на относително голям брой служители, че средното възнаграждение на жените е по-ниско от това на мъжете.“*
83. С други думи, доказателствената тежест се обръща (въз основа на фактите по това дело), когато е налице неблагоприятно положение на относително голям брой служителки. Но Съдът на ЕС не посочва дали е необходима точно определена разлика, преди това да се случи.

Брой служители – Ендърби срещу Здравната служба на Френчей

Какво твърди Ендърби?

84. В С-127/92 Памела Мери Ендърби срещу Здравната служба на Френчей и Министерството на здравеопазването Съдът на ЕС разширява понятието за непряка дискриминация.
85. Г-жа Ендърби била логопед в Националната здравна служба. Логопедите били предимно жени. Тя твърдяла, че възнаграждението ѝ е по-малко от това на клиничните психолози и фармацевтите, повечето от които (при

различни проценти на мнозинство) били мъже. Било прието, че извършваната работа била равностойна.

86. Г-жа Ендърби не твърдяла, че има пряка полова дискриминация. Също така не твърдяла, че съществуват точно определени спънки (т.е. РКП), които да ѝ пречат да получи достъп до някоя от другите професии. Заплащането в различните професии се определяло от различни процеси на колективно договаряне.
87. В ал. 16 Съдът на ЕС постановява, че *„Но ако възнаграждението на логопедите е значително по-ниско от това на фармацевтите и ако първата категория служители са предимно жени, а втората – предимно мъже, е налице prima facie случай на полова дискриминация, поне когато въпросните две длъжности са равностойни и описващата ситуацията статистика е валидна.“*
88. Съдът постановява в ал. 17, че *„Отговорност на националния съд е да прецени дали да вземе под внимание тази статистика, т.е. дали тя обхваща достатъчно лица, дали илюстрира чисто случайни или краткотрайни явления и дали като цяло може да се сметне за значима.“*
89. Следователно в случая **Ендърби** действително се установява, че статистиката сама по себе си, ако е достатъчно значима, може да създаде видимо неопровержима презумпция за prima facie непряка полова дискриминация.
90. Когато е налице статистически значим и съществен елемент, който доказва, че една група действително е засегната негативно по полов признак, това ще задължи работодателя да обоснове договорените възнаграждения. В тези обстоятелства няма да бъде достатъчно работодателят да докаже, че договореностите са достигнати без пряка полова дискриминация от какъвто и да било вид. В действителност съдът постановява, че някъде трябва да е имало елемент на непряка полова дискриминация.

91. Статистиката трябва да показва минимум наличие на разумни основания да се заключи, че третирането на групата в неблагоприятно положение трябва да е произтекло от някой фактор или комбинация от фактори, които влияят негативно върху жените поради техния пол, въпреки че не може да се установи очевидна характеристика, водеща до диспропорционален ефект, а също така въпреки че работодателят привидно е доказал обратното.

Връзка между типовете непряка дискриминация в случаите Ендърби и РКП

92. Един от главните въпроси, повдигнати от случая **Ендърби**, е дали ефектът на решението се ограничава до случаи, при които диспропорционалният ефект (както при **Ендърби**) е такъв, че групата в неблагоприятно положение да се състои „*предимно*“ от жени.
93. Напълно е възможно принципът **Ендърби** да може да действа в не толкова екстремни обстоятелства (и действително, в Обединеното кралство е установена именно такава ситуация, например когато групата на ищците е била почти наполовина съставена от жени, макар че групата за сравнение била съставена предимно от мъже).
94. Друг ключов въпрос е дали статистическите данни, които биха били достатъчни за обръщане на доказателствената тежест в типа непряка дискриминация от случая **Билка**, биха били достатъчни също за установяване при типа **Ендърби** или дали във втория случай, където няма явна причина жените да бъдат негативно засегнати, би била нужна по-категорична статистика.
95. Формулировката на 2006/54/ЕО би могла да се тълкува като предполагаща, че доказателствата, достатъчни за обосноваване на констатация, че определена ситуация РКП, възприета от работодателя, засяга негативно жените, не са същите като статистическите доказателства, необходими за обосноваване на извода в ситуацията **Ендърби**, че трябва да е налице *prima facie* дискриминация, когато такава привидно липсва.

96. Една причина е, че определението за непряка дискриминация в чл. 2 включва изискването да е налице РКП. Формулировката би била редундантна, ако беше необходимо ищцата само да докаже, че е налице неблагоприятно положение (според какъвто и да било изискуем статистически праг).

Статистика

97. Определението за непряка дискриминация беше цитирано в ал. 66 по-горе. То се отнася до ситуацията РКП, поставяща дадена група в „по-неблагоприятно положение“. Тя заменя определението в 97/80/ЕО, което я дефинира като съществуваща „*когато привидно неутрална разпореда, критерий или практика поставя в неблагоприятно положение значително по-висок процент от представителите на даден пол.*“
98. Последствията от тази важна промяна в законодателството са, че сега не е необходимо винаги ищцата да представи статистика относно „значително по-висок процент“, за да може да докаже негативен ефект. Понякога може да е очевидно, че е налице негативен ефект, който, казано с формулировката от 2006/54/ЕО, би поставил лицата от единия пол в по-неблагоприятно положение, напр. всички машинисти на железопътно дружество да са принудени да преминават от фиксирани дневни смени на гъвкави смени, изпълнявани по всяко време на деня или нощта.
99. Но в определени случаи, като при типа непряка дискриминация в случая Ендърби, употребата на статистика въпреки всичко може да е необходима, независимо от законодателната промяна, тъй като негативният ефект трябва да се докаже.
100. Какви статистически данни са необходими за обръщане на доказателствената тежест в типа дискриминация от случая Ендърби?
101. Може да се наложи съдът да вземе предвид дали статистическите данни, на които разчита ищцата, или пък приведените от ответника, са били

подложени на някакъв вид статистически анализ, за да се определи, например, дали вариациите в случаите на третиране между мъжете и жените надхвърлят границите на произволност; дали обхванатият брой служители е достатъчен за смислен анализ; както и дали (по-спорно – вж. по-долу) факторите, за които се твърди, че влияят върху третирането, имат по-съществено причинно влияние от фактора пол.

102. Освен това относимата към делото база за сравнение трябва да обхваща всички служители, които се намират в сходно положение (вж. Пояснителния меморандум на Комисията към 2006/54/ЕО, COM(2004) 279 последна точка).

Проблемът Брунхофер

103. Едно от делата на Съда на Европа, което е породило някои трудности, е С-381/99 **Брунхофер срещу Bank Oesterreichischen Postsparkasse AG** [*„Банк Оестеррайхишен Постшпаркасе“ АГ*]. В това дело изглежда, че Съдът произнася решение, че, поне що се отнася до неравното заплащане, когато на жена се плаща по-малко, отколкото на мъж, доказателствената тежест се пренася върху ответника, който трябва да докаже, че са налице обективни основания за разликата във възнаграждението.
104. Г-ца Брунхофер била служителка на банката от юли 1993 г. до юли 1997 г. Тя предявила иск за равно заплащане с колега мъж, който бил назначен през август 1994 г. От момента на назначаването си той бил получавал индивидуална добавка към заплатата, каквато тя не получавала.
105. Банката не се стремяла да оспори, че съществуват действителни разлики, които биха обосновавали разлика в заплащането към датата на назначаването на служителя. И действително, както ищцата, така и колегата, с когото се сравнявала, били класифицирани в една и съща категория по съответния колективен договор. Вместо това работодателят се опитал да оправдае разликата в заплащането, като се позовал на обстоятелства, възникнали едва след назначаването на лицето за сравнение, а именно че служителят постигал по-добри резултати в

работата си от г-ца Брунхофер, както и че изпълнявал по-важни функции. Банката не основала защитата си на простия аргумент, че разликата в заплащането действително се дължала на фактори, различни от пола.

106. В ал. 66 Съдът казва: „Тук е уместно да си припомним съдебната практика, според която разликата в заплащането на жените спрямо това на мъжете за една и съща равностойна работа по принцип следва да се смята за противоречаща на чл. 119 от Договора [понастоящем чл. 157 от Договора за функционирането на ЕС (ДФЕС)] и следователно – на Директивата. Би важал обратният случай само ако разликата в третирането беше оправдана от обективни фактори, несвързани с каквато и да било дискриминация по полов признак...“
107. Привидно решението би означавало, че, поне що се отнася до заплащането, когато жена и мъж получават различно възнаграждение, доказателствената тежест се обръща автоматично, т.е. винаги е задължение на работодателя да посочи обективни основания за разликата в заплащането.
108. По редица причини това не може да бъде правилното тълкуване на случая **Брунхофер**.
109. На първо място, 2006/54/ЕО и чл. 157 от ДФЕС се отнасят за равенството между мъжете и жените и дискриминацията в заплащането. Те не се отнасят за справедливото възнаграждение, какъвто би бил ефектът, ако винаги се изискваха обективни основания. Поради това една ирационална система на възнаграждения може да бъде несправедлива, но очевидно не е автоматично дискриминационна по полов признак, ако - да вземем наистина екстреман пример - възнаграждението се определя с хвърляне на монета за ези-тура.
110. Второ, ако в делото **Брунхофер** Съдът на Европа е имал предвид, че всички разлики в заплащането между мъжете и жените трябва да бъдат обективно оправдани, това би означавало, че тежестта на доказване би била обърната, а жената би могла да изисква допълнително

възнаграждение със задна дата по законодателството за равното заплащане само защото по случайност е жена.

111. Така би получила средство за съдебна защита в обстоятелства, когато на един мъж би било отказано такова. Затова ако, например, 100 мъже са назначени на длъжност А със заплата X лири и 100 мъже са назначени на длъжност Б със заплата X лири плюс 10% по исторически причини, за които не биха могли да се посочат основания, мъжете, заемащи по-нископлатената длъжност, не биха имали основания за оплакване по законодателството за дискриминацията. Но ако делото **Брунхофер** трябва да означава, че винаги следва обръщане на доказателствената тежест, то ако жена е назначена на длъжност от по-ниска категория, тежестта би била върху работодателя да оправдае обективно разликата в заплащането (което той не би могъл да направи).
112. Трето, ако Съдът на ЕС е имал предвид, че доказателствената тежест се обръща в такава ситуация, той би очертал напълно изкуствено и особено значимо разграничение между обръщането на доказателствената тежест при полова дискриминация по отношение на заплащането спрямо полова дискриминация по отношение на други въпроси. Това не е смисълът на законодателството на Съюза.
113. На последно място, ако именно това е имал предвид Съдът на ЕС в делото **Брунхофер**, е най-малкото изненадващо, че не е заявил изрично, че анулира предишната съдебна практика, а също така е изненадващо, че не е посочил изрично, че въпросите за статистическите доказателства, негативния ефект и броя лица за сравнение вече няма да важат.

Какво трябва да докаже работодателят?

114. При непряка дискриминация, след като се обърне тежестта на доказване, работодателят трябва да докаже, че е целял да постигне законна цел, както и че средствата, използвани за постигането ѝ, са били както подходящи, така и необходими.

115. Един от трудните въпроси е дали - в случая на дискриминация като в случая **Ендърби** – действително е налице неоспорима презумпция за непряка полова дискриминация, която винаги налага работодателят обективно да обоснове евентуални разлики в третирането, или дали работодателят може по свое усмотрение да се опита да докаже, че съществува неоснована на пола причина за разликата в третирането, както и че не е необходимо обосноваване.
116. По принцип, тъй като типът допускана непряка полова дискриминация от случая **Ендърби** възниква в отсъствието на всякаква дискриминация от страна на ответника, би трябвало да е оставено на преценката на ответника да се опита да докаже, че съществува неоснована на пола причина за разликата в третирането.
117. От една страна, би могло да се каже, че ако работодателят е в състояние да докаже такава причина, той доказва, че статистиката няма значение или не е валидна.
118. При противоположния подход застъпва позицията, че замисълът в случая **Ендърби** е да се постави доказателствената тежест върху работодателя, когато е налице логично диспропорционален негативен ефект върху жените, за разлика от мъжете, както и че този факт сам по себе си представлява дискриминацията, която обръща доказателствената тежест и налага обективно обосноваване.
119. Този въпрос все още не е разрешен на нивото на Съда на ЕС.

Пол Епстайн, кралски адвокат

12 ОКТОМВРИ 2015 Г.