

**Opatija Inter-University Centre of Excellence**

**Working paper**

WP H 2/2009



**Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu  
Europske unije**

Siniša Rodin

## **Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije**

### **Siniša Rodin**

Čl. 20 Zakona o suzbijanju diskriminacije unosi u hrvatski pravni poredak dio pravne stečevine Europske unije vezane uz teret dokazivanja diskriminacije. Taj dio pravne stečevine sastavni je dio načela jednakog postupanja, koje je začeto izvornim Čl. 119 UEEZ, a tijekom vremena se razvilo kroz praksu Europskog suda koja je kasnije kodificirana relevantnim direktivama. Cilj je ovog poglavlja pojasniti taj dio pravne stečevine Europske unije.

Izvorna direktiva koja je kodificirala praksu Europskog suda o teretu dokazivanja bila je direktiva 97/80/EC. Isti normativni izričaj ponavlja se i u kasnijim regulatornim mjerama, a najnoviji primjer regulacije tog područja nalazimo u Čl. 8. Direktive 2000/43/EC o provedbi načela jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko porijeklo.

Pravo EU općenito, pa tako i u području tereta dokazivanja diskriminacije, relevantno je i za nacionalne sudove, budući da je njihova obaveza interpretirati nacionalno pravo u svjetlu prava EU i pružati učinkovitu pravnu zaštitu subjektivnim pravima zajamčenim pravom EU. Tako i Čl. 20 ZSD valja interpretirati u svjetlu relevantnog primarnog i sekundarnog prava i prakse Europskog suda. Valja naglasiti, da zaštita od diskriminacije ne ovisi o postojanju nekog drugog subjektivnog prava, te da se pravna zaštita odnosi na jednake mogućnosti sudjelovanja u različitim oblicima društvenih aktivnosti, što u konkretnom slučaju može, ali i ne mora uključivati povredu nekog posebnog subjektivnog prava.

Za razumijevanje razloga zbog kojih je u pravu Europske unije razvijeno pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja potrebno je osvrnuti se na dva usko povezana koncepta -načelo jednakog postupanja i koncept posredne (indirektne) diskriminacije.

#### **(a) Načelo jednakog postupanja**

Načelo jednakog postupanja prema muškarcima i ženama, propisano izvorno Čl. 119. UEZ, a danas Čl. 141 UEZ. Temeljem Ugovora iz Lisabona ovo načelo smješteno je u Čl. 157 UFEU. Ono je temeljem Čl. 141(3) dodatno uređeno direktivama. Riječ je o jednom od temeljnih socijalnih ciljeva Europske unije koji bi se mogao formulirati kao načelo prema kojemu je zabranjena svaka diskriminacija temeljem suspektnih osnova diskriminacije kao što su spol, rasa ili etničko porijeklo, vjera ili uvjerenje, invaliditet, dob ili spolna orijentacija. Te su osnove diskriminacije propisane Čl. 13 UEZ, koji je ujedno i pravna osnova za donošenje sekundarnog prava. Lisabonskim ugovorom Čl. 13 postaje Čl. 19 UFEU.

(b) Razlikovanje izravne i posredne diskriminacije

Iz relevantnih direktiva i sudske prakse proizlazi da **izravna diskriminacija** postoji kada se prema nekoj osobi postupa na manje pogodan način nego što se postupa, što se postupalo, ili što bi se postupalo prema nekoj drugoj osobi u usporedivoj situaciji, a temeljem jednih od kriterija jednakog postupanja (npr. temeljem spola, rase itd.) Zakon o suzbijanju diskriminacije destilira pravnu stečevinu definirajući izravnu diskriminaciju kao postupanje "... kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji." Pri tome, primjenom pravila pravne stečevine EU o dokazivanju, tužitelj koji ističe da je žrtva izravne diskriminacije mora uvjeriti sud da postoji vjerojatnost da određena mjera ili radnja predstavljaju akt izravne diskriminacije stoga što prema jednakima postupaju nejednako, odnosno, stoga što prema nejednakima postupaju na jednak način. Ukoliko sud prihvati da takva vjerojatnost postoji, na tuženiku je dokazati da taj akt ili radnja imaju neki legitimni cilj, te da mjera nije donesena s obzirom na neku od osnova diskriminacije poput spola, rase ili drugog.

Prema danas dobro utvrđenoj praksi Europskog suda i njenoj kasnijoj kodifikaciji u direktivama, **indirektna diskriminacija** postoji kada se neko pravno pravilo, na prvi pogled, jednako odnosi na sve adresate, ali su učinci primjene tog pravnog pravila osobito otegotni za jednu određenu društvenu skupinu, primjerice, žene, pripadnike određene rase i dr. Nakon početnog određenja pojma indirektna diskriminacije u predmetu *Defrenne II*, kada je, Europski sud dao do znanja da se načelo jednakog postupanja odnosi ne samo na izravnu, već i na posrednu (indirektnu) diskriminaciju, praktičnu primjenu koncepta indirektna diskriminacije moguće je pratiti počevši od odluke Europskog suda u predmetu *Jenkins*.

(c.) Teret dokazivanja i učinkovita pravna zaštita

Europski sud smatra pravo na **učinkovitu pravnu zaštitu** jednim od temeljnih načela prava EU koje proizlazi iz ustavnih tradicija država članica i koje je potvrđeno Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Pravo primjenjivo na prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika potrebno je analizirati u kontekstu pružanja učinkovite pravne zaštite pravu na jednako postupanje. Dva su glavna razloga zbog kojih pravo EU propisuje prebacivanje tereta dokaza - zaštita slabije strane pravnog odnosa i osiguravanje pristupa informacijama kao izraz načela procesne jednakosti stranaka.

Kao prvo, funkcija prava je **zaštita slabije strane** pravnog odnosa. Utoliko prebacivanje tereta dokazivanja izravno pridonosi ostvarivanju jednog od važnih ciljeva europske politike jednakog postupanja. To je naglašeno i u tč. (8) preambule Direktive 97/80/EC koja prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika stavlja u izravnu vezu s ostvarivanjem ciljeva Čl. 119 UEZ, te direktiva 75/115/EEC i 76/207/EEC. To je također naglašeno u tč. (18) preambule gdje se izričito navodi kako je prebacivanje tereta dokaza na tuženika u funkciji pružanja učinkovite pravne zaštite žrtvama nejednakog postupanja.

Drugi važni razlog u funkciji učinkovite sudske zaštite jednakog postupanja odnosi se na **pristup informacijama**. Naime, žrtva diskriminacije, u pravilu, neće imati pristup relevantnim informacijama koje su utjecale na diskriminatorne radnje. Tu će se često raditi o skrivenim motivima tuženika ili o neobjavljenoj politici poslodavca ili državnog tijela. Tako je u predmetu *Danfoss*, Europski sud naglasio da u situacijama kada određena diskriminatorna mjera poslodavca nije dovoljno transparentna, žrtve diskriminacije nemaju nikakvu mogućnost ostvariti učinkovitu sudsku zaštitu.

U takvim okolnostima, učinkovita pravna zaštita načela jednakog postupanja moguća je samo ukoliko teret dokazivanja bude prebačen na tuženika. To ističe i tč. (19) preambule Direktive 97/80/EEC koja konstatira teškoće dokazivanja posredne diskriminacije dovodeći ih u izravnu vezu s ciljevima Direktive, tj. s pravilom o prebacivanju tereta dokaza.

Prebacivanje tereta dokazivanja primjenjivo je i kod dokazivanja izravne i kod dokazivanja posredne (indirektne diskriminacije). Ipak, postoje određene razlike.

U prvom koraku, bez obzira je li riječ o izravnoj ili posrednoj diskriminaciji, osoba koja tvrdi da je došlo do povrede načela jednakog postupanja mora uvjeriti nacionalni sud da postoje činjenice na kojima se može utemeljiti presumpcija da postoji izravna ili posredna diskriminacija. Nakon toga, teret dokaza je na tuženiku koji mora dokazati da nije došlo do povrede načela jednakog postupanja.

Iako postoje relevantna pravna shvaćanja da se, kada je uspješno dokazana mjera ili akt izravne diskriminacije, tuženik ne može pozivati na opravdanja, praksa Europskog suda ukazuje drugačije.

Da bi se opravdala **izravna** diskriminacija, potrebno je dokazati da je sporno postupanje *opravdano objektivnim faktorima koji nisu u vezi ni sa kakvom diskriminacijom temeljem određene osnove diskriminacije* (npr. spol, invaliditet, rasa) i ni sa kakvim dovođenjem u vezu tužitelja s takvom osnovom.

Kada je riječ o mjeri ili aktu **posredne** diskriminacije, sporni akt ili radnja biti će na prvi pogled neutralni, ali će imati određene štetne učinke za tužitelja, što je moguće dokazivati i statistički. U takvoj situaciji tuženik može dokazivati da postoje *“... objektivno opravdani čimbenici koji se ne odnose ni na kakvu diskriminaciju ...”*. Tada će sud koji odlučuje u sporu morati primijeniti test proporcionalnosti, odnosno, morati će prosuditi je li osporavana mjera ili akt imala legitimni cilj, je li prikladna za ostvarivanje tog cilja, te postoji li mjera koja može ostvariti isti legitimni cilj bez ili uz manje diskriminatornih učinaka.

Ukratko, glavna razlika kada je riječ o obrani u slučajevima izravne i posredne diskriminacije je u tome što je u slučajevima izravne diskriminacije moguće dokazivati samo da je sporni akt ili radnja imala neki dopušteni i legitimni cilj, te da se odluka ne temelji na nikakvim kriterijima vezanima uz spol, rasu,

invalidnost itd. Preostali analitički koraci testa proporcionalnosti uglavnom nisu primjenjivi.

Drugim riječima, mora se raditi o situaciji gdje tuženik svoje subjektivno pravo nije ostvario zbog razloga koji se ne mogu dovesti u vezu s njezinim ili njegovim osobnim karakteristikama koje su iz perspektive načela jednakog postupanja suspektne. Pri tome, objektivni kriteriji zbog kojih tužitelj nije ostvario svoje subjektivno pravo ne smiju biti tako definirani da ih osobe određenih karakteristika koje su zaštićene direktivama (suspektne karakteristike) uopće ne mogu ispuniti, ili da ih mogu ispuniti samo uz znatne teškoće. Ukoliko bi to bio slučaj, radilo bi se o posrednoj diskriminaciji.

S druge strane, u slučajevima posredne diskriminacije, kada su učinci spornog akta ili radnje posredno diskriminatorni, nakon prebacivanja tereta dokaza na tuženika, tuženik mora u svakom slučaju dokazivati da sporni akt ili radnja ima legitiman cilj koji nije ni u kakvoj vezi s nekom od osnova diskriminacije. To, međutim, nije dovoljno, već sporni akt ili mjera mora proći i ostale analitičke korake testa proporcionalnosti. Oспорavana mjera mora biti prikladna za ostvarivanje legitimnog cilja, te ne smije postojati alternativna mjera koji isti cilj ostvaruje uz manje štetne posljedice za osobu koja tvrdi da je u odnosu na nju povrijeđeno načelo jednakog postupanja.

Na kraju još nekoliko napomena. Već je rečeno da je u novijoj praksi Europski sud zauzeo shvaćanje da žrtva diskriminacije može biti i osoba koja osobno nema neku od zaštićenih karakteristika, ali je s takvom osobom u bliskoj vezi (predmet C-303/06 *Coleman*). Takvim je osobama potrebno priznati aktivnu procesnu legitimaciju i pružiti im učinkovitu sudsku zaštitu na nacionalnoj razini.

Drugo, adresati pravnih pravila kojima se relevantne direktive prenose u nacionalno zakonodavstvo su ne samo tijela javne vlasti, već sve fizičke i pravne osobe. Drugim riječima, načelo jednakog postupanja, uključujući i pravila o teretu dokazivanja, primjenjivo je u horizontalnim pravnim odnosima između fizičkih i pravnih osoba. Pri tome pravo EU ima snagu interpretativnog izvora kojega nacionalni sud ili drugo tijelo mora koristiti pri interpretaciji nacionalnog prava.

Treće, postojanje izravne diskriminacije ne ovisi o postojanju tužitelja koji tvrdi da je žrtva diskriminacije. Tako je Europski sud odlučio da rasističke izjave direktora privatnog poduzeća predstavljaju diskriminatornu politiku zapošljavanja čak i kada žrtvu nije moguće precizno identificirati. U konkretnom slučaju tužbu pred belgijskim sudom podnio je Centar za jednake mogućnosti (Nacionalno tijelo za jednakost). Izjave direktora da ne želi zapošljivati osobe drugog etničkog porijekla za Europski sud bile su dovoljne da prebaci teret dokaza na tuženika. Ova je presuda važna imajući u vidu da Čl. 20(1) ZSD govori o povredi prava tužitelja. Ovu bi normu valjalo interpretirati u svjetlu predmeta *Centrum*, te proširiti njenu interpretaciju, uključujući i prebacivanje tereta dokaza, i na situaciju kada tužitelj koji ima aktivnu procesnu legitimaciju, a koji nije osobno oštećen, u sudskom postupku tvrdi da je povrijeđeno pravo na

jednako postupanje u odnosu na drugu oštećenu osobu.