

Standarde europene privind sarcina probei în cazurile de discriminare și transpunerea în dreptul intern ca excepție a principiului de drept comun *affirmanti incumbit probatio*

I. Standardul probei în cazurile de discriminare

Probele au o însemnătate primordială atât în procesul civil, cât și în procesul penal. Pentru a pronunța o hotărâre, judecătorul trebuie să cunoască faptele prin care s-au adus atingere unor drepturi prevăzute de lege în favoarea părților sau care au dat naștere conflictului dedus judecării. Probele sunt indispensabile pentru stabilirea situației de fapt, reprezentând tocmai mijloacele prin care judecătorul poate lua cunoștință de raporturile de drept material deduse judecării¹.

Demonstrarea încălcării drepturilor omului și a discriminării în special poate fi în mod particular problematică. În majoritatea cazurilor, probele sunt extrem de reduse sau limitate de vreme ce subiecții activi ai discriminării, spre exemplu, nu își etalează în mod manifest prejudecățile ori în unele cazuri nici nu sunt conștienți de acestea. Deși intenția nu constituie un element *per se* al discriminării, chestiunea motivării discriminării este de cele mai multe ori extrem de dificil de demonstrat. Cu atât mai mult cu cât între tratamentul diferit aplicat și motivare (sau criteriu: rasă, etnie, naționalitate, sex, orientare sexuală, dizabilitate etc.) există totuși un raport de cauzalitate. Deși victimele unei discriminări pot aparține unei minorități rasiale, este foarte dificil de probat că identitatea acestora a contribuit la modul în care au fost tratați. În situațiile în care statul discriminează prin politici publice sau angajatorul în cadrul politicii companiei, probele pot exista, dar probabil nu sunt accesibile. În unele situații, probele sunt exclusiv la îndemâna pârâtului, iar reclamantul nu are acces la acestea.

Aceste dificultăți de probă au un impact inevitabil asupra protecției efective a dreptului la egalitate. De altfel, recunoscând dificultățile în probarea discriminării, la nivel european au fost adoptate, atât pe cale legislativă, cât și jurisprudențială, standarde probatorii pentru a ușura sarcina victimelor în cazurile de discriminare. Din acest punct de vedere, am putea spune că, în general, există o legătură strânsă între protecția efectivă a drepturilor omului și standardele probatorii cerute de instanțe în vederea stabilirii unei încălcări. De vreme ce standardul probei este mai ridicat, „protecția” făptuitorului va fi mai mare și cu atât mai dificil pentru victimă va fi obținerea remediei².

¹ *Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroi, Drept procesual civil, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2003.*

² A se vedea *Interights: The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Non-Discrimination in International Law – A handbook for Practitioners, editat Kevin Kitching, Londra, 2005.*

Două tipuri de standarde în materia probei sunt uzitate în dreptul internațional, cât și în dreptul intern:

- a) **standardul probei dincolo de un dubiu rezonabil și**
- b) **echilibrul probabilităților.**

Principiul „dincolo de un dubiu rezonabil” este cel mai ridicat standard al probei. Este caracteristic dreptului penal, fiind corelativ infracțiunilor a căror săvârșire determină consecințe grave pentru făptuitori. Pe de altă parte, principiul „echilibrului probabilităților sau balanței probabilităților” coboară nivelul sarcinii astfel încât instanța trebuie să își formeze convingerea că pretenția reclamantului este „mai degrabă decât mai puțin probabil” întemeiată. Acest standard al probei este caracteristic dreptului civil, inclusiv cazurilor de discriminare.

II. Standardul și sarcina probei în jurisprudența CEDO

CEDO, în majoritatea cazurilor, cel puțin astfel cum rezultă din jurisprudența sa, a înclinat spre utilizarea standardului „dincolo de un dubiu rezonabil” în constatarea unor violări a Convenției europene. În cauza *Anguelova c. Bulgaria*, Curtea a utilizat acest standard cu privire la aspecte incidente art. 14 din Convenție (dreptul de a nu fi supus discriminării). Cauza viza situația unei persoane de etnie romă care a decedat pe parcursul detenției sale în sediul poliției, părinții acestuia susținând că decesul a fost rezultatul acțiunilor motivate rasial și al eșecului autorităților cu privire la starea de sănătate a persoanei în cauză. Ofițerii de poliție s-au adresat victimei cu apelativul „țigan”, iar acțiunile, respectiv omisiunile poliției și ale autorităților de urmărire penală trebuiau analizate într-un context mai larg de rasism sistematic al autorităților bulgare. Curtea a subliniat că deși aceste aspecte reprezintă argumente serioase, în cauză, totuși ele nu constituie „probe dincolo de un dubiu rezonabil”. Trebuie însă precizat că atât în cauza *Anguelova*, cât și în cauzele ulterioare similare, au fost exprimate opinii disidente ale judecătorilor Curții arătându-se că standardul „dincolo de un dubiu rezonabil” nu este un standard corespunzător cazurilor de încălcare a drepturilor omului și, în mod particular, în cazurile de discriminare, care ar trebui analizate mai degrabă din perspectiva „echilibrului/balanței probabilităților”³.

Din acest punct de vedere, cauza *Nachova c. Bulgaria* este extrem de relevantă, constituind un punct de referință în materie. În speță, ofițeri de poliție militară, în exercițiul atribuțiilor de serviciu, au utilizat armamentul din dotare împotriva unor fugitivi de etnie romă. Cunoscând persoanele în cauză și locul în care aceștia se aflau la momentul întreprinderii acțiunii, conducătorul operațiunii, în timpul utilizării armamentului împotriva persoanelor de etnie romă, concomitent, a exclamat: „Afurisiți de țigani”. În primă instanță, prima Cameră a Curții a subliniat că standardul „probei dincolo de un dubiu rezonabil” nu trebuie interpretat ca presupunând un grad atât de ridicat de probabilitate similar procedurilor penale. Curtea a considerat că în cazurile în care autoritățile statale nu au urmărit direcțiile de cercetare ce trebuiau în mod clar garantate în cadrul investigațiilor privind actele de violență ale agenților statului și au fost omise dovezi ale unor posibile acte de discriminare, se pot considera ca interfe-

³ CEDO, cauza *Anguelova c. Bulgaria*, nr. 38361/97 din 13 iunie 2002; cauza *Veznedaroglu c. Turcia*, nr. 342357/96 din 11 aprilie 2000, opinia separată a judecătorului Bonello.

rențe negative aduse art. 14 sub aspect substanțial sau se poate inversa sarcina probei către Guvernul respondent, astfel cum s-a procedat în situații implicând dificultăți de probațiune⁴. Odată răsturnată sarcina probei, în lipsa unei justificări obiective prezentate de Guvern, s-ar putea reține încălcarea art. 14.

Pe de altă parte, în cauza *Nachova c. Bulgaria*, Marea Cameră a Curții a reiterat că în anumite circumstanțe, unde evenimentele depind în totalitate sau în parte de informațiile deținute exclusiv de autorități, cum este cazul morții unei persoane în custodia acestora, sarcina probei poate fi privită ca revenind autorităților de a oferi o explicație satisfăcătoare și convingătoare, în mod particular asupra decesului persoanei în cauză. Similar, Marea Cameră nu a exclus posibilitatea ca în anumite cazuri de discriminare să poată solicita Guvernului respondent să răstoarne o prezumție de discriminare și, dacă eșuează, să constate o violare a art. 14 al Convenției pe această bază. Totuși, acolo unde există o alegație, similar cazului de față, că un act de violență a fost motivat de prejudecăți rasiale, o astfel de abordare ar echivala cu impunerea sarcinii Guvernului de a proba absența unor atitudini subiective, particulare ale persoanei implicate. Marea Cameră a arătat în decizia sa că în timp ce în sistemele juridice din multe state europene proba efectului unei politici discriminatorii sau a unei decizii în domeniul muncii sau al livrării de servicii se dispensează de nevoia demonstrării intenției în legătură cu actul de discriminare, această abordare este dificilă a fi transpusă în cazul în care alegația vizează un act de violență motivat rasial. Astfel, delimitându-se de abordarea inițială a primei Camere, Marea Cameră precizează că nu se poate considera că alegația eșecului autorităților de a efectua o investigație efectivă cu privire la uciderea motivată rasial ar trebui să determine inversarea sarcinii probei către Guvern în privința încălcării art. 14 împreună cu art. 2 din Convenție.

Această delimitare a Marii Camere evidențiază în mod explicit faptul că inversarea sarcinii probei, în speță, nu poate avea ca efect, sub aspectul dreptului substanțial, o încălcare a art. 14 împreună cu art. 2. Or, Marea Cameră a considerat că elementele corelative investigației efective în cauză trebuie analizate separat. Astfel, Marea Cameră a constatat că autoritățile au eșuat în obligația lor sub aspectul prevederilor art. 14 și art. 2 din Convenție de a depune toate diligențele posibile pentru a investiga dacă discriminarea a jucat sau nu un rol în evenimente, ceea ce a rezultat în violarea art. 14 împreună cu art. 2 din Convenție, însă sub aspect procedural⁵.

De referință se constituie și cauza *D.H. și alții c. Cehia* referitoare la discriminarea indirectă la care au fost supuși copii de etnie romă prin plasarea acestora în școli pentru copii cu nevoi speciale. În primă instanță, Camera secundă a Curții europene a decis că, în speță, nu s-a încălcat art. 14 în conjuncție cu art. 2 al Protocolului nr. 1 la Convenție⁶. Curtea a reținut că plângerea reclamantilor s-a bazat pe un număr de argumente serioase și că diferite organizații, inclusiv organisme ale Consiliului Europei

⁴ CEDO, cauza *Nachova c. Bulgaria*, decizia primei Camere, parag. 166-168 și, similar, cauza *Salman c. Turkey*, no. 21986/93, parag. 97, cauza *Selmouni c. France*, no. 25803/94, parag. 87 și cauza *Čonka c. Belgium*, no. 51564/99, parag. 61.

⁵ CEDO, cauza *Nachova c. Bulgaria*, Marea Cameră din 6 iulie 2005, parag. 144-159 și 162-168.

⁶ CEDO, cauza *D.H. și alții c. Cehia*, Secția a doua, aplicația nr. 57325/00, hotărârea din 7 februarie 2006.

și-au exprimat îngrijorarea cu privire la organizarea învățământului copiilor romi din Cehia prin plasarea acestora în școli speciale și cu privire la dificultățile cu care se confruntă în obținerea accesului în sistemul comun de școlarizare. Totuși, Curtea a atras atenția că în exercitarea rolului său nu analizează contextul social general. Singura sa atribuție este aceea de a examina plângerea și de a stabili pe baza factorilor relevanți dacă motivul plasării reclamanților în școli speciale l-a constituit originea lor etnică sau rasială⁷. În legătură cu acest aspect, Curtea a observat că, în situația în care efectul unei politici sau măsuri generale produce prejudicii disproporționale asupra unui grup de persoane, aceasta nu poate fi respinsă ca nefiind discriminatorie, chiar dacă măsura în sine sau politica respectivă nu a avut ca scop țintă grupul respectiv. Totuși, arată în continuare Curtea, datele statistice nu sunt în sine suficiente pentru a identifica o practică ce poate fi caracterizată drept discriminatorie⁸.

Pe de altă parte, cauza fiind deferită Marii Camere, prin hotărârea din 13 noiembrie 2007, CEDO a constatat încălcarea art. 14 împreună cu art. 2 din Protocolul nr. 1 al Convenției statuând discriminarea la care au fost supuși copii de etnie romă prin plasarea acestora în școli pentru copii cu nevoi speciale⁹.

Referindu-se la sarcina probei în materia discriminării, Marea Cameră precizează că odată ce applicantul a indicat o diferență de tratament, este în sarcina Guvernului să arate că măsura indusă a fost justificată. Curtea a subliniat că, în cadrul procedurilor desfășurate înaintea sa, nu există bariere procedurale în privința admisibilității probelor sau norme predeterminate de evaluare a acestora. Curtea adoptă concluziile care sunt, în opinia sa, susținute prin evaluarea liberă a tuturor probelor, inclusiv a celor ce rezultă din fapte și susținerile părților. În concordanță cu jurisprudența, dovezile pot rezulta din coexistența suficient de puternică, clară și concordantă a deducțiilor, precum și a prezumțiilor irefutabile. Mai mult, nivelul de persuasiune necesar pentru a ajunge la o concluzie particulară și, în acest sens, transferarea sarcinii probei, sunt în mod intrinsec legate de specificitatea faptelor, natura alegației făcute și dreptul protejat de Convenție pus în discuție¹⁰.

Curtea a recunoscut, de asemenea, că procedurile Convenției nu rezultă în toate cazurile în aplicarea riguroasă a principiului *affirmanti incumbit probatio*. În anumite circumstanțe, când informațiile privind evenimentele în cauză sunt în totalitate sau în mare parte în cunoștința exclusivă a autorităților, sarcina probei poate fi privită ca revenind autorităților de a oferi o explicație satisfăcătoare și convingătoare¹¹. Însă, Curtea a arătat în mod explicit că atunci când reclamantul se plânge cu privire la o discriminare indirectă și a indicat fapte ce permit reținerea unei prezumții că efectul măsurii sau a practicii în cauză este discriminatorie, sarcina probei se transferă către statul respondent, căruia îi revine obligația să arate că diferența de tratament nu a constituit o discriminare. Or, în cauza *D.H. și alții*, Curtea, luând în considerare

⁷ Idem, cauza *D.H. și alții c. Cehia*, parag. 45.

⁸ Idem, parag. 46 și, pentru comparație, a se vedea cauza *Hugh Jordan c. the United Kingdom*, aplicația nr. 24746/94, parag. 154.

⁹ CEDO, cauza *D.H. și alții c. Cehia*, aplicația nr. 57325/00, Marea Cameră, hotărârea din 13 noiembrie 2007.

¹⁰ Idem, parag. 178.

¹¹ Idem, parag. 179.

aspectele particulare ale faptelor și natura alegațiilor făcute în speță (plasarea copiilor de o anumită etnie în școli cu nevoi speciale) a considerat că este extrem de dificil în practică pentru aplicanți să probeze discriminarea indirectă fără o astfel de schimbare a sarcinii probei¹². În același sens, Curtea a arătat că în situațiile în care se dovedește că legislația unui stat produce efecte discriminatorii indirecte, similar cazurilor din domeniul muncii sau al acordării de servicii, nu este necesar nici în cazurile din domeniul educației să se demonstreze o eventuală intenție discriminatorie din partea autorităților relevante¹³.

III. Sarcina probei în materia nediscriminării la nivelul Uniunii Europene

La nivelul Uniunii Europene, standardul inversării sarcinii probei a fost consacrat pe cale jurisprudențială, dar în mod special pe cale de legiferare. Consiliul Uniunii Europene, în 15 decembrie 1997, a adoptat Directiva 97/80 privind sarcina probei în cazurile de discriminare pe bază de sex, prin care statele membre UE erau chemate să adopte prevederi în materia probațiunii, oarecum diferite față de regulile dreptului comun, stabilite în speță de principiul *affirmanti incumbit probatio*. Articolul 4 alin. (1) al Directivei 97/80 prevede că „Statele membre trebuie să ia toate măsurile necesare, în concordanță cu sistemele judiciare interne, pentru a se asigura că îi revine acuzatului să demonstreze că nu a avut loc o încălcare a principiului tratamentului egal, atunci când persoanele care se consideră a fi nedreptățite de faptul că principiul tratamentului egal nu a fost aplicat și în cazul lor prezintă în fața unui tribunal sau a altei autorități competente fapte în urma cărora se poate prezuma o discriminare directă sau indirectă”.

Trei ani mai târziu, această prevedere este preluată în art. 8 alin. (1) din Directiva Consiliului Uniunii Europene 2000/43 privind implementarea principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de origine rasială sau etnică, precum și în art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament, în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă. De asemenea, prevederea este preluată în art. 19 din Directiva 2006/54/EC privind implementarea principiului de oportunități egale și tratament egal între bărbați și femei în domeniul muncii și al ocupării.

Directiva privind sarcina probei a fost precedată de jurisprudența CJCE. Cauza *Danfoss*, una dintre primele cauze de referință, a fost inițiată de o uniune sindicală daneză reprezentând angajați de sex feminin care câștigau în medie cu 7% mai puțin decât colegii lor, un grup comparabil de angajați de sex masculin¹⁴. CJCE a statuat că în situația în care o companie care aplică un sistem de salarizare ce presupune o lipsă totală de transparență în stabilirea criteriilor de salarizare, iar statisticile indică o diferențiere de salarizare între bărbați și femei, sarcina probei revine angajatorului, în cauză companiei. Cu alte cuvinte, angajatorul răspunde pentru lipsa de „transparență” a criteriilor de acordare a salarială¹⁵. Similar, în cauza *Brunnhofner*, Curtea a reiterat că

¹² Idem, parag. 189.

¹³ Idem, parag. 194.

¹⁴ CJCE, cauza *Danfoss*, ECJ 1989, C-109/88.

¹⁵ *Marjolein van den Brink*, Accusations of discrimination and the shifting burden of proof, Academia de Drept European, ERA.

sarcina probei se va transfera către angajator pentru a arăta că nu a existat o discriminare în cazul în care sistemul de salarizare al angajatorului nu a fost transparent¹⁶.

În cauza *Enderby*, CJCE și-a bazat decizia pe deprecierea remunerării profesiilor femeilor și pe valoarea comparativă a muncii logopezilor cu cele ale psihologilor și farmaciștilor. Curtea, inițial a oferit o vedere de ansamblu asupra deciziilor sale anterioare privind sarcina probei în cazurile de discriminare pe bază de sex, statuând că, deși, în principiu, este sarcina reclamantului să demonstreze discriminarea, sarcina probei poate fi transferată atunci când este necesar a evita privirea lucrătorilor care apar ca victime ale discriminării de orice mijloace efective de implementare a principiului egalității. Curtea a reținut că în cazul în care salarizarea logopezilor este în mod semnificativ mai redusă decât în cazul farmaciștilor și dacă în cazul primei categorii majoritatea sunt femei, iar în cazul celei din urmă, majoritatea sunt bărbați, ne aflăm în fața unui caz de discriminare *prima facie*. Or, astfel cum arată Curtea, în situația în care ne aflăm în fața unui caz de discriminare *prima facie*, este în sarcina angajatorului să arate că există motive obiective și nediscriminatorii pentru plata diferențiată. Or, lucrătorii nu ar putea să beneficieze de aplicarea principiului egalității în fața instanțelor naționale dacă proba în cazurile de discriminare *prima facie* nu s-ar transfera către angajator¹⁷.

Recent, în cauza *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, CJCE a arătat că precondiția obligației victimei discriminării de a prezenta probe de natură a declanșa transferarea sarcinii probei este corelativă unor simple constatări ce permit reținerea unei prezumții de discriminare ce a luat naștere din faptele prezentate. Curtea a reținut un aspect extrem de interesant, considerând că declarația publică a unui angajator de a nu angaja salariați cu o anumită origine etnică sau rasială constituie o discriminare directă la angajare, în sensul art. 2 alin. (2) lit. a) din Directiva 2000/43/CE a Consiliului din 29 iunie 2000 de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică, întrucât astfel de declarații sunt de natură să descurajeze în mod serios anumiți candidați să își depună candidaturile și, prin urmare, sunt de natură să împiedice accesul acestora la piața muncii. Declarațiile publice prin care un angajator informează că, în cadrul politicii sale de recrutare, nu va angaja salariați de o anumită origine etnică sau rasială sunt suficiente pentru a se prezuma, în sensul art. 8 alin. (1) din Directiva 2000/43, existența unei politici de angajare discriminatorii. Acestui angajator îi incumbă, așadar, obligația de a dovedi că nu a existat o încălcare a principiului egalității de tratament. El poate face acest lucru demonstrând că practica reală de angajare a întreprinderii nu corespunde declarațiilor sale. În continuare, CJCE a arătat că „este de competența instanței de trimitere să verifice dacă faptele reproșate sunt dovedite și să aprecieze dacă elementele prezentate în sprijinul afirmațiilor angajatorului menționat, potrivit cărora acesta nu a încălcat principiul egalității de tratament, sunt suficiente”¹⁸.

¹⁶ CJCE, cauza *Brunnhofner*, ECJ 1999, C-387/99.

¹⁷ CJCE, cauza *Enderby*, ECJ 1993, C-127/92.

¹⁸ Cauza *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07, 10 iulie 2008, dispozitivul hotărârii CJCE (Camera Secundă), parag. 1 și 2.

În cauza *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, instanța națională (Employment Tribunal, London South) a fost sesizată cu o acțiune în care se susține existența unei concedieri implicite (*unfair constructive dismissal*) și a unui tratament mai puțin favorabil aplicat petentei decât cel rezervat celorlalți angajați din cauza faptului că aceasta are în întreținere un copil cu handicap. Astfel, se pretinde că petenta a fost constrânsă prin tratamentul respectiv să înceteze să lucreze pentru fostul său angajator¹⁹. CJCE, a reținut că în ceea ce privește sarcina probei aplicabilă într-o situație precum cea în cauză în acțiunea principală, trebuie amintit că, potrivit art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78, statele membre trebuie să ia măsurile necesare, în conformitate cu sistemul juridic propriu, astfel încât, atunci când o persoană se consideră lezată prin nerespectarea în ceea ce o privește a principiului egalității de tratament și prezintă, în fața unei jurisdicții sau a unei alte instanțe competente, fapte care permit prezumția existenței unei discriminări directe sau indirecte, îi revine pârâtului sarcina de a dovedi că principiul egalității de tratament nu a fost încălcat. Conform alin. (2) al articolului menționat, alin. (1) al acestuia nu aduce atingere adoptării de către statele membre a unor norme privind sarcina probei care să fie mai favorabile reclamantilor. În acțiunea principală, în conformitate cu art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78, CJCE a arătat că „revine, dnei Coleman sarcina de a stabili, în fața instanței de trimitere, o situație de fapt care să permită prezumția existenței unei discriminări directe pe motiv de handicap interzise prin această directivă. Conform acestei ultime dispoziții a Directivei 2000/78 și considerentului (31) al acesteia, adaptarea normelor privind sarcina probei se impune de îndată ce există o prezumție de discriminare. În cazul în care dna Coleman ar stabili o situație de fapt care să permită prezumția existenței unei discriminări directe, punerea efectivă în aplicare a principiului egalității de tratament ar impune atunci ca sarcina probei să revină pârâtului din acțiunea principală, care ar trebui să dovedească că nu a avut loc o încălcare a principiului menționat. În acest context, pârâții menționați ar putea contesta existența unei astfel de încălcări, stabilind prin orice mijloc legal, în special că tratamentul aplicat angajatului este justificat de factori obiectivi și străini de orice discriminare pe motiv de handicap, precum și de orice relație pe care acest angajat o are cu o persoană cu handicap”²⁰.

IV. Sarcina probei în legislația nediscriminării din România

Dincolo de standardul și sarcina probei statuate la nivel european pe cale jurisprudențială de CEDO sau CJCE, ori pe cale legislativă la nivelul Uniunii Europene, să analizăm contextul legislației naționale aplicabile cazurilor de discriminare în România. De o importanță similară este și modul în care CNCD a interpretat și aplicat standardul sarcinii probei în jurisprudența sa.

Cadrul legal, sub aspectul combaterii tuturor formelor de discriminare, a fost lărgit prin adoptarea O.G. nr. 137 din 31 august 2000. Raportul Comisiei Europene din anul 2000 a apreciat adoptarea ordonanței drept „un pas foarte pozitiv”, dar a susținut mai departe că „vor fi necesare atât o legislație secundară cât și aranjamente instituționale

¹⁹ CJCE, cauza *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, C-303/06, hotărârea din 17 iulie 2008.

²⁰ Idem, parag. 52-55.

înainte ca prevederile conținute în ordonanța nr. 137 să fie aplicate²¹. Ordonanța, în forma sa inițială, deși importantă pentru remedierea lipsei de prevederi legislative interne în combaterea discriminării, nu s-a conformat cerințelor Directivei Consiliului Uniunii Europene 2000/43/EC sau 2000/78/EC. Ordonanța nu includea o interdicere explicită a discriminării indirecte sau nu stipula o inversare a sarcinii probei odată ce a fost stabilit un caz de discriminare *prima facie*.

O.G. nr. 137/2000 aprobată prin Legea nr. 48/2002 a completat prevederile legislative internaționale deja în vigoare în România, cu precădere Convenția internațională cu privire la eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială. Legea pentru aprobarea ordonanței privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a interzis discriminarea de către autoritățile publice, persoane juridice de drept privat și persoane fizice pe motive, între altele, de rasă, naționalitate, origine etnică, religie, limbă, sex sau orientare sexuală. Totuși, referitor la condiția inversării sarcinii probei, aceasta nu a fost reflectată în legislația curentă. Cu privire la constatarea și sancționarea discriminării, atât O.G. nr. 137/2000, cât și H.G. nr. 1194 făceau trimitere la procedurile de constatare și sancționare a contravențiilor, potrivit O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor. Potrivit procedurilor stabilite, nu se putea însă realiza inversarea sarcinii probei, deoarece prevederile normative nu permiteau o procedură litigioasă a părților.

Prin O.G. nr. 77/2003 au fost aduse unele modificări prin care s-a încercat aducerea prevederilor legislative interne în armonie cu standardele minimale prevăzute în Directivele Uniunii Europene. Astfel, a fost prevăzută definiția discriminării indirecte, introducerea unei circumstanțe agravante în cazul în care discriminarea se bazează pe două sau mai multe criterii, includerea implicită a victimizării, medierea prin soluționarea pe cale amiabilă a conflictelor apărute în urma săvârșirii unor acte/fapte de discriminare, acordarea de asistență de specialitate victimelor discriminării, mărirea cuantumului amenzilor și obligația persoanelor fizice sau juridice de a depune toate diligențele necesare și cerute de CNCD în controlul efectuat. Deși a reprezentat un pas înainte în armonizarea legislației referitoare la nediscriminare din România, această ordonanță nu a avut în vedere, decât parțial, standardele minimale prevăzute de Directiva 43/200/EC și 78/2000/EC a Uniunii Europene. De altfel, inversarea sarcinii probei nu a fost reglementată la momentul respectiv.

Legea nr. 27 din 5 martie 2004 privind aprobarea O.G. nr. 77/2003 a introdus și clarificat standardele cuprinse în legislația pe nediscriminare românească, în special cu privire la discriminarea directă, ordinul de a discrimina, victimizarea, hărțuirea, calitatea procesuală activă. Singura modificare adusă în materia probelor a avut în vedere mijloacele de probă admise în fața CNCD, în speță „orice mijloc de probă, inclusiv înregistrări audio și video”.

În 14 iulie 2006 a fost adoptată de către Parlament Legea nr. 324/2006, cu caracter organic, prin care au fost aduse modificări substanțiale **standardelor minimale din domeniul nediscriminării**, precum și cu privire la instituția națională desemnată cu monitorizarea și implementarea legislației în materie. Legea nr. 324/2006 a introdus,

²¹ Uniunea Europeană, Raportul de progres al Comisiei Europene privind țările candidate la UE: România, 2001, p. 21.

în cele din urmă, standardul inversării sarcinii probei în legislația românească și a prevăzut că: „Persoana interesată are obligația de a dovedi existența unor fapte care permit a se presupune existența unei discriminări directe sau indirecte, iar persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea îi revine sarcina de a dovedi că faptele nu constituie discriminare”²². De asemenea, Legea nr. 324/2006 a inclus pe lângă mijloacele de probă admise anterior și datele statistice, fiind în concordanță cu standardul în această materie prevăzut de Directivele europene.

V. Principiul *affirmanti incumbit probatio* în materia dreptului comun

Este binecunoscut că potrivit art. 1169 C.civ., sarcina probei aparține aceluia care „face o propunere înaintea judecătii”. Astfel, sarcina probei aparține reclamantului, de vreme ce acesta este cel care, prin cererea de chemare în judecată, „face o propunere înaintea judecătii”. Acest mecanism este expresia principiului *actori incumbit probatio* – proba incumbă reclamantului. În sens mai larg, *onus probandi* se deplasează în cursul procesului, „povara” probei aflându-se pe umerii aceluia care a făcut alegația.

Astfel cum s-a statuat în doctrina de specialitate, în cursul procesului, sarcina probei se deplasează de la o parte la alta, dacă și în măsura în care partea face propuneri înaintea instanței pe care, firește, trebuie să le dovedească (de exemplu, sarcina probei va aparține pârâtului, de la începutul dezbaterilor în fața instanței, atunci când el, la prima zi de înfățișare, invocă o excepție de natură a paraliza acțiunea reclamantului, cum ar fi autoritatea lucrului judecat, prescripția dreptului la acțiune)²³. Sarcina probei nu numai că se deplasează de la o parte la alta, pe măsura alegațiilor făcute, dar, de la început, obligația de a propune dovezi este inversată. Acest mecanism de inversare a sarcinii probei se realizează când legea scutește una din părți de sarcina probei (potrivit art. 1202 C.civ. „prezumția legală dispensează de orice dovadă pe acela în favoarea căruia este făcută” – este vorba de prezumția legală absolută²⁴). De asemenea, acest mecanism se produce când legea însăși trece sarcina probei pe seama celeilalte părți, chiar dacă aceasta n-a făcut nicio afirmație [art. 75 din Legea nr. 168/1999 privind soluționarea conflictelor de muncă, art. 23 din O.G. nr. 130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță, art. 58 alin. (2) din C.fam.²⁵].

VI. Jurisprudența CNCD și interpretarea mecanismului sarcinii probei: inversare, transferare, deplasare, împărțire?

În doctrina de specialitate, s-a arătat că, la o primă vedere, s-ar putea susține că inversarea sarcinii probei ar impune o obligație pârâtului de a demonstra un fapt negativ, i.e. de a proba că nu a discriminat în mod nelegal. Mai mult, s-ar putea spune că această teză vine în contradicție cu principiul *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, potrivit căruia „sarcina probei incumbă celui care face o afirmație, nu celui care

²² Legea nr. 324 din 14 iulie 2006 (M. Of. nr. 626 din 20 iulie 2006).

²³ În acest sens, *Ion Deleanu*, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2007.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

neagă”. De altfel, acest aspect, în principiu, ține de imposibilitatea dovedirii de către pârât a unui fapt negativ. Pe de altă parte, trebuie subliniat că se permite însă dovedirea unui fapt negativ determinat printr-un fapt pozitiv concret. Or, ipoteza avută în vedere de **principiul inversării sarcinii probei** în această materie vizează o justificare (o explicație) de „nediscriminare” pentru tratamentul aplicat. Doar în absența unei explicații „de nevinovăție” o jurisdicție sau o altă instanță competentă este îndrituită să constate existența unei discriminări. Însă, trebuie subliniat că sarcina probei transferată, deplasată sau „inversată” către respondent (pârât) are în vedere susținerea unei explicații adecvate (justificată obiectiv și rezonabil), de natură a răsturna prezumția că un criteriu interzis (spre exemplu rasă, etnie, dizabilitate, orientare sexuală, sex, vârstă, religie) a stat la baza tratamentului în cauză și nu o explicație adecvată în ceea ce privește conduita *per se* (tratamentul în sine)²⁶.

Recent, CNCD s-a referit în mod expres la principiul inversării sarcinii probei, interpretând prevederile art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, republicată, aplicabile cazurilor de discriminare. În speța *Romani CRISS c. C.P.T.*, petenta s-a plâns cu privire la declarațiile reclamatului C.P.T. privind situația cetățenilor români din Italia, considerând că acestea au caracter discriminatoriu în raport cu persoanele aparținând minorității etnice a romilor.

Colegiul Director al CNCD a luat act de faptul că, la audierile care au avut loc la termenul stabilit de Consiliu, petenta a invocat prevederile art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, republicată, subliniind necesitatea inversării sarcinii probei în petiția dedusă soluționării. Petenta a învederat Colegiului Director că își întemeiază petiția sub aspect probator exclusiv pe conținutul articolelor de presă, în speță „E.Z” și Ziarul „G de S”, în care sunt preluate declarațiile reclamatului, ceea ce, în opinia sa, dovedește existența unor fapte ce permit a se presupune existența unei discriminări directe sau indirecte, astfel cum reclamă prevederile art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000. Raportat la conținutul art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, republicată, Colegiul Director a reținut principiul care decurge din prevederile art. 20 alin. (6), în cazurile de discriminare, ca excepție de la principiul din dreptul comun *onus probandi incumbit actori*, potrivit căruia sarcina probei revine celui care face o propunere (afirmație) înaintea judecății.

În hotărârea pronunțată²⁷, Colegiul Director a precizat următoarele: „6.3. În materia dreptului comun, reținem că inclusiv pârâtul are sarcina de a proba ceea ce afirmă, în contextul în care iese din pasivitate și se apără dovedind netemeinicia pretențiilor reclamantului, devenind sugestiv principiul *probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*, sarcina probei fiind astfel împărțită între reclamant și pârât (a se vedea, în acest sens, Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. II, *prof. univ. dr. Viorel Mihai Ciobanu*, Ed. Național, p. 155). 6.4. Trebuie precizat însă, că principiul inversării sarcinii probei, astfel cum este preluat de legiuitorul român și transpus în art. 20 alin. (6), nu incumbă *sui generis* obligația exclusivă a celui reclamat de a dovedi un fapt

²⁶ În acest sens, *Jason Galbraith-Marten*, *The Fight against Discrimination in Practice – Shifting the burden of proof and access to evidence*, Cloisters, 1 Pump Court, Temple, London EC4Y 7AA, parag. 13-14.

²⁷ CNCD, cauza *R. CRISS c. C.P.T.*, hotărârea nr. 180 din 17 iulie 2007, parag. 6.1.-6.14.

negativ în sensul în care nu este discriminare, răsturnându-se total proba în sarcina reclamantului. 6.5. Colegiul Director reține că sintagma „inversarea sarcinii probei” nu reflectă în mod acurat substanța acestuia, deoarece procedura definită este mult mai nuanțată decât ceea ce sugerează textul sintagmei. Ceea ce implică principiul în fapt este o împărțire a sarcinii probei și o transferare către reclamat a acelor elemente care îl privesc, cu privire la faptele în cauză. 6.6. Nu se poate interpreta, astfel, că ne situăm în prezența unei excepții absolute a inversării sarcinii probei de la regulile procedurale potrivit principiului *onus probandi incumbit actori*, de vreme ce însăși regula procedurală statuată în art. 20 alin. (6) fixează obligațiile părților sub aspect probator, împărțind sarcina probei între petent și reclamat. Astfel, „persoana interesată are obligația de a dovedi existența unor fapte care permit a se presupune existența unei discriminări directe sau indirecte, iar persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea îi revine sarcina de a dovedi că faptele nu constituie discriminare”. 6.7. Potrivit acestui principiu, persoana interesată, în cazul nostru, petentul, trebuie să indice suficiente elemente care permit presupunerea existenței unei discriminări. Aceste elemente pot fi considerate ca mijloace de probă în sprijinul existenței unui tratament diferit (excludere, restricție, preferință, deosebire) aplicat petentului direct sau indirect, însă trebuie precizat că, raportat la prevederile art. 20 alin. (6), obligația care incumbă petentului este de „a dovedi existența unor fapte”. Aceasta ne situează în domeniul principiului general al sarcinii probei ce revine petentului de a dovedi fapte, însă, ca excepție, legiuitorul stabilește, „fapte care permit a presupune existența unei discriminări directe sau indirecte”, astfel cum e definită de O.G. nr. 137/2000, republicată. Acest aspect impune, din punct de vedere procedural, obligația petentului în susținerea afirmațiilor sale de a dovedi existența unei fapte, de natură a da naștere unei prezumții de tratament diferit aplicat. 6.8. În acest moment, persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea îi revine sarcina de a dovedi că faptele nu constituie discriminare. Or, sub acest aspect, se poate constata fără dubiu că rezultă excepția de la materia dreptului comun în ceea ce privește sarcina probei, de vreme ce petentului nu îi incumbă **obligația de a dovedi lipsa justificării tratamentului diferențiat** (deosebire, excludere, restricție, preferință) (a se vedea, în același sens, și jurisprudența CJCE, cauza *Bilka Kaufhaus*, parag. 31; cauza *C-33/89 Kowalska* [1990] ECR I-2591, parag. 16; cauza *C-184/89 Nimz* [1991] ECR I-297 parag. 15; cauza *C-109/88 Danfoss* [1989] ECR 3199, parag. 16; cauza *C-127/92, Enderby* [1993] ECR 673 parag. 16). 6.9. Colegiul Director reține că petenta, Romani CRISS, invocă jurisprudența CJCE, în speță, cauza *C-381/99 Brunnhofer c. Osterreichischer Bank Postsparkasse* [2001] ECR I-4961 sau *C196 Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikinonion Ellados AE* [2005] ECR I-1789. Asemănător raționamentului invocat mai sus de Colegiul Director, CJCE precizează: „în cazul în care reclamantul aduce probe prin care arată că criteriile pentru stabilirea existenței unei diferențe de plată între femei și bărbați și pentru identificarea muncii comparabile sunt îndeplinite, astfel încât, prima facie, există un caz de discriminare și va fi apoi în sarcina angajatorului să dovedească faptul că nu a existat o încălcare a principiului plății egale. 6.10. Este evident că și interpretarea CJCE are în vedere în esență împărțirea sarcinii probei, de vreme ce, astfel cum precizează Curtea, „în cazul în care reclamantul aduce probe... astfel încât, prima facie, există un caz de discriminare”, „va fi apoi în sarcina angajatorului să dovedească” că nu a existat o încălcare a

principiului de tratament egal (decizia CJCE C-381/99 *Brunnhofner c. Osterreichischer Bank Postsparkasse* [2001] ECR I-4961, parag. 52 și 53). 6.11. Așa cum a statuat și CEDO, diferența de tratament devine discriminare atunci când se induce distincții între situații analoage și comparabile, fără ca acestea să se bazeze pe o justificare rezonabilă și obiectivă. Instanța europeană a decis în mod constant că pentru ca o asemenea încălcare să se producă „trebuie stabilit că persoane plasate în situații analoage sau comparabile în materie beneficiază de un tratament preferențial și că această distincție nu-și găsește nicio justificare obiectivă sau rezonabilă”. 6.12. Astfel, sarcina probei în ceea ce privește dovada justificării se transferă reclamatului, acesta urmând să dovedească un fapt pozitiv, și anume faptul că tratamentul diferit, aplicat în cauză, are o justificare obiectivă sau rezonabilă, în vederea atingerii unui scop legitim, iar mijloacele de atingere sunt proporționale, ceea ce echivalează în practică cu dovada că nu s-a săvârșit o faptă de discriminare. 6.13. CNCD sau instanțele de judecată dispun de o marjă de apreciere pentru a determina dacă și în ce măsură diferențele între situații analoage sau comparabile sunt de natură să justifice distincțiile de tratament juridic aplicate. 6.14. Coroborat la aspectele de fapt deduse soluționării, Colegiul Director constată că este sesizat cu privire la conținutul unor acte sau fapte care îmbracă forma unor afirmații exprimate prin cuvinte. Obiectul dedus soluționării petiției este circumscris analizei afirmațiilor în cauză, ceea ce presupune, în prima instanță, constatarea existenței afirmațiilor și, în ultimă instanță, constatarea conținutului afirmațiilor, sub aspectul incidenței sau nu a prevederilor O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare, republicată”. 6.17. ...Colegiul Director ia act de faptul că reclamatul a depus punctul său de vedere în scris cu privire la petiție și în dovedirea apărărilor sale a depus extras din Transcriptul Conferinței de Presă în cadrul căreia s-au făcut afirmațiile care fac obiectul petiției, precum și înregistrarea audio a acesteia pe suport compact disc... 8.7. Sub acest aspect, coroborând afirmațiile reclamatului, astfel cum sunt precizate *expressis verbis* în plângerea petentei, preluate din ziarle menționate, cu înregistrarea audio care cuprinde afirmațiile *ad litteram* ale reclamatului, astfel cum au fost făcute de el însuși în cadrul conferinței de presă, Colegiul Director constată că nu există identitate între afirmațiile apărute în articolele de presă și declarațiile făcute în cadrul conferinței de presă, astfel cum au fost înregistrate și anexate la dosarul petiției...”²⁸

Într-o altă cauză soluționată de Colegiul Director, speța *N.M. c. S.C.C.M.O. SRL*²⁹, petenta s-a plâns cu privire la încetarea contractului de muncă prin decizia nr. 604/07.02.2008, datorită stării de graviditate adusă la cunoștința angajatorului. Elementul de fond al acestei împrejurări a constat în faptul că petenta a adus la cunoștința firmei starea sa de graviditate, în aceeași dată. Prin adresa cu nr. 561/07.02.2008, petenta a înștiințat în scris firma cu privire la starea sa de graviditate și a anexat o copie a rezultatului de control imagistic al sarcinii. Colegiul a observat că, în opinia petentei, angajatorul a concediat-o după ce a luat la cunoștință de starea sa, în ciuda faptului că au fost invocate motive de incompetență. Astfel, Colegiul a considerat că susținerile

²⁸ Cauza *Romani CRISS c. C.P.T.*, hotărârea nr. 180 din 17 iulie 2007, parag. 6.1.-6.14., 6.17., 8.7.

²⁹ CNCD, cauza *N.M. c. S.C.C.M.O. SRL*, hotărârea nr. 440 din 30 iulie 2008.

petentei sunt de natură a reține, cel puțin aparent, o prezumție simplă de tratament generic diferit, prin încetarea contractului de muncă pe considerentul stării de graviditate. Or, din acest punct de vedere, trebuie stabilit că starea de graviditate a constituit un *obiter dictum* decisiv în adoptarea deciziei de încetare a contractului de muncă.

Reținând aceleași considerente cu privire la interpretarea principiului inversării sarcinii probei în cauza *Romani CRISS c. C.P.T.*³⁰, Colegiul Director, în cauza *N.M. c. S.C.C.M.O. SRL*, a admis proba cu declarații testimoniale, înscrisuri și interogatoriul părților, pentru a clarifica circumstanțele adoptării deciziei și factorul declanșator al acesteia. Din declarațiile depuse la dosar, în susținerea plângerii, Colegiul a observat că martorul I.N. a preluat o comandă taxi din strada M. în strada P.S., deplasându-se ulterior cu petenta la sediul clinicii M., în jurul orelor 12, însă în data de 8.02.2008. Din interogatoriul administrat petentei, prin răspunsul la întrebarea nr. 4 („Recunoașteți că nu ați prezentat niciodată societății, nici în mod direct, nici prin alte orice alt mijloc, o adresă de înștiințare a faptului că sunteți gravidă?”), petenta arată că nu recunoaște acest fapt. De asemenea, prin răspunsul la întrebarea nr. 6 („Este adevărat că ați adus la cunoștința angajatorului, doar cu ocazia cererii de chemare în judecată, adresa cu numărul fictiv 561/07.02.2008 prin care susțineți că sunteți gravidă?”), petenta precizează că nu este adevărat. Pe de altă parte, din interogatoriul administrat reclamatei, la întrebarea nr. 3 („Recunoașteți că în data de 7.02.2008 am fost prezentă la serviciu pentru a-mi desfășura ziua normală de lucru între orele 8:20-17:00?”) reclamata recunoaște că petenta a fost prezentă la serviciu, fără întrerupere, toată ziua de 7.02.2008, între orele 8:30-17:00, astfel încât nu ar fi putut efectua examenul medical decât după terminarea orelor de program și nu avea cum să înregistreze adresa de încunoaștințare a angajatorului despre starea de graviditate. Față de acest ultim aspect, Colegiul a reținut că petenta a precizat în plângerea sa cu nr. 3008/20.02.2008 că adresei cu nr. 561/07.02.2008 a atașat rezultatul imagistic al sarcinii. Astfel, din probele aflate la dosar, Colegiul a constatat că petenta a depus un înscris ce conține parafa medicului specialist și nr. de înregistrare 4190/07.02.2008, cu precizări scrise, „sarcina în evoluție 8 săptămâni și 3 zile”, însă acest înscris nu reprezintă o copie după rezultatul imagistic al sarcinii. Pentru a clarifica acest aspect esențial în stabilirea circumstanțelor obiectului dedus soluționării, având în vedere precizările exprese ale petentei cu privire la anexarea la adresa de înștiințare a firmei și a copiei rezultatului de control medical imagistic eliberat de policlinica ce a efectuat investigația, Colegiul Director a admis (n.n. la cererea subsecventă a reclamatei) și solicitat petentei să depună la dosar copia în speță. În raport cu această solicitare, prin adresa cu nr. 8382/12.06.2008, petenta a adus la cunoștința Colegiului că nu este în posesia rezultatului controlului imagistic emis la data de 7.02.2008, precizând că acesta este la fișa medicului care monitorizează sarcina, însă aceasta nu se poate regăsi nici la medic și nu poate preciza din ce motiv acest document lipsește. Urmare a investigațiilor dispuse la Centrul Medical, precum și a precizărilor scrise ale Centrului prin adresele din 23.07.2008 și 28.07.2008, depuse la dosar, a rezultat că petenta a fost consultată de către dr. B.L., în anul 2008 în data de 1.02.2008, 12.02.2008, 29.02.2008, 14.03.2008, 11.04.2008,

³⁰ *Infra*, considerațiile expuse în cauza *Romani CRISS c. C.P.T.*, hotărârea nr. 180 din 17 iulie 2007, parag. 6.1.-6.14.

15.05.2008, 18.06.2008 și 23.07.2008. Toate consultațiile au fost în legătură cu evoluția unei sarcini și se precizează expres că petenta nu a fost consultată în data de 7.02.2008. Dr. B.L. a recomandat examinarea ecografică în data de 1.02.2008, iar petenta s-a prezentat la cabinetul de ecografie în data de 7.02.2008, în tura (14-20) la un alt doctor, în speță, dr. V.M., examinarea făcându-se aproximativ între orele 18:30-19:00 (n.n. seara)³¹.

Pentru a analiza dacă la baza tratamentului aplicat a stat un criteriu interzis, Colegiul Director a făcut unele nuanțări esențiale cauzei deduse soluționării. Corelativ aspectelor prezentate în paragrafele de mai sus și în raport cu definiția discriminării, Colegiul Director a precizat că în situația persoanelor tratate diferit, tratamentul în speță este datorat apartenenței lor la una dintre categoriile (n.n. criteriile) prevăzute în textul de lege, art. 2 din O.G. nr. 137/2000, republicată. Astfel, Colegiul Director trebuie să analizeze dacă tratamentul diferit a fost indus datorită unui criteriu prevăzut de art. 2 alin. (1), respectiv rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, care să fi constituit mobilul determinant în aplicarea acestui tratament. Colegiul Director reține că art. 2 alin. (1) nu conține o listă exhaustivă a **criteriilor de discriminare**, deoarece criteriile *expressis verbis* enumerate de lege sunt completate cu sintagma „sau orice alt criteriu”, ceea ce practic oferă posibilitatea reținerii și a altor criterii nespecificate de lege, în săvârșirea unei fapte de discriminare. Însă, oricare din aceste criterii circumstanțiate la situația particulară a petentului/petentei, în general, trebuie să fi constituit mobilul determinant în aplicarea tratamentului diferit în speță. Or, condiția criteriului ca mobil determinant trebuie interpretată în sensul existenței ca element care este concretizat, materializat și care constituie cauza actului sau faptului discriminatoriu și care, în situația inexistenței, nu ar determina săvârșirea discriminării. Natura discriminării, sub aspectul ei constitutiv, decurge astfel din faptul că diferența de tratament este determinată de existența unui criteriu, ceea ce presupune o legătură de cauzalitate între tratamentul diferit indus și criteriul interzis de lege. Din acest punct de vedere, în considerarea probelor aflate la dosar, relativ la prevederile art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, republicată, Colegiul Director este de opinie că susținerile petentei nu pot fi coroborate cu alte mijloace de probă în sensul celor invocate în petiție, cu privire la încetarea contractului de muncă în data de 7.02.2008 datorită stării de graviditate aduse la cunoștința societății în aceeași dată, la 7.02.2008. Colegiul Director este de opinie că prezumția născută inițial din faptele care fac obiectul plângerii, astfel cum a fost formulată, este răsturnată prin ansamblul mijloacelor de probă administrate la dosar, ceea ce nu permite existența unui raport de cauzalitate între tratamentul indus și criteriul invocat de petentă.

Din însele susținerile părților, rezultă că în data de 7.02.2008 petenta s-a aflat la serviciu, unde și-a desfășurat activitatea pe parcursul zilei de lucru. Deși aparent, înscrisul atașat adresei de înștiințare cu privire la starea de graviditate, semnat de medicul specialist și înregistrat cu nr. 4190/07.02.2008 ar putea induce prezumția că la această dată petenta a cunoscut starea de graviditate și a comunicat-o societății, aceasta nu se coroborează cu susținerile petentei de vreme ce consultația medicală nu a avut loc în cursul programului de serviciu din 7.02.2008 și comunicată astfel, ci

³¹ Cauza *N.M. c. S.C.C.M.O. SRL*, hotărârea nr. 440 din 30 iulie 2008, parag. 6.29.-6.32.

în afara orelor de program. Acest aspect rezultă fără echivoc din răspunsul Centrului Medical din 28.07.2008, în care se precizează că petenta nu a fost consultată în data de 7.02.2008 de dr. B.L. Într-adevăr, petenta s-a prezentat la o consultație, însă la cabinetul de ecografie al dr. V.C., în data de 7.02.2008, însă în tura (14-20), examinarea realizându-se aproximativ la ora 18:30-19:00. De asemenea, declarația de martor depusă la dosar se referă la vizita medicală din data de 8.02.2008, ulterior datei de 7.02.2008. Or, decizia nr. 604/07.02.2008 a fost transmisă prin poștă, astfel cum rezultă din copia confirmării de primire depusă la dosar, cu nr. 11965/07.02.2008.

Astfel, Colegiul Director a fost de opinie că în cauză nu pot fi reținute mijloace de probă de natură a evidenția că starea de graviditate a constituit un *obiter dictum* decisiv aflat în raport de cauzalitate cu încetarea raporturilor de muncă, în sensul comportamentelor considerate discriminatorii, potrivit prevederilor art. 2 din O.G. nr. 137/2000, republicată. Desigur, aspectele incidente privind legalitatea deciziei de încetare a raporturilor de muncă și susținerile contradictorii cu privire la condițiile și justificarea încetării contractului de muncă, potrivit legii, sunt de competența instanțelor judecătorești, în materia dreptului muncii. De altfel, petenta s-a adresat în acest sens Tribunalului, care urmează a soluționa cauza aflată pe rol³².

VII. În loc de concluzii: partajarea sarcinii probei în cazurile de discriminare potrivit legislației nediscriminării românești

Astfel cum a reținut și Colegiul Director al CNCD, se impune precizarea că sintagma „inversarea sarcinii probei” nu reflectă cu acuratețe substanța acestui principiu, deoarece procedura definită este mult mai nuanțată decât ceea ce sugerează textul sintagmei. Se poate preciza că, ceea ce implică principiul în fapt, este o împărțire a sarcinii probei, respectiv o transferare către reclamat a acelor elemente care îl privesc cu privire la faptele imputate în cauză. Din acest punct de vedere, nu s-ar putea interpreta că ne-am situa în prezența unei excepții absolute de la regulile procedurale corespunzătoare principiului *onus probandi incubit actori*, respectiv *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Ipoteza avută în vedere de principiul inversării sarcinii probei în această materie vizează o justificare (o explicație) de „nediscriminare” pentru tratamentul aplicat. Sarcina probei astfel transferată către reclamat are în vedere susținerea unei explicații adecvate (justificată obiectiv și rezonabil) de natură a răsturna prezumția că un criteriu interzis (spre exemplu rasă, etnie, dizabilitate, orientare sexuală, sex, vârstă, religie) a stat la baza tratamentului în cauză și nu o explicație adecvată în ceea ce privește conduita *per se* a reclamatului (pârâtului).

De altfel, regula procedurală statuată în art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, republicată³³, fixează obligațiile părților sub aspect probator, împărțind sarcina probei între petent și reclamat. Obligația care incumbă persoanei care se consideră discriminată este de „a dovedi existența unor fapte”, însă, ca excepție, legiuitorul stabilește „fapte care permit a presupune existența unei discriminări directe sau indirecte”. Acest

³² Cauza *N.M. c. S.C.C.M.O. SRL*, hotărârea nr. 440 din 30 iulie 2008, parag. 6.33-6.38.

³³ Art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, republicată transpune principiul inversării sarcinii probei din art. 8 alin. (1)-(5) al Directivei 2000/43/EC, respectiv art. 9 alin. (1)-(5) din Directiva 2004/113/EC și art. 10 alin. (1)-(5) din Directiva 2000/78/EC.

aspect, impune, din punct de vedere procedural, obligația petentului în susținerea afirmațiilor sale de a dovedi existența unei fapte de natură a da naștere unei prezumții de tratament diferit aplicat acestuia în comparație cu alte persoane (aflate în situații similare). În această situație intervine partajarea probei, astfel încât persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea îi revine sarcina de a dovedi că faptele imputate nu constituie discriminare. Desigur, trebuie subliniat că nu este impusă dovedirea unui fapt negativ, cât a unui fapt pozitiv concret strâns legat de o justificare obiectivă și rezonabilă. În absența unei explicații „de nevinovăție”, de natură a răsturna prezumția că un criteriu interzis a stat la baza tratamentului diferit, o jurisdicție sau o altă instanță competentă este în drept să constate existența unei discriminări.

Aplicarea principiului inversării sarcinii probei este în mod similar contextualizat de CJCE, care arată că în cazul în care persoana care se consideră discriminată ar stabili o situație de fapt care să permită prezumția existenței unei discriminări directe, punerea efectivă în aplicare a principiului egalității de tratament ar impune atunci ca sarcina probei să revină persoanei acuzate de discriminare, care ar trebui să dovedească că nu a avut loc o încălcare a principiului menționat. În acest context, reclamatul (pârâtul) ar putea contesta existența unei astfel de încălcări, stabilind prin orice mijloc legal, în special, că tratamentul aplicat persoanei care se consideră discriminată este justificat de factori obiectivi și străini de orice discriminare pe un criteriu interzis³⁴.

CEDO a statuat principiul sarcinii probei mult mai sintetic, precizând că odată ce aplicantul a indicat fapte ce permit reținerea unei prezumții de tratament diferit, este în sarcina statului respondent să arate că măsura imputată a fost justificată obiectiv.

Dincolo de toate aceste considerente procedurale, trebuie subliniat că rațiunea principiului inversării sarcinii probei în cazurile de discriminare are în vedere dificultățile de probă ce au un impact inevitabil asupra protecției efective a dreptului la egalitate. Recunoscând dificultățile în probarea discriminării, standarde probatorii au fost adaptate la nivel european atât pe cale legislativă, cât și jurisprudențială, tocmai pentru a ușura situația victimelor în demararea și susținerea pe rolul instanțelor competente cazurile de discriminare.

³⁴ *Infra* Secțiunea „Sarcina probei în materia nediscriminării la nivelul Uniunii Europene”.