

Cristian NUICĂ

Cazul iresponsabilității juridice a angajatorului „de jure”. Operativitatea „avertismentului” în materia nediscriminării

In exordium,

Studiul privește dificultățile de ordin juridic ivite în demersul administrativ-jurisdicțional și, ulterior, judiciar atunci când o faptă este calificată drept „discriminare în domeniul muncii”, prin stabilirea răspunderii juridice a angajatorului (*ad hieca* – un club profesionist de fotbal), în cazul în care fapta de discriminare constă în declarațiile unei persoane care, deși nu are un raport juridic efectiv cu angajatorul-persoană juridică (clubul sportiv), se prezintă și este percepută în media și în societate ca fiind principalul conducător al acestui club.

Pe de altă parte, se va analiza rezultatul „examenului de operativitate, sub aspectul eficienței, disuasivității și proporționalității” la care a fost supus avertismentul contravențional, atât în cadrul procedurii prejudiciale desfășurate în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și pe calea controlului judiciar aplicat de către instanța națională.

Materialul în speță urmărește să aprofundeze și să dezvolte paleta considerațiilor cu privire la subiectele anunțate, prin raportare la Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-81/12, Asociația ACCEPT¹, cât și la modul în care instanța națională a „dezlegat” aceste controverse².

I. Soluția judiciară privind eficiența și proporționalitatea avertismentului contravențional, respectiv problema răspunderii juridice în domeniul muncii pentru fapta „terțului”

Istoric,

Prin plângerea înregistrată sub nr. 1811 din 9.03.2010 la sediul Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării (CNCD), petenta – Asociația ACCEPT – sesiza cu privire la declarațiile cu caracter discriminatoriu făcute de către numitul G.B. referitoare la orientarea sexuală a unui fotbalist bulgar. Totodată, petenta invoca și încălcarea principiului egalității în materie de angajare a persoanelor care au o orientare homosexuală.

Analizând înscrisurile și lucrările dosarului în raport cu motivele invocate de către părți și dispozițiile legale aplicabile, Colegiul director al CNCD, prin Hotărârea nr. 276/13.10.2010³, a decis că aspectele sesizate întrunesc elementele constitutive ale unei fapte de discriminare, astfel cum este prevăzută de art. 2 alin. (5) și art. 15 din O.G. nr. 137/2000⁴, aplicând

¹ A se vedea Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-81/12, Asociația ACCEPT (www.cjue.ro/ www.cncd.org.ro).

² C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 4180/23.12.2013, pronunțată în dosarul civil nr. 12562/2/2010.

³ A se vedea Hotărârea nr. 276 din 13 octombrie 2010, adoptată de Colegiul director al CNCD (www.cncd.org.ro).

⁴ A se vedea O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată (www.cncd.org.ro).

contravenientului – G.B. – sancțiunea contravențională cu avertisment. De asemenea, prin aceeași hotărâre, Colegiul director a decis că aspectele sesizate se plasează în afara incidenței unui eventual raport de muncă, în sensul O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată.

Hotărârea CNCD nr. 276/13.10.2010 a fost supusă controlului judiciar de către reclamanta Asociația ACCEPT.

Prin contestația în anulare a actului administrativ-jurisdicțional în cauză, înregistrată pe rolul Curții de Apel București, reclamanta înainta instanței pretenția anulării punctului 3 din dispozitivul Hotărârii nr. 276/13.10.2010, în sensul înlocuirii avertismentului aplicat cu amendă contravențională. De asemenea, prin aceeași acțiune, reclamanta mai solicita și plasarea faptei sub incidența unui eventual raport de muncă. În acest context, reclamanta susținea că și-a îndeplinit obligația de a dovedi existența unor fapte care permit presupuziția unei discriminări directe sau indirecte, împrejurare care transferă obligația de a proba lipsa caracterului discriminatoriu al faptei petiționate către „acuzatii de discriminare”.

În argumentarea petitelor acțiunii, reclamanta arăta, *grosso modo*, că sancțiunea cu „avertisment” aplicată în cauză nu ar fi una efectivă, proporțională și disuasivă, conform art. 17 din Directiva 2000/78/CE⁵, atât față de încadrarea dată de CNCD cauzei, cât și dacă s-ar reține în completare plasarea faptei sub incidența unui eventual raport de muncă. Reclamanta aprecia că, în speță, se impunea aplicarea sancțiunii amenzii contravenționale deoarece fapta a fost calificată ca fiind hărțuire [art. 2 alin. (5)] și atingerea demnității (art. 15), a fost săvârșită în public, declarațiile au fost date în mai multe mijloace mass-media, declarațiile publice vizează nu doar o persoană, ci aduc atingere demnității și liberului acces pe piața muncii a unui grup sau comunități de persoane.

Pe de altă parte, reclamanta arăta că pârâțul (CNCD) nu ar fi aplicat în mod corect O.G. nr. 137/2000, republicată, deoarece a respins încadrarea faptelor în domeniul muncii. O astfel de interpretare ar fi fost, în opinia reclamantei, neconformă și cu art. 2 din Directiva 2000/78/CE. Reclamanta susținea că, deși se invocă în considerentele hotărârii contestate *cauza Feryin*⁶, CNCD nu respectă standardele impuse de Curtea Europeană de Justiție în cauza respectivă. De asemenea, se reclama faptul că pârâțul CNCD nu ar fi aplicat în mod corect O.G. nr. 137/2000, republicată în ceea ce privește reținerea prezumției de discriminare și răsturnarea sarcinii probei către reclamați.

Conform dispozițiilor O.G. nr. 137/2000, republicată, în fața CNCD, reclamanta susținea că și-a îndeplinit obligația de a dovedi existența unor fapte care permit presupuziția unei discriminări directe sau indirecte (prezumția de discriminare), ceea ce implică faptul că reclamațiilor G.B. și S.C. Fotbal Club Steaua București S.A. le revine sarcina de a dovedi că faptele nu constituie discriminare (răsturnarea sarcinii probei)⁷.

Față de acestea, Curtea de Apel București respinge în totalitate acțiunea ca fiind nefondată, atât sub aspectul petitelor acțiunii având ca obiect anularea pct. 3 din Hotărârea

⁵ Directiva 2000/78/CE a Consiliului din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă (www.cncd.org.ro).

⁶ Cauza C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryin NV* (www.cjue.ro).

⁷ A se vedea art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată (www.cncd.org.ro).

nr. 276/13.10.2010, prin care CNCD a dispus sancționarea pârâtului G.B. cu avertisment, cât și al celui privind plasarea faptei sub incidența unui raport de muncă.

Instanța reține că, prin Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-81/12, împotriva Asociației ACCEPT, se confirmă valoarea juridică a sancțiunii avertismentului, sub aspectul îndeplinirii exigenței efectivității, proporționalității și disuasivității, fiind de competența instanței naționale să verifice dacă această sancțiune este adecvată în litigiul ce face obiectul cauzei deduse judecătii.

În speță, în raport de împrejurările de fapt reținute prin hotărârea contestată, Curtea apreciază că CNCD a realizat o corectă individualizare a sancțiunii contravenționale. Caracterul public al declarațiilor nu poate fi privit ca o circumstanță agravantă în stabilirea sancțiunii și a fost avut în vedere de CNCD la individualizarea sancțiunii, conducând la concluzia că sancțiunea contravențională a avertismentului corespunde cerințelor efectivității, proporționalității și disuasivității sancțiunii juridice în materie.

În ceea ce privește plasarea aspectelor sesizate în sfera raporturilor de muncă, instanța reține și acest petiu ca fiind nefondat.

Curtea reține că, în considerentele Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, Asociația ACCEPT, aprecierea faptelor care permit prezumția existenței unei discriminări aparține strict instanței judecătorești naționale sau unei alte autorități naționale competente.

Instanța reține că, în cauză, reclamanta nu a dovedit existența unui refuz efectiv al clubului de fotbal de a contracta serviciile sportive ale jucătorului respectiv, refuz prezumat a avea ca mobil un criteriu de discriminare, astfel încât, conform argumentației CJUE, cel acuzat de discriminare în domeniul muncii să se afle în postura să dovedească că nu acest motiv ar fi stat la baza refuzului de angajare. Astfel, Fotbal Club Steaua București S.A. a declarat că nu a urmărit niciodată transferul sportivului I.I. și nici nu a inițiat vreun demers concret de negociere cu clubul deținător al drepturilor federative ale jucătorului. De asemenea, instanța reține că reclamanta nu a dovedit că Fotbal Club Steaua București S.A. s-a identificat în vreun moment cu declarațiile pârâtului G.B. sau că, în calitate de angajator, a practicat o politică de discriminare pe criteriul orientării sexuale.

În lumina motivele arătate, instanța decide că în mod corect CNCD a plasat aspectele reclamate în afara incidenței unui eventual raport de muncă, raportat la dispozițiile O.G. nr. 137/2000⁸.

II. Sumarul cauzei C-81/12, Asociația Accept

Prin încheierea pronunțată în ședința publică din data de 12.10.2011, Curtea de Apel București a admis cererea formulată de reclamanta Asociația ACCEPT și a dispus sesizarea Curții de Justiție cu următoarele întrebări preliminare:

1. Sunt aplicabile prevederile art. 2 alin. (2) lit. a) din Directiva 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă în cazul în care un acționar al unui club de fotbal care se aut prezintă și este perceput în mass media și în societate ca principal conducător („patron”) al acestui club de fotbal declară în mass media următoarele: „Nici dacă se desființează Steaua

⁸ A se vedea art. 2 alin. (1), coroborat cu art. 5 și art. 7 din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată (www.cncd.org.ro).

nu iau un homosexual la echipă. Zvonurile sunt zvonuri, dar să scrii așa ceva dacă nu e ceva adevărat și să mai pui și pe prima pagina...

Poate că e minciună că e homosexual (s.n. jucătorul de fotbal bulgar I.I.), dar dacă e adevărat? I-am spus eu unui unchi al meu, care nu credea în Satana și în Hristos. Eu i-am spus: «Hai să spunem că nu există Dumnezeu. Dar dacă există? Ce pierzi dacă te împărtășești? Nu ar fi bine să te duci în Rai?» Și mi-a dat dreptate. Cu o lună de zile înainte să moară s-a dus să se împărtășească. Dumnezeu să îl ierte. În familia mea nu are ce căuta niciodată un gay și Steaua e familia mea. Decât un gay, mai bine jucăm cu un junior, la mine nu e discriminare. Nu poate să mă oblige nimeni să lucrez cu cineva. Am și eu dreptul să lucrez cu cine îmi place cum au și ei drepturi”.

„Nici dacă se desființează Steaua nu iau un homosexual la echipă! Poate e minciună că e homosexual, dar dacă e adevărat? În familia mea nu are ce căuta niciodată un homosexual și Steaua e familia mea. Decât cu un homosexual pe teren, mai bine jucăm cu un junior. La mine nu e discriminare. Nu poate să mă oblige nimeni să lucrez cu cineva. Am și eu dreptul să lucrez cu cine îmi place, așa cum au și ei drepturi. Chiar dacă-mi spune Dumnezeu la noapte că 100% nu e homosexual I., tot nu-l iau! S-a scris prea mult prin ziare că este homosexual. Nici gratis dacă mi-l dă ȚSKA-ul tot nu-l mai iau! Poate să fie cel mai mare bătaș și cel mai mare bețiv /.../ dacă e homosexual, nu mai vreau să aud niciodată de el”.

2. În ce măsură declarațiile de mai sus pot fi calificate ca fiind „fapte din care se poate prezuma existența unei discriminări directe sau indirecte” în conformitate cu art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE a Consiliului din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, în ceea ce privește reclamata S.C. Fotbal Club Steaua București SA?

3. În ce măsură este sau nu vorba despre o *probatio diabolica* în cazul în care se declanșează în cauză inversarea sarcinii probei conform art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE și reclamatei S.C. Fotbal Club Steaua București S.A. i se cere să dovedească faptul că nu a avut loc o încălcare a principiului egalității de tratament, în particular să dovedească faptul că angajarea nu interferează cu orientarea sexuală?

4. Dacă imposibilitatea aplicării sancțiunii contravenționale cu amendă în cauzele de discriminare după expirarea termenului de prescripție de 6 luni de la data săvârșirii faptei, conform art. 13 alin. (1) din Ordonanța de Guvern nr. 2/2001⁹, este contrară art. 17 din Directiva 2000/78/CE sub aspectul că sancțiunile în cazurile de discriminare trebuie să fie efective, proporționale și disuasive?

Față de acestea, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, prin Hotărârea pronunțată în Cauza C-81/12, a declarat:

(i) Articolele 2 alin. (2) și 10 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE a Consiliului trebuie să fie interpretate în sensul că faptele de natura celor aflate la originea litigiului principal pot fi calificate drept „fapte care permit prezumția existenței unei discriminări” în ceea ce privește un club de fotbal profesionist în cazul în care declarațiile vizate sunt făcute de o persoană care se prezintă și este percepută în media și în societate ca fiind principalul conducător al acestui club, fără să aibă totuși în mod necesar capacitatea juridică de a angaja clubul sau de a-l reprezenta în materie de recrutare.

⁹ O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor.

(ii) Art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78 trebuie să fie interpretat în sensul că în ipoteza în care faptele de natura celor aflate la originea litigiului principal ar fi calificate drept „fapte care permit prezumția existenței unei discriminări” pe motive de orientare sexuală săvârșite cu ocazia recrutării jucătorilor de către un club de fotbal profesionist, sarcina probei, astfel cum este concepută la art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78, nu conduce la impunerea unei probe care este imposibil să fie prezentată fără a se aduce atingere dreptului la respectarea vieții private.

(iii) Art. 17 din Directiva 2000/78 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia, în cazul constatării unei discriminări pe motive de orientare sexuală, în sensul acestei directive, nu este posibil să se aplice decât un avertisment, precum cel în discuție în litigiul principal, atunci când o asemenea constatare intervine după expirarea unui termen de prescripție de șase luni de la data săvârșirii faptei dacă, în temeiul aceleiași reglementări, o asemenea discriminare nu este sancționată în condiții de fond și de procedură care conferă sancțiunii un caracter efectiv, proporțional și disuasiv. Instanța de trimitere are sarcina să aprecieze dacă aceasta este situația reglementării în discuție în litigiul principal și, dacă este cazul, să interpreteze dreptul național, în cea mai mare măsură posibilă, în lumina textului și a finalității directivei menționate pentru a atinge rezultatul urmărit de aceasta.

III. Considerații și aprofundări pe marginea subiectelor studiului

1. Optica privind teza iresponsabilității juridice a „angajatorului *de jure*”, în raport cu fapta de discriminare a terțului perceput a fi „angajatorului *de facto*”

Circumscriș temei fixate, vom expune barierele tehnico-juridice în privința fixării răspunderii angajatorului – persoană juridică, pentru fapta de discriminare a „terțului influent”. Vom analiza, simultan, „mecanismul de probațiune” în materia nediscriminării (aplicat la caz) și impedimentele de ordin juridic ivite în calificarea unei fapte ca discriminare în domeniul muncii, sub imperiul angajării răspunderii juridice a persoanei juridice, în cazul în care fapta de discriminare constă în declarații enunțate de o persoană care nu are un raport juridic efectiv cu persoana juridică în cauză.

Pentru această analiză este necesar, în context, raportarea la argumentele Curții de Justiție a Uniunii Europene, care au stat la baza declarării punctelor 1 și 2 din Dispozitivul Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, Asociația ACCEPT¹⁰.

¹⁰ Dispozitivul Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, Asociația ACCEPT: (1) Art. 2 alin. (2) și art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE a Consiliului din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă trebuie să fie interpretate în sensul că faptele de natura celor aflate la originea litigiului principal pot fi calificate drept „fapte care permit prezumția existenței unei discriminări” în ceea ce privește un club de fotbal profesionist în cazul în care declarațiile vizate sunt făcute de o persoană care se prezintă și este percepută în media și în societate ca fiind principalul conducător al acestui club, fără să aibă totuși în mod necesar capacitatea juridică de a angaja clubul sau de a-l reprezenta în materie de recrutare. (2) Art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78 trebuie să fie interpretat în sensul că, în ipoteza în care faptele de natura celor aflate la originea litigiului principal ar fi calificate drept „fapte care permit prezumția existenței unei discriminări” pe motive de orientare sexuală săvârșite cu ocazia recrutării jucătorilor de către un club de fotbal profesionist, sarcina probei, astfel cum este concepută la art. 10

Din economia argumentației CJUE este de reținut, cu prioritate, că se punctează ferm, în mod repetat, că aprecierea faptelor care permit prezumția existenței unei discriminări aparține strict instanței judecătorești naționale (în speță, Curtea de Apel București) sau unei alte autorități naționale competente (aici CNCD, ca autoritate administrativ-jurisdicțională care deține competența absolută și generală în materia constatării și sancționării contravenționale a tuturor formelor de discriminare pe teritoriul României, potrivit O.G. nr. 137/2000). Sub această notă, se va reține că CJUE nu a făcut nicio analiză, respectiv apreciere cu privire la caracterul faptei care făcea obiectul cauzei naționale, competența examinării judiciare fiind plasată exclusiv instanței naționale.

Sub aspectul „mecanismului de probațiune” în materia nediscriminării, așa cum derivă acesta din art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78, transpus în legislația națională prin art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000R, CJUE afirmă expres că: „dacă asemenea fapte sunt dovedite, revine pârâtului, într-o a doua etapă, sarcina de a dovedi în fața acestei instanțe că, în pofida acestei aparențe de discriminare, principiul egalității de tratament, în sensul art. 2 alin. (1) din aceeași directivă, nu a fost încălcat. În această privință, din jurisprudența Curții reiese că, în cazul în care faptele care permit prezumția existenței unei discriminări, în sensul directivei menționate, sunt dovedite, punerea efectivă în aplicare a principiului egalității de tratament impune ca sarcina probei să revină pârâților vizați, care trebuie să dovedească faptul că nu a avut loc o încălcare a principiului menționat (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 iulie 2008, Coleman, C-303/06, Rep., p. I-5603, punctul 54).

În această lumină, opinăm că, în ceea ce privește mecanismul sarcinii probei în materia nediscriminării, adecvat dreptului intern (art. 1169 C.civ., forma incidentă speței), sarcina probei aparține reclamantului, *actori incubit probatio*, întrucât acesta inițiază demersul litigios, fiind cel care în atare împrejurare generează pretenții.

Lato sensu, sarcina probei își schimbă „împovăratul” pe parcursul judecății, *onus probandi* încărcându-l pe cel ce iese din pasivitate și se manifestă ofensiv și revendicativ. Astfel, partea pârâtă se va apăra prin dovada contrară, potrivit preceptului juridic *in exceptione reus fit actor*.

Tălmăcirea mecanismului sarcinii probei în materia nediscriminării (*inversiune, deplasare, scindare*) impune precizarea că sintagma uzitată în domeniu – „inversarea sarcinii probei” nu manifestă în mod limpede substanța acestui principiu, întrucât procedura definită este mult mai evocatoare decât ceea ce sugerează textul sintagmei. Astfel, se poate descrie că ceea ce reclamă principiul în fapt este o divizare a sarcinii probei, respectiv o transferare către „acuzatul de discriminare” a acelor elemente care-l privesc în legătură cu faptele imputate în cauză.

Regula procedurală statuată de legislația antidiscriminare (națională și comunitară) definește obligațiile părților sub aspect probator, împărțind sarcina probei între petent și pârât.

Obligația subiectului pasiv al presupusei discriminări este „să dovedească (la nivel de certitudine) existența unor fapte” care, în aparență, ar determina o discriminare – „prezumția de discriminare” (dificultatea stăruind exclusiv privitor la mobilul faptelor dovedite, deci dubiul vizând numai încadrarea ca discriminare a unei fapte certe).

În această situație intervine „partajarea probei”, astfel încât subiectului activ al presupusei discriminări îi revine sarcina de a întoarce aparența de discriminare a stării de fapt reclamate.

alin. (1) din Directiva 2000/78, nu conduce la impunerea unei probe care este imposibil să fie prezentată fără a se aduce atingere dreptului la respectarea vieții private.

Această teorie privind mecanismul sarcinii probei în materia nediscriminării, expusă de CNCD inclusiv prin lucrarea de specialitate – „*Observații scrise privind cauza C-81/12 – Asociația ACCEPT*”¹¹, este confirmată de către Curtea de Justiție, care arată că mecanismul prevăzut la art. 10 alin. (1) din Directivă presupune că numai dacă asemenea fapte, care permit prezumția existenței unei discriminări, sunt dovedite (aici de către cel care reclamă), revine pârâtului, într-o a doua etapă, sarcina de a dovedi că, în pofida acestei aparențe de discriminare, principiul egalității de tratament nu a fost încălcat.¹²

Contextualizat la caz, plecând de la premisa că fapta de discriminare ce se urmărea a fi plasată în domeniul muncii, de care era acuzat clubul de fotbal, sub pretenția răspunderii juridice a angajatorului, ar fi trebuit să se manifeste într-un refuz concret sau o condiționare „la angajare” din partea angajatorului *de jure* (clubul sportiv), prin concretizarea intenției acestuia de a angaja, se poate reține că petenta-reclamantă (Asociația ACCEPT) nu s-a pus de acord cu regula procedurală statuată de art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE, transpusă în dreptul intern prin art. 20 alin. (6) din O.G. nr. 137/2000, în sensul în care nu a dovedit, la nivel de certitudine, existența respectivei fapte.

Reclamanta nu a dovedit, și nici nu s-a confirmat sub o altă formă, ca certitudine, existența unui refuz neîndoielnic „la angajare” din partea societății ipotetic-angajatoare (clubul de fotbal), prin reprezentantul legal sau, după caz, prin intermediul unei terțe persoane percepută public ca „patron” care, în aparență, ar fi predispus la discriminare în raport cu orientarea sexuală; și ca urmare, *onus probandi*, angajatorul presupus ar fi devenit subiect activ al discriminării în domeniul muncii.

În această ipoteză, societatea (clubul sportiv) nu putea fi împovărată cu datoria dovedirii că nu a violat principiul egalității de tratament în raport cu o faptă (respectiv – „refuzul concret de a-l transfera pe fotbalistul în cauză din motivul orientării sexuale”) pe care, așa cum a susținut (și nu s-a infirmat sau combătut cu probe efective) nu a săvârșit-o sau, după caz, în raport cu o declarație (nematerializată) pe care nu și-o asumă în calitate de angajator.

Pentru a așeza fapta în aria de incidență a normativelor ce protejează principiul nediscriminării în domeniul muncii, ar fi trebuit analizat în ce măsură terțul declarației discriminatorii – clubul de fotbal, prin reprezentantul legal autentic, se făcea vinovat (ca entitate juridică) de refuzul discriminatoriu concret și efectiv de a contracta serviciile sportive ale jucătorului de fotbal I.I. Pentru a răspunde principiului răspunderii juridice individuale, chiar și în contextul existenței unei influențe externe hotărâtoare, s-ar fi impus să se stabilească că societatea juridică, asumându-și în nume propriu opinia factorului extern influent – „terț influent” (aici persoana prezumată a fi „patron”), față de care nu avea, *de jure*, o relație de subordonare

¹¹ Lucrarea de specialitate intitulată – „Observații scrise privind cauza C-81/12 – Asociația ACCEPT”, elaborată de autorul prezentului articol în numele și pe seama CNCD, în calitate de asistent juridic și reprezentant al intereselor Consiliului în faza judiciară, a fost administrată în cauzele constituite pe rolul CJUE, respectiv pe rolul Curții de Apel București.

¹² Chiar și în contextul noii forme a art. 20 alin. (6) și a art. 27 alin. (4) din O.G. nr. 137/2000, formă cerută în mod expres de către Comisia Europeană prin înaintarea către România a unei „Scrisori de punere în întârziere”, prin care se solicita transpunerea *ad litteram* a art. 10 alin. (1) din Directiva 2000/78, mecanismul probațiunii în materia nediscriminării va presupune, adecvat legislației comunitare (cât și jurisprudenței CJUE), nu o deresponsabilizare reală și absolută a petentului în ecuația sarcinii probei, ci, *sicut prius*, o „partajare (condiționată) a sarcinii probei”.

juridică –, a purces ulterior la refuzul efectiv de a contracta serviciile sportive ale jucătorului de fotbal I.I., sau ale altor sportivi, pe considerente de orientare sexuală.

Or, nu a fost administrată în niciun moment vreo probă materială care să dovedească existența unei fapte de natura refuzului efectiv al societății juridice angajatoare de a contracta serviciile sportive ale jucătorului de fotbal I. I., refuz prezumat a avea ca mobil un criteriu de discriminare, astfel încât, în etapa a doua a probațiunii, cel acuzat de discriminare în domeniul muncii – clubul de fotbal – să dovedească că nu un asemenea motiv ar fi stat la baza refuzului (dovedit) de angajare.

Dimpotrivă, clubul sportiv în cauză a declarat deschis că nu a urmărit niciodată transferul acestui sportiv, neinițiind niciun demers concret de negociere cu clubul deținător al drepturilor federative ale acestuia. Aici se impune a se lua în seamă că procesul de recrutare a fotbalistilor este unul atipic, neimplicând o ofertă publică ori o negociere directă (în afara cazului în care sportivul nu deține obligații contractuale, ceea ce nu era cazul în speță), urmare unui proces de selecție veritabil, ci implică un proces specific de negociere între cluburile sportive contractante.

Trebuie precizat faptul că, în ideea utilizării „indiciilor concordante” despre care face vorbire Curtea de Justiție cu privire la „răsturnarea acuzei de discriminare”, nu se putea pretinde indicarea unor dispoziții exprese în materie de politică de recrutare a clubului-angajator întru respectarea principiului nediscriminării, din simplul motiv că procesul de recrutare al fotbalistilor, fiind unul atipic, nu implică o ofertă publică ori un anunț public scriptic de recrutare, urmare unui proces de selecție veritabil, ci presupune doar un proces specific de negociere directă, formală sau informală, între cluburile sportive contractante sau, după caz, între club și jucătorul „liber de contract”.

Tot așa, într-o atare speță nu era necesar ca societatea să dovedească faptul că, în trecut, au fost recrutate persoane având o anumită orientare sexuală, o asemenea cerință putând efectiv să aducă atingere dreptului la respectarea vieții private. Această observație se circumscrie unor metode de tipul „auditului”, care ar prefigura o *probatio diabolica*, întrucât s-ar impune o sarcină imposibilă a probei în demonstrarea că angajarea nu interferează cu orientarea sexuală, subiect care ține indisolubil de un aspect al vieții private.

Astfel, procedeul de tip „audit” ar fi pus angajatorul în postură imposibilă de a contrapune atestarea unei realități opuse celei reclamate, fără să fi neglijat conceptul de viață intimă a subiecților analogi. Practic, angajatorul, în demersul său de a dovedi că „nu este diavolul”, ar fi trebuit să contraprobeze prin dezvăluirea orientării sexuale a unor jucători de fotbal, componenți ai clubului în cauză, destăinuire care putea fi *ab initio* bănuită ca fiind obținută nu atât benevol, cât prin procedee de tip coercitiv.

Prin urmare, angajarea răspunderii juridice a angajatorului (clubul sportiv) în legătură cu presupusa faptă de discriminare săvârșită în domeniul muncii, în armonie cu argumentele și judecata CJUE, era condiționată, în final, de absența unei disocieri efective a societății față de declarațiile „terțului”.

Or, așa cum reține și instanța de judecată, reclamanta nu a dovedit în niciun fel că respectivul club sportiv s-a identificat în vreun moment cu declarațiile „terțului” sau că, în calitate de angajator, a practicat o politică de discriminare pe criteriul orientării sexuale. Reafirmăm că, adecvat argumentației Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, instanța națională competentă putea califica drept „faptă care permite prezumția existenței unei discriminări în domeniul muncii” doar acea faptă dovedită, față de care, ulterior, *onus probandi* l-ar fi încărcat pe

pârât cu datoria dovedirii că nu a violat principiul egalității de tratament (datorie îndeplinită, de altfel, având în vedere proba inexistenței faptei – refuzul concret la angajare din partea clubului angajator sau asocierii formale, eventual publice, cu declarația „terțului”).

Sub acest aspect capătă incidență principiul juridic *in dubio pro reo*, potrivit căruia și cea mai mică îndoială profită celui reclamat.

Apelul la *cauza Feryin* rămâne fără ecou în speță, întrucât în respectivul caz hotărârea Curții de Justiție viza declarațiile publice ale directorului unei întreprinderi, potrivit cărora, întreprinderea sa urma să recruteze instalatori, dar că acesta nu putea să angajeze alogeni, din cauza reticenței clienților de a permite accesul pe durata lucrărilor în locuința lor privată¹³.

În *cauza Feryin C-54/07*, cea în care Curtea Europeană de Justiție reține că subiectul activ al declarațiilor deține o calitate specifică, îndeplinind nu doar o calitate de reprezentant, cât aceea de director al întreprinderii, a existat o pronunțare pe marginea unui refuz real de angajare produs prin anunțul persoanei care avea responsabilitatea reprezentării legale a angajatorului („directorul” – conducătorul legal, care exprimă voința entității juridice), în circumstanța unei manifestări de intenție efectivă de a angaja în muncă.

Or, declarația cu valoare de opinie în contextul unui demers pur jurnalistic, provocată de jurnalist în scopul vădit de a obține poziția intervievatului față de o anumită problemă, în concret față de opțiunea sau eventualitatea angajării/contractării ipotetice a serviciilor unui fotbalist cu o anumită orientare sexuală, exprimă percepția subiectivă proprie unei „judecăți intime” a autorului vis-à-vis de această chestiune, ci nicidecum un refuz sau o condiționare la angajare (în accepțiune juridică), precedată de o intenție fără dubiu, confirmată prin demersuri inițiale întreprinse de către angajator în scopul angajării.

În atare împrejurare se distinge subiectul îndeplinirii exiguității *sui-generis* a legii, anume ca refuzul sau condiționarea la angajare pe criterii discriminatorii să vină de la însuși angajatorul prin reprezentantul legal al acestuia, cel care deține aptitudinea legală de a așeza entitatea juridică, sub aspectul obligațiilor și a drepturilor, în relația cu terții. Autorul declarației împincinate nu poseda, conform probelor administrate, calitatea de reprezentant legal al societății în cauză, astfel încât să fie remarcată aptitudinea legală a acestuia de a valorifica o autoritate oficială sub aspectul misiunii pe care o îndeplinește subiectul respectiv în calitatea sa de angajator.

Așadar, autorul declarației, care a fost calificată ca discriminare *stricto sensu* din perspectiva încălcării dreptului la demnitate și autoritate morală a persoanelor cu orientare homosexuală era lipsit de aptitudinea legală a celui care, prin acțiuni declarative (mai ales în context jurnalistic), putea încarcă juridic-obligațional societatea, astfel încât să poată atrage însăși societatea în răspundere juridică față de terți.

Răspunderea juridică (generală), ca raport instituit de norma juridică între autorul încălcării normelor juridice și stat, se subordonează principiului responsabilității individuale, acționând în mod direct și exclusiv față de persoana fizică sau, după caz, juridică – prin reprezentanții legali, în raport direct cu vinovăția proprie avută la săvârșirea faptei ilicite (vinovăția neputând fi transferată către altul, mai ales în cazul inexistenței unui raport juridic).

¹³ Cauza C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryin NV* – extras hotărâre: „declarațiile publice ale angajatorului că nu va angaja salariați cu o anumită origine etnică sau rasială sunt de natură a descuraja în mod serios anumiți candidați să își depună candidaturile, fiind prin urmare de natură a împiedica accesul acestora pe piața muncii, și astfel constituind o discriminare la angajare”.

Răspunderea juridică a terțului (atât ca persoană fizică, cât și juridică), în lipsa raportului juridic, intervine doar în formă personală și numai în cazul stabilirii în mod distinct a vinovăției proprii a acestuia.

Doar faptele ilicite săvârșite de către organele legale ale persoanei juridice obligă însăși persoana juridică.

Fără a se înțelege că antrenăm aici o abordare filosofico-juridică asupra subiectului, se cade să sumarizăm clauzele răspunderii persoanei juridice. În acest sens, primordial este a se reține că persoana juridică este concepută ca fiind o entitate juridică cu statut de subiect de drept independent, care participă în nume propriu la viața juridică, fiind titulară de drepturi și obligații proprii și având o răspundere juridică personală, separată de cea a persoanelor care o compun.

Acest tip de enunț cu privire la notele esențiale ale răspunderii persoanei juridice exprimă „principiul organicist” conform căruia persoana juridică ființează juridic prin organele sale, ca părți intrinseci – constitutive ale acesteia. Funcțiile persoanei juridice se materializează juridic *stricto sensu* prin organele sale legale, care fac corp comun cu persoana juridică, constituind un singur subiect de drept civil.

Sub această concepție, vom reține că doar faptele ilicite și prejudiciabile săvârșite de organele de conducere ale persoanelor juridice în legătură cu funcțiile încredințate sunt faptele ilicite ale însăși persoanei juridice.

În aceste condiții juridice, răspunderea delictual-contravențională, ca și cea generală, a persoanei juridice este o răspundere pentru fapta ilicită proprie.

Fixarea acestui tip de răspundere este condiționată de trei factori generali: prejudiciul, fapta ilicită a organului de conducere sau administrare și raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu. Fapta ilicită, spre deosebire de prejudiciu și raportul de cauzalitate, se identifică prin corelație cu persoana care deține funcția și autoritatea legală a organului de conducere sau administrare al persoanei juridice.

Aceste condiții generale de drept comun privind răspunderea persoanei juridice sunt complinite de o alta, specială, anume că ilicitul, în speță de natură contravențională, să fi fost săvârșit de organul legal de conducere sau administrare în legătură cu funcția sau cu atribuțiile derivate¹⁴. *Per a contrario*, chiar și în cazul în care ilicitul este săvârșit de persoana care are calitatea de organ al persoanei juridice, dacă nu are legătură cu exercitarea funcției sau atribuțiilor în cauză, ne vom afla în situația lipsei de responsabilitate delictuală a persoanei juridice (răspunderea fiind angajată, în această ipoteză, exclusiv față de persoana fizică deținătoare a funcției respective)¹⁵.

Pe de altă parte, persoana juridică răspunde și în calitate de comitent, deci pentru fapta altuia, în speță pentru fapta prepusului¹⁶.

Noțiunile de specialitate juridică evocate anterior sunt administrabile tuturor cazurilor de angajare a răspunderii persoanei juridice, indiferent de domeniul vieții sociale, deci implicit în domeniul muncii în raport cu principiul nediscriminării.

Or, în speța pe marginea căreia este construit studiul de față, nu se poate reține îndeplinirea condițiilor generale și speciale ale răspunderii delictual-contravenționale a persoanei juridice. „Terțul discriminator”, nedeținând calitatea de reprezentant legal ori de organ de conducere sau administrare al societății în cauză, nu putea săvârși fapta în legătură cu funcția

¹⁴ A se vedea art. 219 alin. (1) teza finală C.civ.

¹⁵ A se vedea art. 1357-1371 C.civ.

¹⁶ A se vedea art. 1373 C.civ.

tipică sau cu atribuțiile derivate, indiferent de tipul de interpretare (extensivă sau restrictivă) pe care l-am oferit noțiunii de „funcție și atribuții”, astfel încât să fie fixată, în final, răspunderea persoanei juridice pentru fapta proprie (sau în calitate de comitent pentru fapta prepusului) de discriminare în domeniul muncii.

Cât privește subiectul „notorietății ca patron”, apreciem că acest aspect trebuie circumscris direct percepției subiective. Subiectivitatea per se este lipsită de relevanță juridică, întrucât exteriorizarea unei imagini, fie ea și de natură a provoca o senzație subiectivă colectivă, precum cea legată de crearea în mentalul colectiv a unei impresii (echivoce) de autoritate și calitate („patron”), nu deține forța „substituentului juridic” menit să suplinească lipsa unei competențe de jure la angajare, astfel încât să se poată aprecia că ilicitul persoanei fizice se confundă juridic cu însăși fapta entității juridice.

În lumina acestor raționamente, neidentificându-se un ilicit produs în materie de angajare și profesie, sub clauzele juridice ale răspunderii persoanei juridice și circumscris uneia dintre ipotezele normelor juridice instituite prin art. 5-9 din O.G. nr. 137/2000, obiectul speței se rezumă la exercițiul excesiv al libertății de exprimare în relație cu domeniul muncii – concret, declarația cu valoare de opinie personală oferită în contextul unui demers pur jurnalistic, provocată de jurnalist în scopul vădit de a obține poziția particulară a intervievatului față de un subiect, în esență, speculativ.

În fine, din perspectiva unei „teze școlă”, opinăm că, în măsura în care ar fi existat un raport juridic subordonator indubitabil între persoana fizică ca autor al declarației cu conotații discriminatorii și entitatea juridică, de natură a fi generat un impediment la angajare pe baza unui criteriu discriminatoriu ori, după caz, ar fi fost evidentă însușirea de către societate a declarației respective, exteriorizată sau chiar materializată într-un refuz concret de a contracta serviciile sportive ale jucătorului de fotbal, iar angajatorul nu ar fi răsturnat prezumția de discriminare a faptei/refuzului la angajare, s-ar fi configurat nesocotirea „liniei de conduită antidiscriminare” în raport cu domeniul muncii, în concordanță cu legislația în materie.

2. Examenul valorii juridice și operativității „avertismentului” în materia nediscriminări

În această ultimă parte ne oprim la problema eficienței, disuasivității și proporționalității sancțiunii cu avertisment contravențional în domeniul nediscriminării în raport cu exigențele art. 17 din Directiva 2000/78/CE.

Art. 17 din Directiva 2000/78/CE stipulează că „Statele membre stabilesc regimul sancțiunilor aplicabile în cazul nerespectării dispozițiilor naționale adoptate conform prezentei directive și iau toate măsurile necesare pentru asigurarea aplicării acestora. Sancțiunile astfel prevăzute, care pot consta în despăgubirea victimei, trebuie să fie efective, proporționale și disuasive”.

Prin inițierea întrebării preliminare prin care i se formula CJUE „problema avertismentului”, care ar căuta, în esență, să evidențieze o oarecare „frițiune normativă” între directiva comunitară și legislația națională a fost ridicată tema depășirii cadrului procedurii prejudiciale instituită și condiționată prin Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE)¹⁷. Constatarea unei eventuale invalidități a dreptului național în raport cu o normă comunitară nu este de abilitatea Curții de Justiție a Uniunii Europene, ci a instanței naționale sesizate, în

¹⁷ A se vedea art. 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

virtutea atributului suveran (implicit de judecător comunitar la nivel național) deținut în opera de înfăptuire a justiției, prin administrarea unui cadru legislativ intern armonizat.

Pe de altă parte, CJUE poate să-și activeze *ex officio* atributul de contribuitor la administrarea dreptului comunitar în rândul statelor membre, astfel încât să desprindă din corpul unor întrebări neconforme, implicit de natură a excede aptitudinii sale de autoritate materială, aspectele sau accepțiunile circumscrise exclusiv tehnicii de interpretare a normei comunitare.

În această lumină, Curtea de Justiție poate lua în considerare oportunitatea reformulării întrebării primite, astfel încât să se răspundă simetric exigențelor Tratatului și respectiv jurisprudenței CJUE.

Revenind la fondul problemei constând în „testul eficacității, disuasivității și proporționalității avertismentului”, echivalentul, în context, al „examenului de concordanță cu imperativul normelor comunitare în materie”, reținem că, precum rezultă din interpretarea textului comunitar, atât în manieră literală, cât mai ales teleologică, acesta atribuie statului membru sarcina și totodată competența regimului sancționatoriu aplicabil, corelativ cadrului legislativ național. Desprindem și înțelesul că legiuitorul comunitar dispune ca sancțiunile, care pot include despăgubirea victimei, să fie efective, proporționale și disuasive. Construcția textului comunitar indică înțelesul *ad litteram* în sensul caracterului virtual, potențial și supletiv al laturii reparatorii a sancțiunii.

Concomitent, construcția logico-juridică surprinde, *mens legis*, instrucțiunea cu caracter de îndrumare privind instituirea unui sistem sancționatoriu realmente proteguitor, recuperatoriu și compensatoriu („constând în despăgubirea victimei”) față de subiectul pasiv al discriminării, care să răspundă integral principiilor efectivității, proporționalității și disuasivității.

Prin O.G. nr. 137/2000, care transpune în sistemul legislativ intern inclusiv Directiva 2000/78/CE, legiuitorul național a înțeles să instituie mai multe forme de sancțiuni, respectiv (aparte de domeniul penal):

- „sancțiunea civilă” (cea care vine să răspundă întru totul cerinței art. 17 teza a II-a din Directiva 2000/78/CE) — circumscrisă răspunderii civile delictuale, cu funcția reparatorie constând în obligarea subiectului activ al discriminării la repararea prejudiciului cauzat, respectiv repunerea în situația anterioară, prin înlăturarea tuturor consecințelor dăunătoare ale ilicitului de natură discriminatorie. Trăsătura efectivă, proporțională și disuasivă a sancțiunii în cauză (de natură civilă, congruentă trăsăturii juridice purtate de sancțiunea „despăgubire” evocată de norma comunitară) rezidă din rolul precumpănit recuperatoriu și proteguitor în favoarea subiectului pasiv al discriminării;

- sancțiunea administrativ-contravențională (consecință a raportului corelator dintre art. 8 și 17 din Directiva 2000/78/CE) — cu caracter exclusiv represiv și coercitiv-punitiv față de contravenient, neînglobând și o reparație de natura despăgubirii efective, materiale pentru victima discriminării, în afara unei „satisfacții moralo-afective” (subsumată implicit).

Așadar, răspunzând exigenței directivei comunitare, dreptul intern instituie în mod expres atât sancțiunea civilă recuperatorie („în desdăunare” — protectoare direct, efectiv și proporțional pentru subiectul pasiv al discriminării, față de care operează un termen general de prescripție — „3 ani”), cât și, complinitoriu și auxiliar în raport cu instrucțiunea directivei, sancțiunea administrativ-contravențională, căreia îi incumba, la data pronunțării Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, termenul general de prescripție a aplicării amenzii contravenționale, instituit prin legislația cadru internă în materie contravențională („6 luni de la data

săvârșirii faptei”, dar fiind imprescriptibilă aplicarea sancțiunii principale cu avertisment contravențional)¹⁸.

România se conformează imperativului Directivei 2000/78/CE, sub aspectul stabilirii *in genere* a unui regim sancționatoriu multiplu, sub atribut efectiv, proporțional și disuasiv, instituind prin art. 27 din O.G. nr. 137/2000, consonant exigenței art. 17 din directiva comunitară, atât „sancțiunea civilă reparatorie”, cât și, în sistem juridic complementar, o sancțiune administrativ-contravențională cu caracter represiv, dar și moral-educativ.

Restrângând cadrul analizei la caracterul efectiv, proporțional și disuasiv al sancțiunii strict contravenționale, se ridică întrebarea dacă, în contextul în care operează termenul de prescripție (de 6 luni) instituit prin O.G. nr. 2/2001, sancțiunea contravențională, sub aspectul avertismentului contravențional (sancțiune imprescriptibilă potrivit dreptului intern), este în măsură să răspundă cerințelor răspunderii juridice privind exigența, efectivitatea și disuasivitatea.

Această perspectivă pune în discuție însăși valoarea juridică a sancțiunii contravenționale cu avertisment instituită prin legislația internă, sub cerința efectivității, proporționalității și disuasivității, aspect care, de asemenea, poate fi privit ca antitetice noțiunii de procedură prejudicială, așa cum este aceasta instituită și condiționată prin art. 267 din TFUE.

Trecând peste această „formalitate procedurală”, se impune aserțiunea că avertismentul contravențional, ca sancțiune contravențională principală în sistemul dreptului național (pe același palier de valoare juridică cu sancțiunea contravențională pecuniară, laolaltă sancțiuni contravenționale principale), în raport cu statutul și substanța sa juridică, concordant

¹⁸ Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, prin intermediul lucrării de specialitate – „Observații scrise privind cauza C-81/12 – Asociația ACCEPT”, admitea faptul că se putea ridica în mod legitim întrebarea dacă termenul de prescripție (de 6 luni) instituit prin O.G. nr. 2/2001 era în măsură să răspundă exigenței efectivității și disuasivității sancțiunii. Apreciam că o eventuală problemă privind efectivitatea și disuasivitatea sancțiunii contravenționale s-ar circumscrie exclusiv disonanței dintre, pe de o parte, termenul de petiționare în fața CNCD („un an de la data săvârșirii faptei sau de la data la care se putea lua la cunoștință de săvârșire”), iar pe de altă parte – termenul general de prescripție a aplicării amenzi contravenționale („6 luni de la data săvârșirii faptei”), potrivit dreptului intern. Altminteri, corelarea adecvată (în cadrul procedurii administrativ-jurisdicționale sau, după caz, pe cale normativă) a termenelor în cauză ar putea fi suficientă pentru a se stinge „litigiul de operativitate al sancțiunilor în materia nediscriminării”. În acest sens, opinăm că ipoteza măririi termenului de prescripție îi revine, *de jure*, legislativului național, prin dispoziții derogatorii în favoarea legislației antidiscriminare, însă arătăm că este imperios necesară o abordare aprofundată a materiei, astfel încât să se evite trăsătura inacceptabilă a unui astfel de termen, prin durata sa, întrucât un termen lung de prescripție nu numai că duce la cronicizarea stării de nelegalitate, inclusiv la insecuritatea relațiilor sociale, dar și favorizează *per se* un curs al faptelor antisociale spre un punct în care problemele devin insolubile. De asemenea, arătăm că această ipoteză poate fi privită și din perspectiva faptului că intervenția pentru curmarea unei stări antisociale ar putea fi contrară interesului legii de a se restabili prompt și grabnic situația de fapt anterioară săvârșirii contravenției. Un termen lung de prescripție poate contribui, în final, la consolidarea stării de nelegalitate, complicându-se sau chiar înfrânându-se soluționarea raportului juridic de „drept contravențional”. Durata unui termen de prescripție trebuie să se conformeze principiului celerității tragerii la răspundere, fundamentat pe teza potrivit căreia momentul aplicării sancțiunii trebuie să fie cât mai apropiat de cel al săvârșirii faptei, pentru ca aceasta să-și producă pe deplin efectul punitiv și, mai cu seamă, preventiv. De altfel, în sensul celor evocate, CNCD și-a asumat ulterior demersul „ajustării” O.G. nr. 137/2000, demers materializat prin completarea actului normativ în cauză cu alin. (2¹) (art. 26), care stipulează expres că: „Aplicarea sancțiunilor contravenționale prevăzute la alin. (1) se prescrie în termen de 6 luni de la data soluționării petiției de către Consiliu”.

voinei legiuitorului intern, răspunde, de principiu, noțiunilor de efectivitate, proporționalitate și disuasivitate. Aceste elemente ale răspunderii juridice capătă particularizare de la caz la caz – în speță, sancțiunea contravențională principală cu avertisment aplicată în cauza al cărei obiect forma dosarul nr. 12562/2/2010, cu a cărui soluționare fusese investită Curtea de Apel București, fiind una efectivă și proporțională cu gradul de pericol social al faptei care făcea obiectul respectivei cauze (elemente juridice de a căror stabilire răspundea *stricto sensu* organul jurisdicțional intern).

De asemenea, sub aspectul valorii juridice a sancțiunii contravenționale principale cu avertisment, trebuie menționat că această sancțiune în materia constatării și sancționării faptelor de discriminare constă, în esență, în atenționarea (exclusiv scrisă) contravenientului asupra pericolului social al faptei săvârșite, însoțită, de regulă (în concordanță cu dispozițiile art. 7 din O.G. nr. 2/2001, coroborate cu cele ale „Procedurii interne de soluționare a petițiilor”¹⁹), de instrucțiunea/recomandarea expresă de a respecta dispozițiile legale, respectiv, dacă e cazul, de a întreprinde toate măsurile necesare pentru înlăturarea efectelor faptei.

Avertismentul, ca sancțiune contravențională principală, deține, simultan, atât caracter coercitiv, cât și, precumpănitor educativ, dând posibilitatea celui care a săvârșit o abatere să se îndrepte juridico-social și, conștientizându-și comportamentul, să evite o nouă nesocotire a normelor juridice, respectiv a relațiilor sociale.

Convingerea că avertismentul contravențional răspunde neechivoc cerințelor privind efectivitatea, proporționalitatea și disuasivitatea sancțiunii juridice este confirmată jurisprudențial: practica instanțelor naționale, atât *antefactum*, cât și *postfactum* Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, este unanimă în acceptarea sancțiunii contravenționale cu avertisment, în materia nediscriminării, ca fundamentată și legală, în raport cu atributele constitutive ale răspunderii juridice generale.

De altminteri, aceste raționamente logico-juridice sunt acceptate de către CJUE prin chiar argumentația Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, *exempli gratia*: „Desigur, simplul fapt că o sancțiune determinată nu este, în principal, pecuniară nu semnifică în mod necesar că prezintă doar un caracter simbolic (a se vedea în acest sens Hotărârea Feryn, citată anterior, punctul 39), mai ales în situația în care ea este însoțită de un grad adecvat de publicitate și în ipoteza în care ar facilita, în cadrul unor eventuale acțiuni în răspundere civilă, dovedirea unei discriminări în sensul directivei menționate. Cu toate acestea, în speță, instanța de trimitere are sarcina de a verifica dacă o sancțiune cum ar fi un simplu avertisment este adecvată într-o situație precum cea în discuție în litigiul principal”.

Teza prezentului „expozeu” este susținută de punctul 3 al dispozitivului Hotărârii CJUE pronunțată în cauza C-81/12, consunant corpului argumentativ al acestei hotărâri (peste unele nuanțări sporadice cu titlu general și cu valoare abstractă ale Curții), care dispune cu forță juridică că art. 17 din Directiva 2000/78 se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia, în cazul constatării unei discriminări pe motive de orientare sexuală, nu este posibil să se aplice decât un avertisment, precum cel în discuție în litigiul principal, atunci când o asemenea constatare intervine după expirarea unui termen de prescripție de șase luni de la data săvârșirii faptei.

¹⁹ A se vedea art. 79 din „Procedura internă de soluționare a petițiilor și sesizărilor” (M.Of. nr. 348 din 6 mai 2008), adoptată în baza art. III alin. (1) – Cap. IV din O.G. nr. 137/2000, republicată.

Prin același dispozitiv, Curtea dispune în mod peremptoriu că doar instanța de trimitere (națională) are sarcina și competența să aprecieze dacă aceasta este situația reglementării în discuție în litigiul principal. Iar instanța națională competentă material, în lumina celor trasate de către Curtea de Justiție, dezlegând pricina principală sub aspectul eficienței, disuasivității și proporționalității sancțiunii contravenționale cu avertisment, aplicată particularizat contravenientului cauzei, reține că CNCD a realizat o corectă individualizare a sancțiunii contravenționale.

De facto, prin soluția pronunțată, instanța națională de fond acceptă întru totul expunerile procesuale „defensive” ale CNCD, administrate în cauză, plecând, așadar, de la reținerea indubitabilă a aspectului că pârâtul a aplicat această sancțiune contravențională distinct de problema prescrierii aplicării sancțiunii pecuniare. În speță, nu atât prescrierea aplicării sancțiunii contravenționale cu amendă a stat la baza sancțiunii aplicate, cât convingerea organului constatator, corelativ propriilor competențe în stabilirea formei de răspundere juridică contravențională, privind caracterul satisfăcător al sancțiunii cu avertisment, cât și de proporționalitatea constrângerii juridice, circumscrisă pericolului social (reduc) al actului antisocial-reprehensibil.

Prin actul administrativ-jurisdicțional supus controlului judecătoresc, CNCD, constatând o faptă de discriminare potrivit art. 15 din O.G. nr. 137/2000, republicată a decis ca oportună și suficientă aplicarea în cauză a sancțiunii contravenționale principale cu avertisment.

La evaluarea gradului de pericol social al faptei a contribuit în mod substanțial atât împrejurarea în care s-a produs, anume în contextul unui demers pur jurnalistic, declarația fiind provocată de jurnalist în scopul vădit de a obține poziția particulară a interviuatului, corelativă exercitării dreptului la libertatea de exprimare în raport cu un subiect din domeniul muncii și în absența vreunui refuz efectiv „la angajare” pe criteriul orientării sexuale.

Caracterul public al declarațiilor, invocat de către reclamanta Asociația ACCEPT, nu putea fi privit ca o circumstanță de natură agravantă în stabilirea valorică a sancțiunii, întrucât condiționalul de natura *coram publico* semnifică însuși factorul determinant în fixarea elementului material al faptei de discriminare stabilită prin art. 15 din O.G. nr. 137/2000, republicată (a cărui incidență a generat aplicarea sancțiunii în cauză).

De altminteri, soluția judecătorească pronunțată în cauză concordă cu practica constantă a instanțelor naționale de toate gradele jurisdicționale (implicit a Înaltei Curți de Casație și Justiție) care, particularizat și circumstanțiat, confirmă neechivoc caracterul efectiv, disuasiv și proporțional al sancțiunii contravenționale principale cu avertisment în domeniul nediscriminării²⁰.

²⁰ A se vedea C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 932/06.03.2013; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 1269/2013; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 53/2013; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 1865/2013; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 5486/2012; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 6048/2012; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 7144/2011; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 6497/201; C.A. București, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 2106/2009; C.A. Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 65F/2009; Decizia I.C.C.J. nr. 1063/25.02.2010; Decizia I.C.C.J. nr. 553/2010 etc.

În această lumină, apreciem o dată în plus fundamentul și rezonabilitatea soluției Curții de Apel București care, **pentru evitarea unei judecăți per incuriam**, vine implicit în sensul respectării „principiului armoniei jurisprudențiale”.

Oricum, fie și dacă sancțiunea cu avertisment contravențional ar fi fost (sau ar fi) găsită ca inadecvată în cauza ce făcea obiectul dosarului nr. 12562/2/2010, constituit pe rolul Curții de Apel București, circumscris exigenței de proporționalitate, această împrejurare nu ar fi de natură a afecta atributul de eficiență juridică și de proporționalitate a acestui tip de sancțiune contravențională principală, în domeniul nediscriminării, sub imperiul celor consacrate jurisprudențial și declarate de către Curtea de Justiție.

În concluzie, apreciem că sancțiunea contravențională cu avertisment – sancțiune principală în sistemul dreptului contravențional intern (deci analoagă, *sub specie juris*, celeilalte sancțiuni principale, de natură pecuniară) – promovează „testul eficacității, disuasivității și proporționalității”, atât în fața instanțelor naționale, cât și în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene. Ultima a confirmat pe cale implicită valoarea juridică a sancțiunii contravenționale cu avertisment în materia nediscriminării.

Din înțelesul literal al deciziei CJUE, rezultă că legislația comunitară nu exclude aplicarea unor sancțiuni fără caracter pecuniar, cum este cazul sancțiunii cu avertisment, întrucât acest tip de sancțiune nu are un caracter doar simbolic, mai ales în situația în care sancțiunea este însoțită de un grad adecvat de publicitate, iar contravenientului i se adresează argumentat, în mod direct și explicit, recomandarea respectării principiului nediscriminării. Aceasta teză juridică pretinde recunoaștere cu atât mai mult cu cât victima discriminării deține pârghiile legale în sensul angajării răspunderii civile delictuale, de natura *damni culpa, dati reparatio*.