

РЕШЕНИЕ

№ 6623

гр. София, 05.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 31 състав, в публично заседание на 05.11.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мария Попова

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **2954** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следв. от АПК във вр. с чл. 68 от Закона за защита от дискриминация /ЗЗДискр./.

Образувано е по жалба на министъра на земеделието и храните против решение № 220/15.12.2011г. по пр. № 136/2010г. по описа на комисията за защита от дискриминация /КЗД/, в частта, с която е установена непряка дискриминация по признак „етническа принадлежност” по повод уволнението на М. Ю. К. от длъжността главен специалист в териториално звено на Изпълнителна агенция по рибарство и аквакултури /ИАРА/ [населено място], извършено на осн.чл.328, ал.1, т.2 от КТ със заповед N 49 от 22.06.2010г. на тогавашния изпълнителен директор на ИАРА Я. Н. Н.. Жалбата е бланкетна, претендира се незаконосъобразност на оспорваното решение и се иска отмяната му.

Ответникът- Комисия за защита от дискриминация се представлява от юрк. М., която оспорва жалбата. Твърди, че в решението са изложени обстойни мотиви, които поддържа. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованата страна М. Ю. К. не се явава и не се представлява.

По делото е конституирана като заинтересованата страна ИАРА чрез изпълнителния си директор Я. Н. Н., заемал длъжността ИД на ИАРА и към момента на прекратяване на трудовото правоотношение на К.. Н. се явява лично и с адв. В., която оспорва жалбата. Поддържат, че от събраните в преписката доказателства по безспорен начин се установява, че процедурата по прекратяване на трудовото правоотношение и самото прекратяване не са проява на непряка дискриминация по отношение на лицето,

тъй като е извършен подбор по реда на чл.328 от КТ и са приложени еднакви критерии, а директорите на дирекции са давали съгласувателни писма, включително и за Ю..

Съдът, като прецени доказателствата по делото, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Жалбата е процесуално допустима, като подадена в срок, от активно процесуално легитимирана страна, срещу акт, който подлежи на съдебен контрол за законосъобразност пред настоящия съд. Съгласно разпоредбата на чл. 68 ал.1 от ЗЗДискр., решенията на комисията подлежат на обжалване по реда на [Административнопроцесуалния кодекс](#) в 14-дневен срок от съобщаването им на заинтересуваните лица. Решението е връчено на жалбоподателя на 20.12.2011г., видно от приложеното на л.783 известие за доставяне и подадената по пощата на 03.01.2012г. жалба е подадена в рамките на преклузивния 14 дневен срок .

Производството е по реда на Раздел I от Глава четвърта на Закона за защита от дискриминация. Образувано е с Разпореждане № 346/ 02.07.2010 г. на Председателя на Комисията въз основа на жалба с вх. № 44-00-2162 от 29.06.2010 г., подадена от М. Ю. К. от [населено място]. Предвид оплакванията за дискриминация по признак етническа принадлежност образуваната преписка е разпределена за разглеждане на петчленен разширен заседателен състав по чл.48, ал.3 от ЗЗДискр., определен със Заповед № 754/07.12.2010г. на Председателя на КЗД.

Жалбоподателят М. Ю. К. твърди, че спрямо него е налице дискриминация чрез прекратяване на трудовото му правоотношение със заповед N 49 от 22.06.2010г. на осн.чл.328, ал.1, т.2 от КТ от длъжността „главен специалист” в сектор „Рибарство и контрол”- [населено място], ГД „Рибарство и контрол” на ИАРА. Според жалбоподателя, причина за уволнението му е етническата му принадлежност. К. моли Комисията за защита от дискриминация да образува производство, в което да се установи налице ли е дискриминация на основата на етническата му принадлежност, да отмени заповедта, с която е прекратено трудовото му правоотношение , да постанови преустановяване на нарушението до установяване на положение на равно третиране, както и да бъдат наложени предвидените в закона санкции и/или принудителни административни мерки.

КЗД е конституирала като страни в производството ИД на ИАРА Я. Н. Н. , ИАРА, представлявана от своя ИД Я. Н. Н., както и министъра на земеделието и храните.

При извършена служебна проверка, съдът констатира, че Комисията за защита от дискриминация законосъобразно е приела, че жалбата на К. е допустима с оглед сезирането на административния орган в срока по чл. 52, ал. 1 от ЗЗДискр. Не са налице и отрицателни процесуални предпоставки, възпрепятстващи образуването на производството и разглеждането на жалбата по същество. Жалбата е редовна с оглед изискването на чл. 51 ал.2 от ЗЗД.

Пред КЗД е развито законосъобразно производство; в хода на проучването по преписката са изискани обяснения от страните. От ответната страна са представени становище, обяснения и следните доказателства: Устройствен правилник на ИАРА; щатни разписания преди и след уволнението на К., вкл.сравнителна таблица между щ.р. към 03.06.2010г. и щ.р. на длъжностите от 07.06.2010г. и поименно щ.р.;доказателства за извършен подбор по реда на чл.328 от КТ, в т.ч. заповед за назначаване на комисия, протокол за извършен подбор с посочена обща оценка за всяко от трите лица, заемащо длъжността „главен специалист” в отдел РК-Л.. К. е с

най-ниска оценка от 26 и по тази причина е предложен за съкращение. Същият е запознат с резултатите от извършения подбор и преди да бъде съкратен е подписал декларация, че не се ползва със закрила по чл.333 от КТ.

След приключване на проучването докладчикът по преписката е поканил страните да се запознаят със събраните в хода на проучването материали по преписката.

Въз основа на доклада – заключение по делото е насрочено открито заседание по преписката за 08.12.2010 г. През м.октомври 2010г., и двете , останали след съкращението му длъжности са останали вакантни той е подал молба да бъде назначен на една от двете щатни бройки. След поискване на информация от страна на КЗД относно движението на молбата е постъпил отговор от ИАРА, че молбата е оставена без движение, като не са посочени конкретните причини за това. В заключителното си становище, жалбоподателят е посочил, че този факт потвърждава специалното отношение спрямо него, дължащо се на етническата му принадлежност.

В мотивите на обжалваното решение КЗД е извършила сериозен и задълбочен анализ на всички относими към случая обстоятелства, включително е обсъдена политическата обстановка, взетите решения от страна на правителството за оптимизация и реструктуриране на държавната администрация с цел намаляване на финансовите разходи и преборване с икономическата криза и приетата в тази насока Програма за европейско развитие на Б.. Като част от предприетите мерки е и ПМС N 95/ 18.05.2010г., с който е приет нов Устройствен правилник на ИАРА, с който наред с други промени е намалена и общата численост на администрацията на ИАРА- от 340 на 299 щатни бройки или намаляване с 44 щатни бройки. Със заповед N 719 от 02.06.2010г. на ИД на ИАРА са утвърдени ново щ.р на длъжностите и ново поименно щ.р. Към дата 03.06.2010г., общата численост на персонала в териториалните звена на ИАРА е била 204 бройки, от които 191 заети и 13 вакантни. Между лицата, заемащи тези 191 бройки, лицата с турски имена са били 33, което се установява от поименното щ.р.

В периода от 07.06.2010г. до 20.07.2010г., от всички териториални звена са уволнени поради съкращаване в щата 23 души, заемали длъжността „ инспектор” или „ главен специалист”, сред които 23-ма души от всички териториални звена са хора с турски произход. КЗД е установила, че техният дял възлиза на 65 % от загубилите работата си по причина съкращение в щата . Лицата с турски имена , заемали длъжността „ инспектор” или „ главен специалист” във всички териториални звена е бил 33, а в резултат на извършеното съкращението в щата са съкратени 15 от тях или 45 % от тези лица.

След подробен анализ на правната уредба ,КЗД е извела съответните правни изводи , като се е произнесла и относно законосъобразността на извършения подбор, който видно от Приложение N 1 към заповед N 753 от 11.06.2010г. е извършен по два основни показателя- оценка за квалификация и оценка на работата, чиито сбор образува общата оценка. КЗД е приела, че в резултат на установените и приложени критерии /нагледно посочени в изготвена таблица, като част от мотивите на акта/, неправилно К. е получил най-ниската оценка. Доколкото приетият за несправедлив критерий за оценка на образователната степен е приложен в ущърб на К., КЗД е приела, че той би получил същата оценка дори и да беше от етно-културното мнозинство. Същото се отнася и до критерия „ трудов стаж”, т.е. този критерий също не разкрива релевантност на етническата принадлежност към крайния резултат от подбора.

Като цяло, КЗД е извела извод, че приложението на критериите за подбор не установяват прилагането на различен подход.

Макар и да няма данни за пряка дискриминация, предвид факта, че К. е бил единственият, заемащ длъжността „главен специалист“ в териториалното звено с малцинствена етническа принадлежност, при хипотезата на чл.24, ал.2 от ЗЗДискр., работодателят е бил длъжен да насърчи неговото оставане на работа. След като работодателят не е изпълнил това свое задължение, уволнението на К. е извършено в нарушение на чл.24, ал.2 от ЗЗДискр.

Именно, като е приела, че прилагането на иначе еднакви критерии при подбора са довели до несъизмеримо по-неблагоприятни последици, в случая за хората с турски имена, които несъмнено индикират малцинствения им етнически произход, КЗД е извела извод за прилагане на непряка дискриминация на основата на етническа принадлежност. Изложени са и подробни мотиви, изключващи възможността установената в случая непряка дискриминация да попада в приложното поле на т.нар. ”незабранена от закона непряка дискриминация”. Последната е такава, когато покрива определени критерии, като например: мярката да преследва целта на закона; мярката да е пропорционална на преследваната цел; избраната мярка да позволява реално постигане на целта и др. Критериите са примерно изброени в цитирани решения на СЕО.

Независимо от твърдението на ответната страна, че съкращаването в щата е предприето с цел намаляване на публичните разходи и оптимизиране на дейността на администрацията, позовавайки се на константната практика на Съда на ЕС, сега СЕО, КЗД е посочила, че икономическите или бюджетните съображения не попадат сред законните цели, годни да оправдаят дискриминацията. Да се приеме обратното би означавало, че приложимостта и обхватът на норма на общностното право, „така фундаментална, като тази за равното третиране, може да варира по време и място съобразно финансовото положение на държавите-членки”.

КЗД се е произнесла по жалбата на К. с решение № 220/15.12.2011г, предмет на контрол за законосъобразност в настоящото производство.

При извършената служебна проверка по реда на чл.168, ал.1 вр. с чл.146 от АПК, съдът мотивира следните правни изводи за основателност на жалбата:

На първо място, АССГ в настоящия състав приема, че оспорваното решение е валиден административен акт, постановен от компетентен орган, във валидна писмена форма с реквизити по чл. 66 от ЗЗД и при спазване на процедурата по издаването му.

При извършена проверка за издаване на същото при спазване на разпоредбите на материалния закон, съдът приема следното:

Въз основа на събраните по преписката доказателства, КЗД е установила фактическа обстановка, която се споделя от състава на АССГ осъществяващ контрол за законосъобразност върху решението.

В заповед N 49 от 22.06.2010г., с която е прекратен трудовото правоотношение на М. Ю. К. е посочено като правно основание чл. 328 ал.1 т.2 от КТ. Дали в действителност е налице съкращаване в щата и доколко това е следствие на последователно провежданата политика в изпълнение на взетите решения от страна на правителството за оптимизация и реструктуриране на държавната администрация с цел намаляване на финансовите разходи и преборване с икономическата криза, не е предмет на настоящото производство. Съдът разбира и опита на КЗД да изясни всички факти, за които са наведени твърдения по делото, но счита, че не всички са релеванти

и относими към предмета на спора. Промените в организационните звена на ИАРА са свързани с приетата с новия Устройствен правилник от 18.05.2010г. организационна структура след писмо с изх.№ 91-00-947 от 30.09.2009г. на министъра на финансите за предприемане на мерки за оптимизиране на числеността на персонала към органите на държавна власт. Съкращаването е извършено по целесъобразност с оглед конкретната дейност и натовареност в отделни звена и не подлежи на съдебен контрол. Факт е, че е намалена числеността на служителите от 234 на 208 поради намаляване на щатните бройки.

Въпросът е дали при извършените съкращения работодателят е проявил обективен подход като е третирали работещите еднакво при общи условия, или е поставил някой от тях в по-неблагоприятно положение и на какво основание.

Едностранното прекратяване на трудовото правоотношение с цитираната заповед е осъществено след извършен по реда на чл.328 от КТ подбор, като са взети предвид следните показатели : образователна степен; общ трудов стаж ;професионалният опит и ниво на изпълнение на възложената работа с оглед срочното и качествено изпълнение на възложената работа. При оценката по този критерий се взимат предвид последната годишна оценка на служителя за изпълнение на длъжността, оценка за умение за работа в екип, получени отличия и награди. По делото няма данни да е извършвана текущо и ежегодно оценка на нивото, качеството и срочността на трудовото изпълнение, но фактът, че е извършен подбор е безспорен. За извършването му е назначена комисия, която е отразила резултатите от работата си в протокол № 4 от 14.06.2010г.

Крайната оценка на всеки служител , включен в подбора представлява сбор от получените от него оценки по отделните показатели.

Съдът намира, че критериите, по които е извършен подборът в конкретния случай са обективни , а работодателят ги е приложил еднакво по отношение на всички без да държи сметка за тяхната етническа, политическа и пр. принадлежност.

В този смисъл са и изводите на КЗД, която приема, че приложението на критериите за подбор не установяват прилагането на различен подход, независимо, че е изложила подробни доводи защо намира същите за несправедливи и в ущърб на К., който е получил по-ниска оценка от другите си двама колеги, заемащи същата длъжност.

КЗД е изложила обстоятелни мотиви от правна страна какво представлява пряката и непряката дискриминация, като е направила анализ на действащата практика на съда на ЕС и на ВАС по въпроса за разпределението на доказателствената тежест в процеса; за наличието на обосновано предположение за дискриминация на определен признак и за причинно- следствената връзка между нарушението и признака по чл. 4 от ЗЗД.

Съдът споделя становището на КЗД, че според постоянна съдебна практика на СЕО, сега Съда на ЕС, дискриминация е налице при прилагането на различни правила към сходни положения или при прилагането на едно и също правило към различни положения. Принципите на равенство пред закона, равенството във възможностите и забраната на дискриминацията изискват лицата в сходно положение да се третират по сходен начин и да имат аналогични възможности (забраната на пряката дискриминация), но и в същото време забраняват еднаквото отношение към хора в коренно различно положение (забраната за непряка дискриминация). Тези концепции са заложили и в националното ни законодателство при установяването на дефинициите за пряка и непряка дискриминация: - разпоредбата на чл. 4, ал. 2 във

връзка с чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. дефинира пряката дискриминация и забранява по-неблагоприятното отношение към сходни лица и ситуации, а разпоредбата на чл. 4, ал. 3 във връзка с чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. дефинира непряката дискриминация и забранява еднаквото отношение към коренно различни ситуации, при което хора с определена характеристика биват осезаемо ощетявани. Забраната за дискриминация е установена в чл. 4 от ЗЗДискр., според която разпоредба не е позволено извършването на дискриминация под каквато и да е форма по отношение на физически и юридически лица на основата на ред признаци - част от тях, посочени в разпоредбата на чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., както и по други, които са посочени в други закони или международни договори. Етническата принадлежност е един от изрично защитените признаци по чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., както и по Директива 2000/43, която се прилага за достъпа до пазара на труда, включително и за уволненията. Приложимите нормативни актове не допускат пряката дискриминация да бъде оправдана с преследването на законна цел и пропорционалност на средствата, когато тя се основава на вътрешно присъщи на индивида характеристики като раса, етническа принадлежност и пол, но позволява оправдаване на пряката дискриминация по други характеристики, придобити от индивида в течение на неговия живот. За разлика от пряката дискриминация, непряката дискриминация, без оглед на защитения признак, винаги е допустимо да бъде оправдавана с преследването на законна цел и пропорционалност на средствата за постигането ѝ. Съдът изцяло споделя тези правни изводи на КЗД, които са задълбочени и последователни.

АССГ споделя и обстойните, задълбочени и последователни изводи на КЗД в насока, че едно диференцирано третиране, за да е дискриминация, **следва да се основава на защитен от закона признак**, но изразява различно становище по въпроса, че жертвата не трябва да доказва, че признакът е причина за резултата - различно или по-неблагоприятно третиране. Според АССГ в настоящия състав, не е достатъчно едно лице да заяви, че е дискриминирано по даден признак, откъдето да се обоснове извода, че по-неблагоприятното му третиране в дадена сфера е именно последица от този признак.

За установяване релевантността на защитения признак в действителност следва да се извърши тест - щеше ли да бъде ошетен потърпевшият, ако не беше със съответния признак? Но доказателствата по преписката следва да **обосновават факти** / а не само твърдения/ **за наличие на неравно третиране именно на основание този признак.**

АССГ споделя извода на КЗД, че разпоредбата на чл. 9 от ЗЗДискр. въвежда в националното ни право изискванията за разпределяне на доказателствената тежест, установени за производствата за защита от дискриминация в чл. 8 от Директива 2000/43 и чл. 10 от Директива 2000/78, които повеляват прехвърляне/ преместване на доказателствената тежест върху ответника, когато ищецът докаже факти, от които може да бъде предположено, че е налице дискриминация. Самата КЗД обаче заявява, че първо жалбоподателят следва да докаже факти, от които да бъде заключено, че е налице дискриминация. Така е изписано и в Директивите. Комисията заявява, че дискриминация е налице, когато се прилагат различни правила към сходни положения, но съобразно даден защитен признак, а не по принцип. В случая се установява, че М. Ю. К. е уволнен поради съкращение в щата.

Безспорно е наличието на надлежен писмен акт/ протокол N 4 от 14.06.2010г. за извършен подбор/, който да обективира мотив, основан на оценка или проверка преди съкращението, който да дава отговор на въпроса защо К. и А. са предпочетени пред

К., следователно работодателят в изпълнение на своите задължения по чл.329 е извършил подбор, а дали е нарушил разпоредба от КТ, преценка следва да направи общия съд при проверка законността на уволнението.

Няма данни, че при вземането на решението кои лица да бъдат уволнени и кои от тях да останат на работа е възможно различната малцинствена етническата принадлежност на жалбоподателя да е изиграла роля в негов ущърб. По делото липсва каквото и да било доказателство в подкрепа на факта работодателят да е предприел действие само и единствено по отношение на К., което да го поставя в различно положение при сходни обстоятелства с друго лице **на етнически признак**. Уволнението е масово и е наложено поради съкращаване в щата. Съкратени са и лица с различна етническа принадлежност от жалбоподателя, за които няма данни да са с малцинствена етническа принадлежност.

Съдът не споделя извода на КЗД, че тъй като жалбоподателят е бил единствен от тримата служители, между които е извършен подбор от малцинствен етнически произход, то се налага обосновано подозрение за непряка дискриминация на основата на етническа принадлежност поради нарушение на чл. чл.24, ал.2 от ЗЗДискр.

Неправилен е довода, че прилагането на иначе еднакви критерии при подбора са довели до несъизмеримо по-неблагоприятни последици, в случая за хората с турски имена, което налага извод за прилагане на непряка дискриминация на основата на етническа принадлежност.

Дори и работодателят да не беше спазил задължението си да извърши подбор, това би било е нарушение на закона, за което може да се наложи наказание, но не води до извода да дискриминация на етнически признак, тъй като липсва причинно-следствената връзка, а именно този признак да води до този резултат. До този резултат – уволнение е довело съкращението в щата. Независимо от сочения факт, че преобладаващ % от съкратените са лица с турски имена, които несъмнено индикират малцинствения им етнически произход, както бе посочено и по-горе, съкратени са и лица, които не са с различна етническа принадлежност от останалите на работа.

Предвид горното, АССГ в настоящия състав не приема извода на КЗД, че в конкретната хипотеза уволнението на жалбоподателя представлява непряка дискриминация по смисъла на чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. на основата на неговата етническа принадлежност.

Решението на КЗД в мотивите от правна страна наподобява абстрактни разсъждения, принципни такива с тема – пряка/непряка дискриминация. Решаването на конкретния казус обаче изисква прилагане на конкретните/относимите факти към относимите правните норми, при наличието на които да се направи извод за дискриминация на даден признак, след което ответникът да доказва, че е третиран равно страните. Етническото различие на лицето – жалбоподател не е достатъчен факт за да се приеме, че е осъществена дискриминация.

Разпоредбата на чл. 24, ал. 2 от ЗЗДискр. вмениява в задължение на работодателя, при равни други условия, да насърчава участието на работници и служители, принадлежащи към определен пол или етническа група, когато те са по-слабо представени сред работниците или служителите, извършващи определена работа или заемащи определена длъжност. Съдът не приема извода на КЗД, че тъй като жалбоподателят спада към етническа група, която е по-слабо представена, на

основание чл. 24, ал. 2 от ЗЗДискр. работодателят е бил длъжен да насърчи оставането на работа на жалбоподателя, принадлежащ към по-слабо представената етническа група сред персонала на дружеството. Това на практика означава да уволни другите двама и да остави на работа К. само защото последният има малцинствен етнически произход. **Този извод обезмисля изпълнението на задължението за изработване на общи правила за подбор с критерии и извършването на подбор.** Изработването на обективни и неутрални правила за подбор с критерии различни от признаците по чл. 4 означава именно етническата принадлежност да не се взема предвид при преценка кой ще остане на работа и кой да бъде уволнен при равни други условия при едностранно прекратяване на трудовото правоотношение от страна на работодателя. **КЗД е тълкувала разпоредбата на чл. 24 ал.2 от ЗЗД разширително, като е приложила същата при неприложима хипотеза на едностранно прекратяване на трудовото правоотношение от страна на работодателя.** В тази част решението следва да бъде отменено като незаконосъобразно, поради неправилно приложение на материалния закон.

По изложените мотиви, съдът намира че решението на КЗД следва да бъде отменено в обжалваната му част относно установената непряка дискриминация поради нарушение на чл. 24 ал.2 от ЗЗД.

В частта, с която е оставена без уважение жалбата на М. Ю. К. относно проявена спрямо него дискриминация на основата на неговата политическа принадлежност като е установена липса на нарушение на чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. и в частта, с която на осн.чл.80, ал.2 вр. с ал.1 от ЗЗДискр. е наложена имуществена санкция на ИАРА, решението на КЗД е влязло в сила като неоспорвано пред АССГ.

Води м от горното и на основание чл. 172 ал.2 от АПК съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ РЕШЕНИЕ № 220/15.12.2011г на КЗД в частта, в която се УСТАНОВЯВА по отношение на М. Ю. К., Изпълнителна агенция по рибарство и аквакултури, Я. Н. Н., заемал длъжността изпълнителен директор на ИАРА и д-р М. Н., Министър на земеделието и храните следното:

1. уволнението на М. Ю. К. от длъжността „главен специалист" в териториално звено [населено място] , извършено със Заповед № 49/ 22.06.2010 г., на основание чл. 328, ал. 1, т. 2 от КТ представлява непряка дискриминация по чл. 4, ал. 2 от ЗЗДискр. на основата на признак етническа принадлежност, за която липсва обективно и разумно оправдание- нарушение по чл.4, ал.1 и ал.3 от Закона за защита от дискриминация.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в 14 дневен срок от съобщението до страните, че е изготвено.

Препис от решението да се изпрати на страните по делото.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: