

# Het kip-ei-probleem van het leveren van een *prima facie* bewijs van discriminatie bij sollicitatie

Mr. A.G. Veldman\*

Bewijs leveren van discriminatie is geen gemakkelijke opgave. Dat geldt zeker bij sollicitatie, waarbij het niet altijd duidelijk zal zijn wat de precieze redenen voor afwijzing waren. Het is daarom de vraag of de werkgever verplicht is informatie te verschaffen over de procedure en de kandidaten. De EU non-discriminatie-richtlijnen schrijven een verlicht bewijslastregime voor. Of dit regime een informatierecht met zich meebrengt, kwam aan de orde in de *Galina Meister*-zaak. Het antwoord is ontkennend, maar de weigering van de werkgever om informatie te geven kan wel een rol spelen bij het vaststellen van een vermoeden van discriminatie.

*HvJ EU 10 april 2012, zaak C-415/10, Galina Meister, n.n.g.*

## Inleiding

Richtlijnen 2006/54/EG, 2000/43/EG en 2000/78/EG, die alle discriminatie in de arbeid verbieden, komen mogelijke slachtoffers tegemoet door een verlichting van de bewijslast. Wanneer diegene die meent gediscrimineerd te zijn feiten aanvoert die discriminatie kunnen doen vermoeden, moet de verweerder bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden. Maar wat nu als, zoals vaak bij sollicitatie, alleen de werkgever over de informatie beschikt waaruit deze feiten zouden kunnen worden afgeleid? In *Galina Meister* moet het Hof van Justitie bepalen of de richtlijnbepalingen over de bewijslastverschuiving inhouden dat een afgewezen sollicitant recht heeft op informatie over de wel aangenomen kandidaat, en de daarbij gehanteerde criteria. Dezelfde vraag is eerder aan de orde geweest in

de *Kelly*-zaak.<sup>1</sup> Toentertijd meende het Hof van Justitie dat de, inmiddels ingetrokken, Bewijslastrichtlijn 97/80/EG geen informatierecht toekende aan de afgewezen kandidaat, maar wel de nationale rechter verplichtte om erop toe te zien dat een weigering van een werkgever om informatie te verstrekken, niet het doel van de richtlijn in gevaar brengt. Hoe het laatste vorm moet krijgen, bleef in het midden. In de *Galina Meister*-zaak komt de vraag naar een eventueel informatierecht opnieuw aan de orde, nu op grond van de herschikte seksdiscriminatie-richtlijn en de nieuwe richtlijnen over onder meer rassen- en leeftijdsdiscriminatie. Hieronder worden allereerst de feiten en de uitspraak in deze zaak weergegeven. In het daaropvolgend commentaar wordt stilgestaan bij de aard van het bewijsdilemma van de afgewezen sollicitant, het antwoord van het Hof van Justitie daarop en de vraag of dit een stap vooruit is ten opzichte van de *Kelly*-zaak. Vervolgens komt de praktische betekenis van de uitspraak aan de orde voor de bewijspositie van de sollicitant. Het lijkt de vraag of de nationale rechter, wanneer er geen informatierecht bestaat, wel voldoende handvatten heeft om het doel van de richtlijnen te kunnen waarborgen. Vanuit dit oogpunt, en bij gebrek aan uitspraken over dit onderwerp van de Nederlandse rechter, zal tot slot bekeken worden welke alternatieven bij de Commissie gelijke behandeling aan de orde zijn geweest.

## De zaak *Galina Meister*

### Feiten en procedure

Galina Meister, van Russische afkomst, heeft een Russisch diploma van systeemingenieur dat in Duitsland als een gelijkwaardig diploma is erkend. Wanneer zij solliciteert op een vacature voor een softwareontwikkelaar,

\* Mr. A.G. Veldman is universitair hoofddocent (Europees) arbeidsrecht en sociaal beleid aan de Universiteit Utrecht.

1. HvJ EU 21 juli 2011, zaak C-104/10, *Patrick Kelly/National University of Ireland*, Jur. 2011, p. 00000, NJ 2011, 521.

wordt zij bij brief afgewezen door Speech Design Carrier Systems GmbH. Kort nadien heeft deze vennootschap opnieuw dezelfde advertentie geplaatst. Meister solliciteert nogmaals en wordt andermaal afgewezen door Speech Design, zonder dat de vennootschap haar heeft uitgenodigd voor een gesprek of haar redenen voor de afwijzing heeft verstrekt. Meister meent dat zij vanwege haar Russische achtergrond, geslacht en/of leeftijd is gediscrimineerd en vordert van Speech Design overlegging van het dossier van de in dienst genomen sollicitant om haar in staat te stellen aan te tonen dat zij geschikter is dan deze persoon. Haar eis wordt afgewezen waarna zij uiteindelijk in beroep komt bij het *Bundesarbeitsgericht*. Volgens het *Allgemein Gleichbehandlungsgesetz* moet de eiser aanwijzingen van discriminatie stellen, voordat de bewijslast verschuift naar de verweerder. Het slechts stellen dat men voldoet aan de gestelde eisen acht het BAG hiervoor onvoldoende. Meister is echter niet in staat om meer feiten te stellen omdat de werkgever haar ongemotiveerd heeft afgewezen. De verwijzende rechter wenst daarom te vernemen of:

- (1) artikel 19 lid 1 van sekserichtlijn 2006/54, artikel 8 lid 1 van rassenrichtlijn 2000/43 en artikel 10 lid 1 van kaderrichtlijn 2000/78 aldus [moeten] worden uitgelegd dat een werknemer die van mening is dat hij voldoet aan de voorwaarden voor een door een werkgever aangeboden vacature, bij afwijzing van zijn sollicitatie het recht heeft om van de werkgever te vernemen of hij een andere sollicitant in dienst heeft genomen en, zo ja, aan de hand van welke criteria?
- (2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, wijst het feit dat de werkgever niet de verlangde informatie verstrekt op het bestaan van de door de werknemer gestelde discriminatie?

### Hof van Justitie

Na eerst te hebben vastgesteld dat de werkgever niet heeft betwist dat Meister over het vereiste opleidingsniveau beschikt, herformuleert het Hof van Justitie de vraag zodanig dat het erom gaat of een afgewezen sollicitant die aannemelijk heeft gemaakt (en dus niet slechts van mening is) dat hij voldoet aan de voorwaarden van een vacature, recht op de gevraagde informatie heeft. Het Hof van Justitie beantwoordt de vraag door een verwijzing naar de eerdere zaak *Kelly*. Hierin is geoordeeld dat de bepaling over de bewijslastverschuiving uit Bewijslastrichtlijn 97/80/EG geen recht op toegang tot informatie verschaft aan diegene die zich benadeeld voelt, opdat deze in staat zou zijn feiten die discriminatie doen vermoeden overeenkomstig deze bepaling aan te tonen. Het Hof van Justitie heeft in dezelfde zaak echter ook overwogen dat het doel van de Bewijslastrichtlijn was om de mogelijkheid van benadeelden om hun aanspraken in rechte geldend te maken, doeltreffender te maken. Daarom kon niet worden uitgesloten dat de weigering van de verwerende partij om informatie te verstrekken, de verwezenlijking van het doel van de

richtlijn in gevaar kon brengen en de bepaling haar nuttig effect kon ontnemen.<sup>2</sup>

Na de vaststelling dat de Uniewetgever met de nieuwe non-discriminatie-richtlijnen niet de bedoeling had om de met Richtlijn 97/80/EG vastgestelde bewijslastregeling te wijzigen, oordeelt het Hof van Justitie dat het aan de verwijzende rechter is om erop toe te zien dat de weigering van Speech Design om informatie te verstrekken, de verwezenlijking van de doelstellingen van de Richtlijnen 2000/43/EG, 2000/78/EG en 2006/54/EG niet in gevaar kan brengen.<sup>3</sup> ‘De rechter dient [hiervoor] met name rekening te houden met alle omstandigheden van het hoofdgeding, teneinde na te gaan of er voldoende aanwijzingen zijn om de feiten die een dergelijke discriminatie kunnen doen vermoeden, bewezen te achten.’<sup>4</sup> Hierbij wijst het Hof van Justitie op een aantal factoren die in aanmerking kunnen worden genomen, namelijk dat de werkgever blijkt te hebben geweigerd informatie te verstrekken en voorts, zoals ook genoemd door de advocaat-generaal, dat de werkgever niet heeft betwist dat Meister over het gevraagde opleidingsniveau beschikte en de omstandigheid dat hij haar desondanks opnieuw niet heeft uitgenodigd voor een gesprek bij een herhaling van de vacature.<sup>5</sup>

De antwoorden van het Hof van Justitie luiden hiermee dat de relevante richtlijnbevestigingen een afgewezen sollicitant die voldoet aan de gevraagde eisen, niet het recht geven om te vernemen of de werkgever aan het einde van de wervingsprocedure een andere sollicitant in dienst heeft genomen. Het sluit echter niet uit ‘dat de weigering van een verwerende partij om toegang te verlenen tot informatie, één van de factoren kan vormen waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de vaststelling van feiten die (...) discriminatie kunnen doen vermoeden.’<sup>6</sup> Het staat aan de verwijzende rechter om dit op grond van alle omstandigheden van het geval na te gaan.

## Commentaar

### Een kip-ei-probleem

De richtlijnen op het gebied van non-discriminatie in de arbeid leggen een aanpassing van de bewijsregels neer. Het gaat niet om een volle omkering van de bewijslast, maar om een verschuiving van de bewijslast naar de werkgever wanneer de werknemer ‘feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden’ (art. 19 lid 1 Sekserichtlijn 2006/54/EG, art. 8 lid 1 Rassenrichtlijn 2000/43/EG en art. 10 lid 1 Kaderrichtlijn 2000/78/EG). Omdat het om een vermoeden van discriminatie gaat, dienen dergelijke feiten noodzakelijkerwijs aanwijzingen op te leveren dat de werknemer kennelijk ongunstiger is behandeld dan een

2. *Kelly*, r.o. 34.

3. HvJ EU 10 april 2012, zaak C-415/10, *Galina Meister*, n.n.g., r.o. 42.

4. *Meister*, r.o. 42.

5. *Meister*, r.o. 44-45.

6. *Dictum van Meister*, tweede zinsnede.

ander vanwege een discriminatiegrond. Het vermeende slachtoffer zal dus een vergelijking moeten kunnen maken. Als het gaat om mogelijke discriminerende criteria in een advertentietekst kan dat een hypothetische vergelijking zijn. Bij het vragen naar een ‘net afgestudeerd jurist’ zal het bijvoorbeeld aanstonds duidelijk zijn dat ouderen hierdoor in meerdere mate worden benadeeld in vergelijking met jongeren. Maar wanneer het niet de selectiecriteria zelf zijn die onderscheid maken, of deze criteria zijn niet kenbaar, dan lijkt een vermoeden van discriminatie in de sollicitatiefase slechts aantoonbaar door een concrete vergelijking te trekken met de kwalificaties van de kandidaat die wel is uitgenodigd voor een gesprek of die is aangenomen.

Kortom, zonder toegang tot informatie over de andere kandidaten kan een afgewezen sollicitant geen vergelijking maken, waarmee een beroep op het recht op gelijke behandeling in feite onmogelijk wordt gemaakt. Juist bij sollicitatie zal het vaak alleen de werkgever zijn die beschikt over de informatie over andere kandidaten en de gebruikte afwegingsfactoren. De belangrijke vraag waarvoor het Hof van Justitie in de *Meister*-zaak dan ook werd gesteld, was of uit de richtlijnbevestigingen over de aanpassing van de bewijslast een recht op informatie van de afgewezen sollicitant valt te herleiden.

Het antwoord herhaalt de uitspraak in *Kelly*. Deze zaak betrof de afwijzing van de heer Kelly voor het mogen volgen van een universitaire beroepsopleiding. Van mening dat hij geschikter was dan de minst geschikte maar wel geselecteerde vrouwelijke kandidaat, eiste Kelly op grond van Bewijslastrichtlijn 97/80/EG overlegging van de bewaarde inschrijvingsformulieren van de overige kandidaten, inclusief hun puntenlijsten. Het oordeel van het Hof van Justitie over wie nu als eerste over de brug moet komen bij het begin van bewijs van discriminatie, gaf blijk van een ‘kip-ei-probleem’: uit de richtlijnbevestiging over de bewijslastverdeling kan geen specifiek informatierecht van de eiser worden afgeleid om deze in staat te stellen feiten aan te tonen die discriminatie doen vermoeden, omdat volgens de bewoordingen van deze bepaling pas wat van de verweerder verwacht wordt nadat de eiser feiten heeft aangetoond die discriminatie doen vermoeden.

### Een stap vooruit, achteruit of op de plaats?

Dat de bewijsregels uit de richtlijnen geen specifiek recht op informatie verschaffen aan de sollicitant wordt in *Meister* louter onder aanhaling van *Kelly* afgedaan. Op dit punt is er dus geen wijziging in de rechtspraak. Met het Hof van Justitie kan inderdaad worden geconstateerd dat een informatierecht niet spreekt uit de bewoordingen van de richtlijnbevestigingen. Dat het des tijds ook niet de bedoeling lijkt te zijn geweest, kan worden afgeleid uit het feit dat een eerder voorstel van de Commissie voor een bewijslastrichtlijn ingeval van seksdiscriminatie wel een informatierecht kende,<sup>7</sup> waar dit in het definitieve voorstel voor Bewijslastrichtlijn 97/80/EG ontbrak. De laatste bewijsregel (zonder

expliciet informatierecht) werd ongewijzigd overgenomen in de nieuwe Richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG en de herschikte Richtlijn 2006/54/EG.

Afgezien van het feit dat de richtlijnbevestiging zelf geen specifiek informatierecht beoogt, vormt de vraag of een dergelijk recht wenselijk zou zijn ook een dilemma. Enerzijds kan het ingrijpend zijn voor een werkgever om elke ontevreden sollicitant te moeten voorzien van alle relevante informatie over de aangenomen kandidaat en de redenen hiervoor, zeker als zich, zoals wel voorkomt bij grote bedrijven, honderden kandidaten hebben gemeld. Omdat de meeste arbeidsstelsels niet verplichten tot een gemotiveerde af- of toewijzing van sollicitanten, zal de wel beschikbare informatie slechts kunnen bestaan uit sollicitatiebrieven en cv's. Het integraal overleggen daarvan kan de privacy schade van betrokkenen.

Anderzijds valt te betogen dat de gevraagde informatie geanonimiseerd kan worden of eventueel beperkt tot de doorlopen opleidingen en opgedane werkervaring. Daarnaast zou ook naar de praktijk in de gelijkloonzaken gekeken kunnen worden. In deze zaken is vereist dat de eiser de hoogte en bestanddelen van zijn of haar loon vergelijkt met dat van een aanwijsbare andere werknemer verdient voor gelijkwaardig werk. Hoewel het hier ‘gevoelige’ gegevens betreft, is het privacybelang van de ‘maatman’ die hiervoor, al dan niet vrijwillig, wordt gebruikt, blijkbaar niet dusdanig zwaarwegend dat het belang van de benadeelde om discriminatie aan te tonen daarvoor zou kunnen wijken. Voorts valt erop te wijzen dat het informatierecht over de aangenomen kandidaat geen algemeen recht voor sollicitanten zou zijn maar slechts een regel voor bewijsvergaring, enkel van toepassing in een gerechtelijke procedure over vermeende discriminatie. Hierop is echter wel weer wat af te dingen. Ook al betreft het alleen een bewijsregel, dan nog kan dit, al dan niet op grotere schaal, aanleiding geven tot ‘fishing expeditions’ onder ontevreden sollicitanten met een misplaatst gevoel over discriminatie en/of de aan hen zelf toegedichte kwaliteiten. Het valt bovendien niet uit te sluiten dat de werkgever zich ook buiten rechte gedwongen kan zien om informatie over de aangenomen kandidaat te verstrekken aan elke afgewezen sollicitant die daarom vraagt, teneinde niet ongewild in een juridische procedure te worden betrokken.

Het Hof van Justitie laat zich in *Kelly* en *Meister* niet uit over de gevolgen van een eventuele informatieplicht. Advocaat-generaal Mengozzi is in zijn conclusie bij *Meister* van mening dat de bewijslastverlichting een evenwichtige regeling vormt, waardoor het slachtoffer zijn recht op gelijke behandeling kan doen gelden en de verwerende partij niet louter op grond van de beweringen van het slachtoffer voor de rechter kan worden gedaagd. Dit evenwicht zou worden verstoord als het slachtoffer een recht op informatie zou hebben en bovendien zouden dan ook rechten van derden in het geding zijn.<sup>8</sup>

7. Art. 4 onder b van het (ingetrokken) voorstel, COM(88)269 def.

8. Conclusie A-G van 12 januari 2012, punten 22-23. De *Kelly*-zaak werd overigens zonder conclusie afgedaan.

Hoewel een informatierecht in discriminatiezaken lastige praktische consequenties kan hebben, staat hier het principiële dilemma tegenover dat *zonder* een dergelijk informatierecht, de werkgever, door weigering van de gevraagde gegevens, zijn beslissingen in bepaalde gevallen onaanvechtbaar kan maken. De sollicitant kan volledig afhankelijk zijn van de goede wil van de werkgever om die informatie te verkrijgen die feiten kunnen vormen die discriminatie doen vermoeden, en die noodzakelijk zijn om de bewijslastverlichting teweeg te brengen.<sup>9</sup> Zowel in *Kelly* als in *Meister* is het Hof van Justitie zich hiervan bewust. Om de bepaling over de bewijslast niet zijn nuttig effect te ontnemen, wordt in beide zaken geoordeeld dat, ondanks een gebrek aan een specifiek informatierecht, de rechter moet waarborgen dat de weigering van de werkgever om informatie te verstrekken niet het doel van de richtlijnen in gevaar brengt.

Hoe dit precies vorm moet krijgen, laat het Hof van Justitie in *Kelly* in het midden. Uit een ander deel van deze uitspraak lijkt echter te volgen dat dit onder omstandigheden kan inhouden dat de kandidaat toch een recht op toegang tot informatie heeft.<sup>10</sup> Het gaat hier om de vraag van de verwijzende rechter of, ingeval er een informatierecht bestaat, dit recht kan worden aangetast door de regels van Unierecht over de bescherming van persoonsgegevens. Hoewel het Hof van Justitie al heeft geoordeeld dat er geen informatierecht bestaat, wordt de vraag toch beantwoord ‘omdat niet kan worden uitgesloten dat een weigering om de gewenste informatie te verstrekken, het doel van de richtlijn in gevaar kan brengen’.<sup>11</sup> Het oordeel luidt dat ‘ingeval een kandidaat (...) zich op richtlijn 97/80 kan beroepen om toegang te verkrijgen tot (...) informatie [waarover de verweerder beschikt], dit recht tot toegang kan worden aangetast door de regels van Unierecht inzake vertrouwelijkheid’.<sup>12</sup>

In *Meister* geeft het Hof van Justitie duidelijker aan hoe de rechter de doeltreffendheid van de verlichte bewijslast moet waarborgen, maar slaat daarbij een andere richting in. De weigering van een verwerende partij om toegang te verlenen tot informatie, kan een van de factoren vormen waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de vaststelling van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden. Hoewel deze nadere invulling in *Meister* meer houvast lijkt te geven en daarmee een stap vooruit vormt, is het tegelijkertijd ook een stap terug ten opzichte van *Kelly*. Daar werd, vanwege het nuttig effect van de richtlijn bij weigering van informatie, de mogelijkheid van een recht op toegang tot informatie nog opgehouden (al kan het worden aangetast door privacyregels). Met *Meister* lijkt deze weg afgesneden en kan de weigering van informatie alleen meewegen als een van de factoren bij de beoordeling van de door de sollicitant gestelde feiten. Hiernaast valt zich, als gevolg van de herformulering door het Hof van de

gestelde vraag en daarom het *dictum*, nog af te vragen of het hiervoor nodig is dat de sollicitant ten minste aanneemelijk heeft gemaakt aan de voorwaarden van de vacature te voldoen. In *Kelly* werd deze eis niet gesteld.

### De betekenis van Meister voor de nationale rechtspraak

Na *Meister* kan de vraag worden gesteld of het Hof van Justitie een evenwichtige oplossing heeft gegeven voor het probleem dat een informatierecht lastige en soms onwenselijke consequenties heeft, maar een gebrek daaraan het slachtoffer van discriminatie de middelen kan ontnemen om feiten aan te voeren die discriminatie doen vermoeden. De ‘kip-ei-vraag’ wie er als eerste aanzet is, wordt in feite beslist met een compromis. De sollicitant zal steeds als eerste feiten moeten aantonen, maar de weigering van de werkgever om de gevraagde informatie te verstrekken die dit mogelijk moet maken, kan een factor zijn die meegewogen moet worden bij de vaststelling van dergelijke feiten door de rechter. De vraag is of deze factor, en de overige genoemde factoren, daadwerkelijk een rol van betekenis kunnen of zullen spelen in de nationale rechtspraak.

Ten eerste valt op dat het factoren zijn waarmee volgens het Hof van Justitie ‘rekening kan worden gehouden’ [cursivering AV]. Advocaat-generaal Mengozzi daarentegen verdedigde dat aan ‘belangrijke gegevens’, zoals het weigeren van informatie, het niet betwisten van het geschikte opleidingsniveau of het herhaaldelijk niet uitnodigen, ‘niet voorbij mag worden gegaan’.<sup>13</sup> Voorts valt te betwijfelen of de genoemde factoren in zichzelf – zonder dat er duidelijke andere aanwijzingen bestaan – door de nationale rechter als een voldoende *prima facie* bewijs gezien zullen worden. Tegenover het niet zonder meer verstrekken van informatie over de aangenomen kandidaat aan een afgewezen sollicitant die daarom verzoekt, kan de verweerder nog steeds met enig recht stellen dat dit afstuitte op de privacy van betrokkene of op het grote aantal kandidaten voor de vacature waardoor dit niet in redelijkheid te verwachten is. De rechter moet immers met alle omstandigheden van het geval rekening houden. Dat de afgewezen sollicitant over het juiste opleidingsniveau beschikte of herhaaldelijk niet is uitgenodigd voor gesprek, hoeft zonder bijkomende andere feiten nog minder doorslaggevend te zijn. Dit zal immers vele sollicitanten overkomen, ook waar geen discriminatie bestaat.<sup>14</sup>

De conclusie op grond van het voorgaande kan zijn dat de zaak *Meister*, hoewel het Hof van Justitie zich bewust is van de problematiek van het bewijzen van discriminatie en pogingen doet de effectieve rechtsbescherming te verhogen, de nationale rechter met de lastige klus achterlaat hoe precies de doeltreffendheid van de bewijslastverschuiving te waarborgen, zonder dat de sollicitant evenwel recht heeft op de beschikbare informatie op grond waarvan een eventueel verschil in behandeling zou kunnen worden aangetoond.

9. Vergelijk conclusie A-G, punt 32.

10. In dezelfde zin E. Creemers-Hartman, noot bij *Meister*, JAR 2012/153.

11. *Kelly*, r.o. 53-54.

12. *Kelly*, r.o. 56 en *dictum*, punt 3.

13. Conclusie A-G, punt 35.

14. Vergelijk Mok in zijn noot bij *Meister*, NJ 2012, 373.

### Rol voor het transparantiebeginsel?

De bewijspositie van de afgewezen sollicitant blijft derhalve precair. Dat mag ook blijken uit het feit dat maar weinig sollicitanten in Nederland naar de rechter stappen. De laagdrempelige Commissie gelijke behandeling (CGB) ontvangt wel klachten op dit terrein. Over een eventueel informatierecht op grond van de bepaling over de bewijslastverschuiving (art. 10 AWGB) heeft de CGB zich niet uitgelaten, maar we zien wel toepassing van alternatieve methoden om tot een bewijslastverlichting te komen. Creatief was bijvoorbeeld de zaak van iemand van Turkse afkomst die bij de CGB zijn eigen vergelijkingsmateriaal meebracht.<sup>15</sup> Nadat hij niet was uitgenodigd voor een gesprek onder zijn eigen naam vanwege te weinig ervaring, stuurde hij, toen de vacature herhaald werd, hetzelfde cv in onder een Nederlandse naam en ontving prompt een uitnodiging tot gesprek. De CGB neemt hier, naar mijn mening terecht, feiten aan die een discriminatie kunnen doen vermoeden.

Een andere oplossing, die ook door de CGB wordt aangewend, is gebruikmaking van het in de Europese rechtspraak ontwikkelde transparantiebeginsel. Het Hof van Justitie heeft in het verleden geoordeeld dat een 'volstrekt ondoorzichtig' aanwervings- of beloningstelsel de rechterlijke controle op discriminatie feitelijk onmogelijk kan maken.<sup>16</sup> In het geval van beloning moet dit er daarom toe leiden dat wanneer een benadeelde een gemiddeld verschil in de lonen van mannen en vrouwen in het bedrijf aantoot, de werkgever dient te bewijzen dat zijn stelsel niet discriminerend is. De CGB heeft dit in enkele gevallen doorgetrokken naar sollicitatie. Indien het volstrekt ondoorzichtig is hoe de werkgever tot zijn selectiebeslissing is gekomen, bijvoorbeeld omdat er ook geen sollicitatiegesprekken zijn gevoerd, wordt het voor een prima facie bewijs voldoende geacht dat de benadeelde kan aantonen dat sprake is van een ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen in de ondernehmung van de werkgever.<sup>17</sup> Het Hof van Justitie wijst in *Meister* wel op de mogelijkheid van het gebruik van statistische gegevens om een vermoeden van discriminatie aan te tonen, maar noemt daarbij niet het transparantiebeginsel.<sup>18</sup> Dit zou als een gemiste kans kunnen worden gezien wanneer de verweerder weigert informatie te verstrekken over de procedure. Wel moet erop gewezen worden dat de verwijzende rechter uitsluitend naar het bestaan van een informatierecht vroeg. Het valt te beweren dat het verkrijgen van informatie noodzakelijkerwijs voorafgaat aan het (kunnen) constateren van een ondoorzichtig selectieproces. De uiteindelijke rol van het transparantiebeginsel bij een prima facie bewijs zou dan ook wel eens kunnen afhangen van een vraag die het Hof van Justitie nog niet beantwoord heeft, namelijk of het om een objectief beoordeeld 'ondoorzichtig selectieproces' moet gaan of dat het volstaat dat het voor de

betreffende sollicitant ondoorzichtig is (subjectief). Strikt genomen zal alleen in het laatste geval een weigering van de verweerder om informatie te verstrekken tot strijd met het transparantiebeginsel kunnen leiden. Bij de CGB lijkt deze kwestie niet op tafel te komen als gevolg van de informele hoorzitting waarbij rechtstreeks informatie wordt gevraagd van beide partijen.

15. CGB 29 juni 2011, oordeel 2011-99.

16. O.a. HvJ EG 30 juni 1988, zaak C-318/86, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 1988, p. I-3559; HvJ EG 17 oktober 1989, zaak C-109/88, *Danfoss*, *Jur.* 1989, p. I-3199.

17. O.a. CGB-oordelen 2009-96 en 2011-89.

18. R.o. 43.