

Bewijsperikelen bij vermeende discriminatie

Jurisprudentie van het HvJ EU over bewijslastverdeling in gelijke behandelingszaken, de zaken *Kelly* (C104/10) en *Meister* (C-415/10)

Dr. Susanne Burri¹

Inleiding

Direct of indirect onderscheid bewijzen is voor degene die slachtoffer meent te zijn van discriminatie niet eenvoudig.² De benodigde gegevens om bewijs rond te krijgen zijn immers vaak in het bezit van de werkgever of het bevoegd gezag. In het Unierecht is mede daarom sprake van een verlichte bewijslast in gelijkebehandelingszaken. Bewijsregels zijn in eerste instantie door het Hof van Justitie van de EU (hierna HvJ of Hof) in een aantal zaken uitgewerkt. Sinds 1997 zijn deze regels gecodificeerd in diverse gelijkebehandelingsrichtlijnen.

Gegevens krijgen bij vermeende discriminatie bij de toelating tot een opleiding of na een afwijzing bij een sollicitatie is mogelijk nog moeilijker dan in geval van ongelijke beloning of ongunstigere arbeidsvoorwaarden. Tot nu toe zijn er twee zaken van het HvJ over bewijslastverdeling in geval van toegang tot een beroepsopleiding en toegang tot de arbeid, *Kelly* en *Meister*.³ Deze arresten vormen de aanleiding tot dit artikel met als centrale vraag: welke aanwijzingen kunnen aan de jurisprudentie van het HvJ worden ontleend over de bewijslastverdeling in gelijkebehandelingszaken? Daarbij zal ook worden onderzocht of en zo ja, op welke wijze, de aanwijzingen verschillen naargelang de discriminatiegrond (m.n. geslacht, ras en leeftijd) en het terrein (m.n. toegang tot beroepsopleiding of arbeid, beloning en arbeidsvoorwaarden).

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Na een overzicht van de relevante bepalingen in het EU en het nationale recht over bewijslastverdeling worden de arresten *Kelly* en *Meister* beschreven en geanalyseerd. Een vergelijking van deze zaken met aanwijzingen van het Hof in eerdere gelijkbehandelingszaken staat in de daarop volgende paragraaf centraal.

Vervolgens wordt de rol van de nationale rechter belicht bij de beoordeling van een vermoeden van discriminatie bij sollicitaties. Een van de conclusies luidt dat de beginselen van transparantie, doeltreffende rechterlijke controle en effectieve rechtsbescherming in *Kelly* en *Meister* niet expliciet nader zijn uitgewerkt. Wel blijkt eens te meer het belang van het waarborgen van het nuttig effect van gelijkebehandelingsrichtlijnen voor de rechtspraktijk.

EU en nationale bepalingen

De jurisprudentie van het HvJ over de bewijslast voor gevallen van discriminatie op grond van geslacht is in de bewijslastrichtlijn 97/80 voor het eerst gecodificeerd.⁴ De richtlijn heeft

¹ Dr Susanne Burri is universitair hoofddocent bij het Departement Rechtsgeleerdheid (Gender en recht) van de Universiteit Utrecht en coördinator van het Europees Netwerk van Juridische Deskundigen op het terrein van Gendergelijkheid van de Europese Commissie.

² De term *onderscheid* is in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving gebruikelijk, in het Unierecht wordt de term *discriminatie* gebruikt. Nu in dit artikel het Unierecht centraal staat, is hierna gekozen voor *discriminatie*.

³ HvJ EU 21 juli 2011, zaak C-104/10, *JAR* 2012,152 en de HvJ EU 19 april 2012, zaak C- 415/10, *JAR* 2012, 153, m.nt E. Cremers-Hartman; *NJ* 2012/373 m.nt. M.R. Mok.

⁴ Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (*Pb.* 1998, L 014/6).

tot doel de doeltreffendheid vergroten van maatregelen die de lidstaten moesten nemen op het terrein van gelijke behandeling om toegang tot de rechter of andere bevoegde instanties te waarborgen (art. 1). Deze richtlijn is in het Nederlandse recht geïmplementeerd en de bewijsregel is o.a. te vinden in de Algemene wet gelijke behandeling in artikel 10 lid 1⁵:

Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.

In de rasrichtlijn 2000/43⁶ en de kaderrichtlijn 2000/78⁷ zijn bepalingen over bewijslast in nagenoeg dezelfde bewoordingen opgenomen als in de bewijslastrichtlijn. Met de herschikkingrichtlijn 2006/54 is de bewijslastrichtlijn ingetrokken. De bewijsregel in artikel 19 volgt grotendeels de formulering van de bewijslastartikelen in de ras- en de kaderrichtlijn. Het HvJ constateert in de zaak *Meister* dat dezelfde rechtsregeling in de bewijslastrichtlijn als in de ras-, de kader- en de herschikkingrichtlijn is opgenomen (r.o. 35, 38 en 40). Het Hof bevestigt hiermee de continuïteit in interpretatie van bovengenoemde bewijsregels, die in ieder geval gelden voor de gronden en de terreinen die door deze drie richtlijnen worden bestreken. Terwijl in de zaak *Kelly* voor het eerst vragen rondom bewijs bij een afwijzing tot de toegang tot een beroepsopleiding aan het Hof zijn gesteld, staat in *Meister* de bewijspositie van een afgewezen sollicitant centraal. Beide zaken staan in het verlengde van elkaar en worden in de twee volgende paragrafen in chronologische volgorde behandeld.

Bewijslastverdeling bij de toegang tot een beroepsopleiding: de zaak *Kelly*

Feiten en prejudiciële vragen

De heer Kelly is een gediplomeerd leraar, woonachtig in Dublin, die bij het *University College, Dublin (UCD)* een master in de sociale wetenschappen wilde volgen. Zijn verzoek om tot de opleiding te worden toegelaten is afgewezen. Kelly dient een formele klacht in bij de directeur van het *Equality Tribunal* wegens seksdiscriminatie. Hij stelt dat hij meer gekwalificeerd is dan de minst gekwalificeerde vrouwelijke kandidaat die wel tot de bovengenoemde master is toegelaten. Zijn klacht wordt afgewezen omdat op het eerste gezicht niet is aangetoond dat er sprake is van seksdiscriminatie. Kelly dient vervolgens een verzoek bij het *Circuit Court* in, met de eis dat het *UCD* op grond van nationale regels documenten openbaar moet maken, zodat hij zich met de toegelaten kandidaten kan vergelijken. Hij wil afschriften van bewaarde inschrijvingsformulieren, met bijlagen en 'puntenlijsten' van de kandidaten wier inschrijvingsformulieren zijn bewaard. Dit verzoek is afgewezen, maar in de loop van de procedure blijkt dat het *UCD* heeft voorgesteld om een gedeelte van de documenten aan Kelly te bezorgen (r.o. 37). Op grond van het nationale recht oordeelt de *High Court* in hoger beroep dat het *UCD* niet verplicht is om de gevraagde documenten aan Kelly in ongewijzigde vorm mede te delen. De *High Court* vraagt of uit het Unierecht een recht op inlichtingen over de respectieve kwalificaties van de andere kandidaten tot de opleiding kan worden afgeleid. De nationale rechter wil bovendien weten of een eventueel recht op informatie eventueel kan worden aangetast door nationale of Unieregels inzake vertrouwelijkheid. Bovendien vraagt de *High Court* of de aard van de

⁵ Zie ook artikel 7:646 lid 12 BW.

⁶ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*Pb.*2000, L 180/22), artikel 8.

⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, (*Pb.*2000, L 303/16), artikel 10.

verplichting om prejudiciële vragen te stellen door de hoogste rechter op grond van artikel 267 VWEU derde alinea anders is naar gelang een lidstaat een accusatoir dan wel een inquisitoir rechtstelsel heeft.

De belangrijkste overwegingen van het Hof

In dit geding is de herschikkingrichtlijn nog niet van toepassing. De relevante bepalingen zijn de artikelen 1 en 4 lid 1 van de bewijslastrichtlijn en een aantal artikelen van richtlijn 76/207, gewijzigd door richtlijn 2002/73 over gelijke behandeling bij o.a. de toegang tot beroepsopleidingen.⁸ Het Hof oordeelt dat artikel 4 lid 1 van de bewijslastrichtlijn niet voorziet in een specifiek recht op toegang tot informatie. Maar volgens het Hof kan niet worden uitgesloten dat de ‘weigeren van de verwerende partij om in het kader van de vaststelling van dergelijke feiten informatie te verstrekken, de verwezenlijking van het door de richtlijn nagestreefde doel in gevaar kan brengen en deze bepaling met name haar nuttig effect kan ontnemen’ (r.o. 34). Van belang lijkt in dit geval dat het UCD heeft aangeboden om een deel van de gevraagde informatie te verstrekken (r.o. 37).⁹ Van totale weigering van gegevens is hier geen sprake. Maar eiser heeft volgens het Hof niet het recht op toegang tot de door de aanbieder van de opleiding bijgehouden informatie over de kwalificaties van de andere kandidaten voor diezelfde opleiding (r.o. 38). Het Hof stelt vast in rechtsoverweging 39 : ‘Toch kan niet worden uitgesloten dat wanneer de verwerende partij in het kader van de vaststelling van dergelijke feiten weigert om informatie te verstrekken, dit de verwezenlijking van het door de richtlijn nagestreefde doel in gevaar kan brengen en hierdoor met name artikel 4 , lid 1, ervan zijn nuttig effect kan ontnemen. Het staat aan de nationale rechte om na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is.’

De vraag of uit bepalingen van de richtlijnen 76/207 en 2002/73 een verplichting kan worden afgeleid om kandidaten voor een beroepsopleiding toegang te verlenen tot informatie betreffende de kwalificaties van andere kandidaten voor die opleiding beantwoordt het Hof negatief (r.o. 47-48).

Indien er een eventueel recht op (bepaalde) informatie bestaat volgens de nationale rechter in het hoofdgeding, dan is het de vraag of dit recht niet kan worden aangetast door de regels van het Unierecht inzake vertrouwelijkheid. Het Hof stelt dat bij de beoordeling van de omstandigheden of het nuttig effect aan de richtlijn wordt ontnomen, de nationale rechterlijke instanties of andere bevoegde instanties rekening moeten houden met de regels inzake vertrouwelijkheid die voortvloeien uit het Unierecht, zoals de richtlijnen 95/46 en 2002/58 (gewijzigd bij richtlijn 2009/136) en artikel 8 van het EU Handvest voor de grondrechten, dat voorziet in bescherming van persoonsgegevens (r.o. 56). Tenslotte verduidelijkt het Hof dat de verplichting om prejudiciële vragen te stellen niet verschilt naargelang er in de betrokken lidstaat een accusatoir of een inquisitoir rechtstelsel geldt.

Het belang van het nuttig effect van gelijkebehandelingsrichtlijnen

⁸ Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, (*Pb.* 1996, L 39/40) en Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, (*Pb.* 2002, L 269/15). Beide richtlijnen zijn door de Herschikkingrichtlijn ingetrokken.

⁹ Uit het arrest blijkt overigens niet om welke documenten het ging.

Het Hof leest dus in dit arrest geen specifiek recht op toegang tot informatie in artikel 4 lid 1 van de bewijslastrichtlijn. Maar hetgeen wordt afgewezen, lijkt het Hof via een achterdeur deels weer te realiseren, nu het in de dezelfde rechtsoverweging wijst op het gevaar dat het nuttig effect aan die bepaling wordt ontnomen. Helemaal geen informatie verstrekken lijkt dus uit den boze en als informatie moet worden verstrekt, dan moet privacybescherming in acht worden genomen. Voor de nationale rechter is het balanceren tussen verschillende belangen. Het arrest maakt wel duidelijk dat een opleidingsinstituut niet is gehouden om gegevens te verstrekken over de kwalificaties van kandidaten voor de opleiding. Maar een volledige weigering om informatie te verstrekken kan de positie van de verweerder aantasten, zo blijkt uit de zaak *Meister*. Bovendien speelt de ontstaansgeschiedenis van de bewijslastrichtlijn een rol in de opstelling van het Hof. *Meister* vult *Kelly* deels aan, al betreft de zaak een afwijzing bij sollicitatie.

Bewijslastverdeling bij sollicitatie: de zaak *Meister*

Feiten en prejudiciële vragen

In deze zaak ging het om een vrouw, Galina Meister, geboren in 1961, van Russische afkomst, in het bezit van een Russisch diploma van systeemingenieur die op een functie van ervaren softwareontwikkelaar in Duitsland heeft gesolliciteerd. Haar Russische diploma is in Duitsland erkend als gelijkwaardig aan een diploma van een Duitse technische universiteit. Haar sollicitatie wordt afgewezen, zonder sollicitatiegesprek. Kort na de afwijzing verschijnt een tweede advertentie, met een soortgelijke inhoud als de eerste en Meister solliciteert voor een tweede keer. Ze wordt opnieuw afgewezen zonder sollicitatiegesprek en zonder dat haar een aanwijzing wordt gegeven over de redenen van deze tweede afwijzing. Meister meent dat ze de voorwaarden voor de functie vervult en stelt dat ze op grond van geslacht, leeftijd en etnische afstamming minder gunstig is behandeld dan een andere persoon in een vergelijkbare situatie. Ze eist ten eerste een schadevergoeding en ten tweede het dossier van de in dienst genomen sollicitant om haar in staat te stellen aan te tonen dat ze geschikter is dan deze persoon. Haar vorderingen worden afgewezen door de Duitse lagere rechters en haar verzoek wordt in hoger beroep uiteindelijk door het *Bundesarbeitsgericht* behandeld. Deze hoogste rechter meent dat Meister kennelijk ongunstiger is behandeld in de zin van het Duitse recht, nu zij in tegenstelling tot andere sollicitanten door de werkgever niet is uitgenodigd voor een gesprek. Maar ze heeft niet kunnen aantonen dat ze ongunstiger is behandeld op grond van haar geslacht, leeftijd of etnische afkomst. Ze heeft geen aanwijzingen aangevoerd om dit vermoeden van discriminatie te staven, ze heeft immers geen informatie van de werkgever gekregen waarom ze is afgewezen.

Het *Bundesarbeitsgericht* stelt de volgende twee prejudiciële vragen aan het HvJ:

‘1) Moeten artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54, artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43 en artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 aldus 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?’

Conclusie van AG Mengozzi

In tegenstelling tot de zaak *Kelly*, is in deze zaak wel een conclusie van de AG verschenen.¹⁰ AG Mengozzi vermeldt een aantal interessante punten. Zijn vertrekpunt is de in zijn ogen moeilijke vraag hoe een sollicitant het gelijkheidsbeginsel kan doen naleven als de werkgever zijn sollicitatie heeft afgewezen en noch een motivering voor de afwijzing, noch informatie over de selectieprocedure en de afloop ervan heeft verstrekt. AG Mengozzi vermeldt in zijn conclusie dat het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie voor een bewijslastrichtlijn een aanzet tot een recht op informatie bevatte,¹¹ maar dat dit voorstel niet meer in het uiteindelijke voorstel is opgenomen. Op grond hiervan trekt AG Mengozzi de conclusie dat de wetgever geen recht op informatie wilde toekennen. Hetzelfde blijkt uit *Kelly*. De AG verduidelijkt dat de bewijslastregeling in de richtlijnen twee fasen bevat. Eerst moet het slachtoffer voldoende feiten aanvoeren die discriminatie doen vermoeden. Loutere beweringen voldoen hier niet aan. Als het vermoeden is bewezen, verschuift de bewijslast naar de verwerende partij. AG Mengozzi concludeert dat op het slachtoffer van discriminatie een verlichte bewijslast rust. Deze evenwichtige regeling zou worden verstoord als het slachtoffer een recht op informatie zou hebben. Bovendien zouden dan ook de rechten van derden in het geding zijn. Vervolgens behandelt AG Mengozzi de gevolgen van het stilzwijgen van de werkgever in zo'n geval, waarbij het voorkomen van het nuttig effect van richtlijnen centraal staat, zoals aangegeven in de zaak *Kelly*. Het arrest van het Hof sluit aan bij de benadering van AG Mengozzi.

De belangrijkste overwegingen van het Hof

Het Hof overweegt met een verwijzing naar *Kelly* dat artikel 4 lid 1 van de bewijslastrichtlijn niet voorziet in een specifiek recht op toegang tot informatie. Maar volgens het Hof kan niet worden uitgesloten dat de weigering van de verwerende partij om in het kader van de vaststelling van een vermoeden van discriminatie informatie te verstrekken, de verwezenlijking van het doel van de richtlijn in gevaar kan brengen en het nuttig effect van deze bepaling kan ontnemen (r.o. 39). Dit geldt ook voor de bewijslastregeling zoals die is opgenomen in de richtlijnen 2000/43, 2000/78 en 2006/54 (r.o. 40). De nationale rechter moet erop toezien dat de weigering van de werkgever om informatie te verstrekken in het kader van de vaststelling van feiten die een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verwezenlijking van de doelstellingen van gelijkebehandelingsrichtlijnen niet in gevaar brengt. Hij dient met name rekening te houden met alle omstandigheden van het hoofdgeding (r.o. 42). Het Hof geeft vervolgens aanwijzingen over de factoren die door de nationale rechter in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaststelling van een vermoeden van discriminatie. Anders dan in *Kelly* heeft de werkgever Meister geen toegang gegeven tot de informatie waarvan ze inzage wenst; de werkgever heeft niet betwist dat Meister over het in de personeelsadvertentie opleidingsniveau beschikt en ze is in beide procedures niet uitgenodigd voor een gesprek (r.o. 44-45). Het Hof concludeert dat artikel 8 lid 1 van richtlijn 2000/48, artikel 10 lid 1 van richtlijn 2000/78 en artikel 19 lid 1 van richtlijn 2006/54 aldus moeten worden uitgelegd dat zij een werknemer die aannemelijk maakt dat hij voldoet aan de voorwaarden van een vacature en die niet is geselecteerd, niet het recht geven om te vernemen of de werkgever aan het einde van de wervingsprocedure een andere sollicitant in dienst heeft genomen. Toch kan niet worden uitgesloten dat de weigering van de vermeende partij om

¹⁰ Conclusie van AG P. Mengozzi van 12 januari 2012.

¹¹ Zie artikel 4(b) van het voorstel, COM(88)269 def, *Pb.* C176, blz. 5, dat in 1998 is ingetrokken. Het voorstel luidde als volgt: partijen worden voorzien van alle relevante informatie die in het bezit is van elk van hen of die redelijkerwijs door elk van hen kan worden verkregen, die zij nodig hebben om hun rechten geldend te maken, en waarvan bekendmaking de belangen van de andere partij niet in aanzienlijke mate zou schaden om andere dan met het betrokken rechtsgeschil verband houdende redenen.

toegang te verlenen tot informatie, een van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de vaststelling van feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. Het staat aan de verwijzende rechter om op grond van alle omstandigheden van het voor hem aanhangige geding na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is (r.o. 46-47 en *dictum*).

Rekening houden met alle omstandigheden van het geval

De nationale rechter moet dus rekening houden met alle omstandigheden van het geval bij het vaststellen van een vermoeden van discriminatie bij een sollicitatie waarbij de werkgever geen informatie geeft aan een sollicitant, behalve dat hij/zij is afgewezen. Daartoe behoren o.a. de weigering van de werkgever om inzage in de gevraagde informatie te geven, het feit dat de sollicitant die meent het slachtoffer te zijn van discriminatie aan de voorwaarden voldoet die voor de vacature zijn gesteld, zoals het beschikken over de vereiste opleiding en het feit dat de sollicitant niet is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek. De sollicitant heeft niet het recht om informatie te krijgen of de werkgever aan het einde van de procedure een andere sollicitant heeft aangenomen. De vraag rijst of, en zo ja in hoeverre de benadering van het Hof afwijkt ten opzichte van eerdere gelijkebehandelingszaken over o.a. bewijslastverdeling.¹²

Bewijslastverdeling in zaken over seksdiscriminatie

Toegang tot de arbeid

Het Hof van Justitie heeft o.a. in de zaak *Commissie tegen Frankrijk* al in 1988 het belang van een doorzichtig aanwervingstelsel benadrukt.¹³ Het ging hier om een Franse regeling voor gescheiden werving van mannen en vrouwen voor bepaalde ambtelijke functies. Het Hof oordeelt dat een stelsel waarbij niet duidelijk is welke beroepsactiviteiten geslachtbepaald zijn en welke niet, ondoorzichtig is. Een dergelijk stelsel verhindert iedere vorm van controle – door de Europese Commissie, de nationale rechter en de gediscrimineerde zelf – (r.o. 27). De noodzaak van doorzichtigheid is door de Nederlandse Commissie gelijke behandeling (CGB) o.a. in verband met sollicitatieprocedures geïnterpreteerd.¹⁴

Het is opvallend dat het vereiste van transparantie geen rol lijkt te hebben heeft gespeeld in de zaken *Kelly* en *Meister*. Dit zou kunnen samenhangen met de prejudiciële vragen, die eerder gericht waren op de vraag of er een recht op informatie al of niet bestaat en niet zozeer aan welke criteria een procedure voor de toegang tot een opleiding dan wel een sollicitatieprocedure moeten voldoen. Het is in die zin naar mijn mening een gemiste kans geweest om deze criteria in beide zaken aan te scherpen in het licht van het beginsel van transparantie.

Beloning

¹² Hierbij wordt jurisprudentie over discriminatie op grond van nationaliteit buiten beschouwing gelaten. Het overzicht in de volgende paragraaf is niet uitputtend bedoeld, maar de aangehaalde zaken dienen ter illustratie. Zie verder ook S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, serie Europees Sociaal Recht, SDU 2004, p. 49-52.

¹³ HvJ EG 30 juni 1988, zaal 318/86, *Jur.* 1988, p. 3559.

¹⁴ Zie o.a. E. Cremers-Hartman & M. Vegter, 'Geslacht' in: C.J. Forder (eindred.), *Oordelenbundel 2009. Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Wolf Legal Publishers 2010, p. 80-82; I.P. Asscher-Vonk & S.D. Burri, 'Geslacht' in: D.J.B. de Wolff, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Kluwer 2003, p. 43-49. Deze publicaties kunnen worden gedownload: www.mensenrechten.nl.

De taken van de Commissie gelijke behandeling zijn per 1 oktober 2012 overgaan naar het College voor de Rechten van de Mens, www.mensenrechten.nl.

De meeste zaken over bewijslastverdeling gaan over seksdiscriminatie bij de beloning en ook daar is het belang van het beginsel van transparantie door het Hof op verschillende wijze benadrukt. In de eerste plaats dient het nadelig effect van een handelwijze of regeling te worden vastgesteld. De bewijslast voor deze eerste stap berust in beginsel op de klager (zie o.a. *Enderby*¹⁵). Het Hof heeft de positie van de eiser versterkt en de vereisten van transparantie, doeltreffende rechterlijke controle en effectieve rechtsbescherming ook op de bewijslastverdeling toegepast. Uit *Danfoss* blijkt dat, indien een relatief groot aantal vrouwelijke werknemers minder verdient dan hun mannelijk collega's en de werkgever een volstrekt ondoorzichtig beloningssysteem hanteert zonder dat duidelijk is welke toeslagencriteria worden gebruikt en hoe ze worden toegepast, de werkgever moet bewijzen dat zijn beloningssysteem niet discriminerend is. Hij zal moeten aangeven hoe de criteria voor de individuele toeslagen zijn toegepast.¹⁶ Het beginsel van gelijke beloning moet bovendien op elk element van de beloning afzonderlijk worden toegepast om een doeltreffende rechterlijke controle mogelijk te maken (*Barber*).¹⁷ Dit uitgangspunt geldt ook voor alle aspecten van het beginsel van gelijke behandeling (*Jørgensen*).¹⁸

Indirecte discriminatie

Een vermoeden van indirecte discriminatie zal worden gevestigd door aan te tonen dat personen in vergelijking met andere personen bijzonder zijn benadeeld.¹⁹ In *Meister* memoreert het Hof met een verwijzing naar de preambules van de in geding zijnde gelijkebehandelingsrichtlijnen dat indirecte discriminatie op enigerlei wijze, ook op basis van statistische gegevens, kan worden aangetoond, (r.o.43).²⁰ De achterliggende reden is dat statistisch materiaal voor bepaalde discriminatiegronden of bepaalde situaties vaak niet voorhanden zal zijn. Uiteraard blijven statistische gegevens een belangrijk middel om indirecte discriminatie aan te tonen, maar de nationale rechter en de wetgever hebben de ruimte om een dergelijk vermoeden gevestigd te achten op grond van feiten van algemene bekendheid of kwalitatieve onderzoeksgegevens over de situatie van bijvoorbeeld personen met een bepaalde etnische afkomst.

Indien statistieken worden overlegd moet de nationale rechter beoordelen of hij die statistische gegevens in aanmerking kan nemen. Ze moeten betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen tot uitdrukking brengen en in het algemeen significant lijken (o.a. *Enderby*, r.o. 17). Het Hof heeft in *Seymour* aanwijzingen gegeven over de wijze waarop met statistieken een vermoeden van indirecte discriminatie kan worden vastgesteld.²¹ Het kan van belang zijn dat niet alleen rekening wordt gehouden met de gegevens die ten tijde van de vaststelling van de maatregel beschikbaar zijn, maar ook met gegevens van later datum. Deze kunnen mogelijk aanwijzingen verschaffen over de gevolgen van de maatregel voor bijvoorbeeld mannelijke respectievelijk vrouwelijke werknemers. Indirecte discriminatie dient met relatieve cijfers te worden aangetoond. Het percentage mannelijke arbeidskrachten dat bijvoorbeeld aan een bepaalde voorwaarde voldoet moet worden vergeleken met het percentage vrouwelijke

¹⁵ HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5535, r.o. 13.

¹⁶ HvJ EG 17 oktober 1989, zaak C-109/88, *Jur.* 1989, p. 3199.

¹⁷ HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889; *NJ* 1992, 436, r.o. 34-35.

¹⁸ HvJ EG 6 april 2000, zaak C- 226/98, *Jur.* 2000, p. I-2447.

¹⁹ Zie onder meer de definities van indirecte discriminatie in de gelijkebehandelingsrichtlijnen en bijvoorbeeld HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607 (*Bilka*), r.o. 29-31 en HvJ EG 10 maart 2005, zaak C-196/02, *Jur.* 2005 p. I-01789, r.o. 69-75 (*Nikoloudi*).

²⁰ Het Hof verwijst hierbij naar punt 15 van de richtlijnen 2000/43 en 2000/78 en punt 30 van richtlijn 2006/54.

²¹ HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623; *NJ* 1999, 692, r.o. 59-61.

arbeidskrachten dat die voorwaarde vervult. Het volstaat niet het aantal getroffen personen in de beschouwing te betrekken, aangezien dat aantal afhangt van het aantal werknemers dat binnen het referentiekader valt en de verdeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers binnen dat referentiekader. Aangetoond dient te worden dat een aanzienlijk kleiner percentage vrouwelijke dan mannelijke werknemers aan de in geding zijnde voorwaarde voldoet (of andersom). Van discriminatie kan ook sprake zijn indien statistische gegevens over een langere periode een minder groot, doch aanhoudend en vrij constant verschil aantonen tussen het aantal mannelijke en vrouwelijke werknemers dat aan een bepaalde voorwaarde voldoet.

Ras

In *Feryn*, een zaak over discriminerende uitlatingen van een directeur die zei geen allochtonen in dienst te nemen, werd de werkgever de mogelijkheid geboden om te bewijzen dat er niet was gediscrimineerd door bijvoorbeeld aan te tonen dat er wel allochtonen zijn geworven.²²

Vermoeden van discriminatie bij sollicitaties: de rol van de nationale rechter

De nationale rechter of een andere bevoegde instantie dient de feiten te beoordelen die directe of indirecte discriminatie doen vermoeden en moet waarborgen dat in geval van weigering van de verwerende partij om informatie te verstrekken, de verwezenlijking van de doelstellingen van de gelijkebehandelingsrichtlijnen niet in gevaar worden gebracht, zo blijkt uit *Meister*. Dit zal in de praktijk vaak niet eenvoudig zijn. De aanwijzingen van het HvJ over de wijze waarop rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het geval bij het beoordelen van de feiten om een vermoeden van discriminatie al of niet gevestigd te achten zijn deels vrij algemeen geformuleerd.

Naar mijn mening zouden de volgende factoren door de nationale rechter kunnen worden meegewogen, waarbij sommige meer dan andere relevant geacht zullen worden afhankelijk van het feitencomplex en de context. Van belang is het feit of een werkgever al of niet inlichtingen heeft verstrekt na een verzoek om informatie van de sollicitant terwijl niet is betwist dat de sollicitant over het in de personeelsadvertentie vermelde opleidingsniveau beschikt.²³ Het uitblijven van een reactie van de werkgever zou volgens AG Mengozzi anders moeten worden beoordeeld indien een sollicitant kennelijk niet aan het profiel voldoet, voor een sollicitatiegesprek is uitgenodigd of een open sollicitatie heeft ingediend (punt 33). De sollicitant zal dus aannemelijk moeten maken dat hij/zij aan de eisen voldoet, voor zover deze kenbaar zijn, bijvoorbeeld op grond van de advertentietekst. Indien geen informatie over de gehanteerde criteria voor de sollicitant beschikbaar is, zou van de werkgever bepaalde informatie kunnen worden verlangd in het licht van het transparantiebeginsel, om een doelmatige rechterlijke controle mogelijk te maken. Naar mijn mening kan van een werkgever niet worden geëist dat sollicitanten een individueel gemotiveerde afwijzing krijgen indien geen sollicitatiegesprek heeft plaatsgevonden. Een dubbele afwijzing lijkt mij ook onvoldoende voor een vermoeden van discriminatie.²⁴ Maar in veel gevallen zou wel algemene informatie kunnen worden verlangd over bijvoorbeeld de gevolgde procedure, de belangrijkste selectiecriteria en/of de personeelssamenstelling. De nationale rechter kan ook rekening houden met statistische gegevens, (zie *Meister*, r.o. 45). Een voorbeeld van een benadering waarin dergelijke factoren tot een vermoeden van discriminatie hebben geleid is het CGB-oordeel 2009-96. De vaagheid van de selectiecriteria, de ondoorzichtige selectieprocedure, het feit dat geen selectiegesprekken zijn gevoerd, de

²² HvJ EU 10 juli 2008, zaak C-54/07, *Jur.* 2008, p. I-05187.

²³ AG Mengozzi vermeldt dat Meister over de geschikte vaardigheden beschikt, zie punt 35.

²⁴ Vergelijk ook de annotatie van Mok, *NJ* 2012/373.

ondervertegenwoordiging van vrouwen in de economische wetenschap en het afnemend aantal vrouwelijke wetenschappers bij de betreffende afdeling vormen de factoren waarmee de CGB een vermoeden van onderscheid naar geslacht bewezen acht.²⁵

Conclusies:

Voor alle in geding zijnde gelijkebehandelingsrichtlijnen geldt dezelfde bewijslastregeling, die bovendien niet afwijkt van de bewijsregels die in de bewijslastrichtlijn 97/80 voor het eerst zijn gecodificeerd. De bewijsregeling verlicht de bewijslast van het slachtoffer van vermeende discriminatie, maar van volledige omkering van de bewijslast is geen sprake.²⁶ Het Hof benadrukt dat de nationale rechter rekening moet houden met de omstandigheden van het geval om het nuttig effect van de richtlijnen te waarborgen. Zeker wanneer een werkgever geen inlichtingen verschaft over de redenen van de afwijzing, de toegepaste criteria of de procedure, zal de nationale rechter de omstandigheden van het geval kritisch moeten bezien. Het Hof oordeelt weliswaar dat er geen recht bestaat op inlichtingen over andere kandidaten in een toelatingsprocedure of een sollicitatie. Maar *Meister* maakt duidelijk dat de toepassing van het beginsel van *effet utile* ertoe kan leiden dat de nationale rechter een vermoeden van discriminatie vaststelt als de werkgever geen inlichtingen wil geven over bijvoorbeeld de reden van afwijzing en de sollicitatieprocedure. Het verstrekken van informatie door de werkgever kan dus verstandig zijn om een verschuiving van de bewijslast te voorkomen. Dit leidt niet tot een absoluut recht op informatie, maar komt wel in de buurt van een recht op bepaalde inlichtingen. Op deze wijze krijgt het slachtoffer van vermeende discriminatie indirect toch enige handvatten om een vermoeden van discriminatie te vestigen. Het valt mijns inziens wel te betreuren dat het Hof niet duidelijker aansluiting heeft gezocht bij eerdere jurisprudentie over bewijslast door het belang van het beginsel van transparantie, doeltreffende rechterlijke controle en effectieve rechtsbescherming te benadrukken. Wellicht hangt dit samen met de formuleringen van de prejudiciële vragen van de nationale rechters in *Kelly* en *Meister*. Hopelijk zal het Hof in toekomstige zaken kans zien om deze beginselen nader uit te werken in verband met de toegang tot beroepsopleidingen en sollicitaties.

²⁵ Zie voor suggesties aan de CGB van een aanpak in de bewijsvoering: E. Cremers-Hartman & M. Vegter, 'Geslacht' in: C.J. Forder (eindred.), *Oordelenbundel 2010. Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Wolf Legal Publishers 2011, p. 101-102.

²⁶ In dezelfde zin E. Cremers-Hartman in haar annotatie bij *Meister*, *JAR* 2012, 153.