CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 12 januari 2012 [1]

Zaak C-415/10

Galina Meister
tegen
Speech Design Carrier Systems GmbH

[verzoek van het Bundesarbeitsgericht (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Sociale politiek — Gelijke behandeling in arbeid en beroep — Bewijslast — Recht van persoon wiens sollicitatie voor betrekking in particuliere onderneming is afgewezen om alle inlichtingen met betrekking tot selectieprocedure te ontvangen om eventuele discriminatie te kunnen aantonen — Feit dat op discriminatie kan wijzen — Rechtsgevolgen van ontbreken van informatieverstrekking door werkgever”

1. Het bewijs van discriminatie staat bekend als bijzonder moeilijk te leveren. Deze vaststelling geldt des te meer in geval van discriminatie bij aanwerving. De Uniewetgever was zich bewust van dit risico en heeft maatregelen genomen ter vergemakkelijking van de taak van werkzoekenden die stellen het slachtoffer te zijn van discriminatie op grond van met name geslacht, leeftijd of afstamming. Hij heeft aldus een aanpassing van de bewijslast toegestaan, zonder evenwel een volledige omkering te aanvaarden, aangezien de vrijheid waarover een werkgever traditioneel beschikt om de personen van zijn keuze aan te werven, niet volledig buiten beschouwing kon worden gelaten.

2. Met het onderhavige verzoek uit Duitsland wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) thans om een prejudiciële beslissing verzocht over de moeilijke vraag hoe een sollicitant het beginsel van gelijke behandeling te zijnen aanzien kan doen naleven wanneer de werkgever zijn sollicitatie heeft afgewezen en noch een motivering voor deze afwijzing, noch informatie over de selectieprocedure en de afloop ervan heeft verstrekt.

I – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

3. 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 [2] heeft tot doel discriminatie op grond van ras of etnische herkomst te bestrijden.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 180, blz. 22; hierna: „richtlijn 2000/43”.

4. Artikel 8 van richtlijn 2000/43 betreft de bewijslast en bepaalt in lid 1 dat de „lidstaten [...], overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen [nemen] om ervoor te zorgen dat, wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden".

5. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep[3] heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling kan worden toegepast.

6. Artikel 10 van richtlijn 2000/78 betreft de bewijslast en neemt artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43 letterlijk over in lid 1.

7. Artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep[4], betreffende de bewijslast, bepaalt dat de „lidstaten [...], overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen [nemen] om ervoor te zorgen dat wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder moet bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden".

B – *Duits recht*

8. Volgens § 1 van het Allgemein Gleichbehandlungsgesetz (algemene wet op de gelijke behandeling; hierna: „AGG") heeft deze wet tot doel elke benadeling van een werknemer op grond van ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te voorkomen. Sollicitanten voor een arbeidsplaats worden expliciet aangemerkt als werknemers in de zin van deze wet.[5] Voorts bepaalt § 22 AGG inzake de bewijslast dat wanneer „in een geschil de ene partij aanwijzingen van discriminatie op een van de in § 1 genoemde gronden aanvoert, [...] de andere partij [moet] bewijzen dat geen inbreuk werd gemaakt op de antidiscriminatiebepalingen".

II – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

9. G. Meister is in 1961 geboren en is van Russische afkomst. Zij bezit een Russisch diploma van systeemingenieur, dat door het Land Schleswig-Holstein is erkend als gelijkwaardig met een in Duitsland door een Fachhochschule (technische universiteit) afgegeven diploma.

10. In 2006 heeft de vennootschap Speech Design Carrier Systems GmbH (hierna: „Speech Design") een advertentie in de pers geplaatst met het oog op de aanwerving van een „ervaren softwareontwikkelaar (m/v)". Op 5 oktober 2006 heeft Meister haar sollicitatie ingediend, die bij brief van 11 oktober 2006 door Speech Design is afgewezen. Kort nadien heeft deze vennootschap op internet een advertentie met een soortgelijke inhoud geplaatst. Op 19 oktober 2006 heeft Meister nog eens gesolliciteerd, maar Speech Design heeft haar sollicitatie andermaal afgewezen, zonder haar te hebben uitgenodigd voor een gesprek of haar een of andere aanwijzing met betrekking tot de afwijzing van haar sollicitatie te hebben verstrekt.

3 — PB L 303, blz. 16; hierna: „richtlijn 2000/78".

4 — PB L 204, blz. 23; hierna: „richtlijn 2006/54".

5 — § 6 AGG.

11. Van mening dat zij op grond van zowel haar geslacht, haar afstamming als haar leeftijd was gediscrimineerd, heeft Meister een rechtsvordering ingesteld en op grond van § 15 AGG een schadevergoeding gevorderd. Zij heeft eveneens geëist dat Speech Design ter verheldering van de feiten het dossier van de op grond van de advertentie in dienst genomen sollicitant zou overleggen.

12. Gelet op het feit dat Meister onvoldoende aanwijzingen van discriminatie in de zin van § 22 AGG had aangevoerd, heeft zowel de rechter in eerste aanleg als de rechter in hoger beroep haar schadevordering afgewezen. Daarop heeft Meister beroep tot „Revision" ingesteld bij het Bundesarbeitsgericht. Speech Design heeft geconcludeerd tot verwerping van dit beroep op grond dat het ontoereikend is gestaafd, aangezien verzoekster onvoldoende gegevens heeft aangedragen om een vermoeden van discriminatie aannemelijk te maken.

13. De verwijzende rechter erkent dat verzoekster in het hoofdgeding kennelijk ongunstiger is behandeld in de zin van het nationale recht, dan andere personen in een vergelijkbare situatie, aangezien zij, in tegenstelling tot andere personen die eveneens bij Speech Design hebben gesolliciteerd, niet door de werkgever is uitgenodigd voor een gesprek. Hij merkt echter eveneens op dat Meister niet heeft kunnen aantonen dat zij ongunstiger is behandeld op grond van haar geslacht, leeftijd of etnische afstamming. Hij voegt daar echter aan toe dat naar Duits recht is vereist dat de verzoekende partij die discriminatie stelt, feiten aantoont, aanwijzingen van discriminatie aanvoert en zich niet tevreden stelt met loutere beweringen. Dat is met name het geval wanneer de aangevoerde feiten objectief gezien met een zeer hoge graad van waarschijnlijkheid erop wijzen dat de verzoekende partij op een van de bovengenoemde gronden is gediscrimineerd.

14. Met toepassing van de relevante bepalingen van het AGG, met name van § 22, die tot doel had artikel 8 van richtlijn 2000/43 en artikel 10 van richtlijn 2000/78 in Duits recht om te zetten, wijst de verwijzende rechter erop dat een sollicitant die van mening is te zijn gediscrimineerd op grond van zijn geslacht, leeftijd en/of etnische afstamming, niet aan zijn stelplicht voldoet door aan te voeren dat hij heeft gesolliciteerd, is afgewezen en voldoet aan het gevraagde profiel, en door zich te beperken tot de vermelding van zijn geslacht, leeftijd of afstamming. Bijgevolg zou Meister zich op andere factoren moeten beroepen op grond waarvan de redenen voor de discriminatie met een hoge graad van waarschijnlijkheid kunnen worden aangetoond, aangezien het feit dat zij niet voor een sollicitatiegesprek is uitgenodigd, het gevolg kan zijn van vele andere factoren. Derhalve moet zij krachtens § 22 AGG feiten aanvoeren. Het is precies doordat de werkgever bij de afwijzing van haar sollicitaties geen aanwijzingen heeft verstrekt, dat zij niet aan deze vereiste kon voldoen. De verwijzende rechter wenst daarom te vernemen of krachtens de richtlijnen 2000/43, 2000/78 en 2006/54 een recht op informatie bestaat op grond waarvan de niet-gekozen sollicitant van de werkgever kan eisen dat hij hem meedeelt wie hij in dienst heeft genomen en op welke grond hij zijn keuze heeft gemaakt.

15. Aldus geconfronteerd met een vraag van uitlegging van Unierecht, heeft het Bundesarbeitsgericht de behandeling van de zaak geschorst en bij verwijzingsbeschikking, ingekomen ter griffie van het Hof op 20 augustus 2010, het Hof krachtens artikel 267 VWEU de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„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[, w]ijst het feit dat de werkgever de verlangde informatie niet verstrekt, [dan] op het bestaan van de door de werknemer gestelde discriminatie?"

III – Procesverloop voor het Hof

16. Verzoekster in het hoofdgeding, Speech Design, de Duitse regering en de Europese Commissie hebben bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend.

17. Ter terechtzitting van 30 november 2011 hebben verweerster in het hoofdgeding, de Duitse regering en de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

IV – Juridische analyse

A – *Eerste prejudiciële vraag*

18. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een sollicitant die aannemelijk maakt dat hij voldoet aan het profiel waarnaar wordt gezocht in de door de werkgever geplaatste advertentie, bij afwijzing van zijn sollicitatie zonder dat hij is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, van de werkgever kan verlangen dat hij hem informeert over de uiteindelijke aanwerving en in het bijzonder over de criteria aan de hand waarvan hij zijn keuze heeft gemaakt.

19. Aangezien verzoekster in het hoofdgeding stelt te zijn gediscrimineerd op grond van haar geslacht, leeftijd of afstamming, betreft deze eerste prejudiciële vraag de relevante bepalingen van de richtlijnen 2000/43, 2000/78 en 2006/54[6], die van toepassing zijn op de voorwaarden voor toegang tot arbeid.[7] Artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54 zijn vrijwel gelijkluidend en onderwerpen gevallen van discriminatie aan dezelfde rechtsregeling wat de bewijslast betreft.

20. Ook dient te worden vermeld dat deze artikelen in nagenoeg dezelfde bewoordingen[8], of in dezelfde bewoordingen[9], zijn gesteld als artikel 4, lid 1, van richtlijn 97/80. In het arrest Kelly[10] heeft het Hof zich echter reeds over de uitlegging van dit artikel uitgesproken. In deze zaak had Patrick Kelly verzocht om toegelaten te worden tot een master in de sociale wetenschappen aan een Ierse universiteit. Zijn kandidatuur werd afgewezen. Kelly had gesteld het slachtoffer te zijn van verboden discriminatie op grond van het geslacht in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 97/80 en gevorderd dat deze universiteit afschriften van de inschrijvingsformulieren, van de als bijlage bij deze formulieren gevoegde documenten en van de puntenlijsten van de andere kandidaten voor de opleiding zou overleggen. Het Hof heeft dus voor recht verklaard dat dit artikel „aldus moet worden uitgelegd dat het een kandidaat voor een beroepsopleiding, die meent dat de weigering om hem deze opleiding te laten volgen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, het recht op toegang tot de door de aanbieder van deze opleiding bijgehouden informatie over de kwalificaties van de andere kandidaten voor diezelfde opleiding verleent, teneinde deze kandidaat overeenkomstig voornoemde bepaling in staat te stellen het bewijs te leveren van de ‚feiten [...] die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden'".[11]

6 — Wat het beroep op richtlijn 2006/54 betreft, is het waar dat de feiten van het hoofdgeding zich hebben afgespeeld onder 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 14, blz. 6; hierna: „richtlijn 97/80"). In de loop van het hoofdgeding is richtlijn 97/80 vervangen door richtlijn 2006/54. Richtlijn 2006/54 heeft echter geen wijzigingen in de bewijslast aangebracht.

7 — Zie artikel 3, lid 1, sub a, van richtlijn 2000/43, artikel 3, lid 1, sub a, van richtlijn 2000/78 en de artikelen 1, lid 2, sub a, en 14, lid 1, sub a, van richtlijn 2006/54.

8 — De tekst van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43 en artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 verschilt slechts van die van artikel 4 van richtlijn 97/80 door de plaats in de zin van de woorden „overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels".

9 — Artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54.

10 — Arrest van 21 juli 2011 (C-104/10, Jurispr. blz. I-6813).

11 — Reeds aangehaald arrest Kelly (punt 38).

21. Vastgesteld zij dat noch de tekst, noch de strekking van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54 deze oplossing kan ontkrachten. In de tekst ervan wordt immers niet uitdrukkelijk verwezen naar een recht op toegang tot de informatie waarover de persoon beschikt die ervan „verdacht" wordt te hebben gediscrimineerd. De meeste betrokken partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, hebben opgemerkt dat de Commissie weliswaar de aanzet heeft gegeven tot een voorstel om aan slachtoffers van discriminatie een recht op informatie toe te kennen [12], maar dat dit voorstel in de uiteindelijke tekst is weggelaten. Bijgevolg moet het ontbreken van een expliciete verwijzing naar een recht op informatie in bovenbedoelde bepalingen niet als een verzuim van de wetgever worden opgevat, maar integendeel als de uiting van zijn wil om dit recht niet toe te kennen.

22. Ook uit de algemene opzet van deze bepalingen volgt dat de wetgever duidelijk heeft gekozen voor een oplossing die het evenwicht bewaart tussen het slachtoffer van discriminatie en de werkgever, wanneer die aan de oorsprong ligt van de discriminatie. In de drie richtlijnen is immers gekozen voor een regeling die de bewijslast voor het slachtoffer verlicht, doch niet afschaft. Zoals het Hof reeds heeft verklaard in het arrest Kelly [13], is dit met andere woorden een tweefasige regeling. Eerst moet het slachtoffer voldoende feiten aanvoeren die discriminatie kunnen doen vermoeden. Anders gezegd, het moet een schijn van discriminatie aantonen. Vervolgens, wanneer dit vermoeden is bewezen, is het onmiddellijke gevolg dat de bewijslast naar de verwerende partij wordt verschoven. In de in de eerste prejudiciële vraag bedoelde artikelen staat dus wel degelijk een bewijs*last* centraal, die weliswaar verlicht is, maar niettemin daadwerkelijk op het slachtoffer rust. Aldus wordt een zeker evenwicht bewaard, 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.

23. De verstoring van dit evenwicht tussen de persoon die stelt het slachtoffer van discriminatie te zijn geweest, en de verwerende partij zou niet het enige gevaar zijn dat ontstaat indien aan het slachtoffer een recht op informatie werd toegekend. [14] In dat geval zou immers eveneens de vraag rijzen naar de rechten van derden die eventueel in de meegedeelde documenten of gegevens worden vermeld. [15]

24. Om al deze redenen geef ik in overweging op de eerste vraag te antwoorden dat noch artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, noch artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78, noch artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54 aldus mag worden uitgelegd dat een sollicitant bij afwijzing van zijn sollicitatie van de werkgever moet kunnen verlangen dat hij hem meedeelt of hij een andere sollicitant in dienst heeft genomen en, zo ja, aan de hand van welke criteria, zelfs wanneer deze sollicitant blijkt aannemelijk te maken dat hij voldoet aan de voorwaarden van de door de werkgever geplaatste personeelsadvertentie.

12 — Zie artikel 4, sub b, van het op 27 mei 1988 door de Commissie ingediende voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning voor en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen [COM(88) 269 def.] (PB C 176, blz. 5). Dit voorstel is in 1998 ingetrokken door de Commissie (PB 1998, C 40, blz. 7).

13 — Reeds aangehaald (punt 30).

14 — De wetgever heeft verstoring van dit evenwicht toegelaten, maar enkel ten voordele van de verzoekende partij, aangezien deze drie richtlijnen de lidstaten de mogelijkheid bieden om een voor de eisers gunstigere bewijsregeling in te voeren (zie artikel 8, lid 2, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 2, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 2, van richtlijn 2006/54). Niettemin is wordt verstoring van dit evenwicht louter aan de vrije wil van de lidstaten overgelaten. Blijkens het dossier heeft de Bondsrepubliek Duitsland geen voor de eisers gunstigere bewijsregeling ingevoerd bij de omzetting van de drie in de onderhavige prejudiciële verwijzing aan de orde zijnde richtlijnen.

15 — Het Hof heeft overigens erkend dat, ingeval een kandidaat voor een beroepsopleiding zich op richtlijn 97/80 kan beroepen om toegang te verkrijgen tot door de aanbieder van deze opleiding bijgehouden informatie inzake de kwalificaties van de andere kandidaten voor deze opleiding, dit recht op toegang kan worden aangetast door de regels van Unierecht inzake vertrouwelijkheid (arrest Kelly, reeds aangehaald, punt 56).

B – *Tweede prejudiciële vraag*

1. Opmerkingen vooraf

25. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de prejudiciële vragen zo zijn geformuleerd dat het Hof slechts wordt verzocht te antwoorden op de tweede vraag indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord. Zoals ik zojuist heb uiteengezet, geef ik het Hof in overweging deze eerste vraag evenwel ontkennend te beantwoorden.

26. Indien het Hof louter op de formulering van de vragen zou afgaan, zou dit echter de volgende gevolgen hebben. Meister zou geen recht op informatie kunnen doen gelden dat ontleend is aan de drie richtlijnen die centraal staan in de onderhavige prejudiciële verwijzing. Verstoken van de informatie waarover alleen de werkgever beschikt, zou zij aan de verwijzende rechter geen feiten kunnen voorleggen die discriminatie kunnen doen vermoeden, en bij gebreke van een recht op informatie zou zij dit overigens nooit kunnen doen. Indien het Hof de analyse niet zou doortrekken, zou het nuttige effect van de richtlijnen ter bestrijding van discriminatie in het kader van een selectieprocedure kunnen worden tenietgedaan.

27. Daartegen kan echter worden ingebracht dat het alleen aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen of een door een slachtoffer gesteld feit volstaat om te concluderen dat er sprake is van discriminatie. [16] Niettemin merk ik op dat het Hof in het verleden reeds tot een dergelijke kwalificatie is overgegaan [17], en dat de verwijzende rechter in de onderhavige zaak aan het Hof uitdrukkelijk vraagt om te bepalen of het stilzwijgen van de werkgever een feit is dat de door de werknemer gestelde discriminatie kan doen vermoeden. Voorts blijkt uit de geest van de prejudiciële procedure dat het Hof aan de nationale rechter die zich tot hem wendt, alle nuttige informatie voor de beslechting van het hoofdgeding moet verstrekken en eveneens „bevoegd [is] om op basis van het dossier van het hoofdgeding en de bij hem ingediende schriftelijke en mondelinge opmerkingen aanwijzingen te geven die deze rechter in staat kunnen stellen uitspraak te doen in dat concreet geding”. [18]

28. Het is ook op grond van deze geest van samenwerking, waarvan het Hof moet doen blijken tegenover de nationale rechter, dat ik voorstel de tweede vraag aldus te herformuleren dat ermee wordt beoogd te vernemen of de omstandigheid dat de werkgever aan de sollicitant de door hem gevraagde gegevens niet verstrekt, steeds irrelevant moet worden geacht wat het vermoeden van discriminatie betreft in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54.

29. Ik geef aldus het Hof in overweging om verder na te denken over de rechtsgevolgen van het stilzwijgen van de werkgever in een geval als in het hoofdgeding.

2. Beoordeling

30. Met de tweede vraag wordt het Hof dus gevraagd naar de methode die de verwijzende rechter moet volgen voor de toetsing van de houding van een werkgever die niet ingaat op het verzoek om informatie van een sollicitant, aan de hand van de drie richtlijnen die centraal staan in de onderhavige prejudiciële verwijzing. Na te hebben geweigerd het bestaan te bevestigen van een recht op informatie, heeft het Hof dienaangaande in het reeds aangehaalde arrest Kelly niettemin geoordeeld dat „[niet kan]

16 — Zie punt 15 van de considerans van richtlijn 2000/43, punt 15 van de considerans van richtlijn 2000/78 en punt 30 van de considerans van richtlijn 2006/54. Zie eveneens arrest van 26 juni 2001, Brunnhofer (C-381/99, Jurispr. blz. I-4961, punt 49).

17 — Zie met name met betrekking tot de vraag of publieke verklaringen van een werkgever die laat weten dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, een feit vormen in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, arrest van 10 juli 2008, Feryn (C-54/07, Jurispr. blz. I-5187, punten 30 en 34).

18 — Arrest van 14 juli 2011, Henfling e.a. (C-464/10, Jurispr. blz. I-6219, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

worden uitgesloten dat wanneer de [werkgever] in het kader van de vaststelling van [feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden], dit de verwezenlijking van het door [de richtlijnen inzake gelijke behandeling] nagestreefde doel in gevaar kan brengen”[19] en met name aan hun bepalingen inzake de bewijslast hun nuttig effect kan ontnemen.

31. Door aldus te oordelen heeft het Hof ondubbelzinnig aangegeven dat bij de beoordeling van de houding van de werkgever uit methodologisch oogpunt niet alleen rekening mag worden gehouden met het uitblijven van een antwoord van de werkgever, maar dat dit integendeel in de ruimere feitelijke context moet worden gezien. In het kader van de onderhavige prejudiciële verwijzing wordt het Hof precies verzocht de verwijzende rechter te helpen bij de bepaling van de soorten gegevens die kunnen worden gebruikt voor de in casu vereiste beoordeling.

32. Dienaangaande mag de verwijzende rechter niet vergeten dat er een aanzienlijke kans bestaat dat de werkgever zijn beslissingen onaanvechtbaar maakt door te weigeren deze gegevens te verstrekken. Met andere woorden, de werkgever blijft aldus als enige in het bezit van belangrijke gegevens waarvan uiteindelijk de gegrondheid, en dus de kans van slagen, van een door de niet-gekozen sollicitant ingestelde rechtsvordering afhangen. Eveneens moet voor ogen worden gehouden dat in een selectieprocedure de positie van de sollicitant, die noodzakelijkerwijs buiten de aanwervende onderneming staat, het nog moeilijker maakt om aanwijzingen of feiten te verkrijgen die discriminatie kunnen doen vermoeden, dan wanneer moet worden aangetoond dat de werkgever een aantal discriminerende maatregelen ten uitvoer legt met betrekking tot bijvoorbeeld de voorwaarden van de beloning van de werknemers.[20] De sollicitant is dus in het algemeen volledig afhankelijk van de goede wil van de werkgever om informatie te verkrijgen die een feit kan vormen dat discriminatie kan doen vermoeden, en die nochtans noodzakelijk is om de bewijslastverlichting teweeg te brengen, en hij kan reële objectieve moeilijkheden ondervinden om deze informatie te verkrijgen. Ik wijs er in dit verband op dat de door de Duitse regering ter terechtzitting voorgestelde oplossingen om ervoor te zorgen dat deze sollicitant op eigen initiatief informatie verkrijgt, weinig overtuigend zijn gebleken. Van de sollicitant verlangen dat hij rechtstreeks contact opneemt met de ondernemingsraad van de werkgever, of dat hij zich bij zijn indiensttreding naar de werkplek begeeft om er de aanwezige werknemers per „categorie” op te tekenen, blijkt immers bijzonder discutabel, en uiteindelijk onredelijk, aangezien niet alle werkgevers een ondernemingsraad hebben, en voorts niet alle kenmerken die als grondslag kunnen dienen voor een van de discriminatiegronden, noodzakelijkerwijs identificeerbaar zijn door observatie alleen.

33. Indien de sollicitant dus volledig afhankelijk blijkt van de goede wil van de werkgever om informatie te verkrijgen die een feit kan vormen dat discriminatie kan doen vermoeden, kan het evenwicht tussen de vrijheid van de werkgever en de rechten van de sollicitant, waaraan de Uniewetgever groot belang heeft gehecht, worden verstoord.

34. Teneinde dit evenwicht te herstellen moet de nationale rechter in een dergelijk geval in het algemeen minder eisen stellen met betrekking tot de kwalificatie van de feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden in de zin van de drie in de onderhavige prejudiciële verwijzing bedoelde richtlijnen, dan bijvoorbeeld voor de vaststelling van een zeer hoge waarschijnlijkheid als vermeld in de motivering van de verwijzingsbeslissing, met name om de rechten die de staatsburgers aan het Unierecht ontlenen, daadwerkelijk te kunnen vrijwaren en ze door een effectieve rechterlijke bescherming te waarborgen. Wanneer de werkgever weigert informatie te verstrekken, kan dit in de bijzondere context van deze weigering immers de verwezenlijking in gevaar brengen van de doelstelling van deze richtlijnen[21], die erin bestaat het beginsel van gelijke behandeling daadwerkelijk toe te passen.

19 — Punt 39.

20 — Zelfs in een dergelijk geval kan het bewijs van discriminatie moeilijk te leveren zijn. Uit vaste rechtspraak volgt echter dat indien een onderneming een beloningsstelsel toepast dat wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid, waardoor de taak van de verzoekende partij dus wordt bemoeilijkt, de werkgever dient te bewijzen dat zijn beloningspraktijk niet discriminerend is, wanneer een vrouwelijke werknemer die stelt het slachtoffer te zijn van discriminatie, met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoont dat de gemiddelde beloning van vrouwelijke werknemers lager is dan die van mannelijke werknemers (zie onder meer arrest Brunnhofer, reeds aangehaald, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — Zie naar analogie reeds aangehaald arrest Kelly (punt 34).

35. Bij zijn beoordeling mag de verwijzende rechter in overeenstemming met de werkwijze die is voorgesteld in het reeds aangehaalde arrest Kelly, niet voorbijgaan aan belangrijke gegevens, zoals in het onderhavige geval het feit dat de werkgever blijkens het dossier niet betwist dat de sollicitante over de voor de vacante functie geschikte vaardigheden beschikt, terwijl hij Meister niet heeft willen uitnodigen voor een sollicitatiegesprek, hoewel hij andere sollicitanten wel voor een dergelijk gesprek heeft uitgenodigd, en voorts het feit dat deze sollicitante op een arbeidsaanbod heeft gereageerd en geen open sollicitatie heeft ingediend. Omwille van de duidelijkheid moet het uitblijven van een reactie van een werkgever op verzoeken om informatie van een sollicitant anders worden beoordeeld aan de hand van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54, indien de sollicitant kennelijk niet aan het gezochte profiel voldoet, voor een sollicitatiegesprek is uitgenodigd of een open sollicitatie heeft ingediend.

36. Een derde factor kan eveneens in aanmerking worden genomen. In het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt vermeld dat verweerster in het hoofdgeding verzoeksters sollicitatie heeft afgewezen bij brief van 11 oktober 2006, en voorts dat verzoekster, nadat verweerster op internet een nieuwe personeelsadvertentie met dezelfde inhoud had geplaatst, op 19 oktober 2006 nog eens heeft gesolliciteerd. Deze laatste sollicitatie is wederom afgewezen zonder dat verzoekster is uitgenodigd voor een gesprek. In antwoord op vragen ter terechtzitting over de plaatsing van deze tweede advertentie, heeft de vertegenwoordigster van verweerster in het hoofdgeding echter geen concrete verklaring kunnen geven voor de chronologie van de selectieprocedure. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de werkgever de tweede advertentie heeft geplaatst omdat hij niet tevreden was over de naar aanleiding van de eerste advertentie uitgenodigde sollicitanten, en of hij desalniettemin de sollicitatie is blijven afwijzen, wederom zonder haar uit te nodigen voor een gesprek, ook al betwist hij niet dat zij over de voor de betrokken functie geschikte vaardigheden beschikt.

37. In overeenstemming met de door het Hof in het reeds aangehaalde arrest Kelly voorgestelde werkwijze geef ik het Hof in overweging de tweede vraag aldus te beantwoorden dat volgens artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54 de verwijzende rechter bij de beoordeling van de houding van een werkgever die weigert de door een niet-gekozen sollicitant gevraagde informatie te verstrekken over de uitkomst van de selectieprocedure en de criteria aan de hand waarvan de werkgever een van de kandidaten voor deze functie heeft geselecteerd, niet alleen rekening mag houden met het uitblijven van een antwoord van de werkgever, maar dit integendeel in de ruimere feitelijke context moet zien. Dienaangaande kan de verwijzende rechter rekening houden met factoren als het kennelijk toereikende kwalificatieniveau van de sollicitant, het feit dat deze sollicitant niet is uitgenodigd voor een gesprek, en de eventuele aanhoudende weigering van de werkgever om deze sollicitant uit te nodigen indien hij voor dezelfde functie een tweede selectieprocedure heeft georganiseerd.

V – Conclusie

38. Gezien het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de twee prejudiciële vragen van het Bundesarbeitsgericht als volgt te beantwoorden:

„1) Noch artikel 8, lid 1, van 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, noch artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, noch artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, mag aldus worden uitgelegd dat een sollicitant bij afwijzing van zijn sollicitatie van de werkgever moet kunnen verlangen dat hij hem meedeelt of

hij een andere sollicitant in dienst heeft genomen en, zo ja, aan de hand van welke criteria, zelfs wanneer deze sollicitant blijkt aannemelijk te maken dat hij voldoet aan de voorwaarden van de door de werkgever geplaatste personeelsadvertentie.

2) Volgens artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43, artikel 10, lid 1, van richtlijn 2000/78 en artikel 19, lid 1, van richtlijn 2006/54 mag de verwijzende rechter bij de beoordeling van de houding van een werkgever die weigert de door een niet-gekozen sollicitant gevraagde informatie te verstrekken over de uitkomst van de selectieprocedure en de criteria aan de hand waarvan de werkgever een van de kandidaten voor deze functie heeft geselecteerd, niet alleen rekening houden met het uitblijven van een antwoord van de werkgever, maar moet hij dit integendeel in de ruimere feitelijke context zien. Dienaangaande kan de verwijzende rechter rekening houden met factoren als het kennelijk toereikende kwalificatieniveau van de sollicitant, het feit dat deze sollicitant niet is uitgenodigd voor een gesprek, en de eventuele aanhoudende weigering van de werkgever om deze sollicitant uit te nodigen indien hij voor dezelfde functie een tweede selectieprocedure heeft georganiseerd.”