

Vergaderjaar 1999–2000

27 026

Wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van Titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van de EG-richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht

Nr. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 21 augustus 2000

1. Algemeen

De regering dankt de fracties van de Tweede Kamer voor hun uitgebreide schriftelijke inbreng. Uit het grote aantal vragen dat is gesteld leidt de regering af dat er veel belangstelling bestaat voor het wetsvoorstel ter implementatie van de EG-richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht.

Het wetsvoorstel vertoont raakvlakken met belangrijke, actuele ontwikkelingen op het terrein van het gelijke behandelingsrecht. Op nationaal niveau betreft dit de evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling, die eveneens betrekking heeft op de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De bewijslastverdeling is één van de onderwerpen die in deze evaluatie aan de orde wordt gesteld. Op internationaal niveau betreft dit de totstandkoming van twee richtlijnen ter uitwerking van artikel 13 van het EG-verdrag, die beide een bepaling bevatten over de bewijslastverdeling in gevallen van discriminatie (zij het op basis van andere gronden dan geslacht)¹. Genoemde ontwikkelingen maken een zorgvuldige afweging noodzakelijk, waardoor er enige vertraging is opgetreden in de totstandkoming van dit wetsvoorstel. Wij hopen met de navolgende beantwoording van de in het verslag gestelde vragen bij te dragen aan een tijdige implementatie van de richtlijn.

De leden van de PvdA-fractie zijn van mening dat het in de praktijk voor rechtzoekende werknemers vaak een groot probleem is dat zij geen toegang hebben tot statistische gegevens en bewijsmateriaal, dat bij de werkgever te vinden is. Zij vroegen de regering of niet in het wetsvoorstel duidelijk gemaakt kan worden dat alle betrokken partijen de beschikking moeten krijgen over alle relevante informatie waarover de wederpartij beschikt of waarvan redelijkerwijs vermoed kan worden dat zij erover beschikt en die nodig is om de rechten van de werknemer geldend te maken.

Terecht wijzen deze leden erop dat het voor rechtzoekende(n) (werknemers) een probleem kan zijn dat zij niet beschikken over informatie en gegevens waarmee zij hun vordering kunnen adstrueren. Met het oog op dit probleem is in de onderwerprijke richtlijn een regel van bewijslast gegeven die met het wetsvoorstel in de Nederlandse wetgeving wordt

¹ De Richtlijn van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming is op 19 juli 2000 in werking getreden.

omgezet. Die regel komt, kort gezegd, erop neer dat de werknemer feiten moet aanvoeren (waarover hierna meer) die een onderscheid kunnen doen vermoeden en dat de werkgever vervolgens dient te bewijzen dat niet in strijd met de anti-discriminatiewetgeving met betrekking tot geslacht is gehandeld. Voor het welslagen van de vordering is de werknemer derhalve in sterk verminderde mate afhankelijk van in de sfeer van de werkgever liggende feiten en omstandigheden. Immers, indien de werkgever ervoor kiest bepaalde informatie niet met de werknemer te delen, zal hij die informatie niet als bewijs kunnen gebruiken. Hij zal de gevolgen daarvan moeten dragen. Zo kan het zijn dat de werkgever niet slaagt in de hem opgedragen bewijsopdracht waarmee de vordering van de werknemer voor toewijzing in aanmerking komt.

Daarbij zij er nog op gewezen dat de Hoge Raad in zijn rechtspraak regels ter zake van de stelplicht van partijen heeft ontwikkeld ten einde tegemoet te komen aan de bezwaren die tengevolge van bepaalde omstandigheden aan een bepaalde verdeling van de bewijslast zijn verbonden. Daarnaast voorziet het burgerlijk procesrecht reeds in regels ter zake van het achterhalen van informatie en gegevens bij partijen (zie artikelen 19a, 110 en 843a van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv)). Als sluitstuk op die regels kan genoemd worden het bijzonder rechtsmiddel request-civiel dat tot vernietiging van een vonnis kan leiden indien, kort gezegd, een partij in de procedure voor de wederpartij gunstige feiten heeft verzwegen (HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45). Genoemde «voorzieningen» komen op het onderhavige terrein een heel eind tegemoet aan de problemen van de eiser, maar laten onverlet dat uiteindelijk het bewijsrisico geheel bij eiser (blijft) rust(en). Deze lacune wordt thans door dit wetsvoorstel – ter uitwerking van de richtlijn – opgevuld.

Dit alles in aanmerking nemend, is de regering van mening dat met het wetsvoorstel, gezien tegen de achtergrond van de reeds bestaande regels en rechtspraak, op adequate wijze wordt tegemoet gekomen aan het door de leden van de PvdA-fractie gesignaleerde probleem en vindt zij de door deze leden voorgestane verduidelijking, alle betrokken belangen afwegend, niet nodig.

De leden van de VVD-fractie zouden graag van de regering vernemen op welke wijze andere lidstaten richtlijn 97/80/EG implementeren. Welke beschermingsniveaus worden daarbij gehanteerd? De leden van de D66-fractie vroegen hoe ver de overige lidstaten zijn met de implementatie van richtlijn 97/80/EG, zodat een meer uniforme toepassing van de rechtspraak in de lidstaten totstand komt.

Reeds vóór de totstandkoming van de richtlijn kenden zeven lidstaten – te weten Frankrijk, Duitsland, Italië, Finland, Spanje, Zweden en Oostenrijk – wettelijke bepalingen die de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht verschuiven naar de verweerder. Het implementatieproces verloopt in die landen naar verwachting dan ook sneller. Zo is in Duitsland een dergelijke bewijsregel opgenomen in artikel 611a van het Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling luidt – voor zover relevant – als volgt: «Wenn in Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.» Deze bepaling dateert van vóór de totstandkoming van de richtlijn. De Duitse regering gaat ervan uit dat een aanpassing hiervan – gezien de inhoud van de richtlijn – niet noodzakelijk is.

In België is de richtlijn in mei 1999 omgezet in de nationale wetgeving. Dit is gebeurd in de Wet gelijke behandeling van 7 mei 1999 (Wet op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor

sociale zekerheid). De relevante bepaling luidt als volgt: «Wanneer deze persoon voor dit gerecht feiten aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen schending van het beginsel van gelijke behandeling is, ten laste van de verweerder.»

Vergelijking met artikel 4 van de richtlijn laat zien dat de Belgische en ook de in het onderhavige wetsvoorstel voorgestelde bepaling hiermee sterk overeenkomen.

De leden van de CDA-fractie vroegen om voorbeelden uit de Nederlandse praktijk van mensen die menen gediscrimineerd te zijn en dit niet kunnen bewijzen, omdat het bewijsmateriaal in handen van de werkgever is. Een voorbeeld uit de praktijk waarbij de relevante gegevens voor een belangrijk deel bij de werkgever berusten, is de werving en selectie van personeel voor een bepaalde functie. Op het terrein van het beloningsbeleid is als voorbeeld te noemen de toekenning van extra periodieken aan personeelsleden bij promotie of goed functioneren. Ook hiervoor geldt dat het de werkgever is die de beschikking heeft over een belangrijk deel van de relevante gegevens.

De leden van de CDA-fractie hadden verder enkele vragen met betrekking tot de voorgeschiedenis van de richtlijn. Zij vroegen vanuit welke overwegingen en problematiek de richtlijn tot stand is gekomen en wat de inzet vanuit Nederland hierbij was. Verder vroegen zij waarom ervoor gekozen is om, naast de omkering van bewijslast bij indirecte discriminatie, ook voor directe discriminatie omkering van de bewijslast van toepassing te laten zijn.

Hierover kan het volgende worden opgemerkt. Zoals reeds in de memorie van toelichting is aangegeven beoogt de richtlijn een grotere doeltreffendheid te bereiken van de gelijke behandelingsregelgeving door opheffing van eventuele bewijsrechtelijke belemmeringen voor personen die menen het slachtoffer te zijn van discriminatie op grond van geslacht. Deze doelstelling werd en wordt door Nederland onderschreven. Bij de totstandkoming van de richtlijn stond niet de Nederlandse situatie centraal maar de rechtsontwikkeling binnen de Europese Gemeenschap. In overweging 20 van de richtlijn wordt hieromtrent gesteld: «Overwegende dat het doel van een adequate aanpassing van de regels inzake de bewijslast niet in alle lidstaten voldoende verwezenlijkt is en dat zulks, overeenkomstig het in artikel 3 B van het Verdrag genoemde beginsel van subsidiariteit en het beginsel van evenredigheid, op communautair niveau moet worden bereikt». Uitgangspunt voor Nederland was dat de betrokken richtlijn een duidelijke en goede codificatie van de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie diende te zijn, gericht op het hierboven genoemde doel. Er is voor gekozen de verschuiving van de bewijslast ook van toepassing te laten zijn op direct onderscheid, omdat niet goed viel in te zien waarom hiervoor een uitzondering zou moeten worden gemaakt. Doelstelling is immers het doeltreffender maken van de door de lidstaten genomen maatregelen ten aanzien van het beginsel van gelijke behandeling op grond van geslacht. Onder het beginsel van gelijke behandeling wordt de afwezigheid van elke vorm van discriminatie – hetzij direct, hetzij indirect – verstaan, aldus artikel 2, eerste lid, van de richtlijn.

De leden van de fractie GroenLinks vinden het jammer dat het nog zo lang heeft moeten duren voordat is overgegaan tot implementatie van de richtlijn in wetgeving. Landen als België en Duitsland waren Nederland voor. Deze leden vroegen naar de oorzaken hiervan.

Allereerst zij opgemerkt dat de implementatietermijn van de richtlijn loopt tot 1 januari 2001. Dit betekent dat lidstaten tot die datum de tijd hebben voor de omzetting in de nationale regelgeving. De tijdsduur die met de omzetting gemoeid is, hangt onder meer af van de omvang en het

karakter van de benodigde wijzigingen van de nationale regelgeving op het punt van de bewijslastverdeling. Zoals reeds opgemerkt, kende bijvoorbeeld Duitsland al voorafgaand aan de totstandkoming van de richtlijn een wettelijke bepaling waarbij de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht wordt verschoven naar de verweerder. Een wijziging van de nationale wetgeving wordt derhalve door de Duitse regering niet noodzakelijk geacht. Wat betreft het Nederlandse implementatietraject zij opgemerkt dat er enige vertraging is opgetreden tengevolge van de raakvlakken van het onderhavige wetsvoorstel met andere ontwikkelingen op het terrein van het gelijke behandelingsrecht. In het begin van deze nota is hierop ingegaan.

De richtlijn dient, aldus de memorie van toelichting, ter versterking van de processuele positie van degene die meent te zijn gediscrimineerd, in de meeste gevallen de werknemer. De leden van de SGP-fractie vroegen welke gevallen het nog meer kan betreffen.

Naast werknemers, is de verschuiving van de bewijslast van belang voor personen (genoemd in artikel 1b WGB) die onder gezag van een ander, maar anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling arbeid verrichten. Daarnaast betreft het beroeps-genoten (artikel 2 WGB), die menen te zijn gediscrimineerd. Hieronder worden vrije beroepsbeoefenaren, al dan niet als zelfstandige werkzaam, begrepen.

De leden van de SGP-fractie zijn van mening dat de positie van de werkgever die ten onrechte wordt beschuldigd van discriminatie door dit wetsvoorstel verzwakt wordt. Zij vroegen of de regering deze zienswijze deelt en of zij hiervoor een inhoudelijke rechtvaardiging heeft.

Zoals hierboven al is aangestipt, doet zich op het door de richtlijn bestreken terrein vaak het probleem voor dat een rechtzoekende (werknemer) niet beschikt over informatie en gegevens waarmee hij zijn vordering kan adstrueren omdat die gegevens, naar hun aard, onder de wederpartij (werkgever) rusten. Als gevolg hiervan loopt die rechtzoekende het risico verstoken te blijven van bescherming tegen schending van het beginsel van gelijke behandeling. Ofschoon, zoals hiervoor is aangegeven, ons burgerlijk procesrecht verschillende mogelijkheden kent om aan deze onevenwichtigheid tegemoet te treden, ziet de regering het onderhavige wetsvoorstel als een middel om de balans verder in evenwicht te brengen, opdat de belangen van (proces)partijen op evenwichtige wijze worden gewogen. De regering deelt dan ook niet de door deze leden geschetste zienswijze dat versterking van de positie van de ene partij zonder meer ten koste van de (processuele) belangen van de andere partij gaat. Het is veeleer zo dat een benarde positie van de één wordt verbeterd met inachtneming van de belangen van de ander. Het eerste geschiedt doordat de rechter reeds op basis van een vermoeden aanneemt dat ongerechtvaardigd onderscheid is gemaakt en het aan de wederpartij is door tegenbewijs, waarover hij in het algemeen wel en de eiser niet beschikt, dit vermoeden te ontkrachten. De belangen van de gedaagde vinden bescherming in de regel dat de eiser de benodigde feiten moet stellen en, zo nodig, bewijzen waaruit het vermoeden kan worden afgeleid (hierop wordt hierna nog teruggekomen).

Verder verzochten de leden van de SGP-fractie de regering om nader aan te geven of de thans geldende bewijslastverdeling in de Nederlandse rechtspraak of rechtswetenschappelijke literatuur als problematisch is aangeduid.

Naar onze mening kan dit in zijn algemeenheid niet worden gesteld. Ingevolge artikel 177 Rv geldt als hoofdregel dat de partij die zich beroept op bepaalde rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, daarvan bij – voldoende gemotiveerde – betwisting de bewijslast draagt. Van deze

hoofregel wordt afgeweken indien uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling voortvloeit. Hieruit volgt dat de bewijslastverdeling in beginsel is geobjectiveerd, dit wil zeggen dat, behoudens de eisen van redelijkheid en billijkheid, uit de formulering van de wettelijke bepaling waarop het ingeroepen rechtsgevolg is gestoeld, moet worden afgeleid hoe de bewijslast moet worden verdeeld.

Echter, gelet op de thans bestaande wetgeving betekent het voorgaande dat een partij die een vordering instelt ter zake van een jegens haar gemaakt ongerechtvaardigd onderscheid, feiten ter ondersteuning van deze vordering zal moeten stellen en, zo nodig, bewijzen. Weliswaar kan de rechter (bij gebreke van een bijzondere regel van bewijslastverdeling) op basis van de eisen van redelijkheid en billijkheid tot een andere verdeling van de bewijslast komen, maar dit staat dan telkens ter vrije beoordeling van de rechter op grond van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval. Zonder een nadere regeling mag er niet van worden uitgegaan dat in alle gevallen de bewijslast wordt verdeeld op de door de richtlijn voorgestane wijze. Dat het Nederlands burgerlijk procesrecht op dit vlak het probleem van bewijsnood onderkent en daarvoor ook naar een oplossing heeft gezocht, maakt dit niet anders. Immers, de ontwikkelingen tot dusverre laten uiteindelijk onverlet dat het bewijsrisico volledig bij de eiser blijft liggen. In zoverre bestempelt de richtlijn de huidige situatie ten aanzien van bewijslastverdeling als problematisch en dient de Nederlandse wetgeving te worden aangepast.

2. Inhoud van de richtlijn

2.1 Definities

De leden van de fractie van de PvdA, van het CDA en van D66 hebben vragen gesteld omtrent de definitie van indirect onderscheid in de WGB. De PvdA-fractie pleit ervoor de definitie van dit begrip in de bewijslastrichtlijn over te nemen in de nationale wet. De gedachten van de D66-fractie gaan in diezelfde richting. De leden van de CDA-fractie constateren dat de definitie uit de richtlijn breder is. Zij vroegen om een nadere uitleg waarom de bepalingen (uit de WGB en de richtlijn) materieel identiek zijn en waarom een nadere implementatie niet noodzakelijk is. De leden van de D66-fractie vroegen of de Nederlandse rechter de meer gedetailleerde definiëring uit de richtlijn en Europese jurisprudentie kan volgen.

Hierover kan het volgende worden opgemerkt. Hoewel de formulering van de definitie van indirect onderscheid in de WGB niet hetzelfde is als de formulering van het begrip indirecte discriminatie in de richtlijn, dekken deze definities inhoudelijk hetzelfde verschijnsel. Daarbij komt dat de Nederlandse rechter gehouden is de Europeesrechtelijke jurisprudentie te volgen. De definitie uit de richtlijn codificeert de bestaande Europese jurisprudentie over het begrip indirect onderscheid.

Overigens zal in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de AWGB-evaluatie ook worden ingegaan op de definitie van indirect onderscheid. Daarbij zal ook betrokken worden de definitie van dit begrip in de (concept-)richtlijnen ter uitwerking van artikel 13 EG-verdrag.

2.2 Werkings sfeer

De leden van de fractie van de PvdA, de VVD, het CDA, D66 en GroenLinks stelden een aantal vragen die betrekking hebben op het feit dat de bewijslastverdeling in zaken, de wettelijke sociale zekerheid betreffende, geen deel uitmaakt van het wetsvoorstel.

Hierover kan het volgende worden opgemerkt. De bewijslastverdeling in zaken met betrekking tot de wettelijke sociale zekerheid maakte aanvanke-

lijk wel deel uit van de ontwerprichtlijn. Nederland was hier destijds ook voorstander van. Aangezien dit echter op grote weerstand stuitte bij een aantal lidstaten is de wettelijke sociale zekerheid uiteindelijk niet opgenomen in de definitieve tekst van de richtlijn.

In het algemeen worden bij implementatie in de nationale wetgeving geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Het nu voorliggende wetsvoorstel beperkt zich daarom tot het door de richtlijn bestreken rechtsgebied.

Bedoelde leden stelden tevens de vraag of de omkering van de bewijslast op het gebied van de wettelijke sociale zekerheid niet reeds voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Naar aanleiding daarvan merken wij op dat jurisprudentie van het Hof in de door deze leden bedoelde zin ons niet bekend is. In Hofzaken op het gebied van de wettelijke sociale zekerheid staat veelal de vraag centraal of een bepaalde wettelijke regeling in overeenstemming is met het communautaire gelijke behandelingsrecht. De bewijslastverdeling tussen een uitkeringsgerechtigde als eiser en een uitvoeringsorgaan als wederpartij kwam daarbij tot nu toe niet expliciet aan de orde.

De leden van de fractie van GroenLinks vroegen verder een reactie op de stellingname dat door het uitsluiten van het terrein van de sociale zekerheid er een tweedeling dreigt te ontstaan in de communautaire regelgeving op het gebied van gelijke beloning en gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Zoals eerder opgemerkt, zijn er belangrijke ontwikkelingen gaande op het terrein van het Europese gelijke behandelingsrecht. Deze zullen naar verwachting ook van invloed zijn op de bestaande communautaire regelgeving met betrekking tot de discriminatiegrond geslacht. De regering acht het niet wenselijk om op deze ontwikkelingen vooruit te lopen.

Naar de mening van de leden van de PvdA-fractie zou de wetgever onvoldoende motiveren waarom is afgezien van de uitsluiting van strafzaken. In antwoord hierop zij opgemerkt dat het niet nodig is het strafrecht uitdrukkelijk van de werking van de onderhavige regeling uit te sluiten. Ingevolge artikel 3, tweede lid, van de richtlijn is deze niet van toepassing op strafrechtelijke procedures, tenzij de lidstaten anders bepalen. Voor zover deze leden evenwel willen betogen dat de richtlijn ook in het strafrecht zou moeten doorwerken, merken wij op dat het strafrechtelijk bewijsrecht op een andere leest is geschoeid dan het civielrechtelijk. Verschuiving van de bewijslast in die zin dat het aan de verdachte van discriminatie is om zijn onschuld aan te tonen, is in het strafrecht niet aan de orde.

De leden van een aantal fracties hebben vragen gesteld over het niet van toepassing zijn van de verschuiving van de bewijslast op arbitrageprocedures en procedures bij de Commissie gelijke behandeling. Zo zijn de leden van de PvdA-fractie van mening dat de onderhavige regeling wel van toepassing zou moeten zijn op arbitrageprocedures, temeer daar de Commissie gelijke behandeling deze bewijslastverdeling al hanteert. De leden van de CDA-fractie vroegen waarom bij de Commissie gelijke behandeling geen omkering van de bewijslast geëist wordt. De leden van de fractie van D66 ten slotte wensten meer duidelijkheid over wat het betekent dat de rechtsgang via de Commissie gelijke behandeling buiten het bereik van de richtlijn valt.

Aanstonds zij opgemerkt dat uitspraken van de Commissie gelijke behandeling niet als arbitrage zijn aan te merken. Eén van de belangrijke verschillen met arbitrage is dat het oordeel van de Commissie geen bindende werking heeft. Met de procedure bij de Commissie wordt niet voorzien in een vorm van definitieve geschillenbeslechting, waarbij één der partijen wordt veroordeeld. Daarom is aan de Commissie de bevoegd-

heid gegeven zich tot de rechter te wenden die een bindende uitspraak kan geven.

Zoals reeds in de memorie van toelichting is aangegeven, is de richtlijn niet van toepassing op procedures voor de Commissie en evenmin op arbitrageprocedures. Zulks volgt uit de zinsnede in artikel 3, eerste lid, sub b, van de richtlijn waarin buitengerechtelijke procedures van volontaire aard of waarin het nationale recht voorziet, zijn uitgezonderd. De regering acht het ook niet nodig of wenselijk om de onderhavige bewijsregel dwingend van toepassing te laten zijn op voornoemde procedures.

Ofschoon op arbitrage in grote lijnen dezelfde beginselen van procesrecht van toepassing zijn als op de procedure voor de (civiele) rechter, wordt in de arbitrageprocedure niet het wettelijk procesrecht zoals dat geldt bij (civiele) rechtspraak gevolgd (zie artikel 1036 Rv). Zo zijn arbiters niet gebonden aan het wettelijk bewijsrecht voor de dagvaardingsprocedure, zoals neergelegd in de artikelen 176 tot en met 232 Rv, hetgeen in artikel 1039 Rv nog eens wordt onderstreept. Uitgangspunt is dat, naast enkele specifiek voor het arbitraal geding voorgeschreven procesregels, partijen zelf de wijze van gedingvoering overeenkomen, waar nodig aangevuld met door het scheidsgerecht vastgestelde procesregels. Hierbij past niet een expliciet voor arbitrage voorgeschreven regel van bewijslastverdeling, zoals neergelegd in de richtlijn. Dit zou te zeer op gespannen voet staan met de contractsvrijheid van partijen ter zake.

Wat betreft de procesvoering in gelijke behandelingszaken voor de Commissie wordt er ten overvloede op gewezen dat aan de Commissie een actieve rol is toebedeeld. Anders dan in het burgerlijk procesrecht, zijn partijen niet primair verantwoordelijk voor het aandragen van feiten en zonodig het bewijs daarvan. De Commissie stelt zelf een onderzoek in. Daarbij kan zij alle inlichtingen en bescheiden vorderen die zij redelijkerwijs bij de uitoefening van het onderzoek nodig denkt te hebben, in beginsel ook van anderen dan betrokkenen. Het voorgaande brengt overigens niet mee dat het de Commissie gelijke behandeling niet toegestaan zou zijn om in lijn met dit wetsvoorstel en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie de bewijslast te verschuiven.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of het volgens de richtlijn noodzakelijk is dat ook de pensioenregelingen van beroepsgenoten onder de bepaling van de verschuiving van de bewijslast gaan vallen.

Een noodzaak hiertoe op basis van de richtlijn bestaat niet. Dat dit wel gebeurt, hangt echter samen met de keuze voor de implementatie van de richtlijn in de WGB, waarin ook regels zijn gesteld voor de pensioenvoorzieningen van beroepsgenoten. Er is geen aanleiding om bij de implementatie een uitzonderingsbepaling in de WGB op te nemen voor beroepsgenoten.

De leden van de SGP-fractie vroegen wat de inhoudelijke rechtvaardiging is voor de uitbreiding van het toepassingsbereik van de bewijslastrichtlijn tot de pensioenvoorzieningen van beroepsgenoten.

In Nederland zijn de richtlijnen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht op het terrein van de arbeid geïmplementeerd in de WGB. De WGB voorziet in een verbod op onderscheid voor degenen die – al dan niet in dienstverband – arbeid verrichten. Daaronder vallen ook beroepsgenoten. Hoewel de onderhavige richtlijn strikt genomen gelet op haar werkingssfeer niet ziet op de regeling van de bewijslastverdeling voor beroepsgenoten waar het pensioenvoorzieningen betreft, heeft het kabinet bij de implementatie van de onderhavige bewijslastrichtlijn in de WGB, zoals hiervoor ook is opgemerkt, geen aanleiding gezien voor de pensioenvoorziening van deze categorie werkenden een uitzondering te maken. Een beroepsgenoot die deelneemt aan een beroepspensioenregeling moet dezelfde bescherming krijgen als een werknemer die aan

een pensioenregeling deelneemt, ook op het terrein van de bewijslastverdeling.

De leden van de fractie van D66 vroegen een voorbeeld te geven van de gevolgen van het onderhavige wetsvoorstel op de bovenwettelijke pensioenen.

Ingevolge artikel 12b WGB is het bijvoorbeeld niet toegestaan onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen wat betreft de bepaling van de kring van personen voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, wat betreft de bepaling van de inhoud van een pensioenvoorziening of wat betreft de wijze van uitvoering daarvan. Indien een vrouwelijke werknemer feiten aanvoert waaruit blijkt dat aan haar, in tegenstelling tot aan haar mannelijke collega's geen pensioentoezegging wordt gedaan, is het aan de werkgever te bewijzen dat dit feit geen gevolg is van onderscheid naar geslacht bij de bepaling van de kring van personen voor wie een pensioenregeling tot stand wordt gebracht.

De leden van de SGP-fractie achtten de redenen waarom ook de bestuursrechtelijke procedures onder het bereik van het wetsvoorstel worden gebracht niet overtuigend. Deze leden vroegen de regering voorts meer expliciet en concreet in te gaan op de vraag of een ontwikkeling overeenkomstig de strekking van de richtlijn zichtbaar is in de jurisprudentie van de bestuursrechter.

Er zij op gewezen dat de richtlijn ook op de procedure bij de bestuursrechter van toepassing is. Op grond van artikel 3, eerste lid, sub b, is de richtlijn immers van toepassing op elke civiel- of bestuursrechtelijke procedure inzake de openbare of particuliere sector. Lidstaten kunnen er ingevolge artikel 4, derde lid, vanaf zien om te komen tot een verschuiving van de bewijslast in procedures waarbij de verplichting tot onderzoek berust bij de rechtbank, maar de regering heeft geen aanleiding gezien om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Alhoewel de leden van de SGP-fractie er terecht op hebben gewezen dat in het algemeen de bewijsregeling in het civiele recht en het bestuursrecht wezenlijk verschilt, zien wij hierin onvoldoende aanleiding om bij de implementatie van de onderhavige richtlijn een onderscheid te maken tussen de bestuursrechter en de civiele rechter.

Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, is de bestuursrechter een actieve onderzoekstaak toebedeeld, zodat ook nu al kan worden gehandeld overeenkomstig de richtlijn. In zoverre zou er vanuit de nationale optiek geen noodzaak zijn voor een wettelijke regeling inzake de bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zoals uit de op 1 mei 2000 aan de Tweede Kamer aangeboden notitie over de Nederlandse inzet bij de Europese voorstellen anti-discriminatie (Kamerstukken II 1999/2000, 22 112, nr. 155) en het daarbij gevoegde advies van de interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) blijkt, is het vaste jurisprudentie dat bij een niet direct onaannemelijk beroep op het gelijkheidsbeginsel, de bewijslast verschuift naar het bestuursorgaan (de zgn. processuele functie van het gelijkheidsbeginsel). Wat onder «niet direct onaannemelijk» moet worden verstaan kan echter beperkter zijn dan waartoe de onderhavige richtlijn – evenals de (ontwerp)richtlijnen ter uitwerking van artikel 13 EG-verdrag – verplicht, nu hierin wordt gesproken over «feiten aanvoeren ... die discriminatie kunnen doen vermoeden». Wat betreft de verdeling van de bewijslast is door de ICER dan ook aanbevolen om ook voor het bestuursprocesrecht een regel omtrent de bewijslastverdeling in discriminatiezaken op te nemen teneinde geen twijfel te laten bestaan over de mate waarin de eiser een vermoeden moet opwerpen en vanwege de eisen van kenbaarheid. Dit standpunt van de ICER is door de betrokken bewindslieden onderschreven. Wij menen dat er geen aanleiding is om bij de implementatie van de onderhavige richtlijn af te wijken van dit standpunt.

2.3 Bewijslastverdeling

De leden van de fracties van PvdA, VVD en GroenLinks wijzen erop dat artikel 4, tweede lid, van de richtlijn de lidstaten vrijlaat om een gunstiger bewijsregeling in te voeren. Zij vroegen of een viertal bewijsregels, die uit het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie zijn geschrapt, besloten liggen in de voorgestelde wetsbepaling.

Over de eerste, door deze leden genoemde, bewijsregel «bij twijfel over de bewijsvoering van de werkgever, valt dit ten voordele van de eisende partij uit» kan worden opgemerkt dat deze van toepassing zal zijn in het geval de bewijslast op basis van de voorgestelde wetsbepaling verschoven is naar de wederpartij. Immers, het bewijzen strekt ertoe de rechter tot het oordeel te voeren dat de te bewijzen feiten naar een redelijke mate van zekerheid als vaststaand kunnen worden aangemerkt. Ingeval van twijfel kan dit oordeel niet worden bereikt, hetgeen in het nadeel is van de partij aan wie het bewijs is opgedragen. Aangezien het de werkgever is die ingevolge het wetsvoorstel – ter uitvoering van de richtlijn – bewijs dient te leveren tegen het vermoeden van ongerechtvaardigd onderscheid, treft dit nadeel hem, hetgeen tot voordeel van de eisende werknemer strekt. Ook de tweede bewijsregel, die luidt: «bij een niet-transparant besluit moet de werkgever bewijzen dat schijnbare discriminatie toe te schrijven is aan objectieve factoren», ligt in de thans voorgestelde wetsbepaling besloten. Wanneer een vermoeden van onderscheid is aangenomen, ligt het immers op de weg van de werkgever te bewijzen dat geen onderscheid is gemaakt, of, zo zulks wel het geval is, daarvoor objectief te rechtvaardigen gronden zijn te geven. Op het onderwerp van de derde regel – «alle betrokken partijen moeten de beschikking krijgen over alle informatie waarover de wederpartij beschikt» – is in het voorgaande al opgemerkt dat een dergelijke bepaling niet nodig is. Het vierde punt dat deze leden noemen is – overigens evenals het derde punt – in feite geen regel van bewijsrechtelijke aard. Gesteld wordt dat de omschrijving van het begrip indirecte discriminatie beperkter is dan uit de jurisprudentie blijkt en dat er is geschrapt in welke gevallen er een vermoeden van discriminatie bestaat. In reactie hierop kan het volgende worden opgemerkt. Vergelijking van de definitie uit het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie met de definitie uit de richtlijn, leert dat de zinsnede over de «verwijzing naar, met name, echtelijke staat of gezinssituatie» uit de definitie van indirect onderscheid is geschrapt. Hoewel de formulering van de definitie onder meer op dit punt niet meer geheel hetzelfde is, vormen beide definities een codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent indirect onderscheid. Zij dekken daarmee inhoudelijk hetzelfde verschijnsel. Overigens is de verwijzing naar echtelijke staat en gezinssomstandigheden wel opgenomen in de definitie van het begrip indirect onderscheid in artikel 1 WGB.

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe de verschuiving van de bewijslast ten aanzien van discriminatie op grond van geslacht, zich verhoudt tot de verdeling van de bewijslast bij de andere non-discriminatiegronden die zijn opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling. Zij wezen op de voorstellen van de Europese Commissie ter uitvoering van artikel 13 van het EG-Verdrag, waarin wat betreft de in artikel 13 EG-Verdrag genoemde non-discriminatiegronden wordt voorzien in een verschuiving van de bewijslast.

In de eerste plaats zij herhaald dat in geval van implementatie in het algemeen niet meer wordt geregeld dan voor die implementatie noodzakelijk is. Dit wordt ook thans vermeden zodat wordt volstaan met een regeling voor de verschuiving van de bewijslast ten aanzien van discriminatie op grond van geslacht. In de tweede plaats wordt erop gewezen dat het kabinet, zoals blijkt uit de genoemde notitie over de Nederlandse inzet bij de Europese voorstellen anti-discriminatie van 1 mei 2000, positief staat

tegenover een verschuiving van de bewijslast bij andere non-discriminatiegronden. In het onderzoek in verband met de evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling dat door de Katholieke Universiteit Nijmegen is verricht, wordt ook aanbevolen om te komen tot een verschuiving van de bewijslast met betrekking tot de door de Algemene wet gelijke behandeling bestreken non-discriminatiegronden. Dit onderzoek is op 30 november 1999 door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer aangeboden. In het kabinetsstandpunt over dit evaluatie-onderzoek zal op deze kwestie worden teruggekomen.

De leden van de VVD-fractie alsmede de leden van de CDA-fractie vroegen om een nadere uitleg over wat precies moet worden verstaan onder het «aanvoeren van feiten». In het verlengde hiervan ligt de vraag van de leden van de CDA-fractie of er bepaalde voorwaarden zijn met betrekking tot de inhoud van de eis, voordat sprake is van omkering van de bewijslast. Voorts vroegen deze leden of nader kan worden ingegaan op situaties waarin het voor de verweerder moeilijk zal zijn om aan te tonen dat hij niet heeft gediscrimineerd.

Alvorens deze vragen te beantwoorden, wijzen wij erop dat het wetsvoorstel niet voorziet in een omkering van de bewijslast. Het wetsvoorstel werkt, in navolging en ter uitwerking van de richtlijn, met de figuur van een «vermoeden», dat niet een bewijslastomkering behelst, maar in wezen een wijze van redeneren is die leidt tot het aannemen van bepaalde feiten waaraan de ingeroepen rechtsgevolgen zijn verbonden. Aldus gaat het bij vermoedens erom dat een zogenoemd hulp- of intermediair feit komt vast te staan, waaruit (door de rechter of de wetgever) wordt afgeleid dat een bepaald ander feit vaststaat, waaruit ten slotte het intreden van een bepaald rechtsgevolg kan worden aangenomen. Met andere woorden: uit het vaststaande (hulp)feit A wordt afgeleid dat feit B vaststaat, zodat het oordeel wordt bereikt dat de aan dat feit B verbonden rechtsgevolgen intreden.

Het voorschrift dat eiser «feiten aanvoert» heeft betrekking op de zojuist als hulp- of intermediaire aangeduide feiten waaruit het feit dat onderscheid is gemaakt door de rechter kan worden afgeleid. Het is aan de rechter om te bepalen wanneer van een dergelijk vermoeden van onderscheid sprake is. Feiten waarop het vermeend discriminerend gedrag rechtstreeks is gestoeld, hoeven derhalve niet door eiser te worden gesteld, laat staan bewezen.

Het gaat hier om feiten in de zin van de artikelen 176 en 177 Rv. Dit betekent dat, zoals in het algemeen ten aanzien van de stelplicht van partijen geldt, de stellingen «met redenen omkleed», ofwel voldoende gemotiveerd moeten zijn (zie voor eiser artikel 140 Rv). Op die grond kan een algemeen en zonder enige onderbouwing geformuleerde stelling worden gepasseerd, hetgeen leidt tot afwijzing van de vordering. Voorts zullen de door eiser te stellen (hulp)feiten, ingeval van voldoende gemotiveerde betwisting, op de voet van artikel 177 (in verbinding met artikel 176, eerste lid, Rv) ook door eiser moeten worden bewezen. Een en ander komt wellicht wat scherper naar voren in de Engelse en Franse teksten van de richtlijn, waar in artikel 4 wordt gesproken van «establish» respectievelijk «établit». Deze woorden drukken niet slechts een aanvoeren in de zin van stellen uit, maar impliceren voorts dat die feiten komen vast te staan. Aldus wordt voorkomen dat de verweerder op (te) lichtzinnige wijze met een bewijsopdracht wordt belast of zelfs dat het verweerder is die in een positie van bewijsnood komt te verkeren. In aanmerking nemend dat de bewijsopdracht van de verweerder betrekking zal hebben op zich in zijn sfeer bevindende feiten en gegevens, brengt het een en ander mee dat er niet snel voor hoeft te worden gevreesd dat de verweerder moeilijk zal kunnen aantonen dat hij niet heeft gediscrimineerd.

De leden van de CDA-fractie vroegen nader in te gaan op het begrip «kennelijke discriminatie» waarvan het Hof spreekt. Met het begrip «kennelijke discriminatie» wordt bedoeld op een uiterlijke schijn van discriminatie.

De leden van de CDA-fractie vroegen of nader ingegaan kan worden op situaties waarin het voor de verweerder moeilijk zal zijn om aan te tonen dat hij niet heeft gediscrimineerd. Het zal voor een verweerder moeilijk zijn om aan te tonen dat hij niet gediscrimineerd heeft indien hij niet kan aangeven op basis van welke overwegingen hij tot een bepaald besluit is gekomen en dit ook niet door middel van documentatie kan onderbouwen. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien een verweerder voorafgaande aan de werving en selectie van personeel verzuimd heeft functie-eisen op te stellen op grond waarvan kandidaten geselecteerd moeten worden en/of tijdens het wervings- en selectieproces de functie-eisen verandert. Kan de verweerder daarentegen op basis van de overlegde gegevens aantonen dat er een zorgvuldig wervings- en selectieproces heeft plaatsgevonden, dan zal het vermoeden van onderscheid door hem weerlegd kunnen worden.

De leden van de CDA-fractie vroegen om een reactie op de zin die eerder in een van de geannoteerde agenda's door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is opgenomen over de richtlijn: «De Nederlandse praktijk, gebaseerd op een combinatie van wetgeving en rechtspraak, is in overeenstemming met de richtlijn».

Na heroverweging is gebleken dat de bovenstaande stelling – door het ontbreken van de verplichting van de rechter om in alle gevallen van een vermoeden van discriminatie, als bedoeld in deze richtlijn, de bewijslast naar de verweerder te verschuiven – in zijn algemeenheid niet juist is.

De leden van de CDA-fractie constateerden dat de praktijk van de rechtspraak zich al ontwikkeld heeft in de richting van de eisen uit de richtlijn en vroegen of nader ingegaan kon worden op de regels die in de praktijk ontwikkeld zijn met betrekking tot de verdeling van de bewijslast. De leden van deze fractie vroegen of hierbij niet een rol speelt dat «negatieve feiten» moeilijk te bewijzen zijn. Tevens vroegen de leden van deze fractie nogmaals naar de noodzaak van de voorgestelde implementatiehandelingen.

Zoals hiervoor in paragraaf 1 is aangegeven in antwoord op een vraag van de leden van de SGP-fractie heeft de rechter nu al de mogelijkheid om de bewijslast afhankelijk van de omstandigheden van het geval in afwijking van de hoofdregel op grond van een bijzondere regeling of de eisen van redelijkheid en billijkheid anders te verdelen. Ook heeft de Hoge Raad rechtspraak ontwikkeld op grond waarvan ter tegemoetkoming aan de bezwaren die kleven aan een bepaalde verdeling van de bewijslast, aan de stel(- of motiverings-)plicht van de wederpartij zwaardere eisen kunnen worden gesteld, bijvoorbeeld door te verlangen dat nadere gegevens worden overgelegd aan de hand waarvan de partij op wie bewijslast (nog steeds) rust zich daarvan kan kwijten door de onjuistheid van die gegevens aan te tonen. Het gaat hier veelal om gevallen waarbij de feiten zich hebben afgespeeld rondom de wederpartij en de gegevens daaromtrent ook bij deze berusten. Ofschoon met deze mededelingsplicht in de vorm van een verzwaarde stelplicht de bewijslast en het bewijsrisico niet wordt verschoven of omgekeerd, wordt de positie van de partij met de bewijslast aanzienlijk verlicht. Het niet voldoen aan de verzwaarde stelplicht leidt ertoe dat bij gebreke van onvoldoende betwisting niet aan bewijs wordt toegekomen (zie artikel 176, eerste lid, Rv).

Bij indirect onderscheid is het vaste rechtspraak dat, indien de verweerder aanvoert dat voor het gemaakte onderscheid een objectieve

rechtvaardigingsgrond bestaat, hij daarvoor het bewijs zal moeten leveren. Degene die zich gediscrimineerd voelt, hoeft niet aan te tonen dat daarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat. In het algemeen wordt een partij niet belast met een bewijs van negatieve feiten. Met name het arrest Binderen-Kaya¹ is in dit verband van belang. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat de rechter cijfermatige, statistische verschillen aanmerkt als voldoende motivering van de stelling dat gediscrimineerd is, noch dat hij aan dergelijke verschillen een (zwaarwegend) vermoeden voor discriminatie ontleent en enkel op grond van dat vermoeden op de van discriminatie betichte de last legt aan te tonen dat de hem verweten achterstelling berust op rechtens aanvaardbare gronden. Een ander voorbeeld van verschuiving van de bewijslast naar de werkgever op grond van een vermoeden van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen op basis van statistische gegevens, is het Van Dam-arrest². Dit arrest betrof een reorganisatieontslag waarbij uitsluitend de vrouwen van een afdeling ontslagen werden.

Uit het Nederlandse bewijsrecht vloeit evenwel geen verplichting voort om in gevallen van een vermoeden van discriminatie, als bedoeld in de onderhavige richtlijn, de bewijslast te verschuiven. Ook kan niet worden gesteld dat de rechtspraak altijd richtlijn conform is. Herhaald zij dan ook dat naar de mening van de regering niet kan worden volstaan met het kader van artikel 177 Rv en de jurisprudentie in gelijke behandelingszaken die daarop betrekking heeft.

De leden van de CDA-fractie vroegen waarop de verwachting is gebaseerd dat de voorgestelde verschuiving van de bewijslast niet tot meer procedures zal leiden. Ze vroegen verder om een nadere onderbouwing waarom werkgevers minder snel discriminerend gedrag zullen vertonen. Deze verwachting is gebaseerd op twee mogelijke gedragseffecten van het wetsvoorstel die elkaar waarschijnlijk in belangrijke mate zullen compenseren. Het aantal rechtszaken zou enerzijds kunnen toenemen doordat werknemers de kans groter achten dat zij het rechtsgeding zullen winnen. Anderzijds zou het aantal zaken kunnen afnemen, omdat werkgevers – gelet op de verbeterde positie van de eiser bij de rechter – er meer gericht op zullen zijn onderscheid in strijd met de wet te voorkomen of op te heffen. In die zin zou er een preventieve werking van het wetsvoorstel uit kunnen gaan.

De leden van de SGP-fractie zijn van mening dat in de jurisprudentie geen duidelijke trend is in de richting van de bewijslast door de verweerder en vroegen of de regering met meer concrete voorbeelden kan aangeven dat er in de civiele jurisprudentie een verschuiving van de bewijslast plaatsvindt in de richting van de verweerder. Verwezen wordt naar hetgeen hieromtrent in antwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie is geantwoord.

De leden van de SGP-fractie vroegen of de regering meer voorbeelden kan geven van gevallen waarin een afwijking van de gebruikelijke bewijslastverdeling in nationale wetgeving is opgenomen. Welke ervaringen zijn daarmee opgedaan?

Voor de door deze leden gevraagde voorbeelden verwijzen wij gaarne naar ons antwoord in paragraaf 4 op de vraag van de leden van de D66-fractie naar een nadere uitleg omtrent de plaats van de implementatie in het BW en de WGB in plaats van in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of de AWGB. Ons is niet bekend dat de hier opgedane ervaringen aanleiding geven tot zorg. Wij gaan dan ook ervan uit dat die ervaringen positief zijn.

¹ HR 10 december 1982, NJ 1983, 687.

² Hof 's-Hertogenbosch 17 april 1984, NJ 1985, 202.

3. De huidige nationale regelgeving

De leden van de D66-fractie onderkennen dat voor de uitvoering van de richtlijn nadere wetgeving noodzakelijk is. Deze leden willen echter wel zeker stellen dat het wetsvoorstel niet beperkend werkt voor de huidige praktijk van bewijslastregels. Zij vroegen in het bijzonder of een nadelig effect van verplichte bewijslastregels is dat de totstandkoming van nadere jurisprudentie erdoor wordt belemmerd. Verder vroegen zij of de regering nog mensen uit het veld hierover heeft benaderd.

In antwoord op deze vragen merken wij op dat niet ontkend kan worden dat de procesrechtelijke setting van een zaak van invloed kan zijn op de uitkomst van het materiële geschil. Zo kan bewijsnood ertoe leiden dat een vordering niet kan worden toegewezen. Met het wetsvoorstel beogen wij evenwel juist tegemoet te komen aan dit probleem. Aldus wordt een potentiële procesrechtelijke barrière omzeild. Zulks komt niet alleen de rechtvaardigheid, maar ook de rechtsontwikkeling ten goede. Wij vrezen dan ook niet dat de voorgestelde regels de totstandkoming van nadere rechtspraak zal belemmeren. Integendeel, zonder de voorgestelde regels valt veeleer te vrezen dat de rechtspraak niet verder kan ontwikkelen, doordat zaken reeds bij gebrek aan bewijs stranden. Over dit specifieke onderwerp zijn geen mensen uit de praktijk geraadpleegd.

De leden van de fractie van D'66 vroegen zich af wat de gevolgen zouden zijn indien een meerderheid van de Tweede Kamer tegen het onderhavige wetsvoorstel zou stemmen. Zou implementatie van de richtlijn dan onmogelijk worden?

Ten aanzien van een Europese richtlijn geldt dat het EG-Verdrag lidstaten verplicht om hun nationale recht aan te passen in de door de richtlijn aangegeven zin. Lidstaten dienen er voor te zorgen dat het door de richtlijn gewenste resultaat in de nationale rechtsorde verwezenlijkt wordt (artikel 10 juncto 249 EG-Verdrag). Daarbij wordt aan de lidstaten de vrijheid gelaten om vorm en middelen te kiezen. Het door de onderhavige richtlijn beoogde resultaat is een verschuiving van de bewijslast in gevallen waarin het vermoeden van discriminatie op grond van geslacht is gerechtvaardigd. Nederland is derhalve verplicht om er voor te zorgen dat deze verschuiving van de bewijslast in het Nederlandse recht gerealiseerd wordt. De wijze waarop dit geschiedt is vrij. Waar in het huidige wetsvoorstel is gekozen voor wijziging van de WGB en Titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), zou de richtlijn ook ruimte laten om te kiezen voor een andere wijze van implementatie, bijvoorbeeld door aanpassing van artikel 177 Rv. Indien de Tweede Kamer tegen het onderhavige wetsvoorstel zou stemmen zal de regering, gelet op het EG-Verdrag, gehouden zijn een nieuw wetsvoorstel in te dienen, ten einde te trachten de door de richtlijn beoogde verschuiving van de bewijslast op een andere wijze te bereiken. In een dergelijk geval zal tijdige implementatie naar verwachting niet mogelijk zijn. Overigens wordt ervan uitgegaan dat de Nederlandse rechter, zolang de richtlijn niet via wetgeving is geïmplementeerd, artikel 177 Rv richtlijnconform zal toepassen. Gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan dit evenwel niet zonder meer, zoals ook in de memorie van toelichting is uiteengezet, als een afdoende wijze van implementatie van de richtlijn worden beschouwd. Indien Nederland niet (of niet tijdig) voldoet aan de verplichting om de verschuiving van de bewijslast te realiseren zal sprake zijn van schending van de implementatieplicht. Bij schending van de implementatieplicht kan het Hof van Justitie in een infractieprocedure constateren dat een lidstaat in gebreke is gebleven. Indien een lidstaat vervolgens geen gevolg geeft aan de uitspraak van het Hof kan het Hof van Justitie de desbetreffende lidstaat een forfaitaire som of dwangsom opleggen.

4. Implementatie in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek

In antwoord op de vraag van de leden van de PvdA-fractie om de verschuiving van de bewijslast nu al op te nemen in de Algemene wet gelijke behandeling, mede in het licht van de voorstellen ter uitwerking van artikel 13 EG-Verdrag en het genoemde onderzoek van de Katholieke Universiteit Nijmegen, wordt verwezen naar het eerder gegeven antwoord op een vraag van deze leden naar de verhouding tussen het wetsvoorstel en de regeling voor de bewijslast bij de andere non-discriminatiegronden. Ook de leden van de VVD-fractie en de CDA-fractie die hierover een vraag hebben gesteld, verwijzen wij naar dit antwoord. In de voorstellen ter uitwerking van artikel 13 EG-Verdrag is voorzien in een verschuiving van de bewijslast en in zoverre is er op Europees niveau in de toekomst wellicht sprake van een zekere harmonisatie van wetgeving op andere non-discriminatiegronden dan geslacht, waarnaar de leden van de VVD-fractie hebben gevraagd. Zoals hiervoor is gezegd, staat het kabinet positief tegenover een verschuiving van de bewijslast, zoals voorzien in de richtlijnen ter uitvoering van artikel 13 EG-Verdrag, waarnaar door de leden van de CDA-fractie is gevraagd. De bewijsrechtelijke problemen bij andere non-discriminatiegronden dan geslacht zijn in zoverre gelijk dat het leveren van adequaat bewijs bij iedere vorm van discriminatie problematisch is. Het is echter niet wenselijk om in het kader van de implementatie van deze richtlijn al vooruit te lopen op de implementatie van de voorstellen ter uitwerking van artikel 13 EG-Verdrag. Hetzelfde geldt voor een regeling in de Algemene wet gelijke behandeling, nu een mogelijke verschuiving van de bewijslast één van de elementen is die bij de evaluatie van deze wet wordt gezien.

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom de Commissie gelijke behandeling niet om advies is gevraagd over de implementatie van deze richtlijn.

Er is hiervan afgezien omdat het bij de implementatie van deze richtlijn voornamelijk gaat om een technische omzetting in de nationale regelgeving. Bovendien is de richtlijn niet van toepassing op procedures voor de Commissie gelijke behandeling.

In een eerdere fase, namelijk bij brief van 15 september 1988, is het oordeel van de Sociaal-Economische Raad (SER) gevraagd over het door de Europese Commissie op 24 mei 1988 bij de Raad van Ministers ingediende voorstel voor een richtlijn betreffende de bewijslast op het gebied van gelijke beloning voor en gelijke behandeling van vrouwen en mannen. Op 17 november 1989 heeft de SER advies uitgebracht. Ook de toenmalige Emancipatieraad heeft hierover in een eerdere fase, namelijk op 25 november 1988, geadviseerd.

De leden van de D66-fractie vroegen om een nadere uitleg waarom is gekozen voor implementatie in het BW en de WGB in plaats van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of de AWGB. Verder verzochten deze leden de regering een aantal voorbeelden te geven van bepalingen die impliciet dan wel expliciet een regel van bewijslastverdeling inhouden en niet genoemd zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Voor wat betreft de implementatie in de AWGB wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt op soortgelijke vragen van de leden van de fractie van de PvdA, de VVD en het CDA. Daarbij zij vermeld dat de AWGB niet alleen betrekking heeft op de discriminatiegrond geslacht maar ook op andere gronden. Daarom is de AWGB geen geschikt implementatiekader voor de onderhavige richtlijn.

Met betrekking tot het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering merken wij in dit verband op dat het in artikel 177 Rv neergelegde stelsel meebrengt dat concrete regels van bewijslastverdeling in het materiële

recht zijn te vinden. Ingevolge de hoofdregel van artikel 177 Rv dient degene die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, de voor het intreden daarvan benodigde feiten dient te stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting, te bewijzen. Op basis hiervan heeft de wetgever door telkens in de materiële wetgeving aan te geven welke feiten moeten komen vast te staan, alvorens een bepaald rechtsgevolg intreedt en welke feiten ertoe leiden dat, in uitzondering daarop, dat rechtsgevolg niet intreedt, bij wijze van uitgangspunt (denk aan de uitzonderingen van artikel 177 Rv) een verdeling van de bewijslast vastgelegd. Dit geldt het hele materiële recht, met name het Burgerlijk Wetboek, zodat hiervan talloze voorbeelden zijn te geven.

In antwoord op de vraag van de leden van de D66-fractie menen wij te kunnen volstaan hiervan, bij wijze van illustratie, één voorbeeld te noemen. Krachtens de hoofdregel van artikel 74, eerste lid, van boek 6 van het BW verplicht iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Dit brengt mee dat een eiser die zich op grond van deze bepaling beroept op het rechtsgevolg verplichting tot vergoeding van schade, de feiten dient te stellen en, zo nodig, te bewijzen die voor het intreden van dat rechtsgevolg nodig zijn, te weten: de verbintenis, de tekortkoming in de nakoming, schade en causaal verband (zie: «daardoor»). Uit de formulering volgt voorts dat indien de schuldenaar zich beroept op het rechtsgevolg dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, hij ter adstructie daarvoor feiten dient te stellen en bewijzen.

Hiernaast geeft het materiële recht op verschillende plaatsen nadere regels met betrekking tot de verdeling van de bewijslast. Wederom in antwoord op de vraag van de leden van de D66-fractie, noemen wij de volgende voorbeelden:

- artikel 118 lid 3 van boek 3 van het BW: «Goede trouw wordt vermoed aanwezig te zijn; het ontbreken van goede trouw moet worden bewezen»;
- artikel 47 lid 2 van boek 5 van het BW: «In geval van onzekerheid waar de grens tussen twee erven ligt, geldt niet het wettelijk vermoeden dat de bezitter eigenaar is»;
- artikel 99 van boek 6 van het BW: «Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is»;
- artikel 658 lid 2 van boek 7 van het BW: «De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoonst dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer».

Het wordt niet wenselijk geacht op de hierboven weergegeven systematiek een uitzondering te maken door voor de onderhavige gelijke behandelingszaken een bijzondere regel omtrent de verdeling van de bewijslast in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te nemen. Ook uit een oogpunt van kenbaarheid verdient het de voorkeur de voorgestelde bewijslastverdelingsnorm in de WGB en het BW op te nemen.

5. Financiële effecten en bedrijfseffecten

De leden van de fractie van D66 wijzen erop dat de beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen nog steeds omvangrijk zijn. In de Verenigde Staten is een hoge schadevergoeding toegekend aan vrouwen die hebben

kunnen aantonen dat zij jarenlang minder betaald hebben gekregen dan hun mannelijke collega's voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden. Acht de regering het met het oog op het bovenstaande niet verstandig om alsnog een bedrijventoets uit te voeren, zo vroegen deze leden.

De financiële kosten voor werkgevers waarop deze leden doelen zijn geen uitvloeisel van het onderhavige wetsvoorstel. Zij zijn een gevolg van de niet-naleving van het verbod van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden ex artikel 7:646, eerste lid, Boek 7 BW en de bepalingen inzake gelijk loon uit de WGB. Op grond hiervan heeft een werknemer ten opzichte van zijn werkgever aanspraak op een loon dat gelijk is aan het loon dat een werknemer van het andere geslacht voor arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde ontvangt. Indien een werkgever een vrouwelijke werknemer in strijd met deze bepalingen voor arbeid van gelijke waarde minder beloont dan een man, dan heeft zij een vorderingsrecht tot betaling van loon jegens haar werkgever. Het wetsvoorstel biedt alleen een ondersteuning voor een dergelijke vordering in die zin dat de bewijsrechtelijke positie van de werknemer versterkt wordt. Gelet op het voorgaande is het niet nodig een bedrijfseffectentoets te verrichten.

De leden van de SGP-fractie wensen een nadere onderbouwing van de inschatting dat de financiële effecten van het wetsvoorstel marginaal zullen zijn. Zij vroegen of er onderzoek naar de bedrijfseffecten is gedaan. Zal de werkgever niet meer dan thans moeten documenteren (bijvoorbeeld de afwijzingsgronden van sollicitanten met het oog op een eventuele toekomstige procedure)?

Mede door het bestaan van de Commissie gelijke behandeling is er jaarlijks slechts een beperkt aantal rechtszaken, waarbij de eiser de verweerder ongelijke behandeling op grond van geslacht bij de arbeid verwijt. De regering gaat ervan uit dat de voorgestelde verschuiving van de bewijslast niet tot meer procedures zal leiden. Deze verwachting is gebaseerd op twee mogelijke gedragseffecten van het wetsvoorstel. In het antwoord op een eerdere vraag van de leden van de CDA-fractie is hierop ingegaan.

In de memorie van toelichting is reeds vermeld dat er geen bedrijfs-effectentoets is uitgevoerd. Het wetsvoorstel zal met zich meebrengen dat werkgevers onder omstandigheden moeten kunnen aantonen dat er een zorgvuldig wervings- en selectieproces heeft plaatsgevonden. Dit kan onder meer door het overleggen van documentatie geschieden. De verplichting tot een zorgvuldige werving en selectie van personeel vloeit echter al voort uit de norm van het goed werkgeverschap.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGEN

Artikel I

In antwoord op een vraag van leden van de fractie van de PvdA kan worden bevestigd dat in de toelichting op artikel I met «onderscheid als bedoeld in de wet» wordt bedoeld dat het voor de (mogelijk) gediscrimineerde voldoende is dat hij voor de rechter feiten aanvoert die direct of indirect onderscheid doen vermoeden. De wederpartij moet aantonen dat niet «in strijd met» de WGB is gehandeld.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of er een situatie denkbaar is waarin de bewijslast niet hoeft te worden omgedraaid, hoewel de eiser wel stelt dat er sprake is van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Op grond van het voorgestelde artikel 6a WGB verschuift de bewijslast pas naar de verweerder nadat er bij de rechter op grond van de aangevoerde feiten een vermoeden is ontstaan dat er sprake is van direct of indirect onderscheid. Zijn de aangevoerde feiten zodanig dat een dergelijk vermoeden niet ontstaat, dan treedt er geen verschuiving van de bewijslast op.

Verder vroegen de leden van de CDA-fractie hoe het begrip «in rechte feiten aanvoeren» wordt uitgelegd.

Op dit begrip is reeds eerder ingegaan in het antwoord op een vraag van de VVD-fractie in de paragraaf over de bewijslastverdeling. In antwoord op de vraag van de leden van de fractie van D66 over het voorkomen van interpretatieverschillen tussen rechters met betrekking tot het criterium vermoeden van onderscheid wordt opgemerkt dat in het algemeen interpretatieverschillen tussen rechters over bepaalde rechtsvragen niet kunnen worden voorkomen. Alleen al omdat de vraag of er sprake is van een vermoeden van onderscheid in belangrijke mate een waarderingskwestie is, zal zulks ook op het onderhavige terrein het geval zijn. Zoals reeds in de memorie van toelichting is aangegeven, kan ook hier jurisprudentie, in dit geval met name de rechtspraak van het Hof van Justitie, houvast bieden. De Nederlandse rechtspraak op het gebied van de WGB geeft al een ontwikkeling te zien in de richting van de onderwerpelijk bewijslastverdelingsregel. Substantiële afwijkingen in uitspraken worden dan ook niet verwacht.

Verder vroegen de leden van de fractie van D66 of de rechter, mocht hij een vermoeden van onderscheid op grond van het BW of de WGB niet kunnen vaststellen, dan alsnog op grond van de omstandigheden van het geval in afwijking van de hoofdregel van Artikel 177 Rv de bewijslast kan omkeren. In reactie hierop zij het volgende opgemerkt: Indien de rechter uit hetgeen de eiser aanvoert geen vermoeden van discriminatie afleidt, blijft het bewijsrisico op de eiser rusten.

De leden van de fractie van D66 verzochten de regering de verschillen aan te geven tussen directe en indirecte discriminatie.

De Nederlandse gelijke behandelingswetgeving hanteert in plaats van de term «discriminatie» het neutrale begrip «onderscheid». Bij direct onderscheid op grond van geslacht heeft het onderscheid rechtstreeks te maken met het feit dat iemand man of vrouw is. Onderscheid op grond van zwangerschap wordt beschouwd als een vorm van direct onderscheid, omdat immers alleen vrouwen zwanger kunnen zijn. Direct onderscheid is alleen toegestaan indien er sprake is van een van de wettelijke uitzonderings-situaties. In alle andere situaties is het verboden.

Bij indirect onderscheid op grond van geslacht is er sprake van een ogenschijnlijk neutrale bepaling of neutrale handelwijze die echter in de praktijk met name vrouwen of met name mannen benadeelt. Een voorbeeld van indirect onderscheid op grond van geslacht is onderscheid op basis van het in deeltijd werkzaam zijn. Wanneer deeltijders van een bepaalde bedrijfsscholing worden uitgesloten, dan zal dit in veel sectoren met name vrouwen nadelig treffen. Indirect onderscheid is alleen toegestaan indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in dit voorbeeld ook sprake van direct onderscheid op grond van arbeidsduur.

De leden van de SGP-fractie vroegen de regering om voorbeelden van feiten die een vermoeden van discriminatie op grond van geslacht doen ontstaan.

In reactie hierop kan in algemene zin worden opgemerkt dat het aan de rechter is omte bepalen wanneer de door de eiser aangevoerde feiten een vermoeden van onderscheid opleveren. Een voorbeeld van een dergelijk feit kan een cao-bepaling zijn, die kleine deeltijders geheel of gedeeltelijk van de werking van de cao uitsluit, in een sector waar met name vrouwen in deeltijd werkzaam zijn. Een tweede voorbeeld kan ontleend worden aan de zaak Danfoss (C-109/88, Jur. 1989, 3199). Hierin is bepaald dat er een prima facie bewijs is geleverd van een vermoeden van onderscheid indien een vrouwelijke werknemer, in verhouding tot een relatief groot aantal loontrekkenden, aantoont dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager ligt dan die voor mannelijke werknemers en het beloningsbeleid van de desbetreffende onderneming wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid.

Verder legden de leden van de SGP-fractie de regering een aantal praktijk-situaties voor met de vraag of in deze gevallen sprake zou kunnen zijn van een vermoeden van onderscheid.

Zoals gezegd, is het aan de rechter om te bepalen wanneer van een vermoeden van onderscheid sprake is, zodat hier alleen een antwoord in meer algemene zin op zijn plaats is. De regering gaat er van uit dat het enkele feit dat in een bedrijf aanzienlijk meer vrouwen dan mannen werkzaam zijn geen vermoeden van onderscheid kan opleveren. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat als gevolg van de nog bestaande seksesegregatie in beroepen, in bepaalde sectoren met name vrouwen werkzaam zijn en in bepaalde andere sectoren met name mannen. Wat de vragen van deze leden over het voorkeursbeleid betreft, zij het volgende opgemerkt: In de artikelen 5 lid 1 WGB en 646, vierde lid, Boek 7 BW is een uitzondering op het verbod van onderscheid opgenomen voor voorkeursbehandeling. Wanneer een werkgever vermeldt dat bij een sollicitatieprocedure de voorkeur wordt gegeven aan een vrouw, dan geeft hij daarmee tevens aan direct onderscheid te zullen maken op grond van geslacht. Mocht de sollicitant in verband hiermee na afwijzing een procedure bij de rechter starten, dan rust op de werkgever de bewijslast voor het feit dat dit onderscheid voldoet aan de vereisten van 5 lid 1 WGB dan wel 646, vierde lid, Boek 7 BW.

Artikel III

De leden van de fractie van de PvdA zijn van mening dat de regering niet erg veel vaart heeft gezet achter een aantal voorgenomen aanpassingen van de gelijke behandelingsregelgeving. Zij vroegen wanneer zij deze aanpassingen kunnen verwachten.

Op de bedoelde aanpassingen, die op het terrein van gelijke beloning van mannen en vrouwen liggen, is ingegaan in het Plan van aanpak gelijke beloning (Kamerstukken II 1999/2000, 27 099, nr. 1) dat op 8 mei 2000 aan de Tweede Kamer is aangeboden. Hierin is aangegeven dat is afgezien van de wijziging van artikel 7 WGB. Het wetsvoorstel tot Wijziging van de Wet gelijke behandeling in verband met het laten vervallen van de bijzondere verjaringstermijn in artikel 11 WGB (Kamerstukken II 1999/2000, 27 185) is inmiddels door de Tweede Kamer aanvaard. Ook de stand van zaken wat betreft de ontwikkeling van een instrument om functie-waarderingsystemen op seksenutraliteit te onderzoeken is in het Plan van aanpak gelijke beloning beschreven. De verwachting bestaat dat dit instrument in oktober of november van dit jaar beschikbaar komt.

De leden van de fractie van D66 vroegen hoe lang de regering denkt nodig te hebben voor voorlichtingsactiviteiten.

Betrokkenen zullen hierover binnenkort worden geïnformeerd. Ervan uitgaande dat de voorgestelde wijzigingen van de WGB en het BW op 1 januari 2001 in werking kunnen treden, zal dit najaar gestart worden met voorlichtingsactiviteiten.

De leden van de fractie van GroenLinks begrijpen dat de regering ernaar streeft om ruim voor de afloop van de implementatietermijn het wetsvoorstel in werking te laten treden. Wat wordt bedoeld met ruim voor de implementatietermijn, zo vroegen deze leden.

In de algemene paragraaf is aangegeven dat er enige vertraging is opgetreden in de totstandkoming van dit wetsvoorstel. De regering gaat er vooralsnog vanuit dat het wetsvoorstel uiterlijk 1 januari 2001 – de datum waarop de implementatietermijn van de richtlijn afloopt – ingevoerd kan worden.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. E. Verstand-Bogaert