

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht**

De Minister van Justitie
Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Schedeldoekshaven 200
2511 EZ Den Haag

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Anna van Hannoverstraat 4
2509 BJ Den Haag

De Staatsecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Mevrouw Mr A.E. Verstand-Bogaert
Anna van Hannoverstraat 4
2509 BJ Den Haag

Datum
31 januari 2001

Doorkiesnummer
(070) 348 65 65

Onderwerp:
Advies inzake de arresten Badeck (C-158/97) en Abrahamsson
(C-407/98) inzake voorkeursbehandeling van vrouwen bij aanstelling en promotie

1. Inleiding

Op 10 juni 1998 heeft de ICER advies uitgebracht over het arrest-Marschall (C-409/95) van 11 november 1997 van het Hof van Justitie van de EG. De ICER concludeerde in voornoemd advies dat er vooralsnog geen aanleiding was de Nederlandse wetgeving en de Nederlandse voorlichting over toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling aan te passen. De ICER achtte het zinvol de uitspraak van het Hof in de toen aanhangige zaak-Badeck (C-158/97) af te wachten, aangezien de daaraan ten grondslag liggende casus meer gelijkenissen vertoonde met Nederlandse vormen van voorkeursbehandeling. Op 28 maart 2000 heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak Badeck. Op 6 juli 2000 is ook het arrest-Abrahamsson (C-407/98) geweest, dat eveneens betrekking heeft op een nationaal stelsel van voorkeursbeleid.

Een analyse van deze beide arresten achtte de ICER gewenst, om meer duidelijkheid te verkrijgen over de criteria die het Hof stelt voor de toelaatbaarheid van het hanteren van een voorkeursbehandeling van vrouwen bij aanstelling en promotie. De criteria zijn met name van belang voor de vraag of de meest vergaande vormen van voorkeursbehandeling (het uitsluitend werven onder vrouwen; voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid) nog mogelijk zijn.

Dit ICER-advies gaat enkel in op de gevolgen voor het Nederlandse beleid en de wetgeving met betrekking tot de voorkeursbehandeling van vrouwen, aangezien de arresten Badeck en Abrahamsson handelen over voorkeursbehandeling van vrouwen. Het advies kan wel richtinggevend zijn voor het te voeren beleid met betrekking tot een voorkeursbehandeling op basis van andere gronden dan geslacht.

Na een schets van het huidige Nederlandse voorkeursbeleid en de Nederlandse wetgeving onderzoekt de ICER in dit advies de gevolgen van de arresten Badeck en Abrahamsson voor de meest vergaande vormen van voorkeursbehandeling voor vrouwen in Nederland. Tot slot gaat de ICER in op de vraag of de arresten Badeck en Abrahamsson tot aanpassing van de regelgeving of overheidsvoorlichting in Nederland nopen.

2. Het huidige Nederlandse voorkeursbeleid

De wettelijke bepalingen over voorkeursbehandeling van vrouwen bij aanstelling en promotie in Nederland zijn neergelegd in artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek, in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en in de Algemene wet gelijke behandeling. Werkgevers hebben geen wettelijke plicht daartoe maar zijn bevoegd tot het voeren van een voorkeursbeleid.

In de kabinetsnotitie 'Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties' die bij de brief van 11 februari 1993 van de minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer is gevoegd (Kamerstukken II 1992-1993, 23 022), wordt het kader geschetst waaraan een voorkeursbehandeling in het algemeen moet voldoen. Een voorkeursbehandeling is niet verboden als zij tot doel heeft vrouwen een bevoorrechte positie toe te kennen, teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel. Op grond van het evenredigheidsbeginsel is de mate van ongelijkheid, c.q. achterstand, bepalend voor de mate van voorkeursbehandeling. De meest vergaande vormen van voorkeursbehandeling (uitsluitend onder vrouwen werven; voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid) zijn alleen geoorloofd indien zich een vergaande achterstandpositie voor het gekwalificeerde aanbod van vrouwen voordoet. Daarnaast zijn er twee lichtere vormen van toegestane vormen van voorkeursbehandeling. Dit is ten eerste een nadrukkelijke oproep (b.v. in een advertentie) aan vrouwen om te solliciteren en ten tweede de voorkeur voor vrouwen bij gelijke geschiktheid voor de functie.

3. De gevolgen van de arresten Badeck en Abrahamsson voor de meest vergaande vormen van voorkeursbeleid in Nederland

In de arresten Badeck en Abrahamsson wordt teruggegrepen op de eerdere arresten Kalanke en Marschall.

In het Kalanke-arrest van 17 oktober 1995 (C-450/93) oordeelde het Hof dat de Bremense wettelijke verplichting voor de werkgever om bij gelijke geschiktheid automatisch voorrang te verlenen aan een vrouw zolang een bepaalde functiegroep niet voor tenminste 50% door vrouwen wordt bezet, in strijd is met artikel 2, richtlijn 76/207/EG, betreffende een verbod van iedere vorm van discriminatie naar geslacht op het gebied van toegang tot het arbeidsproces, promotie, beroepsopleiding en arbeidsvoorwaarden (hierna te noemen: richtlijn). Het Hof is van oordeel dat een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen en promoties bij gelijke geschiktheid absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen. De motivering waarom een dergelijke regeling absoluut en onvoorwaardelijk is, staat vermeld in punt 23. Blijkens dit punt vervangt een dergelijke regeling bevordering van gelijke kansen door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die kansen zou leiden. Zo'n regeling overschrijdt volgens het Hof de grenzen van de in artikel 2, lid 4, richtlijn voorziene uitzondering, omdat mannen bij voorbaat worden uitgesloten.

In het Marschall-arrest van 11 november 1997 heeft het Hof in punt 24 uitgesproken dat de voorkeursregeling die in dit arrest aan de orde was, een zelfde regeling betrof als in het Kalanke-arrest, met dit verschil dat in deze regeling een "openingsclausule" was opgenomen voor de aanstelling van een man. Deze openingsclausule hield in dat vrouwen niet bij voorrang moeten worden bevorderd, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan. De vraag rees of het criterium van een dergelijke clausule (geen absolute en onvoorwaardelijke voorrang voor vrouwen) slechts gold voor het type regeling in kwestie of gold voor alle typen voorkeursregelingen. Is het laatste het geval, dan zouden de meest vergaande vormen van voorkeursbehandeling niet meer toegestaan zijn. De ICER concludeerde dat er voorsnog geen aanleiding was voor aanpassing van de Nederlandse wetgeving of overheidsvoorlichting over de toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling.

De lijn die het Hof in het arrest-Kalanke heeft uitgezet en die verder is uitgewerkt in het arrest-Marschall wordt voortgezet in de arresten-Badeck en -Abrahamsson. In het arrest-Badeck herhaalt het Hof zijn in het arrest-Marschall gegeven oordeel, dat een voorkeursregeling in overeenstemming is met artikel 2, vierde lid, richtlijn, als zij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch voorrang verleent, en wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten. In het arrest-Abrahamsson grijpt het Hof onder verwijzing naar het arrest-Badeck ook weer terug op dezelfde formulering en geeft vervolgens een nadere uitwerking van criteria die voor een objectieve beoordeling kunnen worden gehanteerd.

De arresten Marschall, Badeck en Abrahamsson laten zien dat het Hof de lijn die werd uitgezet in het arrest Kalanke heeft ontwikkeld op basis van punt 23 van het Kalanke-arrest, waarin het Hof in een punt ten overvloede (na punt 22) aangeeft wat de ondergrens is bij het beginsel van het bevorderen van gelijke kansen waarop artikel 2, lid 4, van de richtlijn stoelt. Een voorkeursbehandeling mag er volgens het Hof niet toe leiden dat de bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen wordt vervangen door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden.

De omstandigheid dat het Hof in de arresten Marschall, Badeck en Abrahamsson bij de daarin aan de orde zijnde verschillende voorkeursregelingen telkens met dezelfde overwegingen benadrukt dat een objectieve beoordeling van alle gegadigden, zowel mannen als vrouwen moet plaatsvinden, geeft aan dat een voorkeursregeling enkel gestoeld mag zijn op gelijke kansen, en niet op een tevoren vaststaande voorkeur voor een vrouw.

Volgens het Hof moet in alle gevallen een beoordeling van de kwalificaties van alle kandidaten plaatsvinden. Daarbij mag wel *ter bevordering van gelijke kansen* rekening worden gehouden met een aantal positieve en negatieve criteria, die, ofschoon zij in geslachtsneutrale bewoordingen zijn gesteld en daarom ook ten gunste van mannen kunnen werken in het algemeen vrouwen bevoordelen.

Het Hof geeft aan dat bijvoorbeeld factoren als diensttijd, leeftijd en de datum van de laatste bevordering buiten beschouwing mogen blijven, als deze niet van belang zijn voor het bepalen van de geschiktheid, de bekwaamheid en het prestatievermogen van de kandidaten. Voorts geeft het Hof aan dat bepaald mag worden dat de gezinssituatie of het inkomen van de partner geen invloed mogen hebben op de procedure en dat bijvoorbeeld het werken in deeltijd, onderbrekingen of vertragingen bij het behalen van diploma's als gevolg van de noodzaak om kinderen of hulpbehoevenden te verzorgen niet aan de kandidaten mag worden tegengeworpen.

Dergelijke criteria beogen volgens het Hof immers niet een formele, maar een materiële gelijkheid tot stand te brengen, door feitelijke ongelijkheden in het maatschappelijk leven te verminderen en nadelen in de beroepsloopbaan van het ondervertegenwoordigde geslacht te voorkomen of te compenseren.

De toepassing van deze criteria moet wel op doorzichtige wijze geschieden en moet door de rechter kunnen worden gecontroleerd.

Is -na toepassing van de vooraf bepaalde criteria- sprake van gelijke kwalificaties, dan mag aan een vrouw de voorkeur worden gegeven. Heeft een man echter betere kwalificaties dan moet hij in de desbetreffende functie worden benoemd.

Maken de arresten Badeck en Abrahamsson de meest vergaande vormen van voorkeursbeleid in Nederland onmogelijk?

Uit de arresten Badeck en Abrahamsson kan met betrekking tot het Nederlandse voorkeursbeleid voor vrouwen bij aanstelling en promotie het volgende worden afgeleid dat:

- een voorkeursbehandeling waarbij slechts vrouwen worden uitgenodigd te solliciteren niet anders gezien kan worden dan een automatische voorrang voor vrouwen en onvoorwaardelijke uitsluiting van mannen. Een zodanige voorkeursbehandeling doorstaat de EG-rechtelijke toets niet;
- een voorkeursbehandeling waarbij automatisch voorrang wordt gegeven aan vrouwelijke kandidaten bij voldoende kwalificatie, ook als een mannelijke kandidaat met betere kwalificaties beschikbaar is, EG-rechtelijk niet toegestaan is;

4 Conclusies

De arresten Badeck en Abrahamsson roepen niet tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving, omdat de Nederlandse wetgeving werkgevers geen verplichting oplegt tot

het hanteren van een voorkeursbehandeling voor vrouwen bij aanstelling en promotie, maar slechts in algemene termen de mogelijkheid daartoe biedt. Zij bevat geen inhoudelijke bepalingen over hoe een voorkeursbehandeling eruit moet zien.

Wel geven deze arresten aanleiding het standpunt van het kabinet, zoals neergelegd in de genoemde notitie van 11 februari 1993 aan de Tweede Kamer, en de voorlichting over toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie. Tot uitdrukking zal moeten worden gebracht dat:

- een voorkeursbehandeling altijd moet voorzien in een objectieve beoordeling van alle sollicitaties, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laten, als de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doorslaat. Het vooraf uitsluiten van mannelijke sollicitanten van een wervings- en sollicitatieprocedure c.q. het niet in behandeling nemen van sollicitaties van mannen is dus niet toegestaan.
- een voorkeursbehandeling waarbij automatisch voorrang gegeven wordt aan vrouwelijke kandidaten bij voldoende kwalificatie niet toelaatbaar is.

Aangezien de arresten Badeck en Abrahamsson naar de mening van de ICER een aanpassing vergen van het kabinetsstandpunt en de voorlichting over toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling, is het gewenst dat de verantwoordelijke ministers dit standpunt heroverwegen en de Tweede Kamer hierover informeren.

5. Aanbevelingen

De ICER beveelt aan het kabinetsstandpunt zoals verwoord in de kabinetsnotitie "Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties" van 11 februari 1993 te heroverwegen met inachtneming van de hiervoor weergegeven conclusies en de Tweede Kamer hierover te informeren.

Tevens beveelt de ICER aan de voorlichting over de toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling aan te passen aan de normen van de Europese jurisprudentie.

De ICER adviseert u dit advies, mede namens de Minister van Buitenlandse Zaken, aan de ministerraad voor te leggen met het voorstel om dit advies op te volgen.

Th.J.A.M. de Bruijn
(eerste voorzitter)

P.H.Holthuis
(tweede voorzitter)

Postadres Secretariaat ICER:
Kamer 4A63
Postbus 20061
2500 EB Den Haag
Fax: 070-348 51 28

