

Rapportage ad-hoc werkgroep arresten- Badeck- en Abrahamsson

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen-Richtlijn 76/207/EEG-Artikel 141 EG-Voorrang aan vrouwelijke kandidaten naar aanleiding van arresten C-158/97, Badeck, van 28 maart 2000, en C-407/98, Abrahamsson, van 6 juli 2000

1. Inleiding
2. Relevante regelgeving
 - 2.1 Europese regelgeving met betrekking tot de voorkeursbehandeling van vrouwen
 - 2.2 Nederlandse regelgeving met betrekking tot de voorkeursbehandeling van vrouwen
3. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG
 - 3.1 De arresten Kalanke en Marschall
 - 3.2 Het Nederlandse standpunt
 - 3.3 De arresten Badeck en Abrahamsson
 - 3.4 De interpretatie van de werkgroep
4. Synthetiserende analyse
5. Conclusies en aanbevelingen

1. Inleiding

Op 10 juni 1998 heeft de ICER advies uitgebracht over het arrest-Marschall van 11 november 1997, zaak C-409/95 (Jur. 1997, blz. I-6363) inzake voorkeursbeleid voor vrouwen (ICER 98-5/44).

De ICER concludeerde dat het arrest-Marschall vooralsnog niet noopte tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving en de Nederlandse voorlichting over toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling. De ICER achtte het zinvol de uitspraak van Hof in de zaak-Badeck af te wachten, aangezien de daaraan ten grondslag liggende casus meer gelijkenissen vertoonde met Nederlandse vormen van voorkeursbehandeling. Met die uitspraak zou volgens de ICER naar verwachting een duidelijk oordeel kunnen worden gegeven over de mogelijkheden die artikel 2, lid 1, en lid 4, richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (Pb 1976, L 39, blz. 40) (hierna te noemen: richtlijn) biedt om een nationaal voorkeursbeleid te voeren.

Op 28 maart 2000 heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak Badeck.

Inmiddels is op 6 juli 2000 ook het arrest-Abrahamsson geweest, dat eveneens betrekking heeft op een nationaal stelsel van voorkeursbeleid. Dit arrest is door de werkgroep mede betrokken in de analyse.

In de arresten van het EG-Hof van Justitie van 28 maart 2000, Badeck, C-158/97 (n.n.g.) en 6 juli 2000, Abrahamsson, C-407/98 (n.n.g. in de Jurisprudentie) zijn verschillende vormen van voorkeursbehandeling voor vrouwen bij de aanstelling en promotie van personeel aan de orde.

Onderwerp vormt de uitleg van artikel 2, lid 1, en lid 4, richtlijn.

De werkgroep heeft bestudeerd welke betekenis deze arresten hebben voor het Nederlandse voorkeursbeleid voor vrouwen bij de aanstelling en promotie van personeel.

2. De relevante regelgeving

2.1 Europese regelgeving met betrekking tot de voorkeursbehandeling van vrouwen

Richtlijn 76/207/EEG

Artikel 2, lid 1, richtlijn bevat een verbod van iedere vorm van discriminatie naar geslacht op de door de richtlijn bestreden gebieden. Deze gebieden betreffen de toegang tot het arbeidsproces, promotie, beroepsopleiding en arbeidsvoorwaarden.

Lid 4 van artikel 2 vormt een uitzondering op dit verbod. Maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen voor vrouwen op de door de richtlijn bestreken gebieden nadelig beïnvloeden, zijn toegestaan.

Artikel 141 EG-verdrag

Artikel 141, lid 1, EG bepaalt dat lidstaten ervoor zorgen dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. Lid 4 van hetzelfde artikel bepaalt dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.

Artikel 13 EG-Verdrag

Artikel 13 EG bepaalt dat discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid bestreden dient te worden. Ter uitwerking van artikel 13 EG-verdrag is op 29 juni 2000 een richtlijn tot stand gekomen, inzake de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming. Deze richtlijn heeft betrekking op het goederen- en dienstenverkeer en op arbeid. Op grond van deze richtlijn is voorkeursbehandeling op grond van ras of etnische afkomst toegestaan. De bestaande richtlijn 76/207/EEG inzake gelijke behandeling op grond van geslacht bij de arbeid wordt ook aangepast. Rekening houdend met deze Europese ontwikkelingen (jurisprudentie en regelgeving) zal moeten worden bekeken in hoeverre het nationale voorkeursbeleid en de nationale wetgeving op dit punt wordt uitgebreid met meerdere non-discriminatiegronden. Het kabinet zal op grond van het tot nu toe gevoerde voorkeursbeleid op termijn een standpunt moeten innemen omtrent de wijze waarop het voorkeursbeleid in de toekomst zal moeten worden gevoerd, daarbij rekening houdend met de jurisprudentie van het EG Hof van Justitie.

Aangezien de arresten Badeck en Abrahamsson handelen over voorkeursbehandeling van vrouwen zal in deze rapportage enkel worden ingegaan op de gevolgen voor het Nederlandse beleid en wetgeving met betrekking tot de 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.

2.2 Nederlandse regelgeving met betrekking tot de voorkeursbehandeling van vrouwen

In Nederland is richtlijn 76/207/EEG wat betreft arbeid krachtens arbeidsovereenkomst geïmplementeerd in artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek en wat betreft arbeid anders dan op grond van arbeidsovereenkomst en arbeid krachtens ambtelijke aanstelling of als vrije beroepsbeoefenaar in de artikelen 1a, 2, 3 en 4 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Beide regelingen bevatten een verbod van onderscheid naar geslacht bij de toegang tot arbeid, opleidingsmogelijkheden, arbeidsvoorwaarden, bevordering en beëindiging van de arbeidsrelatie. Dit verbod geldt echter blijkens artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek, artikel 5, lid 1, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 2, lid 3, Algemene wet gelijke behandeling niet, als het onderscheid 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. Het hanteren van een voorkeursbehandeling voor vrouwen bij aanstelling en promotie in de publieke en private sector is daarmee ingevolge de Nederlandse regelgeving toegestaan doch wordt niet verplicht.

In de memorie van antwoord bij de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Kamerstukken II 1987-1988, 19 908, nr. 6, blz. 32) en de Algemene wet gelijke behandeling (Kamerstukken II 1991-1992, 22 014, nr. 5, blz. 74) zijn de randvoorwaarden voor het voeren van een (facultatieve) voorkeursbehandeling voor vrouwen aangegeven. 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 juridisch kader geschetst waaraan voorkeursbehandeling in het algemeen moet voldoen. Deze voorwaarden zijn:

- de voorkeursbehandeling dient gebaseerd te zijn op een achterstandssituatie van vrouwen en zich te richten op het opheffen van die situatie;
- de voorkeursbehandeling dient slechts plaats te vinden tot het moment waarop de achterstand is opgeheven;
- de achterstand moet worden vastgesteld per functiesoort en –niveau. De achterstand wordt bepaald door het concrete aandeel van vrouwen te vergelijken met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt;
- op grond van het evenredigheidsbeginsel zal de mate van achterstand bepalend moeten zijn voor de mate van voorkeursbehandeling;
- de voorkeursbehandeling dient geschikt te zijn om het daarmee beoogde doel te kunnen verwezenlijken;
- de zorgvuldigheid ten opzichte van derden vereist voorts dat indien in het kader van het opheffen van achterstanden, afgeweken wordt van het beginsel van gelijke behandeling dit vermeld dient te worden in de personeelsadvertenties. Werkgevers dienen derhalve in de desbetreffende advertenties aan te geven welke regels van voorkeursbehandeling in de wervings- en selectiefase zullen worden toegepast.

De toegestane vormen van voorkeursbehandeling (oplopend van licht naar zwaar) zijn:

- (i) een nadrukkelijke oproep (bijv. in een advertentie) aan vrouwen om te solliciteren;
- (ii) voorkeur voor vrouwen bij gelijke geschiktheid voor de functie;
- (iii) voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid voor de functie;
- (iv) gedurende een bepaalde tijd en tot een bepaald aandeel vrouwen in de desbetreffende functie(soort) is vertegenwoordigd uitsluitend selecteren onder (voor de functie gekwalificeerde) vrouwen.

Bovengenoemde criteria en randvoorwaarden voor voorkeursbehandeling staan ook vermeld in de brief van de Minister van Sociale en Werkgelegenheid inzake de uitspraak van het Hof

van Justitie in de zaak Kalanke (Kamerstukken II 1995-1996, 24 564) en in meer summier bewoordingen in door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgebrachte voorlichtingsbrochures ten behoeve van werkgevers in de private sector.

3. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG

Het Hof heeft zich in eerdere arresten uitgesproken over de grenzen die in acht moeten worden genomen bij het voeren van een voorkeursbeleid voor vrouwen bij werving en promotie. De belangrijkste arresten zijn Kalanke en Marschall.

3.1 De arresten Kalanke en Marschall

Kalanke

Het arrest van 17 oktober 1995, Kalanke, C-450/93 (Jur. 1995, blz. I-3051) heeft betrekking op de Bremense landsverordening met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de openbare dienst.

De verplicht voorgeschreven voorkeursregeling die aanleiding gaf tot een uitleg van artikel 2, lid 1, en lid 4, richtlijn hield in essentie in dat –bij gelijke geschiktheid- vrouwen bij voorrang zouden moeten worden benoemd in, c.q. bevorderd naar vacante functies, zolang niet ten minste 50% van de desbetreffende functies door vrouwen zouden zijn bezet. De vraag was of deze regeling in strijd is met artikel 2, lid 1 en 4, richtlijn. Het Hof spreekt eerst uit dat de voorkeursbehandeling, als vervat in de Bremense regeling, discriminatie naar geslacht is, als bedoeld in artikel 2, lid 1, richtlijn (punt 16). Vervolgens gaat het Hof over tot een beoordeling hoe artikel 2, leden 1 en 4, zich verhoudt tot de Bremense regeling.

De belangrijkste overwegingen in dit verband zijn:

- artikel 2, lid 4, heeft een nauwkeurig bepaald en beperkt doel, namelijk het toestaan van maatregelen, die hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen (punt 18);
- tevens behelst het artikel een afwijking van een in de richtlijn neergelegd individueel recht (i.e. het recht om niet te worden gediscrimineerd), die strikt moet worden uitgelegd (punt 21);
- een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen en promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, gaat verder dan de bevordering van gelijke kansen, en overschrijdt de grenzen van de in artikel 2, lid 4, voorziene uitzondering (punt 22);
- bovendien vervangt een dergelijke regeling, voor zover zij erop gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, de in artikel 2, lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die kansen zou kunnen leiden (punt 23).

Het Hof is derhalve 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. Een dergelijke regeling vervangt bevordering van gelijke kansen door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die kansen zou leiden. Zo'n regeling overschrijdt de grenzen van de in artikel 2, lid 4, richtlijn voorziene uitzondering.

Op grond van een en ander komt het Hof tot het oordeel dat artikel 2, eerste en vierde lid, richtlijn in de weg staat aan een voorkeursregeling als de Bremense.

Marschall

Het arrest van 11 november 1997, Marschall, C-409/95 (Jur. 1995, blz. I-6363) heeft betrekking op artikel 2, leden 1 en 4, richtlijn in relatie tot de voorkeursregeling van de Duitse Deelstaat Nordrhein-Westfalen.

De verplicht voorgeschreven voorkeursregeling hield in essentie in dat voor zover in een bepaalde functie in de openbare dienst minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, bij gelijke bekwaamheid, geschiktheid en arbeidsprestatie de voorkeur moet worden gegeven aan een vrouw, tenzij met de persoon van een mannelijke medesollicitant verband houdende redenen zwaarder wegen. De regeling bevat dus –in tegenstelling tot de regeling in de zaak Kalanke- een *openingsclausule* voor de aanstelling van een man, te weten dat vrouwen niet bij voorrang mogen worden bevorderd, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan. De vraag die in de Marschall-zaak aan de orde was, is dan ook of een dergelijke clausule meebrengt dat het systeem niet “absoluut en onvoorwaardelijk” is en binnen de grenzen van artikel 2, lid 4, richtlijn blijft.

Naar het oordeel van het Hof van Justitie verzette de richtlijn zich niet tegen de omstreden wettelijke regeling. Het Hof wees erop dat er in de praktijk een neiging bestaat om mannelijke kandidaten, zelfs bij gelijke kwalificaties, bij bevordering voorrang te geven boven vrouwelijke kandidaten, als gevolg van, onder meer, bepaalde vooroordelen en stereotiepe ideeën over de rol en de capaciteiten van de vrouw in het arbeidsproces. Het Hof overwoog vervolgens:

- een nationale regeling volgens welke bij een bevordering vrouwen met gelijke kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, behoudens toepassing van de openingsclausule, in sectoren waar zij ondervertegenwoordigd zijn een voorkeursbehandeling genieten, kan binnen de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, vallen, nu een dergelijke regeling kan bijdragen in het vormen van een tegenwicht tegen nadelige gevolgen die voor vrouwelijke kandidaten uit de hiervoor omschreven attitudes en gedragspatronen voortvloeien en daarmee tot het verminderen van de feitelijke ongelijkheden die in de realiteit van het maatschappelijk leven kunnen bestaan (punt 31)
- waar artikel 2, lid 4, richtlijn een afwijking behelst op een in de richtlijn individueel recht, mag deze nationale regeling die in het bijzonder vrouwen begunstigt, vrouwen bij een bevordering geen absolute en onvoorwaardelijke voorrang garanderen, daar zij anders de grenzen van de in deze bepaling voorziene uitzondering zou overschrijden (punt 32; het Hof verwijst naar de punten 21 en 22 van Kalanke);
- een nationale voorkeursregeling als de thans in het geding zijnde, die een openingsclausule bevat, overschrijdt die grenzen niet, indien zij, in elk individueel geval, mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten beschouwing laat, wanneer een of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan (punt 33).

3.2 Het Nederlandse standpunt

Uit het arrest Kalanke blijkt dat een wettelijke verplichting voor werkgevers om bij gelijke geschiktheid automatisch voorrang te verlenen aan een vrouw zolang een bepaalde functiegroep niet voor ten minste 50% door vrouwen wordt bezet, EG-rechtelijk niet is toegestaan, omdat een dergelijke regeling verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen.

In de Nederlandse situatie bestaat voor werkgevers geen wettelijke verplichting, doch slechts een bevoegdheid tot het hanteren van een voorkeursbehandeling. De wet stelt de eis van evenredigheid tussen gekozen middel en doel. Voorkeursbehandelingen dienen te worden afgestemd op de concrete omstandigheden in de arbeidsorganisatie in relatie tot het relevante arbeidsaanbod. Op grond hiervan is destijds geconcludeerd dat dit arrest geen gevolgen had voor de Nederlandse wetgeving en uitvoeringspraktijk.

In het Marschall-arrest heeft het Hof in punt 31 uitgesproken dat een voorkeursbehandeling op het gebied van aanstelling en promotie binnen de werkingssfeer van artikel 2, vierde lid, richtlijn kan vallen.

Vragen zijn gerezen naar aanleiding van de in de punten 32 en 33 opgenomen overwegingen met betrekking tot het criterium “geen absolute en onvoorwaardelijke voorrang”. Met name naar aanleiding van punt 33 is twijfel gerezen over de vraag of het Hof hiermee slechts een uitspraak heeft gedaan over het type regeling dat in geding was, of bedoeld heeft deze eis op alle typen voorkeursregelingen van toepassing te verklaren. In het laatste geval zouden de meest vergaande vormen van voorkeursbehandeling (namelijk bepaalde functies voor vrouwen reserveren, in eerste instantie uitsluitend onder vrouwen werven, bij voldoende geschiktheid de vrouw selecteren) niet toegestaan zijn. Vanwege deze onzekerheid heeft de ICER in zijn advies van 10 juni 1998 aanbevolen eerst de uitspraak van het Hof in de zaak Badeck af te wachten. Vooralsnog zag de ICER geen aanleiding voor aanpassing van de Nederlandse wetgeving of overheidsvoorlichting over toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling.

3.3 De arresten Badeck en Abrahamsson

Badeck

Het arrest van 28 maart 2000, Badeck, C-158/97 (n.n.g. in de Jurisprudentie) heeft betrekking op artikel 2, leden 1 en 4, richtlijn in verhouding tot de voorkeursregeling van de Duitse deelstaat Hessen.

De verplicht voorgeschreven voorkeursregeling betreft een aantal (specifiek omschreven) voorkeursmodaliteiten op verschillende terreinen. Het streven is onder meer gelijkschakeling van vrouwen en mannen in de openbare dienst te bevorderen alsmede het wegwerken van ondervertegenwoordiging van vrouwen. In de regeling is vastgelegd dat in sectoren van de openbare dienst waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, bij gelijke kwalificatie van kandidaten van verschillend geslacht aan vrouwelijke kandidaten voorrang wordt verleend, wanneer dit nodig blijkt ter verwezenlijking van de stimuleringsprogramma's met dwingende doelstellingen voor de toegangs- en arbeidsvoorwaarden alsmede de loopbaan van vrouwen en geen zwaarder wegende juridische redenen zich daartegen verzetten. In de regeling is gekozen voor een zogenaamd “flexibel resultaatquotum”. Kenmerkend voor dit systeem is dat de quota niet uniform voor alle betrokken sectoren en diensten worden vastgesteld, maar dat wordt gepreciseerd, dat de kenmerken en diensten bepalend zijn voor de vaststelling van de dwingende doelstellingen. Voorts bepaalt de regeling niet zonder meer –automatisch-, dat het resultaat van elke selectieprocedure, indien een impasse bestaat als gevolg van het feit dat kandidaten gelijke kwalificaties bezitten, verplicht ten gunste van de vrouwelijke kandidaat moet uitvallen. Uitsluitend in geval de kwalificatie geen keuze tussen een vrouwelijke of een mannelijke kandidaat mogelijk maakt, dient voor de vrouwelijke kandidaat te worden gekozen, wanneer dit voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het betrokken stimuleringsprogramma nodig blijkt en geen zwaardere juridische redenen zich daartegen verzet.

Het Hof herhaalt in punt 22 de eis van het Marschall-arrest, dat een voorkeursregeling een openingsclausule moet bevatten. In punt 23 geeft het Hof nogmaals aan wanneer een nationale voorkeursregeling in overeenstemming is met artikel 2, lid 4, richtlijn. Een maatregel volgens welke vrouwelijke kandidaten in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang moeten worden bevorderd, is verenigbaar met het gemeenschapsrecht:

- wanneer zij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en
- wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten (punt 23).

Abrahamsson

Het arrest van 6 juli 2000, Abrahamsson, C-407/98 (n.n.g. in de Jurisprudentie) heeft betrekking op de vraag hoe artikel 2, leden 1 en 4, richtlijn zich verhoudt tot de Zweedse wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

De verplicht voorgeschreven voorkeursregeling houdt in essentie in dat een kandidaat die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort en die over voldoende kwalificaties beschikt, voorrang moet krijgen boven een kandidaat van het andere geslacht die anders gekozen zou zijn, indien zulks noodzakelijk blijkt om een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen. Positieve discriminatie mag niet plaatsvinden indien het verschil in kwalificaties tussen de kandidaten zo groot is, dat toepassing in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit bij de benoeming.

Het Hof herhaalt de criteria, zoals het niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verlenen en het vereiste van objectiviteit, uit het Badeck-arrest op basis waarvan het voeren van een voorkeursbeleid toegestaan is. Het Hof stelt dat de Zweedse regeling -in tegenstelling tot de regelingen waarvan sprake is in de arresten Kalanke, Marschall en Badeck- de mogelijkheid geeft voorrang te geven aan sollicitanten van het ondervertegenwoordigde geslacht- die, ofschoon zij over voldoende kwalificaties beschikken, niet even bekwaam zijn als andere sollicitanten van het andere geslacht (punt 45). Het Hof geeft aan dat bij de beoordeling van de kwalificaties van sollicitanten rekening mag worden gehouden met een aantal positieve en negatieve criteria, die hoewel zij in geslachtsneutrale bewoordingen zijn gesteld en dus eveneens ten gunste van mannen kunnen werken, in het algemeen vrouwen bevoordelen (punt 47; het Hof verwijst naar de punten 31 en 32 van het arrest Badeck). Als voorbeelden van positieve en negatieve criteria noemt het Hof het niet in aanmerking nemen van diensttijd, leeftijd en de datum van de laatste bevordering, voor zover deze niet van belang zijn voor het bepalen van de geschiktheid, bekwaamheid of prestatievermogen; het buiten beschouwing laten van de gezinssituatie of het inkomen van de partner; het niet aan de kandidaten tegenwerpen van werken in deeltijd en onderbrekingen of vertragingen bij het behalen van diploma's als gevolg van de noodzaak om kinderen of hulpbehoevenden te verzorgen.

Dergelijke criteria beogen kennelijk een materiële en niet een formele gelijkheid tot stand te brengen, door feitelijke ongelijkheden in het maatschappelijk leven te verminderen en zodoende overeenkomstig artikel 141, lid 4, EG nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren (punt 48).

Het Hof oordeelt dat de Zweedse regeling in strijd is met artikel 2, leden en 4, richtlijn, op basis van de volgende overwegingen:

- uit de Zweedse wet blijkt niet, dat de beoordeling van de bekwaamheid van de sollicitanten in het licht van de eisen van de vacante functie is gebaseerd op heldere en

- vaststaande criteria, die nadelen in de beroepsloopbaan van personen behorend tot het ondervertegenwoordigde geslacht voorkomen of compenseren (punt 50);
- de sollicitaties worden niet onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten en op grond daarvan de in het geding aan de orde zijnde selectiemethode geen rechtvaardiging vindt in artikel 2, lid 4, richtlijn (punt 53);
 - ook artikel 141, lid 4, EG staat een dergelijke selectiemethode, die hoe dan ook onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel, niet toe (punt 55);
 - het maakt niet uit of de toepassings sfeer van de regeling wordt beperkt, bijvoorbeeld tot de onderwijssector (punten 57 en 58).

3.4 De interpretatie van de werkgroep

In de punten 22 en 23 van het arrest-Badeck herhaalt het Hof zijn in punt 33 van 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 en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten. Het Hof geeft aan dat bij de beoordeling van de kwalificaties van sollicitanten rekening mag worden gehouden met een aantal positieve en negatieve criteria, die ofschoon zij in geslachtsneutrale bewoordingen zijn gesteld en dus eveneens ten gunste van mannen kunnen werken, in het algemeen vrouwen bevoordelen (punten 31 en 32). Het Hof beoordeelt de Hessische regeling volgens deze zelfde criteria en voegt geen nieuwe elementen toe.

In het arrest-Abrahamsson (punt 43) 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 de objectieve beoordeling kunnen worden gehanteerd.

Uit het feit dat het Hof dezelfde formulering steeds herhaalt bij de beoordeling van verschillende regelingen, alsmede uit het feit dat het Hof door de nadere uitwerking van de criteria de objectieve beoordeling nog weer benadrukt, kan worden afgeleid dat het Hof de in punt 33 van het arrest-Marschall neergelegde eis dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer een of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan ("openingsclausule") ruime toepassing wil geven. Dit betekent naar de mening van de werkgroep dat er vanuit moet worden gegaan dat alle typen voorkeursregelingen (zowel wettelijke als niet-wettelijke) een dergelijke openingsclausule moeten bevatten en dat alle regelingen ten aanzien van mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten een waarborg moeten bevatten dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de persoonlijke situatie van alle kandidaten. Dit leidt tot de conclusie dat vormen van voorkeursbehandeling, waarbij mannen van de sollicitatieprocedure worden uitgesloten, de EG-rechtelijke toets niet kunnen doorstaan.

Uit het arrest-Abrahamsson kan verder worden afgeleid dat een voorkeursregeling die vrouwen bij voldoende kwalificatie automatisch voorrang verleent, ook als een kandidaat met betere kwalificaties beschikbaar is, wegens schending van het proportionaliteitsvereiste geen rechtvaardiging vindt in het Europese recht.

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. 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.

Juist dergelijke criteria kunnen een materiële gelijkheid tot stand brengen, doordat daarmee feitelijke ongelijkheden in het maatschappelijk leven worden verminderd en nadelen in de beroepsloopbaan van het ondervertegenwoordigde geslacht worden voorkomen of gecompenseerd.

De toepassing van deze criteria moet 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 de vrouw dan moet hij in de desbetreffende functie worden benoemd.

Tenslotte blijkt uit het arrest dat het voor de beoordeling of een nationale voorkeursregeling toelaatbaar is niet uitmaakt of deze slechts een beperkte toepassingsfeer heeft (slechts ziet op een vooraf bepaald beperkt aantal vacatures) of op functies van een bepaald niveau (hogere of lagere functies). Het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen geldt ongeacht het niveau van de te bezetten functies.

4. Synthetiserende analyse

De arresten Marschall, Badeck en Abrahamsson laten zien dat het Hof de lijn die werd uitgezet in het arrest Kalanke in wezen 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 voorrangsbepaling 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.

5. Conclusies en aanbevelingen

1. De werkgroep is van oordeel dat de arresten Badeck en Abrahamsson niet nopen tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving op het punt van voorkeursbehandeling, omdat de desbetreffende bepalingen in algemene termen zijn gesteld. Bovendien bevatten deze bepalingen geen verplichting tot het voeren van een bepaalde vorm van voorkeursbehandeling, noch bevatten zij anderszins elementen die in strijd zijn met de rechtspraak van het Hof.

2. 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 Hof. 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.

3. Aangezien de arresten Badeck en Abrahamsson, naar de mening van de werkgroep, 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.

Bijlage II: Samenstelling van de werkgroep

Leden:

mr. J.S. van den Oosterkamp (BZ, Directie Juridische Zaken)

mw. mr. N.Th. van Schelven (Justitie, Directie Wetgeving)

mw. mr. F. van Zomeren (Justitie, Directie Wetgeving)

mw. mr. drs. G.Y. Voorbraak (BZK, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving)

mw. mr. N. Hoogstrate (SZW, Directie Wetgeving, Bestuurlijke en Juridische Aangelegenheden)

mw. mr. J.A.M. Schukking (OCW, Directie Wetgeving en Juridische Zaken)