

Interdepartementale Commissie

Europees Recht

Aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Datum

28-10-2004

Doorkiesnummer

070 - 348 6899

Onderwerp

Adviesaanvraag inzake voorkeursbehandeling

I. Inleiding

Bij brief van 13 september 2004 met kenmerk AV/IR/2004/63632 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de ICER verzocht advies uit te brengen over de concept-nota over voorkeursbehandeling. Deze nota is aangekondigd in de memorie van toelichting bij de EG-Implementatiewet Awgb.

Het betreft hier voorkeursbehandeling in het kader van de arbeid, van bepaalde categorieën van werknemers: van vrouwen, van leden van culturele en etnische minderheden, en van gehandicapten en chronisch zieken.

In de concept-nota wordt aangegeven welke vormen van voorkeursbehandeling voor de onderscheiden doelgroepen zich verdragen met artikel 141, lid 4, EG-Verdrag, de bepalingen over voorkeursbehandeling in een aantal recente EG-richtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG.

Op verzoek van de minister van SZW gaat de ICER in het bijzonder in op de volgende onderdelen van de concept-nota:

- paragraaf 4.3: mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van vrouwen in de toekomst,

- paragraaf 5.3: mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van etnische minderheden en gehandicapten in de toekomst, en
- hoofdstuk 7: noodzaak tot aanpassing van de wettelijke bepalingen.

De ICER zal zich hierna beperken tot een toetsing van de Europeesrechtelijke aspecten van de concept-nota.

II. Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van vrouwen

De concept-nota bevat de volgende conclusies voor de grenzen waarbinnen voorkeursbehandeling kan plaatsvinden. In lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG dient een onderscheid te worden gemaakt tussen voorkeursbehandeling bij werving en selectie voor betaalde functies en voorkeursbehandeling gericht op het vergroten van de kansen van vrouwen om aan de arbeidsmarkt deel te nemen. Wat betreft voorkeursbehandeling bij werving en selectie voor betaalde functies zijn van de in de kabinetsnotitie van 1993 genoemde vormen alleen de twee lichtste vormen van voorkeursbehandeling mogelijk : een nadrukkelijke oproep aan vrouwen om te solliciteren en voorkeur voor vrouwen bij gelijke geschiktheid. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG dient bij deze laatste vorm bovendien een zogenaamde openingsclausule te worden gehanteerd, die inhoudt dat vrouwen niet bij voorrang aangesteld of bevorderd mogen worden, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan, aldus de concept-nota.

De ICER onderschrijft deze benadering. In aanvulling daarop tekent de ICER hierbij aan dat volgens de rechtspraak van het Hof de met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen op hun beurt niet discriminerend mogen zijn ten opzichte van vrouwen.¹

Verdergaande vormen van voorkeursbehandeling kunnen naar het oordeel van de ICER uitsluitend worden toegepast met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, dus buiten

¹ HvJEG 11 november 1997, Marschall, C-409/95, Jur. 1997, blz. I-6363, punt 33 en dictum.

situaties van werving en selectie en promotie. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het hierbij kan gaan om feitelijke maatregelen die de toegang tot de arbeid vergemakkelijken, en andere voordelen die aan de arbeidsverhouding zijn verbonden, zoals kinderopvangplaatsen of de toegang tot bepaalde opleidingen. Het is de ICER overigens niet duidelijk wat de betekenis zou moeten zijn van het element “voldoende geschiktheid” met betrekking tot de genoemde feitelijke maatregelen. De voorlaatste alinea van onderdeel 4.3 van de concept-nota behoeft op dit punt verduidelijking.

Maar ook hier vereist het evenredigheidsbeginsel dat in de concrete situatie ruimte moet bestaan voor de toekenning van de voordelen aan mannen wanneer zij in dezelfde situatie verkeren als de vrouwen waarvoor het voorkeursbeleid primair is bedoeld.²

De ICER onderschrijft ook het in de concept-nota gestelde ten aanzien van het bepalen van de concrete achterstandssituatie. Of in een concreet geval sprake is van een achterstandssituatie van vrouwen zal vastgesteld moeten worden door te bezien of bij de onderneming in de betreffende functiesoort of op het betreffende functieniveau sprake is van een achterstand voor vrouwen. Het aantonen dat er aanmerkelijk meer mannen dan vrouwen dan werkzaam zijn zal veelal voldoende zijn. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit niet voort dat de situatie in de onderneming vergeleken moet worden met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt. Het laten vallen van deze eis, die in de kabinetsnotitie uit 1993 als randvoorwaarde wordt genoemd, zal de praktische uitvoerbaarheid voor werkgevers vergroten.

III. Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van leden van een etnische of culturele minderheid en mensen met een handicap of chronische ziekte

De concept-nota stelt dat voorkeursbehandeling van leden van een etnische of culturele minderheid en mensen met een handicap of chronische ziekte niet op dezelfde wijze beoordeeld hoeft te worden als voorkeursbehandeling van vrouwen.

² Zie HvJEG 19 maart 2002, Lommers, C-476/99, Jur. 2002, blz. I-2891, punt 39.

In dit verband wordt in de concept-nota opgemerkt

- dat zich wat betreft voorkeursbehandeling van vrouwen specifieke jurisprudentie heeft ontwikkeld,
- dat de grenzen van voorkeursbehandeling voor vrouwen niet richtinggevend hoeven te zijn voor voorkeursbehandeling van leden van andere groepen, en
- dat het waarschijnlijk is dat verdergaande vormen van voorkeursbehandeling voor leden van een etnische of culturele minderheid en personen met een handicap of chronische ziekte toelaatbaar zijn bij werving en selectie.

Deze aanname wordt in de concept-nota geschraagd met de stelling dat er nog geen jurisprudentie is van het Hof van Justitie over voorkeursbehandeling van leden van deze groepen. De concept-nota acht het niet uitgesloten dat in toekomstige jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG in een concreet geval inzake voorkeursbehandeling van personen met een bepaalde etnische of culturele achtergrond en van personen met een handicap of chronische ziekte verdergaande vormen van voorkeursbehandeling wel proportioneel worden geacht, gelet op de nog grotere achterstand die deze groepen hebben op meerdere terreinen van het maatschappelijk leven.

Omdat het nog onduidelijkheid is hoe de jurisprudentie van het Hof zich zal gaan ontwikkelen en gelet op de grote achterstand die etnische minderheden en gehandicapten hebben op de arbeidsmarkt, wordt in de concept-nota vooralsnog geen aanleiding gezien om de randvoorwaarden voor voorkeursbehandeling zoals verwoord in de notitie uit 1993 met betrekking tot die groepen te wijzigen.

Dit betekent dat bij werving en selectie van bedoelde groepen volgens de concept-nota de volgende vormen van voorkeursbehandeling zijn toegestaan:

1. Een nadrukkelijke oproep aan leden van een etnische of culturele minderheid en personen met een handicap of chronische ziekte om te solliciteren;
2. Voorkeur voor leden van een etnische of culturele minderheid en personen met een handicap of chronische ziekte bij gelijke geschiktheid;
3. Voorkeur voor leden van een etnische of culturele minderheid en personen met een handicap of chronische ziekte bij voldoende geschiktheid;
4. Gedurende een bepaalde tijd, en tot een bepaald aandeel van leden uit de hier bedoelde doelgroepen is bereikt, uitsluitend werven of selecteren onder deze leden, dan wel het reserveren van vacatures voor die leden.

De ICER acht hier een waarschuwing op zijn plaats. De optimistische verwachting met betrekking tot de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof van Justitie deelt de ICER niet. Geconstateerd moet worden dat de formulering van de voorkeursbehandeling in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn³ en de kaderrichtlijn voor arbeid en beroep⁴ in essentie identiek is aan die in artikel 141, lid 4 EG.⁵ Het gaat hier bovendien om een afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling, welk beginsel door het Hof als een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht wordt beschouwd, en dat dus restrictief moet worden uitgelegd.⁶ In het arrest Lommers⁷, bevestigd in het arrest Briheche⁸, benadrukt het Hof dat “bij de vaststelling van de draagwijdte van een individueel recht, zoals het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen, steeds het evenredigheidsbeginsel moet worden geëerbiedigd, op grond waarvan afwijkingen van een individueel recht niet verder mogen gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel en zoveel mogelijk een evenwicht tot stand moet worden gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van het aldus beoogde doel”.

³ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, PB 2000, L 180, blz. 22. Artikel 5, met het opschrift “positieve acties” luidt: “Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met ras of etnische afstamming te voorkomen of te compenseren.”

⁴ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep) kennen met artikel 141, vierde lid, EG-Verdrag vergelijkbare bepalingen, PB 2000, L 303, blz. 13. Artikel 7, eerste lid, met het opschrift “Positieve acties en specifieke maatregelen” luidt: “1. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren.”

⁵ Artikel 141 lid 4 EG-Verdrag luidt: “Het beginsel van gelijke behandeling belet niet 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.”

⁶ HvJEG 17 oktober 1995, Kalanke, C-450/93, Jur. 1995, blz. I-3051, punt 21.

⁷ Arrest Lommers, reeds aangehaald, punt 39.

⁸ HvJEG 30 september 2004, Briheche, C-319/03, nog niet gepubliceerd.

De ICER ziet hierin, anders dan de concept-nota, veeleer reden om aan te nemen dat het Hof van Justitie zijn uitleg van deze bepalingen zal baseren op dit algemene beginsel zoals geformuleerd in de eerdere arresten inzake voorkeursbehandeling van vrouwen.⁹ Met betrekking tot voorkeursbehandeling voor de hier aan de orde zijnde groeperingen zal dat betekenen dat een actie die ertoe strekt dat categorieën van personen als bedoeld in de beide richtlijnen in ondernemingen waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang worden aangesteld of bevorderd, alleen dan verenigbaar met het gemeenschapsrecht moet worden geacht

- wanneer zij kandidaten uit de voorkeursgroep met een gelijke kwalificatie als de andere kandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en
- wanneer de sollicitaties en bevorderingen worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten.

In geval van werving en selectie en promotie zal dan ook naar verwachting de situatie in de onderneming doorslaggevend moeten zijn en niet de situatie op de arbeidsmarkt of 'op meerdere terreinen van het maatschappelijk leven'.

Dat betekent ook dat iedereen een gelijke kans moet hebben om zijn kwaliteiten naar voren te brengen in procedures voor werving, selectie en promotie, en daarvan niet bij voorbaat uitgesloten mag worden.

Dat betekent voorts dat niet het criterium van voldoende geschiktheid mag worden gehanteerd, maar van gelijke geschiktheid. Immers, voorkeursbehandeling kan, als afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling, alleen aan de orde zijn bij gelijke geschiktheid.

In dat geval moet bovendien rekening worden gehouden met de persoon van degene die niet behoort tot de voorkeursgroep.

De ICER wijst erop dat de uitspraak van de Cgb waarop de concept-nota steunt¹⁰, is gewezen voordat de onderhavige richtlijnen werden vastgesteld. Met de vaststelling van

⁹ Zie met name HvJEG 28 maart 2000, Badeck e.a., C-158/97, Jur. 2000, blz. I-1875, punt 23, HvJEG 6 juli 2000, Abrahamsson, C-407/98, Jur. 2000, blz. I-5539, punt 43, en het arrest Lommers, reeds aangehaald.

¹⁰ Cgb 19 april 1999, zaak 99-32.

deze richtlijnen is de toepassingsmogelijkheid van voorkeursbehandeling voor de hier aan de orde zijnde groepen als het ware gecommunautariseerd. De juridische situatie is dus niet meer gelijk aan die waarin de Cgb haar oordeel vormde.

Vasthouden aan de oude situatie is daarom risicovol en kan leiden tot claims.

Afgewezen kandidaten kunnen met een beroep op een onjuiste toepassing van het gemeenschapsrecht schadevergoeding eisen van de werkgever.¹¹ De overheid in zijn hoedanigheid van werkgever maakt zich eveneens kwetsbaar voor dergelijke claims. Maar ook kan de overheid het verwijt treffen de werkgevers op het verkeerde been te hebben gezet bij hun beoordeling wat toelaatbaar is en wat niet. Hieraan kunnen ook financiële claims zijn verbonden. Daaraan doet niet af dat het voeren van een voorkeursbeleid niet verplicht is.

De ICER adviseert daarom de vormen 3 en 4 te schrappen en aan vorm 2 een ‘openingsclausule’ toe te voegen op grond waarvan rekening gehouden moet worden met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten. Daaraan moet, op dezelfde voet als dat door het Hof van Justitie bij voorkeursbehandeling van vrouwen is bepaald, worden toegevoegd dat de in aanmerking te nemen persoonlijke omstandigheden niet discriminerend mogen uitwerken ten opzichte van de groep waarvoor de voorkeursbehandeling geldt.

Bij de voorstellen in de concept-nota voor het bepalen van een concrete achterstandssituatie van etnische of culturele minderheden en van personen met een handicap of chronische ziekte merkt de ICER tot slot het volgende op. Het zal voor een werkgever bijzonder lastig zijn, zeker in juridische procedures, zich ter rechtvaardiging van de proportionaliteit van zijn maatregel, te baseren op cijfers die niet ‘hard’ zijn. Het Hof van Justitie heeft nimmer verlangd dat een werkgever aantoont hoe de situatie op de arbeidsmarkt is van vrouwen die hij wil werven voor een specifieke functie. Doorslaggevend was enkel de situatie binnen zijn onderneming.

¹¹ Normaal gesproken kan een werknemer niet eisen dat een werkgever een EG-richtlijn toepast en naleeft als de nationale wet anders luidt. De afgewezen werknemer kan echter wel de rechter verzoeken de desbetreffende nationale wetsbepalingen (die op zich in overeenstemming zijn met de richtlijnen, zie hierna onder IV) zgn. ‘richtlijnconform’ uit te leggen. Op deze manier kan de ruimte voor voorkeursbeleid die een werkgever op instigatie van de overheid aanwezig achtte, ingeperkt worden.

De ICER adviseert dan ook uitsluitend de situatie binnen de eigen onderneming als maatstaf aan te wijzen voor het bepalen van een concrete achterstandssituatie van etnische of culturele minderheden en van personen met een handicap of chronische ziekte, zonder acht te slaan op de situatie op de arbeidsmarkt of op andere terreinen van het maatschappelijk leven.

IV. Aanpassing van de toepasselijke wetsbepalingen

Wat betreft de formulering van artikel 2, derde lid, Awgb merkt de ICER tot slot het volgende op. In de huidige redactie luidt deze bepaling als volgt: *“Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.”*

De ICER is van mening dat de explicitering van het evenredigheidsbeginsel een welkome verduidelijking vormt. Deze verduidelijking sluit aan bij de bewoordingen van artikel 141, lid 4 EG en past in de uitleg van het Hof van Justitie over de draagwijdte van afwijkingen van het individuele recht op gelijke behandeling, waarbij het evenredigheidsbeginsel, zoals hierboven is uiteengezet, verhindert dat een absoluut en onvoorwaardelijke voorkeur wordt gegeven aan een persoon uit een voorkeursgroep.¹² De onderstreping van de noodzaak tot specificiteit van de maatregel lijkt niet per se noodzakelijk, aangezien het in de praktijk altijd zal gaan om een specifieke maatregel. Dit element ontbreekt overigens in de formulering van artikel 3, lid 1, onder c., van de Wet gelijke behandeling gehandicapten en chronisch zieken. Tot slot merkt de ICER op dat het Europese recht naar haar oordeel ook niet anderszins tot aanpassing van de gekozen formuleringen noopt.

¹² Zie het arrest Abrahamsson, reeds aangehaald, punt 55.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht,

Mr drs. M. Krop

(co-voorzitter)

mr P.Holthuis

(co-voorzitter)

Postadres Secretariaat ICER:

Kamer 8A44

Postbus 20061

2500 EB DEN HAAG

Aanvullende kanttekening:

Op blz. 27/28 wordt een onjuiste weergave van de totstandkoming en achtergrond van artikel 141, lid 4 EG-Verdrag (“Dit artikel is bij inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1 mei 1999) in het verdrag opgenomen met de intentie de ruimte voor voorkeursbehandeling weer enigszins op te rekken na de strenge uitspraken van het Hof van Justitie van de EG in de zaken Kalanke en Marschall.”). Nog afgezien van de omstandigheid dat de uitspraak in de zaak Marschall dateert van na de totstandkoming van het Verdrag van Amsterdam (2 oktober 1997) , wijst de ICER erop dat deze bepaling ongewijzigd is overgenomen uit artikel 6, lid 3 van het Protocol betreffende de Sociale Politiek bij het Verdrag van Maastricht. Met deze bepaling werd beoogd een basis te bieden voor gunstige pensioenleeftijden voor vrouwen in aanvullende pensioenregelingen, en daardoor de gevolgen van het arrest in de zaak Barber (HvJEG 17 mei 1990, C-282/88, Jur. 1990, blz. I-1889) te mitigeren. Latere rechtspraak van het Hof van Justitie heeft het gebruik van deze bepaling voor dit doel echter verhinderd.

Bijlage Europese regelgeving

Richtlijn 76/207/EEG (Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende 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) Artikel 2, vierde lid, luidt: “Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.”

Artikel 141 lid 4 EG-Verdrag luidt: “Het beginsel van gelijke behandeling belet niet 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.”

Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van de Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden) artikel 2, achtste lid, luidt: “De lidstaten kunnen, om volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in de praktijk te waarborgen, maatregelen in de zin van artikel 141, vierde lid, van het Verdrag aannemen of handhaven.”

Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, PB 2000, L 180, blz. 22

Artikel 5, met het opschrift “positieve acties” luidt:

“Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met ras of etnische afstamming te voorkomen of te compenseren.”

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep) kennen met artikel 141, vierde lid, EG-Verdrag vergelijkbare bepalingen, PB 2000, L 303, blz. 13

Artikel 7, met het opschrift “Positieve acties en specifieke maatregelen” luidt:

1. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren.

2. Met betrekking tot personen met een handicap vormt het beginsel van gelijke behandeling geen beletsel voor het recht van de lidstaten om maatregelen te handhaven of vast te stellen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de arbeidsplek, noch voor maatregelen die erop gericht zijn om voorzieningen of faciliteiten te scheppen of te handhaven om de opnemings van personen met een handicap in het arbeidsproces te behouden of te bevorderen.