

Vergaderjaar 1995–1996

24 564

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 21 december 1995

Op 17 oktober 1995 heeft het Hof van Justitie van de E.G. uitspraak gedaan in de zaak C-450/93 (Kalanke/Bremen) betreffende de toepassing van de artikelen 2, eerste en vierde lid, van Richtlijn 76/207/EG (gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces).

Hierbij zend ik u, mede namens mijn ambtgenoten van Binnenlandse Zaken, Justitie en Buitenlandse Zaken, alsmede de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, een notitie waarin wordt ingegaan op de vraag of deze uitspraak consequenties heeft voor de desbetreffende Nederlandse wetgeving of uitvoering daarvan.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. P. W. Melkert

S-IR

NOTITIE VOORKEURSBELEID VROUWEN, NAAR AANLEIDING VAN UITSpraak HOF (EG) D.D. 17-10-95 (KALANKE)

Op 17 oktober 1995 heeft het Hof van Justitie van de E.G. uitspraak gedaan in de zaak C-450/93 (Kalanke/ Bremen) betreffende de toepassing van de artikelen 2, eerste en vierde lid, van Richtlijn 76/207/EG (gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces). Deze uitspraak, die betrekking heeft op grenzen die in acht genomen dienen te worden bij het voeren van een voorkeursbeleid voor vrouwen bij de aanstelling en promotie van personeel, heeft in de publiciteit tot reacties aanleiding gegeven met een gevarieerde inhoud. Onderstaand wordt weergegeven welke consequenties het kabinet aan deze uitspraak verbonden ziet m.b.t. de in Nederland geldende wetgeving en de uitvoering daarvan.

De uitspraak en het EG-recht

De uitspraak heeft betrekking op de Bremense landsverordening met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de openbare dienst. Deze regeling hield in dat – bij gelijke geschiktheid – vrouwen bij voorrang zouden moeten worden benoemd in, c.q. bevorderd naar, vacante functies, zolang niet tenminste 50% van de desbetreffende functies door vrouwen zouden worden bezet. Aan het EG-Hof werd, bij wijze van prejudiciële vraag, verzocht uitspraak te willen doen of deze regeling in strijd is met artikel 2, eerste en vierde lid, van Richtlijn 76/207/EEG (Pb 1976, L 39) 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. Artikel 2, eerste lid, houdt in dat in het arbeidsproces iedere discriminatie naar geslacht op de aangegeven gebieden is uitgesloten. Artikel 2, vierde lid, bevat hierop een nadere bepaling c.q. uitzondering; dit artikellid houdt in dat de richtlijn geen belemmering vormt «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 (door de richtlijn bestreken gebieden: toegang tot het arbeidsproces, promotie, beroepsopleiding en arbeidsvoorwaarden) nadelig beïnvloeden».

Het Hof spreekt allereerst uit dat de voorkeursbehandeling, als vervat in de Bremense regeling, een discriminatie naar geslacht is, als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Richtlijn (r.o.16). Vervolgens gaat het Hof over tot een beoordeling of de Bremense regeling desalniettemin door de Richtlijn wordt toegelaten op grond van het bepaalde in artikel 2, vierde lid. De belangrijkste overwegingen in dit verband zijn:

- dat artikel 2, vierde lid, een nauwkeurig bepaald en beperkt doel heeft, te weten 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 (r.o. 18; het Hof verwijst in deze rechtsoverweging naar zijn eerder arrest van 25 oktober 1988, zaak 312/86, Commissie /Frankrijk, die een gelijke overweging bevat);
- dat artikel 2, vierde lid, een afwijking behelst van een in de Richtlijn neergelegd individueel recht (i.e. het recht om niet te worden gediscrimineerd), en strikt moet worden uitgelegd (r.o. 21);
- dat een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, verder gaat dan de bevordering van gelijke kansen, en de grenzen van de in artikel 2, vierde lid, voorziene uitzondering overschrijdt (r.o. 22);
- dat bovendien 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, vierde lid, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden (r.o. 23).

Op grond van e.e.a. komt het Hof tot het oordeel dat de artikelen 2, eerste en vierde lid, van de Richtlijn in de weg staat aan een voorkeursregeling als in Bremen gold.

De Nederlandse wetgeving en uitvoering daarvan

Richtlijn 76/207/EEG is in Nederland geïmplementeerd d.m.v. artikel 1637ij van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (voor zover het arbeid krachtens arbeidsovereenkomst betreft) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (voor zover het arbeid krachtens ambtelijke aanstelling of als zelfstandige betreft). Beide regelingen bevatten als basis een verbod van onderscheid naar geslacht, o.m. bij de toegang tot de arbeid en bij promotie. Dit verbod geldt evenwel niet «indien 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 dat doel». Op de randvoorwaarden voor een voorkeursbeleid, welke voortvloeien uit deze algemeen geformuleerde uitzondering, is ingegaan in de toelichting op de wetgeving inzake gelijke behandeling. Een systematische uitwerking van deze voorwaarden is gegeven in de uitspraak van de Commissie gelijke behandeling van 9 juli 1990. Daaraan kan het volgende worden ontleend:

Wil een voorkeursbeleid voor vrouwen blijven binnen de wettelijke marges daartoe, in het bijzonder de proportionaliteitseis, dan zal dit moeten worden toegesneden op de concrete situatie binnen de desbetreffende arbeidsorganisatie, en zal dit tenminste aan de volgende voorwaarden moeten voldoen:

- De achterstand van vrouwen moet worden vastgesteld, en wel per functiesoort en -niveau die een duidelijke eigen toestroom uit de arbeidsmarkt hebben. Deze achterstand wordt bepaald door het deel van die functies dat door vrouwen wordt bezet te vergelijken met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt.
- Per functiesoort en -niveau moet voorts worden vastgesteld welke intensiteit van voorkeursbehandeling het meest geschikt en wenselijk is om de bestaande achterstanden – indien aanwezig – in te lopen. Ten aanzien van die intensiteit zijn verschillende gradaties mogelijk. De meest vergaande vorm is om bij een vacature uitsluitend te werven onder vrouwen. De lichtste vorm is een nadrukkelijke oproep aan vrouwen om te solliciteren. Daar tussenin liggen mogelijkheden als het geven van voorrang aan vrouwen bij voldoende geschiktheid of bij gelijke geschiktheid. De eis van evenredigheid tussen zwaarte van voorkeursbehandeling en de mate van achterstand betekent, dat zorgvuldig getoetst zal moeten worden welke vorm van voorkeursbehandeling in de gegeven situatie te verantwoorden is, en tevens, dat die toets steeds opnieuw zal moeten plaatsvinden, naarmate de achterstand van vrouwen in de desbetreffende functie wordt opgeheven. De voorkeursbehandeling dient te worden beëindigd als de geconstateerde achterstand is opgeheven.
- Indien de voorkeursbehandeling bij werving en selectie wordt toegepast, en er sprake is van een openlijke aanbidding van de betrekking, zal in de aanbidding van het voorkeursbeleid mededeling moeten worden gedaan.

Deze randvoorwaarden voor een voorkeursbeleid zijn, voor zover het betreft het aanstellingsbeleid bij de overheid, neergelegd in de op 11 februari 1993 aan de Tweede Kamer aangeboden notitie «Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties» (kamerstuk 23 022), en zijn onder de aandacht van werkgevers in de private sector gebracht d.m.v. de in juli

1992 door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgebrachte voorlichtingsbrochure «Voorkeursbehandeling voor vrouwen bij werving en selectie».

Consequenties van de uitspraak van het EG-Hof voor de Nederlandse wetgeving en uitvoering daarvan

De vraag dient onder ogen te worden gezien of het noodzakelijk is om, als uitvloeisel van de rechterlijke uitspraak in de Kalanke-zaak, tot aanpassing te komen van de Nederlandse wetgeving of uitvoering daarvan.

Aan de uitspraak kan in ieder geval één duidelijke gevolgtrekking worden verbonden, te weten dat het Bremense stelsel, inhoudende een wettelijke verplichting voor werkgevers om bij gelijke geschiktheid automatisch voorrang te geven aan de vrouw zolang de betrokken functiegroep niet voor tenminste 50% door vrouwen wordt bezet, EG-rechtelijk niet is toegestaan. Zoals uit de hiervoor gegeven samenvatting van de Nederlandse wetgeving en op basis daarvan voorgestane uitvoeringspraktijk blijkt, strookt het Bremense stelsel echter evenmin met de in Nederland gehuldigde uitgangspunten voor een acceptabel voorkeursbeleid.

Of uit de uitspraak verdergaande inzichten in randvoorwaarden voor een toelaatbaar voorkeursbeleid kunnen worden getrokken is niet duidelijk.

De rechtsoverwegingen die het Hof hanteert zijn voor meerdere uitleg vatbaar en roepen vragen op met betrekking tot de aard en de vorm van maatregelen die ten aanzien van vrouwen in het licht van de Tweede EG-richtlijn zijn toegestaan. Ten aanzien van de hoofdoverwegingen van de uitspraak kan het volgende worden opgemerkt:

- Het Hof overweegt dat een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen en de grenzen van een door de EG-richtlijn toegelaten voorkeursbeleid overschrijdt. De Bremense regeling hield in, dat de wet zelf werkgevers verplichtte tot een voorkeursbeleid op basis van in de wet vastgelegde strikte criteria (bij gelijke geschiktheid voorrang voor de vrouw zolang de desbetreffende functies niet voor de helft door vrouwen worden vervuld), welke criteria bovendien verder gingen dan ter realisatie van het principe «gelijke kansen» noodzakelijk kan worden geacht (het 50%-criterium negeert feitelijk bestaande verschillen die ten aanzien van onderscheiden functies kunnen bestaan in het arbeidsaanbod van vrouwen resp. mannen; hierdoor kan het gegeven dat in een arbeidsorganisatie minder dan 50% van bepaalde functies door vrouwen worden vervuld geen indicatie zijn voor ongelijke kansen bij aanstelling en promotie). Typerend voor de Nederlandse situatie is daarentegen dat voor werkgevers slechts een bevoegdheid tot voorkeursbeleid bestaat, doch geen wettelijke verplichting, waarbij werkgevers, indien zij van die bevoegdheid gebruik maken, hun maatregelen dienen af te stemmen op de concrete omstandigheden in hun arbeidsorganisatie in relatie tot het relevante arbeidsaanbod. Die omstandigheden bepalen welke vorm van voorkeursbeleid toelaatbaar moet worden geacht, waarbij de wet de eis stelt van evenredigheid tussen doel en gekozen middel; e.e.a. impliceert dat de werkgever ook met enige regelmaat zal moeten hertoetsen of de omstandigheden in zijn arbeidsorganisatie nog wel zodanig zijn, dat zij nog steeds de door hem gekozen vorm van voorkeursbeleid rechtvaardigen. Bij twijfel over de proportionaliteit van het voorkeursbeleid in relatie tot de omstandigheden binnen de arbeidsorganisatie kunnen belanghebbenden het voorkeursbeleid aan een rechterlijke toetsing onderwerpen. Dit zijn belangrijke verschillen in vergelijking met de Bremense regeling die door het EG-Hof niet werd geaccepteerd.

– De overweging dat een regeling als de Bremense «de in de richtlijn voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden» (r.o. 23) lijkt voor meer interpretaties vatbaar. Een vergaande interpretatie zou inhouden dat uitsluitend bijzondere maatregelen voor vrouwen zijn toegestaan buiten de gebieden die door de richtlijn worden bestreken (toegang tot de arbeid, beroepsopleiding en arbeidsvoorwaarden), teneinde te bevorderen dat de kansen van vrouwen op de door de richtlijn bestreken gebieden gelijk worden. In die interpretatie zou elk voorkeursbeleid voor de vrouw bij de aanstelling en promotie zelf een door de Richtlijn verboden discriminatie opleveren.

Of het Hof werkelijk een zo ver gaande interpretatie aan de richtlijn heeft willen geven, is echter de vraag; er zijn ook minder vergaande interpretaties denkbaar. Zo biedt de overweging van het Hof, dat artikel 2, vierde lid, een afwijking inhoudt van het discriminatieverbod van artikel 2, eerste lid (r.o. 21), een aanwijzing dat ook in de ogen van het Hof een voorkeursbehandeling van vrouwen op de door de Richtlijn bestreken gebieden (waaronder het gebied van aanstelling en promotie) tot de mogelijkheden blijft behoren. De uitspraak gaat – behoudens de afwijzing van het Bremense stelsel – evenwel niet in op eventuele beperkingen die daarbij in acht moeten worden genomen.

Gelet op het vorenstaande ziet het kabinet thans geen aanleiding voor aanpassing van de Nederlandse wetgeving inzake gelijke behandeling en de op basis daarvan voorgestane uitvoeringspraktijk.

Het kabinet heeft voorts gezien of in het licht van de Kalanke-uitspraak een correctie op zijn plaats is m.b.t. het wetsvoorstel tot wijziging van enkele onderwijswetten in verband met het opnemen van een document inzake evenredige vertegenwoordiging van vrouwen in leidinggevende functies in het onderwijs (Kamerstuk 24 149). Deze toetsing heeft het kabinet tot de conclusie gebracht dat de wettekst in overeenstemming kan worden geacht met de uit hoofde van het EG-recht daaraan te stellen eisen. Het in de toelichting op het wetsontwerp verwoorde uitgangspunt, dat sprake is van ondervertegenwoordiging wanneer de desbetreffende leidinggevende functies voor minder dan de helft door vrouwen worden vervuld, behoeft evenwel nuancering in het licht van de Kalanke-uitspraak, in die zin, dat de 50%-norm wordt vervangen door een norm waarmee meer recht wordt gedaan aan de definitie van evenredige vertegenwoordiging. Daarbij verwijst evenredig naar het gekwalificeerde aanbod. In de regel worden leidinggevend in het onderwijs gerecruteerd uit het onderwijsgevende personeelsbestand van de desbetreffende onderwijssector. Het relatieve aandeel vrouwelijke docenten in de onderscheiden onderwijssectoren kan dan als landelijke indicatie voor het potentieel aan gekwalificeerde vrouwelijke schoolleiders als norm aangehouden worden. In deze normstelling moet een onderscheid gemaakt worden naar onderwijssectoren. Jaarlijks publiceert het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen de percentages van de aantallen mannelijke en vrouwelijke docenten, werkzaam in de genoemde onderwijssectoren, alsmede de percentages van de aantallen mannelijke en vrouwelijke leidinggevend in het onderwijs. Deze nuancering is van belang voor de interpretatie van de wettekst, doch noopt niet tot aanpassing daarvan, zodat de wetgevingsprocedure naar het oordeel van het kabinet verdere voortgang kan vinden.

Tenslotte wordt opgemerkt dat de Kalanke-uitspraak voor werkgevers aanleiding kan vormen om nader te bezien of het voorkeursbeleid voor vrouwen, zoals dit in concreto in de arbeidsorganisatie wordt gevoerd, voldoet aan de randvoorwaarden voor een verantwoord voorkeursbeleid, als hiervoor weergegeven.

Het is bekend dat in kringen van de EG-Commissie thans eveneens een studie plaatsvindt naar de consequenties van de Kalanke-uitspraak. Mocht deze studie, of nadere jurisprudentie van het EG-Hof, tot een uitkomst

leiden die belangrijk afwijkt van de vorenstaande, dan zal de Kamer daarover nader worden geïnformeerd.