

Vergaderjaar 2004–2005

**28 770**

**Wijziging van de Algemene wet gelijke  
behandeling en enkele andere wetten ter  
uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en  
richtlijn nr. 2000/78/EG (EG-implementatiewet  
Awgb)**

**Nr. 11**

**BRIEF VAN DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELE-  
GENHEID**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 24 mei 2005

Hierbij bied ik u de Nota voorkeursbehandeling aan.

Mede namens de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijks-  
relaties, de Minister van Justitie, de Staatssecretaris van Volksgezondheid,  
Welzijn en Sport en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
A. J. de Geus

## Nota voorkeursbehandeling

### Inleiding

In de memorie van toelichting bij de EG-implementatiewet Algemene wet gelijke behandeling heeft de regering een nota over voorkeursbehandeling aangekondigd (Kamerstukken II 2002–2003, 28 770, nr. 3). Aanleiding daartoe zijn twee ontwikkelingen die noodzaken tot een heroverweging van de grenzen waarbinnen voorkeursbehandeling mag plaatsvinden.

De **eerste ontwikkeling** betreft een aantal uitspraken van het Hof van Justitie van de EG inzake de toelaatbaarheid van het hanteren van bepaalde vormen van voorkeursbehandeling ten aanzien van vrouwen bij aanstelling en promotie. Het betreft de arresten *Kalanke* van 17 oktober 1995 (C-450/93), *Marschall* van 11 november 1997 (C-409/95), *Badeck* van 28 maart 2000 (C-158/97) en *Abrahamsson* van 6 juli 2000 (C-407/98). De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) heeft naar aanleiding van deze jurisprudentie geadviseerd het kabinetsstandpunt zoals verwoord in de kabinetsnotitie «Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties» van 11 februari 1993 te heroverwegen (advies van 31 januari 2001, ICER 2001/10). Daarnaast heeft de ICER naar aanleiding van het arrest Lommers van 21 augustus 2002 (C-476/99) geadviseerd de implicaties van dit arrest mee te nemen in de toegezegde nota over voorkeursbehandeling.

De **tweede ontwikkeling** betreft de implementatie van drie richtlijnen, waarin bepalingen over voorkeursbehandeling zijn opgenomen. Het gaat hierbij om de anti-rassendiscriminatie-richtlijn (Richtlijn 2000/43/EG) en de kaderrichtlijn (Richtlijn 2000/78/EG) die geïmplementeerd zijn door middel van:

- de EG-implementatiewet Awgb (Kamerstukken II 2002–2003, 28 770, nrs. 1–2),
- de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) (Kamerstukken II 2001–2002, 28 170, nrs. 1–2),
- de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Kamerstukken II 2001–2003, 28 169, nrs. 1–2).

De eerste twee genoemde wetten bevatten een bepaling omtrent voorkeursbehandeling.

De derde relevante richtlijn is Richtlijn 2002/73/EG tot herziening van Richtlijn 76/207/EEG betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij arbeid en beroep. In het kader van deze herziening is de richtlijnbeepaling over voorkeursbehandeling gewijzigd.

Naar aanleiding van de notitie omtrent de implementatie van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn en de kaderrichtlijn heeft de ICER geadviseerd om de bestaande bepalingen inzake voorkeursbehandeling te vervangen door of aan te vullen met de eisen die daaraan blijkens de richtlijnen worden gesteld en daarmee zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bewoordingen van de Europese regelgeving (advies van 22 juni 2001, ICER 2001/54a). De Raad van State adviseerde in gelijke zin ten aanzien van de bepaling over voorkeursbehandeling in het voorstel tot de EG-implementatiewet Awgb (advies van 16 augustus 2002, No. W04.02 0202/I). De regering achtte het raadzaam om de besluitvorming over de uiteindelijke vormgeving van de wettelijke bepalingen over voorkeursbehandeling voor te bereiden in een aparte nota, waarin zo goed mogelijk wordt aangegeven welke vormen van voorkeursbehandeling voor de onderscheiden doelgroepen zich verdragen met artikel 141, vierde lid, EG-verdrag, de bepalingen over voorkeursbehandeling in de genoemde richtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de EG-implementatiewet

Awgb wordt verder opgemerkt dat in de nota ook relevante mensenrechtenverdragen worden betrokken, waaronder het VN-Vrouwenverdrag (Kamerstukken II 2002–2003, 28 770, nr. 3, p. 8–9).

#### *Kamervragen over voorkeursbehandeling*

In het wetgevingsoverleg over het voorstel voor de EG-implementatiewet Awgb (Kamerstukken II 2003–2004, 28 770, nr. 10) heeft de fractie van de VVD een aantal vragen gesteld over de wenselijkheid van voorkeursbehandeling ten aanzien van vrouwen en etnische minderheden. In reactie hierop heeft de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties toegezegd dat in de nota voorkeursbehandeling ook zal worden ingegaan op de vraag of het handhaven van de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling wenselijk is en of de tot op heden geboden mogelijkheden tot voorkeursbehandeling effectief zijn geweest. Toegezegd is ook dat daarbij alle gronden uit de Awgb zullen worden betrokken.

#### *Adviezen over de nota voorkeursbehandeling*

Het kabinet heeft over de conceptnota voorkeursbehandeling advies gevraagd aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER). De inhoud van deze adviezen was aanleiding om de nota op een onderdeel aan te passen. Dit onderdeel betreft de toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling van leden van een culturele of etnische minderheid en van personen met een handicap of chronische ziekte.

#### *Samenvatting van de nota*

Allereerst wordt in een aantal inleidende hoofdstukken aangegeven wat onder voorkeursbehandeling verstaan moet worden en wat de achtergrond is geweest bij de opname van de mogelijkheid van voorkeursbehandeling in de wetgeving.

Met voorkeursbehandeling op het terrein van de arbeid wordt bedoeld op het beleid van een werkgever in de particuliere of overheidssector, om bij aanstelling of promotie of op een ander terrein van de arbeid, onder bepaalde randvoorwaarden de voorkeur te geven aan leden van een bepaalde groep, met als doel een aantoonbare duidelijke achterstandsituatie van de desbetreffende groep in de onderneming of instelling te verminderen.

De mogelijkheid tot het hanteren van voorkeursbehandeling is in de wet opgenomen en geldt uitsluitend voor vrouwen, etnische minderheden en sinds kort ook voor gehandicapten en chronisch zieken. Er is destijds gekozen voor opname in de wet vanwege de structurele achterstandsituatie van deze groepen. De wet verplicht niet tot het toepassen van voorkeursbehandeling, maar geeft hiertoe alleen de mogelijkheid.

Vervolgens komt aan de orde of voorkeursbehandeling tot nu toe aan de verwachtingen heeft voldaan en wordt de wenselijkheid van het handhaven van de wettelijke mogelijkheid tot voorkeursbehandeling besproken. Geconcludeerd wordt dat er belangrijke verbeteringen zijn opgetreden in de positie van vrouwen en allochtonen, maar dat de structurele achterstandspositie nog niet is opgeheven. Uit onderzoek is gebleken dat voorkeursbehandeling een positief effect kan hebben op de arbeidsmarktsituatie van vrouwen, etnische minderheden en personen met een handicap of chronische ziekte. Gelet hierop is het wenselijk de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling te handhaven.

Na een beschrijving van de thans geldende regelgeving op het terrein van voorkeursbehandeling en de huidige randvoorwaarden met betrekking tot voorkeursbehandeling, wordt vervolgens voor de grond *geslacht* nagegaan welke *vormen van voorkeursbehandeling*, gelet op de nationaal- en

internationaalrechtelijke bepalingen en jurisprudentie, mogelijk zijn en op welke wijze een *concrete achterstandssituatie* kan worden vastgesteld. De conclusie voor de grond geslacht is dat vergaande vormen van voorkeursbehandeling (voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid voor de functie en uitsluitend selecteren onder vrouwen) bij werving en selectie voor een reguliere baan in strijd zijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Wel geoorloofd is voorkeursbehandeling waarbij vrouwen in het bijzonder worden uitgenodigd om te solliciteren of de voorkeur krijgen bij gelijke geschiktheid. Bij deze laatste vorm van voorkeursbehandeling dient volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG een zogenaamde openingsclausule gehanteerd te worden. Deze clausule dient in te houden dat vrouwen niet bij voorrang aangesteld of bevorderd mogen worden, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in zijn voordeel doen omslaan. Volgens de rechtspraak van het Hof mogen deze – met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende – redenen op hun beurt niet discriminerend zijn ten opzichte van vrouwen. Wanneer het echter niet gaat om werving en selectie maar bijvoorbeeld om het toewijzen van plaatsen voor kinderopvang zijn vergaande vormen van voorkeursbehandeling toegestaan. Of in een concreet geval sprake is van een achterstandssituatie van vrouwen zal vastgesteld moeten worden door te bezien of bij de onderneeming 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.

Vervolgens wordt ingegaan op voorkeursbehandeling van leden van een culturele of etnische minderheid en van mensen met een handicap of chronische ziekte. Na bespreking van de toepasselijke regelgeving en jurisprudentie wordt weergegeven welke vormen van voorkeursbehandeling het kabinet voor deze groepen toelaatbaar acht. In tegenstelling tot voorkeursbehandeling van vrouwen heeft het Hof van Justitie van de EG zich nog niet uitgelaten over voorkeursbehandeling van leden van een culturele of etnische minderheid en van mensen met een handicap of chronische ziekte. De regering hecht er echter aan dat hetzelfde toetsingskader gehanteerd wordt voor de gronden ras en handicap als voor de grond geslacht en volgt op dit punt het advies van de Commissie Gelijke Behandeling en het advies van de ICER. Ook wordt ingegaan op de wijze waarop ten aanzien van etnische minderheden en gehandicapten vastgesteld moet worden of sprake is van een concrete achterstandssituatie.

Daarna wordt ingegaan op de vraag of de huidige bepalingen over voorkeursbehandeling in de Nederlandse wetgeving moeten worden herzien. Hoewel de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG de mogelijke vormen van voorkeursbehandeling heeft ingeperkt, geven deze jurisprudentie van het Hof, de implementatie van een drietal richtlijnen waarin bepalingen over voorkeursbehandeling zijn opgenomen en het VN-Vrouwenverdrag geen aanleiding om de huidige bepalingen over voorkeursbehandeling in de Nederlandse wetgeving te herzien.

Tenslotte wordt een reactie gegeven op de adviezen van de CGB en de ICER. De conceptnota is naar aanleiding van deze adviezen op een onderdeel aangepast. Dit heeft geresulteerd in een beperking van de toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling van leden van een culturele of etnische minderheid en van personen met een handicap of chronische ziekte. Hierbij is aansluiting gezocht bij de voor de grond geslacht toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling.

## Inhoudsopgave

- 1 Voorkeursbehandeling nader beschouwd
  - 1.1 Wat is voorkeursbehandeling?
  - 1.2 Achtergrond van voorkeursbehandeling
  
- 2 Effectiviteit en wenselijkheid van voorkeursbehandeling
  - 2.1 Effectiviteit van voorkeursbehandeling
  - 2.2 Wenselijkheid van voorkeursbehandeling
  
- 3 Algemeen juridisch kader
  - 3.1 Regelgeving
  - 3.2 Kabinetsnotitie uit 1993 met randvoorwaarden voorkeursbehandeling
  
- 4 Voorkeursbehandeling van vrouwen
  - 4.1 Regelgeving
  - 4.2 Jurisprudentie
  - 4.3 Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling in de toekomst
  
- 5 Voorkeursbehandeling van etnische minderheden en gehandicapten
  - 5.1 Regelgeving
  - 5.2 Jurisprudentie
  - 5.3 Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling in de toekomst
  
- 6 Voorkeursbehandeling buiten de arbeid
  
- 7 Noodzaak tot aanpassing van de wettelijke bepalingen?
  - 7.1 Aanpassing naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG
  - 7.2 Aanpassing naar aanleiding van de recente richtlijnen
  - 7.3 Aanpassing naar aanleiding van het VN-vrouwenverdrag
  
- 8 Voorlichting
  
- 9 Adviezen over de conceptnota voorkeursbehandeling
  - 9.1 Advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht
  - 9.2 Advies van de Commissie Gelijke Behandeling
  
- Bijlagen<sup>1</sup>
  - Bijlage 1 arbeidsmarktgegevens
  - Bijlage 2 arresten Hof van Justitie van de EG
  - Bijlage 3 oordelen Commissie Gelijke Behandeling
  - Bijlage 4 ICER-adviezen
  - Bijlage 5 Bedrijvenonderzoek gelijke behandeling, onderdeel voorkeursbehandeling
  - Bijlage 6 adviezen over conceptnota voorkeursbehandeling

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

## 1. Voorkeursbehandeling nader beschouwd

### 1.1 Wat is voorkeursbehandeling?

Voorkeursbehandeling kan men omschrijven als een tijdelijke maatregel ten behoeve van een of enkele individuen uit een bepaalde doelgroep, die ertoe bijdraagt dat de achterstand van die doelgroep in een bepaalde concrete situatie vermindert. Voorkeursbehandeling kan op meerdere maatschappelijke terreinen plaatsvinden. In de praktijk gebeurt dit echter vrijwel alleen op het terrein van de arbeid.

Met voorkeursbehandeling op het terrein van de arbeid wordt in deze nota bedoeld op:

- het beleid van een werkgever in de particuliere of overheidssector
- om bij aanstelling of promotie of op een ander terrein van de arbeid
- onder bepaalde randvoorwaarden
- de voorkeur te geven aan leden van een bepaalde groep
- met als doel een aantoonbare duidelijke achterstandssituatie van de desbetreffende groep in de onderneming of instelling te verminderen.

De mogelijkheid tot het hanteren van voorkeursbehandeling is in de wet opgenomen en geldt uitsluitend voor de volgende drie groepen: vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten en chronisch zieken.

De wet verplicht niet tot het hanteren van voorkeursbehandeling. Het staat de werkgever volledig vrij, mits er sprake is van een aantoonbare duidelijke achterstand binnen de onderneming of instelling en aan de randvoorwaarden is voldaan, om voorkeursbehandeling toe te passen ten aanzien van de genoemde groepen.

Van voorkeursbehandeling moet het sociale beleid dat de overheid voert worden onderscheiden. Dit sociale beleid dient ter ondersteuning van de participatie van bepaalde groepen aan de samenleving. Het is algemeen van karakter, op een groep gericht en heeft veelal een langere duur. Algemene voorbeelden hiervan zijn het ouderenbeleid, het gehandicaptenbeleid, het emancipatiebeleid en het integratiebeleid van de overheid. Concrete voorbeelden uit het gehandicaptenbeleid zijn de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, de Wet voorzieningen gehandicapten en de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten.

Van voorkeursbehandeling dient eveneens het sociale beleid dat een werkgever (in samenspraak met de ondernemingsraad) voert te worden onderscheiden. Algemene voorbeelden van sociaal beleid op ondernemingsniveau zijn het ouderenbeleid, het diversiteitbeleid en het multicultureel personeelsbeleid. Concrete voorbeelden zijn het door de werkgever aanbieden van cursussen in de Nederlandse taal, het coachen van vrouwen met als doel doorstroming naar managementfuncties en het bieden van de mogelijkheid tot seniorenverlof aan werknemers ouder dan 60 jaar.

In de praktijk is overlap mogelijk tussen sociaal beleid van de werkgever en voorkeursbehandeling. Wanneer de eerder genoemde voorzieningen of faciliteiten bij uitsluiting aan leden van een bepaalde groep worden aangeboden zonder dat vergelijkbare voorzieningen of faciliteiten beschikbaar zijn voor andere personen is er tevens sprake van voorkeursbehandeling.

### 1.2 Achtergrond van voorkeursbehandeling

De mogelijkheid van voorkeursbehandeling is sinds 1980 in de Nederlandse wetgeving opgenomen. In de WGB (oud) was de mogelijkheid om voorkeursbehandeling toe te passen in eerste instantie seksneutraal

geformuleerd. In de praktijk bleek echter dat de instroom van mannen in de zogenaamde vrouwenberoepen sterk toenam. De instroom van vrouwen in mannenberoepen verliep echter veel minder succesvol. De achterstandssituatie van vrouwen nam niet af.

Sinds 1989 is in de WGB de mogelijkheid van voorkeursbehandeling beperkt tot vrouwen. In de Memorie van Toelichting werd overwogen dat vrouwen in een achterstandspositie verkeren, zowel wat betreft de deelname aan de arbeid als wat betreft de spreiding over functies en beroepen en de niveaus daarbinnen. Gezien de algemene arbeidssituatie van mannen zou er voor hen geen grond zijn om een beroep te doen op de uitzondering om feitelijke ongelijkheden op te heffen. Het achterwege laten van een toepassingsmogelijkheid voor mannen in individuele gevallen, achtte de regering alleszins verantwoord met het oog op de algemene achterstandssituatie van vrouwen (Kamerstukken II 1986–1987, 19 908, nr. 3, p. 10 en 21).

Sinds de inwerkintreding van de Awgb in 1994 is tevens de mogelijkheid van voorkeursbehandeling van leden van een etnische of culturele minderheid in de wet opgenomen. De memorie van toelichting bij de Awgb (Kamerstukken 1990–1991, 22 014, nr. 3, p. 14) vermeldt hierover het volgende:

«Dit artikel (bedoeld is artikel 2) bepaalt in het derde lid dat voorkeursbehandeling van vrouwen en van leden van etnische of culturele minderheidsgroeperingen (...) in afwijking van het in dit voorstel opgenomen verbod van onderscheid, is toegestaan. Het treffen van maatregelen om feitelijke ongelijkheden op te heffen is van belang voor de in deze bepaling genoemde personen. De grond van even genoemde bepalingen is gelegen in de algemene achterstandspositie van de desbetreffende groepen op de in deze wet aangegeven terreinen van het maatschappelijk leven. Voorkeursmaatregelen scheppen aldus de mogelijkheid de (thans) bestaande achterstandspositie van vrouwen en etnische minderheden te verminderen of op te heffen.» Volgens de Memorie van Antwoord bij de Awgb zullen voorkeursregelingen aan een aantal voorwaarden moeten voldoen. Zo moet er sprake zijn van een aantoonbare achterstand, welke een rechtvaardiging vormt voor de inhoud en kracht van het voorkeursbeleid. Daarnaast moet voorkeursbeleid zodanig zijn dat de gekozen maatregelen ook daadwerkelijk tot effect kunnen hebben dat de achterstand wordt verminderd of opgeheven (Kamerstukken II 1990–1991, 22 014, nr. 5, pag. 74/75).

Het begrip structurele achterstandspositie wordt in de nota naar aanleiding van het verslag bij het Wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd (Kamerstukken 2001–2002, 28 170, nr. 5, p. 35) als volgt omschreven:

- een achterstand die zich manifesteert op meerdere belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven, zoals de positie op de arbeidsmarkt, de inkomens- en vermogenspositie, de deelname aan politieke en bestuurlijke besluitvorming etc., en
- een achterstand die niet veroorzaakt wordt door tijdelijke omstandigheden.

De mogelijkheid tot voorkeursbehandeling is ook opgenomen in de WGBH/CZ die op 1 december 2003 in werking is getreden. Ook bij gehandicapten en chronisch zieken is sprake van een structurele achterstandspositie.

Europese regelgeving is van grote invloed geweest op de regelgeving en het beleid van Nederland op het terrein van gelijke behandeling, inclusief voorkeursbehandeling. In 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) is een bepaling over voorkeursbeleid opgenomen. 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 stelt dat het beginsel van gelijke behandeling lidstaten niet belet, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, om maatregelen te handhaven of aan te nemen, 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. Gelet op Verklaring nr. 28 bij het Verdrag van Amsterdam dienen de lidstaten in de eerste plaats te streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven.

In de herziene Tweede Richtlijn (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) is in het nieuwe artikel 2, achtste lid, het volgende over voorkeursbehandeling opgenomen: «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.» In de considerans bij de Richtlijn is in overweging 14 opgenomen dat de lidstaten in de eerste plaats streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven.

De Richtlijnen 2000/43/EG (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 en 2000/78/EG (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.

## **2. Effectiviteit en wenselijkheid van voorkeursbehandeling**

Tijdens het wetgevingsoverleg over het voorstel voor de EG-implementatiewet Awgb (Kamerstukken II 2003–2004, 28 770, nr. 10) heeft de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties toegezegd dat in de nota voorkeursbehandeling ook zal worden ingegaan op de vraag naar de wenselijkheid en de effectiviteit van voorkeursbehandeling en dat daarbij alle gronden uit de Awgb worden betrokken. In het nu volgende wordt hieraan voldaan.

### *2.1 Effectiviteit van voorkeursbehandeling*

Het scheppen van de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling is slechts een van de maatregelen die erop gericht zijn de achterstandssituatie van vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten te verminderen. Het is daarom niet eenvoudig de directe effectiviteit van de huidige wettelijke bepalingen met betrekking tot voorkeursbehandeling vast te stellen. Een verbetering van de positie van de genoemde groepen op de arbeidsmarkt kan immers ook veroorzaakt zijn door het sociale beleid van de overheid en het sociale beleid dat een werkgever voert. Bovendien moet niet uit het



oog worden verloren dat ook de sociaal-economische omstandigheden van invloed zijn op de arbeidsmarktpositie van deze groepen. Hier komt wat betreft personen met een handicap of chronische ziekte bij dat de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte op 1 december 2003 in werking is getreden. Uitspraken over de effectiviteit van de wettelijke bepaling over voorkeursbehandeling van gehandicapten of chronisch zieken kunnen op grond hiervan niet worden gedaan.

#### Effecten in de overheidssector

In 1993 heeft het kabinet de notitie «Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties» uitgebracht. Daarin zijn de voorwaarden uiteengezet, waaronder de overheid voorkeursbehandeling mag toepassen op groepen die zich in een structurele achterstandspositie op de arbeidsmarkt bevinden, zoals vrouwen en etnische minderheden.

#### *Rijksoverheid*

In de diverse overheidssectoren worden stimulerende maatregelen getroffen die het aandeel van minderheden en vrouwen, maar ook van gehandicapten, in het overheidspersoneel moeten vergroten. Deze maatregelen worden momenteel gebracht onder de noemer «diversiteitsbeleid», dat beschouwd kan worden als een onderdeel van het sociale beleid van de overheidswerkgever. Sommige onderdelen van het diversiteitsbeleid kunnen als voorkeursbehandeling worden aangemerkt. Een aantal voorbeelden:

- Talencursussen van de sector Rijk om de instroom van alloctonen te vergroten.
- Voor de sector Politie is een landelijk expertisecentrum diversiteit (LECD) in het leven geroepen, dat politiekorpsen ondersteunt bij het te voeren diversiteitsbeleid.
- Bij de brandweer worden 135 van de 4 138 beroepsfuncties door vrouwen vervuld (3,3%). Dat was de aanleiding voor een samenwerkingsverband van o.a. de brandweerkorpsen van Amsterdam, Rotterdam en Den Haag en het Ministerie van BZK om het project *Brandweervrouwen* te starten, gericht op de werving, selectie en opleiding van 24 brandweervrouwen. In maart 2004 bleek deze doelstelling ruimschoots gehaald te zijn. Dit project kan als een voorbeeld van voorkeursbehandeling worden aangemerkt.

Behalve de bevordering van de participatie van vrouwen in het algemeen, wordt er nu steeds meer aandacht besteed om vooral de hogere posities in de ambtelijke organisaties door vrouwen evenredig bezet te krijgen. De bewindspersonen voeren binnen hun departement een systematisch beleid om te komen tot een meer evenredige verdeling van vrouwen en mannen in de verschillende functies en posities en in raden en commissies en zij bevorderen dat organisaties binnen hun beleidsdomein daar op eenzelfde wijze mee omgaan. De ontwikkelingen hieromtrent worden gevolgd via de tweejaarlijkse emancipatiemonitor, de benchmark vrouwen in hogere functies, die nu nog in ontwikkeling is en de -onder verantwoordelijkheid van het ministerie van BZK uitgebrachte voortgangsrapportages vrouwen in openbaar bestuur.

Over de resultaten van het gevoerde beleid zij het volgende opgemerkt: geconstateerd kan worden dat sinds het verschijnen van de kabinetsnotitie in 1993 het aandeel van vrouwen en etnische minderheden in de overheidssectoren is toegenomen.

Uit de Kerngegevens Overheidspersoneel 2002 blijkt het volgende:

- In het algemeen is het aandeel van vrouwen in overheidssectoren gestegen van 39% in 1997 tot 46% in 2002.
- Het percentage vrouwen bij de ministeries in de verschillende functieniveaus ziet er als volgt uit:

---

Laag (schaal 10 en lager)	41%
Midden (schaal 11-14)	26%
Hoog (schaal 15 en hoger)	11%

---

- Gemiddeld is bij de ministeries het aandeel vrouwen in de middenfuncties tussen 1991 en 2001 toegenomen met 3% (van 23% naar 26%). Voor de hogere functies is de stijging in de genoemde periode 2% (van 9% tot 11%).

#### *Lagere overheden*

Niet alleen op rijksniveau, maar ook op provinciaal en gemeentelijk niveau wordt voorkeursbehandeling toegepast. Centrale regelingen ontbreken; gemeenten en provincies zijn hiervoor zelf primair verantwoordelijk. Over de resultaten van het door gemeenten en provincies gevoerde voorkeursbeleid is weinig bekend. In 1994 is op gemeentelijk niveau onderzoek verricht naar positieve actie (SGBO, «Gestage groei», Vrouwen in gemeentelijke topposities). Uit dit onderzoek is gebleken dat het percentage vrouwelijke leidinggevenden in gemeenten met positieve actie hoger ligt dan in gemeenten zonder positieve actie.

Net als bij de rijksoverheid vertoont het aantal vrouwen in het personeelsbestand van gemeenten een stijgend verloop; de afgelopen vijf jaar is het aandeel vrouwen met 4% gestegen naar 38% (Personeel in Perspectief, Monitor gemeenten 2002). In provincies is het aandeel vrouwen (uitgedrukt in fte) in de periode 1994 tot 2002 gestegen van 25,7% naar 32,7%.

Uit het onderzoek «Personeel in perspectief, Monitor gemeenten 2002» blijkt dat het gemiddelde percentage allochtonen dat werkzaam is bij gemeenten al enkele jaren gelijk is gebleven, ongeveer 6%. Bij provincies is 4,5% van het personeelsbestand allochtoon.

#### Effecten in de marktsector

In de afgelopen periode is zowel door werkgevers in de private sector als door de overheid sociaal beleid uitgevoerd gericht op vergroting van de arbeidsparticipatie en de doorstroom naar hogere functies van vrouwen en etnische minderheden. Voorbeelden hiervan zijn het al eerder genoemde emancipatiebeleid van de overheid en het diversiteitsbeleid binnen ondernemingen. De resultaten van het gevoerde sociaal beleid en de gehanteerde voorkeursbehandeling gezamenlijk laten zich als volgt samenvatten:

- een vergroting van de arbeidsparticipatie van vrouwen van 39% in 1990 tot 55% in 2003. De arbeidsparticipatie van mannen bedraagt in 2003 75% (Emancipatiemonitor 2004, p. 66);
- een vergroting van de arbeidsparticipatie van etnische minderheden van 37% in 1995 tot 50% in 2002 (CBS);
- meer doorstroom van vrouwen naar hogere functies. In 1995 was nog 26% van de wetenschappelijke beroepsbeoefenaren vrouw. Dit aandeel is gestegen tot 33% in 2002. Het aandeel vrouwen in middelbare beroepen is in dezelfde periode gestegen van 37 naar 42%. Van de managers in de hogere en wetenschappelijke beroepen was in 2002 een kwart vrouw, in 1994 was dat nog maar 14% (Emancipatiemonitor 2004, p. 79).
- meer doorstroom van etnische minderheden naar hogere functies. Zo

was in 1998 25% van de werkende Marokkanen werkzaam op middelbaar of hoger niveau en in 2002 38%. Voor de werkende autochtonen was dit 69% in 1998 en 71% in 2002 (Rapportage Integratiebeleid Etnische minderheden 2003, p. 122).

In de periode 1990–1994 is een aantal onderzoeken in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken verricht naar voorkeursbehandeling van vrouwen (Prima inter pares, december 1991; Vrouwen bij voorkeur, januari 1992; Evaluatie stimuleringsregeling positieve actie voor vrouwen, januari 1992; «Nou kijk, je wilt in het leven altijd hogerop komen», september 1992; Positieve actie: er moet aan gewerkt worden, juni 1994).

Deze onderzoeken concentreerden zich op deelaspecten verbonden aan voorkeursbehandeling, zoals een analyse van de argumentatiestrategieën van voor- en tegenstanders, een onderzoek naar de juridische aspecten van voorkeursbehandeling en een onderzoek naar de praktijkervaringen van arbeidsorganisaties die een beroep deden op de Stimuleringsregeling Positieve Actie voor Vrouwen.

#### Resultaten bedrijvenonderzoek

Het onderwerp voorkeursbehandeling is meegenomen in het Bedrijvenonderzoek gelijke behandeling en werving en selectie dat in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door IVA wordt verricht. Wat betreft voorkeursbehandeling zijn de resultaten van het onderzoek uit april 2004 (in bijlage 5) gepresenteerd. Onder een steekproef van 270 bedrijven is een telefonische vragenlijst afgenomen, verdeeld over drie sectoren (profit, non-profit en overheid) en drie grootteklassen (20–99, 100–299 en 300 of meer werknemers). Onderzocht is in hoeverre arbeidsorganisaties gebruik maken van de mogelijkheid van voorkeursbehandeling en hoe geoordeeld wordt over de effecten daarvan op de instroom van vrouwen, allochtonen en personen met een handicap of chronische ziekte. In het onderstaande worden de samenvatting en de conclusies van het onderzoek weergegeven. In bijlage 5 is een uitgebreide weergave van het onderzoek opgenomen.

##### *a. Bekendheid met regels van voorkeursbehandeling*

Tweederde deel van de werkgevers geeft aan redelijk tot (zeer) goed op de hoogte te zijn van de mogelijkheid van het toepassen van voorkeursbehandeling. Vooral grotere werkgevers zijn hiermee beter bekend dan de kleinere. Daarnaast geldt dat de bekendheid met voorkeursbehandeling bij werkgevers in de overheid en non-profit-sector groter is dan in de marktsector. Vaktijdschriften vormen de belangrijkste informatiebron maar ook de brancheverenigingen en werkgeversorganisaties zijn een belangrijke informant.

##### *b. Toepassing van voorkeursbehandeling*

Een derde deel van de werkgevers voert actief voorkeursbeleid of heeft dit in het verleden gedaan. Instellingen in de overheidssector en non-profit sector zijn hierin duidelijk actiever dan de bedrijven in de marktsector. Ook is er een samenhang met de bedrijfsomvang: grote bedrijven doen vaker aan voorkeursbehandeling dan kleine. Als arbeidsorganisaties voorkeursbehandeling toepassen richt men zich het vaakst op één doelgroep. Van de bedrijven met voorkeursbeleid is dit 54%. Daarbij gaat het dan in de eerste plaats om allochtonen en in de tweede plaats om gehandicapten of chronisch zieken. Vrouwen zijn maar in een enkel geval de exclusieve doelgroep van een voorkeursbeleid.

##### *c. Motieven voor toepassing van voorkeursbehandeling*

Het bieden van gelijke kansen aan alle groepen op de arbeidsmarkt is het belangrijkste motief voor het toepassen van voorkeursbehandeling. Drie-

kwart van de werkgevers noemt dit argument. Vacatureervulling is een tweede belangrijk motief dat vooral wordt ingebracht door de kleine werkgevers. Voor de grote werkgevers en die in de non-profit-sector is vaak ook nog de verbetering van het bedrijfsimago een belangrijk motief. De motieven voor het toepassen van voorkeursbehandeling zijn voor de verschillende doelgroepen niet gelijk. Organisaties die zich met voorkeursbeleid vooral richten op allochtonen doen dat vooral omdat hun klanten of opdrachtgevers ook uit deze groepen komen en om aan voldoende personeel te komen. Werkgevers die zich vooral op arbeidsgehandicapten en chronisch zieken richten motiveren dit met niet direct aan de bedrijfsvoering gerelateerde redenen zoals het gevolg willen geven aan CAO-afspraken en de aantrekkelijkheid van overheidssubsidies.

#### *d. Aard van het voorkeursbeleid*

Circa tweederde deel van de werkgevers (die onder specifieke groepen werven of geworven hebben) past voorkeursbehandeling toe door bij voldoende geschiktheid een persoon uit één van de groepen aan te nemen. Eveneens tweederde deel voert voorkeursbeleid door bij gelijke geschiktheid een persoon uit één van de groepen aan te nemen. Andere, door bedrijven genoemde vormen zijn:

- het bieden van extra faciliteiten voor bepaalde groepen qua werktijden, begeleiding, scholing en opleiding (41%);
- inschakelen bij de werving van organisaties die goede contacten hebben met bepaalde groepen (37%);
- wervingsadvertenties plaatsen in bladen die door bepaalde groepen veel gelezen worden (36%).

De aard van de voorkeursmaatregelen wordt tot op zekere hoogte ook bepaald door de groep op wie men zich als bedrijf of instelling richt. Bij allochtonen wordt meer dan bij gehandicapten/chronisch zieken geselecteerd op basis van gelijke of voldoende geschiktheid voor het werk. Ook gaat men ten behoeve van de werving van allochtonen vaker op zoek naar geschikte rekruteringsnetwerken. Daar staat tegenover dat werkgevers ten behoeve van de werving van gehandicapten of chronisch zieken weer vaker bereid zijn tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden en tot het aanbieden van extra faciliteiten.

#### *e. Effecten van voorkeursbeleid*

Circa een derde deel van de geënquêteerde organisaties die werven of geworven hebben onder bepaalde groepen is van mening ze dat door toedoen van het gevoerde voorkeursbeleid aantrekkelijker zijn geworden voor de betreffende doelgroep(en). Van de werkgevers meent 37% ook dat het beleid een positief effect heeft op de instroom van de gewenste doelgroepen. De grote werkgevers die zoals vaker ook een op meerdere groepen gericht voorkeursbeleid voeren, zijn hierover positiever dan de kleine en middelgrote werkgevers. De effecten die werkgevers zien van het door hen gevoerde voorkeursbeleid zijn niet in alle gevallen voor de verschillende doelgroepen hetzelfde. Werkgevers die gericht zijn (geweest) op allochtonen verwachten aanmerkelijk vaker dan werkgevers die gericht zijn op arbeidsgehandicapten en chronisch zieken dat hun bedrijf hierdoor aantrekkelijker is geworden.

Als laatste kan nog worden opgemerkt dat bij circa driekwart van de werkgevers (die actief werven of geworven hebben) de OR of personeelsvertegenwoordiging betrokken is geweest bij het denken over voorkeursbeleid. Van de werkgevers die door middel van voorkeursbehandeling werven of geworven hebben staat bij 84 procent (zeer) positief tegenover het toegepaste voorkeursbeleid.

Uit de hiervoor gepresenteerde cijfers blijkt dat de structurele achterstandssituatie van vrouwen en etnische minderheden nog niet is ingelopen. Maar zowel in de overheids- als in de marktsector is de arbeidsparticipatie en de doorstroom naar hogere functies van vrouwen en etnische minderheden toegenomen. Deze positieve effecten zijn bereikt door het inzetten van drie instrumenten: sociaal beleid van de overheid, sociaal beleid van werkgevers en voorkeursbehandeling

Uit het Bedrijvenonderzoek gelijke behandeling blijkt dat voorkeursbehandeling een positief effect kan hebben op de arbeidsmarktsituatie van vrouwen, etnische minderheden en personen met een handicap of chronische ziekte. Van de werkgevers die voorkeursbehandeling hebben toegepast, meent 37% dat het beleid een positief effect heeft op de instroom van de gewenste doelgroepen.

### *2.2 Wenselijkheid van voorkeursbehandeling*

Tijdens het hiervoor genoemde wetgevingsoverleg over het voorstel voor de EG-implementatiewet Awgb (Kamerstukken II 2003–2004, 28 770, nr. 10) heeft de fractie van de VVD de vraag opgeworpen of voorkeursbehandeling een wenselijk instrument is om de achterstandssituatie van vrouwen, etnische minderheden of gehandicapten weg te nemen. Het zou niet passen in de huidige tijdgeest om bepaalde groepen personen tijdens sollicitatieprocedures voorrang te geven. Voorkeursbehandeling wordt in deze visie gezien als een vorm van discriminatie. Burgers moeten zelf werken aan het bereiken van de kwalificaties en geschiktheid om alle betrekkingen in de Nederlandse samenleving te kunnen vervullen. Bovenstaande visie benadrukt het belang om in deze nota in te gaan op de wenselijkheidsvraag van voorkeursbehandeling.

#### *Structurele achterstandssituatie*

Hoewel de in de vorige paragraaf gepresenteerde gegevens een afname laten zien van de achterstand van vrouwen en etnische minderheden op het terrein van de arbeid, betekent dit niet dat de structurele achterstandssituatie van deze groepen is verdwenen. Bij deze groepen, en ook bij gehandicapten, gaat het om groepen met een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt. In een tijd van economische teruggang, is de kans groot dat de achterstandssituatie van deze groepen weer toeneemt.

Ook al hebben vrouwen tot 45 jaar geen onderwijsachterstand meer (Emancipatiemonitor 2004, pag. 60), toch vervullen vrouwen vaker een functie van lager niveau dan mannen en is hun beloning per uur lager. Het ongecorrigeerde beloningsverschil tussen mannen en vrouwen bedraagt in het bedrijfsleven 22% en het – voor een aantal persoons- en functiekenmerken – gecorrigeerde beloningsverschil 7% (De arbeidsmarktpositie van werknemers in 2002; Plan van aanpak gelijke beloning; Voortgangsbrieven gelijke beloning, Kamerstukken II 27 099, nrs. 1, 3, 6 en 11). Het gemiddelde inkomen van vrouwen is 46% van het gemiddelde inkomen van mannen (Emancipatiemonitor 2004, pag. 135). Verder zijn vrouwen nog altijd ondervertegenwoordigd in managementfuncties. In 2002 was 25% van de managers in hogere en wetenschappelijke beroepen vrouw (Emancipatiemonitor 2004, pag. 181–182). Het aandeel vrouwen in managementfuncties loopt daarmee achter bij hun aandeel in alle hogere en wetenschappelijke beroepen (39%). Ook op terreinen buiten de arbeid is sprake van een achterstandssituatie. Op het gebied van politieke en maatschappelijke besluitvorming valt bijvoorbeeld op dat in de 100 grootste bedrijven het aandeel vrouwen in

topfuncties 4,8% bedraagt. 24% van de gemeenteraadsleden is vrouw (Emancipatiemonitor 2004, p.185–198).

Voor de groep etnische minderheden kan een vergelijkbaar beeld als voor vrouwen worden geschetst. Hoewel de sociaal-economische positie van etnische minderheden duidelijk is verbeterd, is er relatief gezien nog zeer zeker sprake van een achterstand. Zo is de werkloosheid onder etnische minderheden nog steeds drie maal zo hoog als die onder autochtonen, ligt het aandeel langdurig werklozen hoger, is het beroepsniveau van de allochtone werkenden aanzienlijk lager, heeft een naar verhouding groot deel van de allochtone werkenden geen vaste aanstelling en is de uitkeringsafhankelijkheid veel hoger onder allochtonen (Rapportage Integratiebeleid Etnische Minderheden 2003). Verder hebben allochtone werknemers minder vaak een hogere opleiding afgerond dan autochtone Nederlanders en vervullen ze vaker een functie van laag niveau (De arbeidsmarktpositie van werknemers in 2002, p. 14 en 15). Vrouwen uit etnische minderheden zijn nog maar heel af en toe aan te treffen op besluitvormende posities. (Emancipatiemonitor 2002, p.193–194; Emancipatiemonitor 2004, p. 205–206).

Dat er sprake is van een structurele achterstandssituatie van etnische minderheden blijkt ook uit het eindrapport van de Tijdelijke Commissie Onderzoek Integratiebeleid (Commissie Blok, Kamerstukken II 2003–2004, 28 689, nrs. 8–9).

Ook in het geval van gehandicapten en chronisch zieken is sprake van een structurele achterstandssituatie. Zo blijkt uit de Monitor Arbeidsgehandicapten 2002 dat van alle personen tussen de 15 en 64 jaar 2,6 miljoen aangeeft een langdurige aandoening of handicap te hebben; 1,6 miljoen daarvan heeft een arbeidshandicap. Het aandeel arbeidsgehandicapten dat tot de werkzame beroepsbevolking behoort is tussen 2000 en 2002 gedaald van 52% naar bijna 49%. De helft van de arbeidsgehandicapten is laag opgeleid, tegen vier op de tien personen in de totale bevolking.

Daarnaast blijkt uit onderzoek dat de arbeidsmarkt voor personen met een handicap, chronische ziekte of psychische aandoening maar beperkt toegankelijk is. Een deel van de verklaring voor de lage arbeidsparticipatie ligt in de beeldvorming die rond deze categorie arbeidskrachten bestaat. Arbeidsgehandicapten hebben te maken met specifieke belemmeringen en hindernissen voortkomende uit gebrek aan kennis en negatieve beeldvorming onder potentiële werkgevers en collega's (Onbekend maakt onbemind, Attitude onderzoek naar de positie van arbeidsgehandicapten op de arbeidsmarkt, januari 2004).

Voor meer informatie over de maatschappelijke positie van vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten, zie bijlage 1.

#### Imago van voorkeursbehandeling

Voorkeursbehandeling is een onderwerp waartegen soms weerstand bestaat. Bepaalde sollicitanten zouden niet op hun kwaliteiten beoordeeld worden, maar op grond van het feit dat ze tot een bepaalde groep behoren. Het negatieve imago van voorkeursbehandeling is niet terecht. In het onderstaande wordt getracht de weerstand die tegen voorkeursbehandeling bestaat weg te nemen.

#### *Voorkeursbehandeling is een keuze voor werkgevers*

Een werkgever kan ervoor kiezen om bij werving en selectie voorkeursbehandeling toe te passen, bijvoorbeeld in het geval de personeelsopbouw binnen de organisatie onevenwichtig is. Op geen enkele wijze wordt vanuit de overheid aan werkgevers een verplichting opgelegd om voor-

keursbehandeling van vrouwen, etnische minderheden of gehandicapten toe te passen. Daarmee kan voorkeursbehandeling onderdeel zijn van het personeelsbeleid van een werkgever, vergelijkbaar met het sociale beleid dat een werkgever kan voeren. Waar een werkgever voorkeursbehandeling toepast, impliceert dit dat kritisch gekeken wordt naar de opbouw van het personeelsbestand en dat zorgvuldig wordt omgegaan met werving en selectie. Voorkeursbehandeling vergroot daarmee de mogelijkheden van werkgevers die een diversiteitsbeleid willen voeren.

#### *Voorkeursbehandeling is met waarborgen omkleed*

Het beeld van voorkeursbehandeling kan zijn dat sollicitanten niet worden beoordeeld op basis van hun kwaliteiten, maar worden aangenomen op grond van het feit dat ze vrouw zijn. Dit beeld van voorkeursbehandeling is onjuist: vrouwen kunnen bij werving en selectie niet automatisch voorrang krijgen.

Zoals uit het volgende hoofdstuk van deze nota zal blijken, is de toepassing van voorkeursbehandeling met waarborgen omkleed en hebben de Commissie Gelijke Behandeling en het Hof van Justitie van de EG hierover geoordeeld en de grenzen van voorkeursbehandeling van vrouwen duidelijk aangegeven.

Ook waar een werkgever voorkeursbehandeling toepast, zal iedere sollicitant beoordeeld moeten worden op de eigen kwaliteiten. Zoals hiervoor aangegeven zal, vanwege de randvoorwaarden waarbinnen het moet plaatsvinden, voorkeursbehandeling er in de praktijk op neerkomen dat een werkgever streeft naar een evenwichtige opbouw van het personeelsbestand. Voorkeursbehandeling sluit kwalitatief geschikte personen niet van functies uit.

#### *Voorkeursbehandeling is een tijdelijk instrument*

Als binnen een organisatie blijkt dat van een concrete achterstandssituatie van vrouwen, etnische minderheden of gehandicapten sprake is, kan voorkeursbehandeling worden toegepast. Daar waar van een feitelijke achterstandssituatie geen sprake is, is voorkeursbehandeling niet mogelijk. Voorkeursbehandeling kan slechts plaatsvinden tot het moment waarop de concrete achterstand is opgeheven en is daarmee een tijdelijk instrument.

#### *Voorkeursbehandeling is binnen de EU een geaccepteerd instrument*

Artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn en artikel 5 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepalen dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met één van de in de richtlijnen genoemde non-discriminatiegronden te voorkomen of te compenseren. De richtlijnen bieden regeringen van EU-lidstaten en organisaties de mogelijkheid om actie te ondernemen om de positie van benadeelde groepen te verbeteren zonder dat daarbij het beginsel van gelijke behandeling wordt geschonden. In veel EU-lidstaten ondernemen regeringen al enkele jaren positieve actie, met name om benadeelden op de arbeidsmarkt te helpen werk te vinden. In het Jaarrapport over gelijkheid en non-discriminatie 2003 van de Europese Commissie wordt een aantal voorbeelden genoemd. Zo heeft Finland een actieprogramma ontwikkeld met de bedoeling om de tewerkstelling van etnische minderheden bij overheidsinstanties te verbeteren en kennen zowel Frankrijk als Duitsland quota-regelingen waarmee bedrijven worden verplicht gehandicapten in dienst te nemen of anderszins een boete te betalen.

Binnen de EU-lidstaten is voorkeursbehandeling een geaccepteerd instrument om de arbeidsmarktpositie van personen die zich in een achterstandssituatie bevinden te verbeteren.

## Conclusie

Het kabinet acht het wenselijk de wettelijke mogelijkheid tot het voeren van voorkeursbehandeling te handhaven. Gronden hiervoor zijn:

- Er is nog steeds sprake van een structurele achterstandssituatie van vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten; voorkeursbehandeling is een van de instrumenten waarmee de achterstandssituatie kan worden teruggebracht;
- Het toepassen van voorkeursbehandeling is een optie voor een werkgever, geen verplichting; voorkeursbehandeling zal onderdeel zijn van een breder personeelsbeleid waarin aandacht bestaat voor de opbouw van het personeelsbestand;
- Werkgevers dienen voldoende mogelijkheden te hebben om een divers samengesteld personeelsbestand te bereiken. Naast sociaal beleid is voorkeursbehandeling van vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten een van de instrumenten hiervoor.

Daarnaast benadrukt het kabinet dat waar weerstand bestaat tegen voorkeursbehandeling, deze veelal onterecht is:

- Voorkeursbehandeling is met waarborgen omkleed en brengt niet met zich mee dat sollicitanten niet op hun individuele kwaliteiten beoordeeld worden;
- Voorkeursbehandeling is een tijdelijk instrument en is alleen mogelijk tot een concrete achterstandssituatie binnen een onderneming is opgeheven.
- Binnen de EU is voorkeursbehandeling een geaccepteerd instrument om de arbeidsmarktpositie van personen die zich in een achterstandssituatie bevinden te verbeteren.

### *Uitbreiding naar andere gronden?*

Tijdens het wetgevingsoverleg over het voorstel tot de EG-implementatiewet Awgb is de vraag gesteld of het wenselijk zou zijn de wettelijke mogelijkheid tot voorkeursbehandeling uit te breiden naar alle gronden in de Awgb en de grond leeftijd (Kamerstukken II 2003–2004, 28 770, nr. 10). Voorkeursbehandeling is op grond van de huidige Nederlandse wetgeving niet mogelijk ten aanzien van de gronden: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat en leeftijd. Het kabinet is van mening dat voor uitbreiding van de wettelijke mogelijkheid tot voorkeursbehandeling naar andere gronden alleen aanleiding is indien dit ten goede zou komen aan groepen die verkeren in een structurele achterstandspositie, zoals in paragraaf 1.2 omschreven. Voor andere groepen dan vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten is tot nu toe niet gebleken dat zij in een dergelijke positie verkeren. De achterstand waarmee sommige van deze groepen (bijvoorbeeld jongeren of ouderen) geconfronteerd worden, manifesteert zich op een of enkele terreinen van het maatschappelijk leven (meestal de arbeidsmarkt) en wordt veroorzaakt door tijdelijke omstandigheden die veelal van conjuncturele aard zijn.

## **3. Algemeen juridisch kader**

### *3.1 Regelgeving*

De wetgeving op het terrein van gelijke behandeling heeft betrekking op het maken van direct en indirect onderscheid. Bij direct onderscheid gaat het om onderscheid tussen personen dat rechtstreeks verwijst naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap of chronische ziekte of leeftijd. Indirect onderscheid is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan hiervoor beschreven, dat



direct onderscheid tot gevolg heeft. Bij voorkeursbehandeling gaat het om direct onderscheid dat, onder bepaalde voorwaarden, gerechtvaardigd kan zijn.

Zoals artikel 2, derde lid, van de Awgb omschrijft, geldt het in deze wet neergelegde verbod 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.

Artikel 3, eerste lid, sub c, van de WGBH/CZ bevat een vergelijkbare bepaling: het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke achterstanden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

In de Nederlandse wetgeving zijn behalve in de Awgb en de WGBH/CZ bepalingen over voorkeursbehandeling opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB).

Ook in de Europese regelgeving, in het EG-Verdrag en in een aantal richtlijnen, zijn bepalingen opgenomen welke voorkeursbehandeling mogelijk maken. Een aantal verdragen, zoals het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (het VN-Vrouwenverdrag) en het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, bevat eveneens bepalingen met betrekking tot voorkeursbehandeling.

### **Conclusie**

Geconstateerd kan worden dat de gelijke behandelingsnorm zoals neergelegd in de nationale en internationale regelgeving er in beginsel niet aan in de weg staat dat aan groepen die zich in een achterstandspositie bevinden een voorkeursbehandeling wordt gegeven.

Dit betekent evenwel niet dat elke toepassing van voorkeursbehandeling geoorloofd is. Juist in verband met beperking van de kansen van degenen die niet tot de voorkeursgroepen behoren, is het noodzakelijk de grenzen aan te geven waarbinnen het voorkeursbeleid moet blijven wil zij geen ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van de niet-bevoorrechten opleveren.

#### *3.2 Kabinetsnotitie uit 1993 met randvoorwaarden voorkeursbehandeling*

In de kabinetsnotitie «Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties» wordt het juridisch kader van voorkeursbehandeling geschetst (Kamerstukken II 1992–1993, 23 022). Het betreft een stelsel van eisen, afgeleid uit regelgeving en jurisprudentie, waarmee overheidswerkgevers in de concrete toepassingspraktijk van voorkeursbehandeling in ieder geval rekening moeten houden.

Wat betreft voorkeursbehandeling voor vrouwen bij de arbeid worden in de kabinetsnotitie de volgende randvoorwaarden genoemd:

- a. De voorkeursbehandeling dient gebaseerd te zijn op een achterstandssituatie van vrouwen en dient zich te richten op het opheffen van die achterstandssituatie.
- b. Voorkeursbehandeling dient slechts plaats te vinden tot het moment waarop de achterstand is opgeheven.

- c. De achterstand moet worden vastgesteld per functiesoort en -niveau die een duidelijk eigen toestroom uit de arbeidsmarkt hebben. De achterstand wordt bepaald door het concrete aandeel van vrouwen te vergelijken met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt.
- d. Op grond van het evenredigheidsbeginsel zal de mate van achterstand bepalend moeten zijn voor de mate van voorkeursbehandeling.
- e. Voorkeursbehandeling dient geschikt te zijn om het daarmee beoogde doel te kunnen verwezenlijken.
- f. 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 werving- en selectiefase zullen worden toegepast.

Wat betreft voorkeursbehandeling voor andere doelgroepen (etnische minderheden, gehandicapten) worden in de kabinetsnotitie de randvoorwaarden als volgt samengevat:

- a. Voorkeursbehandeling moet als doel hebben feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.
- b. De achterstand dient duidelijk aantoonbaar te zijn aan de hand van bijvoorbeeld statistische gegevens.
- c. De inhoud en kracht van voorkeursbehandeling moeten worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.
- d. Maatregelen van voorkeursbehandeling moeten geschikt zijn om het daarmee beoogde doel te kunnen verwezenlijken.

In de kabinetsnotitie wordt voorts opgemerkt dat bij de rijksoverheid de volgende vormen van voorkeursbehandeling (oplopend van licht naar zwaar) worden gehanteerd:

- 1. een nadrukkelijke oproep aan leden van achterstandsgroepen om te solliciteren;
- 2. voorkeur voor leden van achterstandsgroepen bij gelijke geschiktheid;
- 3. voorkeur voor leden van achterstandsgroepen bij voldoende geschiktheid;
- 4. gedurende een bepaalde tijd, en tot een bepaald aandeel van leden uit een doelgroep is bereikt, uitsluitend werven of selecteren onder deze leden; het reserveren van vacatures.

Vanuit het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zijn bovengaande randvoorwaarden en toegestane vormen van voorkeursbehandeling via voorlichting naar de particuliere sector uitgedragen.

## **4. Voorkeursbehandeling van vrouwen**

### *4.1 Regelgeving*

In de nationale wetgeving zijn in drie wetten bepalingen opgenomen met betrekking tot voorkeursbehandeling van vrouwen. Het betreft artikel 7:646, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW), artikel 5, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en artikel 2, derde lid, van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Van het verbod om bij de arbeid onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen mag worden afgeweken indien het gemaakte onderscheid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke nadelen op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel.

In het Europees recht bevat artikel 141, vierde lid, EG-Verdrag een bepaling met betrekking tot voorkeursbehandeling. Volgens deze bepaling belet het beginsel van gelijke behandeling 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 76/207/EEG (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) bepaalt in artikel 2, vierde lid, dat deze 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 in artikel 1, eerste lid, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.

Door Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 is Richtlijn 76/207/EEG gewijzigd (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, bepaalt dat de lidstaten om volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen in de praktijk te waarborgen, maatregelen kunnen aannemen of handhaven in de zin van artikel 141, vierde lid, van het Verdrag. Gelet op Verklaring nr. 28 bij het Verdrag van Amsterdam dienen de lidstaten hierbij in de eerste plaats te streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven.

Artikel 4, eerste lid, van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (VN-Vrouwenverdrag) bepaalt dat wanneer de staten die bij het verdrag partij zijn tijdelijke bijzondere maatregelen treffen die gericht zijn op versnelling van feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen, dit niet wordt beschouwd als discriminatie als omschreven in het verdrag, maar het mag geenszins leiden tot handhaving van ongelijke of afzonderlijke normen; deze maatregelen dienen buiten werking te worden gesteld zodra de doelstellingen ter zake van gelijke kansen en gelijke behandeling zijn verwezenlijkt.

#### 4.2 Jurisprudentie

##### *Hof van Justitie van de EG*

Sinds 1995 heeft het Hof van Justitie van de EG zich in een aantal arresten uitgelaten over de toelaatbaarheid van bepaalde vormen van voorkeursbehandeling. Het betreft de arresten *Kalanke* van 17 oktober 1995 (C-450/93), *Marschall* van 11 november 1997 (C-409/95), *Badeck* van 28 maart 2000 (C-158/97), *Abrahamsson* van 6 juli 2000 (C-407/98) en *Lommers van 21 augustus 2002* (C-476/99).

In bijlage 2 is een overzicht opgenomen met een korte samenvatting van de inhoud van elk arrest.

Samenvattend kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG het volgende worden afgeleid:

### *Strikt bij werving en selectie*

Het Hof van Justitie maakt een duidelijk onderscheid tussen enerzijds voorkeursbehandeling bij werving en selectie voor betaalde functies en anderzijds voorkeursbehandeling gericht op het vergroten van kansen van vrouwen om aan de arbeidsmarkt deel te nemen. Voorbeelden van dit laatste zijn voorkeursbehandeling bij kinderopvang of bij toegang tot opleidingen.

Het Hof is strikt waar het voorkeursbehandeling bij werving en selectie voor betaalde functies betreft. Vergaande vormen zoals «voorkeur bij voldoende geschiktheid» acht het Hof niet toelaatbaar. Voor de in de kabinetsnotitie uit 1993 genoemde vormen van voorkeursbehandeling betekent dit dat alleen de twee lichtste vormen toelaatbaar zijn (een nadrukkelijke oproep om te solliciteren en voorkeur bij gelijke geschiktheid, mits hierbij een zogenaamde «openingsclausule» (zie hieronder) wordt gehanteerd).

Het Hof is minder strikt wanneer het gaat om voorkeursbeleid gericht op het vergroten van kansen van vrouwen om aan de arbeidsmarkt deel te nemen. Zo zijn verdergaande vormen van voorkeursbehandeling (voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid of het gedurende een bepaalde tijd reserveren van plaatsen voor vrouwen) dan onder omstandigheden toelaatbaar. Daardoor kunnen bij de toegang tot opleidingen of kinderopvang plaatsen aan vrouwen worden voorbehouden om een einde te maken aan een situatie van ondervertegenwoordiging.

### *«Openingsclausule»*

Wanneer bij een onderneming sprake is van een concrete achterstandssituatie van vrouwen mogen, in de situatie dat er kandidaten van verschillend geslacht zijn die gelijk gekwalificeerd zijn, vrouwelijke kandidaten bij voorrang aangenomen of bevorderd worden voor een betaalde functie, mits hierbij een zogenaamde «openingsclausule» wordt gehanteerd. Dit houdt in dat vrouwen geen voorrang mogen krijgen, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan.

Voorwaarde die het Hof aan een dergelijke openingsclausule stelt is dat deze, in elk individueel geval, mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten garandeert, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitant en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan. Daarnaast stelt het Hof als eis dat dergelijke criteria niet discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten.

### *Bepalen van de concrete achterstandssituatie*

Voor het bepalen van de concrete achterstandssituatie stelt het Hof van Justitie niet de eis dat het aandeel van vrouwen bij de onderneming vergeleken moet worden met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt. Deze eis is ontwikkeld in de Nederlandse jurisprudentie en opgenomen in de onder § 3.2 genoemde randvoorwaarden (onder punt c). Expliciet heeft het Hof zich nooit uitgesproken over de wijze waarop een achterstand bepaald moet worden. Een dergelijke vraag is ook nooit aan het Hof voorgelegd. Wel valt impliciet uit de arresten af te leiden dat het Hof een dergelijke vergelijking met het aanbod niet noodzakelijk acht. In de voorgelegde zaken werd van werkgeverszijde aangegeven dat in een bepaald ambt of in bepaalde loon- of salarisgroepen minder vrouwen werkzaam waren dan mannen. Dit werd door het Hof zonder commentaar geaccepteerd. De verdergaande eis uit de randvoorwaarden lijkt hiermee overbodig.

De afgelopen jaren heeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) enkele malen een oordeel uitgesproken over de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling in concrete situaties. De beoordelingslijn van de Commissie komt overeen met de hiervoor weergegeven jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Dit blijkt bijvoorbeeld uit oordeel 2003-1 waarin de Commissie oordeelt over het voorkeursbeleid van een bemiddelingsbureau op het terrein van werving en selectie. De Commissie verwijst daarbij rechtstreeks naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG.

In bijlage 3 zijn de meest relevante overwegingen van de CGB opgenomen.

#### ICER-adviezen naar aanleiding van jurisprudentie

In januari 2001 heeft de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) een advies uitgebracht naar aanleiding van de arresten Badeck en Abrahamsson van het Hof van Justitie van de EG. Kern van dit advies is dat de arresten Badeck en Abrahamsson niet nopen tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving, maar wel aanleiding geven het kabinetsstandpunt over toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling te nuanceren en de voorlichting daarover aan te passen. De reden hiervoor is dat 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.

In september 2002 heeft de ICER, naar aanleiding van het arrest Lommers, overwogen dat het Hof van Justitie van de EG wederom heeft gepreciseerd welke voorwaarden worden gesteld aan een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling door een werkgever. Nationale maatregelen op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, die in het bijzonder vrouwen bevoordelen met het doel hen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen, zijn toegestaan. Een dergelijke afwijking van het individuele recht van gelijke behandeling mag echter niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel. De ICER constateert verder dat het Hof een onderscheid lijkt te maken tussen voorkeursbehandeling bij werving of selectie voor banen en andere vormen van voorkeursbehandeling.

In bijlage 4 is een uitgebreide weergave van de overwegingen van de ICER opgenomen.

#### *4.3 Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling in de toekomst*

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG leidt tot de volgende conclusies voor de grenzen waarbinnen voorkeursbehandeling kan plaatsvinden.

- *Vormen van voorkeursbehandeling:* 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 een zogenaamde openingsclausule te worden gehanteerd, die inhoudt dat vrouwen niet bij voorrang bevorderd mogen worden, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan. De met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen mogen op hun beurt niet discriminerend zijn ten opzichte van vrouwen.

Verdergaande vormen van voorkeursbehandeling (voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid en tijdelijk reserveren van plaatsen voor vrouwen) zijn alleen mogelijk waar het gaat om voorkeursbeleid gericht op het vergroten van kansen van vrouwen om aan de arbeidsmarkt deel te nemen (bijvoorbeeld bij de toegang tot opleidingen of de toegang tot kinderopvangplaatsen zoals in het arrest Lommers).

- *Bepalen 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 functie-soort 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. De eerder in de randvoorwaarden onder c (in paragraaf 3.2) gestelde eis dat de situatie in de onderneming vergeleken moet worden met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt behoeft gelet op de jurisprudentie van het EG-Hof niet langer gesteld te worden. Het laten vallen van deze eis zal de praktische uitvoerbaarheid voor werkgevers vergroten.

## **5. Voorkeursbehandeling van leden van een culturele of etnische minderheid en van mensen met een handicap of chronische ziekte**

### *5.1 Regelgeving*

#### *Etnische of culturele minderheidsgroepen*

Artikel 2, derde lid, van de Awgb bepaalt onder meer dat het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid niet geldt, indien het onderscheid tot doel heeft personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

Volgens artikel 5 van de anti-rassendiscriminatie richtlijn belet het beginsel van gelijke behandeling 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.

Met de EG-implementatiewet Awgb is de Awgb aangepast aan de anti-rassendiscriminatie richtlijn en de kaderrichtlijn. Gekozen is voor een constructie, waarbij in artikel 2, derde lid, van de Awgb de voorwaarden zoals neergelegd in de anti-rassendiscriminatie richtlijn en de kaderrichtlijn (het moet een specifieke maatregel betreffen en de nadelen moeten verband houden met de desbetreffende gronden) zijn overgenomen.

Artikel 1, vierde lid, van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie bepaalt dat bijzondere maatregelen die uitsluitend zijn genomen voor de behoorlijke ontwikkeling van bepaalde rasgemeenschappen, etnische groepen of personen die bescherming behoeven om hun een gelijk genot of de gelijke uitoefening van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te verzekeren, niet als

rassendiscriminatie worden aangemerkt, mits deze maatregelen niet tot gevolg hebben dat voor verschillende rasgemeenschappen afzonderlijke rechten in stand worden gehouden en zij niet van kracht blijven nadat de oogmerken waarmede zij zijn genomen, zijn bereikt.

#### *Personen met een handicap of chronische ziekte*

Volgens artikel 3, eerste lid onder c, van de WGBH/CZ geldt het verbod van onderscheid niet indien het onderscheid tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke achterstanden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

Artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn bepaalt dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet 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. Verder bepaalt het tweede lid dat met betrekking tot personen met een handicap het beginsel van gelijke behandeling geen beletsel vormt 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.

### *5.2 Jurisprudentie*

#### *Etnische of culturele minderheidsgroepen*

Het Hof van Justitie van de EG heeft zich (nog) niet uitgelaten over voorkeursbehandeling van leden van een etnische of culturele minderheid. Wel heeft de Commissie Gelijke Behandeling enkele malen geoordeeld over voorkeursbehandeling van leden van een etnische of culturele minderheid. Uit deze oordelen blijkt dat de CGB verdergaande vormen van voorkeursbehandeling toelaatbaar heeft geacht bij de instroom in bepaalde banen.

Zo gaf de Commissie in oordeel 1999-32, een zaak waarin een functie was gereserveerd voor een allochtone medewerker, aan dat op vragen met betrekking tot de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling van personen die afkomstig zijn uit etnische en/of culturele minderheidsgroepen, waar mogelijk, dezelfde principes worden toegepast als in geval van geslacht. De Commissie interpreteert daarbij de Awgb en de WGB in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. De Commissie merkt op dat aan deze principes evenwel niet altijd op gelijke wijze uitwerking kan worden gegeven, aangezien dit mede afhankelijk is van de juridische en maatschappelijke context waarbinnen voorkeursbehandeling plaatsvindt. De Commissie is daarom van oordeel dat vragen omtrent de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling van etnische en/of culturele minderheden mede in het licht van de Wet SAMEN (die een uitwerking is van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van iedere vorm van rassendiscriminatie) dienen te worden beantwoord. In oordeel 1999-32 achtte de CGB de voorkeursbehandeling (het reserveren van een functie voor een allochtoon door het Projectbureau Vernieuwing Bijlmermeer) proportioneel, gelet op het gebrek aan effectiviteit van de minder zware vormen van voorkeursbehandeling, de mate van achterstand onder de beschermde bevolkingsgroepen en de hardnekkigheid van de drempels op de arbeidsmarkt bij aanstelling en doorstroming. In bijlage 3 is een samenvatting van oordeel 1999-32 opgenomen.

### *Personen met een handicap of chronische ziekte*

Over voorkeursbehandeling van personen met een handicap of chronische ziekte heeft het Europese Hof van Justitie nog geen uitspraken gedaan. Ook de CGB heeft hierover nog geen oordelen uitgesproken.

#### *5.3 Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling in de toekomst*

De vraag doet zich voor of voorkeursbehandeling van leden van een etnische of culturele minderheid en mensen met een handicap of chronische ziekte op dezelfde wijze beoordeeld moet worden als voorkeursbehandeling van vrouwen.

De formulering van de bepalingen over voorkeursbehandeling in de anti-rassendiscriminatie richtlijn, de kaderrichtlijn en artikel 141, lid 4 EG komt met elkaar overeen. Wat betreft voorkeursbehandeling van vrouwen heeft zich specifieke jurisprudentie ontwikkeld. Voor de gronden ras en handicap is er nog geen jurisprudentie. Het lijkt echter niet waarschijnlijk dat het Hof voor deze gronden een andere lijn zal kiezen, gelet op het feit dat het gaat om een afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling, dat door het Hof als een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht wordt beschouwd. Dit betekent dat de afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling restrictief moet worden uitgelegd. Het kabinet kiest er daarom voor om voor de gronden ras en handicap hetzelfde toetsingskader te hanteren als voor de grond geslacht en volgt op dit punt het advies van de Commissie Gelijke Behandeling en het advies van de ICER.

De vraag is of er binnen dat eenduidige toetsingskader andere uitkomsten mogelijk zijn.

De artikelen inzake voorkeursbehandeling in de Awgb en de WGBH/CZ bevatten een proportionaliteitstoets; de voorkeursmaatregel moet in redelijke verhouding staan tot het doel. Een grotere achterstandspositie zou dan verdergaande voorkeursmaatregelen kunnen rechtvaardigen (zie ook oordeel 1999/32 van de CGB). Het Hof van Justitie van de EG heeft echter bepaald dat sommige vormen van voorkeursbehandeling van vrouwen nooit proportioneel zijn (voorkeur voor vrouwen bij voldoende geschiktheid en uitsluitend werven of selecteren onder vrouwen), waar het werving en selectie voor betaalde banen betreft. Met andere woorden, hoe groot de achterstand ook is, deze vormen zijn, volgens jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, op dit terrein niet toegestaan. Nu het Hof van Justitie van de EG heeft bepaald dat sommige vormen van voorkeursbehandeling bij werving en selectie voor betaalde banen nooit proportioneel zijn, moet er van uitgegaan worden dat dat voor alle gronden gelijkelijk geldt. Bovendien geeft, zoals hierboven vermeld, de formulering van de voorkeursbepalingen in de verschillende richtlijnen ook geen aanleiding om aan te nemen dat het Hof voor de gronden ras en handicap of chronische ziekte verdergaande vormen van voorkeursbehandeling toelaatbaar zal achten dan voor de grond geslacht.

Zolang het Hof van Justitie van de EG niet anderszins heeft geoordeeld, wordt ervan uitgegaan dat de grenzen van voorkeursbehandeling voor de gronden ras en handicap hetzelfde zijn als de grenzen van de voorkeursbehandeling op grond van geslacht.

Dit betekent dat bij werving en selectie voor betaalde functies de volgende vormen van voorkeursbehandeling zijn toegestaan:

1. Een nadrukkelijke oproep aan leden van een etnische of culturele minderheid en mensen met een handicap of chronische ziekte om te solliciteren.
2. Voorkeur voor leden van een etnische of culturele minderheid en mensen met een handicap of chronische ziekte bij gelijke geschiktheid,



waarbij een openingsclausule wordt gehanteerd op grond waarvan de sollicitaties en bevorderingen worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten.

Voor zover het niet werving en selectie voor betaalde functies betreft, maar het vergroten van kansen van deze groepen om aan de arbeidsmarkt deel te nemen zijn verdergaande vormen van voorkeursbehandeling (voorkeur bij voldoende geschiktheid, tijdelijk reserveren) toegestaan.

Het bepalen van de concrete achterstandssituatie

- *Bepalen concrete achterstandssituatie van etnische of culturele minderheden*  
Volgens de (voormalige) Wet SAMEN is er sprake van evenredige vertegenwoordiging in de zin van de wet indien het aandeel van personen uit de doelgroepen binnen de onderneming verhoudingsgewijs overeenkomt met hun aandeel in de regionale beroepsbevolking. Hierbij kan bij het bepalen van de concrete achterstandssituatie worden aangesloten. Hierbij geldt het landelijk gemiddelde als richtinggevend kader. In geval er een oververtegenwoordiging van etnische minderheden ten opzichte van het landelijke gemiddelde is in een bepaalde regio, dan is het toelaatbaar om voorkeursbehandeling te hanteren tot wat in die regio de vertegenwoordiging is. Voor de grond ras wordt voor een regionale benadering geopteerd, omdat er per regio sterke verschillen kunnen zijn in de aanwezigheid van etnische minderheden en daarmee ook de mogelijkheden van werkgevers om leden van deze groepen te werven. De landelijke cijfers zijn beschikbaar via de jaarlijkse SCP rapportage minderheden. De Wet SAMEN is vanaf 1 januari 2004 niet gecontinueerd. In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Wet SAMEN is een aantal instrumenten/initiatieven genoemd die het kabinet met betrekking tot het stimuleren van diversiteitsmanagement nader zal uitwerken. Een van deze instrumenten/initiatieven is het Landelijk Netwerk Diversiteitsmanagement (DIV), dat in het najaar van 2004 van start is gegaan. Het DIV heeft tot taak kennis, instrumenten en praktijkervaring op het gebied van diversiteit te bundelen en werkgevers te stimuleren en te ondersteunen bij de invoering van diversiteitsmanagement. Het CBS verstrekt evenredigheidscijfers, die vervolgens door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ter beschikking worden gesteld aan het DIV ten behoeve van de verdere verspreiding.
- *Bepalen concrete achterstandssituatie van personen met een handicap of chronische ziekte*  
De vraag doet zich voor op welke wijze bepaald moet worden of van een concrete achterstandspositie van personen met een handicap of chronische ziekte sprake is.  
Er zijn landelijke gegevens beschikbaar over de positie van mensen met een handicap of chronische ziekte op de arbeidsmarkt (SCP-rapportage Gehandicapten en Monitor Arbeidsgehandicapten). Deze bieden een basis om te kunnen constateren of er sprake is van een achterstand ten opzichte van de gehele beroepsbevolking, met andere woorden of er sprake is van een evenredige vertegenwoordiging van mensen met een handicap of chronische ziekte in de werkzame bevolking.

## 6. Voorkeursbehandeling buiten de arbeid

Tijdens het wetgevingsoverleg over het voorstel voor de EG-implementatiewet Awgb is ook gesproken over voorkeursbehandeling buiten de arbeid. De huidige bepaling in artikel 2 lid 3 van de Awgb en de bepaling in artikel 5 van richtlijn 2000/43/EG bieden de mogelijkheid om ook voorkeursbehandeling buiten de arbeid toe te passen. Het is niet bekend in hoeverre van de mogelijkheid uit de Awgb de afgelopen jaren gebruik is gemaakt. Er is geen jurisprudentie over voorkeursbehandeling buiten de arbeid aanwezig. De regering gaat er van uit dat de randvoorwaarden en de toegestane vormen van voorkeursbehandeling, zoals omschreven in deze nota, ook buiten de arbeid toepasbaar zijn.

## 7. Noodzaak tot aanpassing van de wettelijke bepalingen?

Zoals in het voorgaande is aangegeven, is het de vraag of de beschreven ontwikkelingen gevolgen moeten hebben voor de wettelijke bepalingen over voorkeursbehandeling zoals opgenomen in de Awgb, de WGB, het BW en de WGBH/CZ. Enerzijds gaat het daarbij om de vraag of jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG consequenties zou moeten hebben voor deze artikelen en anderzijds om de vraag of de nieuwe bepalingen inzake voorkeursbehandeling in de recente richtlijnen aanpassing van de artikelen noodzakelijk c.q. wenselijk maken.

Zoals eerder in deze nota al beschreven luidt de huidige bepaling inzake voorkeursbehandeling in artikel 2, lid 3, van de Awgb 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 nadelenverband 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 artikelen over voorkeursbehandeling in de andere wetten komen inhoudelijk met dit artikel overeen.

### 7.1 Aanpassing naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG

Over de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG heeft de ICER een aantal adviezen uitgebracht (zie § 4.2). Na eerder advies te hebben uitgebracht over het arrest-Marschall (10 juni 1998) concludeerde de ICER in 2001 dat ook de arresten Badeck en Abrahamsson over voorkeursbehandeling van vrouwen geen aanleiding geven om de Nederlandse wettelijke bepalingen inzake voorkeursbehandeling aan te passen. De reden hiervoor is dat de Nederlandse wetgeving werkgevers geen verplichting oplegt tot het hanteren van een voorkeursbehandeling van vrouwen bij aanstelling en promotie maar slechts in algemene termen de mogelijkheid daartoe biedt. De wetgeving bevat geen inhoudelijke bepalingen over hoe een voorkeursbehandeling er uit moet zien. Het kabinet onderschrijft het standpunt van de ICER. Voor aanpassing van de wettelijke bepalingen op deze grond is derhalve geen aanleiding.

### 7.2 Aanpassing naar aanleiding van de recente richtlijnen

De formulering van de huidige artikelen over voorkeursbehandeling in de diverse wetten is gebaseerd op de bepaling over voorkeursbehandeling in de richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen uit 1976. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 5 WGB en artikel 7:646 BW. Toen vervolgens de Awgb tot stand kwam, is deze bepaling, met een

iets aangepaste formulering, overgenomen in artikel 2 Awgb en verruimd tot personen behorend tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep.

In de recente gelijke behandelingsrichtlijnen (de anti-rassendiscriminatie-richtlijn en de kaderrichtlijn) zijn bepalingen inzake voorkeursbehandeling opgenomen die qua formulering afwijken van de bepaling uit de richtlijn uit 1976. Bij de implementatie leverde dit de vraag op of die wijziging zou moeten leiden tot aanpassing van de huidige bepalingen over voorkeursbehandeling. De ICER adviseerde de bestaande nationale bepalingen te vervangen door of aan te vullen met de eisen die daaraan blijkens de richtlijnen worden gesteld en daarmee zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bewoordingen van de Europese regelgeving. De ICER wees op de algemene wenselijkheid om waar mogelijk aan te sluiten bij de bewoordingen van Europese regels, mede om zo jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG over de richtlijnbevestigingen eenvoudig te laten doorwerken. Ook de Raad van State adviseerde om de formulering van de bepalingen met betrekking tot voorkeursbehandeling in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn en de kaderrichtlijn letterlijk over te nemen in artikel 2, derde lid, Awgb en in het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte.

Bij de implementatie van de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn in de Awgb (de EG-implementatiewet Awgb) heeft de regering er niet voor gekozen om de bestaande bepalingen over voorkeursbehandeling te vervangen. Zwaarwegend argument daarvoor was dat in de richtlijnbevestigingen niet expliciet het evenredigheidsvereiste wordt gesteld. Wel is bezien of er aanleiding was de bepalingen uit te breiden met eisen die daaraan blijkens de richtlijnen worden gesteld. Besloten is om in de bepalingen een aanvullende randvoorwaarde op te nemen. Dit heeft geleid tot de volgende uitbreiding van artikel 2, derde lid, Awgb: *«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.»*

In de WGBH/CZ is eenzelfde bepaling opgenomen met betrekking tot gehandicapten en chronisch zieken.

Het kabinet heeft zich bij het opstellen van de onderhavige nota nogmaals gebogen over de vraag of (verdere) aanpassing van de bepalingen inzake voorkeursbehandeling wenselijk is. Nadere bestudering van de diverse relevante artikelen heeft geen aanleiding gegeven om daartoe over te gaan. De bepalingen inzake voorkeursbehandeling uit de richtlijnen zijn naar de mening van het kabinet adequaat geïmplementeerd. Het communautaire recht verplicht niet tot het overnemen van Europees-rechtelijke bewoordingen mits de volledige toepassing van de richtlijn verzekerd is. Naar de mening van het kabinet is daarvan sprake. Bovendien hecht het kabinet sterk, zoals ook in de memorie van toelichting bij het EG-implementatiewetsvoorstel Awgb is aangegeven, aan het expliciet opnemen van het evenredigheidsbeginsel in deze artikelen (Kamerstukken II 2002–2003, 28 770, nr. 3, p. 9). Met de zinsnede «en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel» wordt immers aangegeven dat het maken van een onderscheid in het kader van voorkeursbehandeling niet objectief gerechtvaardigd is wanneer daarbij het evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen. Deze zinsnede is destijds op advies van de Raad van State in artikel 2 van de Awgb opgenomen (Kamerstukken II 1990/1991, 22 014, b, onderdeel 6). De raad verwees daarbij naar jurisprudentie over artikel 14 EVRM. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie

van de EG speelt het evenredigheidsbeginsel eveneens een rol. Hoewel in de richtlijnbevestigingen het evenredigheidsvereiste niet expliciet wordt genoemd hecht het kabinet er aan, mede gelet op de kenbaarheid van het recht, dit evenredigheidsvereiste in de nationale artikelen expliciet te vermelden.

Het kabinet heeft tevens gezien of de recente Richtlijn (2002/73/EG), waarbij de richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen wordt gewijzigd, aanleiding geeft om het bovenstaande standpunt te heroverwegen. Genoemde richtlijn wijzigt onder andere de bepaling voor voorkeursbehandeling op grond van geslacht. Deze richtlijn is, in tegenstelling tot de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn, niet gebaseerd op artikel 13 maar op artikel 141, vierde lid, van het EG-Verdrag. Dit artikel, dat bij inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1 mei 1999) in het verdrag is opgenomen, luidt als volgt: «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 beroepsactiviteiten door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om de nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren. In het arrest Abrahamsson heeft het Hof geoordeeld dat uit artikel 141, lid 4, niet kan worden afgeleid dat deze een selectiemethode toestaat die hoe dan ook onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel (het betrof een vorm van voorkeursbehandeling waarbij aan vrouwen de voorkeur werd gegeven bij voldoende geschiktheid).

De nieuwe bepaling over voorkeursbehandeling in de richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen (artikel 2, achtste lid) verwijst voor de inhoud van de toegestane voorkeursmaatregelen naar artikel 141, vierde lid, van het EG-Verdrag. Gelet op de bovenstaande interpretatie van het Hof en na een vergelijking van de gebruikte formulering in de verschillende bepalingen betreffende voorkeursbehandeling in de diverse richtlijnen is het kabinet van mening dat de Nederlandse bepalingen over voorkeursbehandeling ook in lijn zijn met het nieuwe artikel in de richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen en met artikel 141, vierde lid, van het EG-Verdrag.

### *7.3 Aanpassing naar aanleiding van het VN-vrouwenverdrag*

Een laatste vraag die in dit kader nog aan de orde moet komen en die ook in de memorie van toelichting bij het EG-implementatiewetsvoorstel Awgb (kamerstukken II 2002–2003, 28 770, nr. 3, blz. 9) naar voren is gebracht, is de vraag of het VN-Vrouwenverdrag nog aanleiding geeft tot aanpassing van de huidige bepalingen over voorkeursbehandeling. Zoals in § 4.1 is aangegeven biedt artikel 4, eerste lid, van het Verdrag de staten de mogelijkheid om, onder voorwaarden, maatregelen te treffen die de feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen bevorderen. De huidige Nederlandse wettelijke bepalingen geven uitdrukkelijk ruimte voor een dergelijke voorkeursbehandeling, op een wijze die nauwkeurig in overeenstemming is gebracht met de voorwaarden die daaraan in het recht van de Europese Unie worden gesteld. Aldus wordt recht gedaan aan beide elementen van artikel 4 van het Vrouwenverdrag: bevordering van gelijkstelling, maar met inachtneming van inhoudelijke en procedurele waarborgen.

## **8. Voorlichting**

Het kabinet is voornemens bekendheid te geven aan de toegestane vormen van voorkeursbehandeling, zoals deze beschreven zijn in paragraaf 4.3 en 5.3. Dit zal gebeuren door hieraan aandacht te besteden in de lopende voorlichtingstrajecten over gelijke behandeling.

## **9. Adviezen over de conceptnota voorkeursbehandeling**

Bij brieven d.d. 13 september 2004 van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is aan zowel de Interdepartementale Commissie Europees recht (ICER) als de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) advies gevraagd over de conceptnota Voorkeursbehandeling. Door de ICER is op 28 oktober 2004 advies uitgebracht en door de CGB op 28 december 2004. Beide adviezen zijn als bijlage bij deze nota gevoegd. In de paragrafen 9.1 en 9.2 wordt kort ingegaan op de inhoud van de adviezen en wordt een reactie gegeven op de belangrijkste beleidsmatige punten uit de adviezen. Daarbij wordt tevens aangegeven of de adviezen tot aanpassing van de conceptnota hebben geleid.

### *9.1 Advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht*

De ICER gaat in op de volgende onderwerpen uit de conceptnota:

- 1) mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van vrouwen in de toekomst;
- 2) mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van etnische of culturele minderheden en gehandicapten in de toekomst en
- 3) noodzaak tot aanpassing van wettelijke bepalingen.

Voor wat betreft het eerste en het derde onderwerp onderschrijft de ICER de in de conceptnota ingenomen standpunten. Voor de onderbouwing van het ICER-advies op deze punten wordt naar de bijlage verwezen.

#### *Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van etnische of culturele minderheden en gehandicapten in de toekomst*

Voor wat betreft dit onderwerp is de ICER het niet eens met de conclusie in de conceptnota. De daarin opgenomen verwachting dat de toekomstige jurisprudentie van het Hof van Justitie meer ruimte zou laten voor voorkeursbeleid voor etnische en culturele minderheden en gehandicapten deelt de ICER niet. De ICER baseert zich hierbij op het feit dat formulering van de voorkeursbepalingen in de diverse richtlijnen en in art 141 lid 4 EG-verdrag in essentie identiek zijn. Tevens acht de ICER het van belang dat het gaat om een afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling, dat door het Hof als een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht wordt beschouwd. Dit betekent dat de afwijking restrictief moet worden uitgelegd. De ICER adviseert voor het voorkeursbeleid voor deze groepen dezelfde lijn aan te houden als voor het voorkeursbeleid voor vrouwen.

Dit onderdeel van het advies is door het kabinet opgevolgd.

Bij de opmerking op pagina 8 van het advies van de ICER dat in de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in artikel 3, eerste lid, onder c, het evenredigheidsbeginsel ontbreekt moet de volgende kanttekening worden geplaatst: Met ingang van 1 april 2004 is het evenredigheidsbeginsel opgenomen in artikel 3 van deze wet, als uitvloeisel van de inwerkingtreding van de EG-Implementatiewet Algemene wet gelijke behandeling.

## 9.2 Advies van de Commissie Gelijke Behandeling

De CGB gaat in op de volgende onderwerpen:

- 1) Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling in de toekomst
- 2) Bepaling van de achterstandssituatie van een groep in de onderneming
- 3) Uitbreiding van de mogelijkheid van voorkeursbehandeling naar alle gronden uit de gelijke behandelingswetgeving
- 4) Symmetrische formulering van de wettelijke definitie van voorkeursbehandeling

De Commissie Gelijke Behandeling vraagt in haar advies ook aandacht voor andere onderwerpen dan aan de orde gesteld in de adviesaanvraag, zoals onderzoek naar andere instrumenten ter bestrijding van structurele discriminatie en andere (beleids)maatregelen ter bevordering van maatschappelijke participatie van achtergestelde groepen. Op deze onderwerpen wordt in het nu volgende niet ingegaan, omdat zij buiten het kader van deze nota vallen. Wel kan worden opgemerkt dat het Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in 2004 onderzoek heeft verricht naar beleidsinstrumenten gericht op bevordering van de naleving van de gelijke behandelingsregelgeving. Het onderzoeksrapport zal de Tweede Kamer op korte termijn worden aangeboden.

### *Mogelijke vormen van voorkeursbehandeling in de toekomst*

De CGB onderschrijft het standpunt in de nota voor wat betreft de mogelijke vormen van voorkeursbehandeling van vrouwen. Voor wat betreft voorkeursbehandeling voor personen met een handicap of chronische ziekte en personen uit etnische en culturele minderheden is de CGB van mening dat de toelaatbare vormen van voorkeursbeleid voor deze groepen dezelfde moeten zijn als die voor vrouwen. Dit onderdeel van het advies is opgevolgd en de nota is op dit punt aangepast. Dit heeft geresulteerd in een beperking van de toelaatbare vormen van voorkeursbehandeling van leden van een culturele of etnische minderheid en van personen met een handicap of chronische ziekte.

### *Bepaling van de achterstandssituatie van een groep in de onderneming*

De CGB is het niet eens met de – in de nota omschreven – wijze waarop bepaald moet worden of sprake is van een achterstandssituatie. De CGB houdt daarbij vast aan zijn eerdere jurisprudentie die inhoudt dat het concrete aandeel van de groep die onderwerp is van voorkeursbehandeling binnen een bepaalde functiesoort en -niveau worden vergeleken met het *relevante potentiële aanbod op de arbeidsmarkt*. Het advies van de CGB over het bepalen van de achterstandssituatie wordt niet gevolgd. Reden hiervoor is ten eerste het feit dat het Hof van Justitie van de EG niet de eis stelt dat het aandeel vrouwen bij de onderneming vergeleken moet worden met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt. Ook de ICER is van mening dat een dergelijke eis niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeit.

Ten tweede zal de praktische uitvoerbaarheid worden vergroot door het laten vervallen van de door de CGB gestelde eis. Gegevens over het relevante potentiële aanbod op de arbeidsmarkt voor bepaalde functies worden niet door de overheid op een systematische wijze verzameld en beschikbaar gesteld. Dit maakt het voor werkgevers erg moeilijk om aan deze eis te voldoen.

### *Uitbreiding naar alle gronden en symmetrische formulering van de wettelijke definitie*

De CGB adviseert de mogelijkheid van voorkeursbehandeling uit te breiden naar alle gronden die in de gelijke behandelingswetgeving voor-

komen. De CGB deelt de opvatting van het kabinet dat in de praktijk (vooral nog) uitsluitend behoefte is aan voorkeursbeleid voor vrouwen, etnische en culturele minderheden en gehandicapten. Volgens de CGB neemt dit echter niet weg dat wetgeving mede met het oog op eenheid en kenbaarheid van het recht alsmede de verwachtingen omtrent de ontwikkelingen van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG ruim moet worden geformuleerd. De wettelijke bepalingen zouden daarom aangepast moeten worden zodat ook voor de andere gronden voorkeursbehandeling in beginsel mogelijk zou zijn.

De CGB adviseert tevens om de wettelijke definitie van voorkeursbehandeling symmetrisch te formuleren zodat deze mogelijkheid niet beperkt blijft tot vrouwen, etnische en culturele minderheden en gehandicapten en chronisch zieken maar ook ten goede kan komen aan de mannen, autochtonen en gezonde personen.

De hiervoor beschreven onderdelen van het advies van de Commissie Gelijke Behandeling worden niet overgenomen. Voorkeursbehandeling vormt een uitzondering op het verbod van ongelijke behandeling. Dit noodzaakt tot het beperkt toekennen van de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling. Het kabinet is van mening dat voor uitbreiding naar andere gronden en andere groepen alleen aanleiding is indien dit ten goede zou komen aan groepen die verkeren in een structurele achterstandspositie. Voor andere groepen dan vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten is tot nu niet gebleken dat zij in een dergelijke positie verkeren. Indien door wijziging van de omstandigheden in de toekomst bepaalde groepen waarvoor nu nog geen voorkeursbeleid mogelijk is toch in een situatie komen waarbij sprake is van een structurele achterstandspositie zal wetswijziging overwogen moeten worden.

Het opnemen in de wet van de mogelijkheid tot voorkeursbeleid voor alle gronden lijkt ook de uitvoerbaarheid niet ten goede te komen. Voor werkgevers is dan niet op voorhand duidelijk voor welke gronden voorkeursbeleid is toegestaan. Bovendien acht het kabinet voorkeursbehandeling op basis van gronden zoals godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, nationaliteit en burgerlijke staat niet goed denkbaar.

Tot slot zij opgemerkt dat de door de Commissie voorgestelde symmetrische invulling ook vanuit Europeesrechtelijk oogpunt voor bepaalde gronden problematisch is. Dat geldt bijvoorbeeld voor de grond handicap. Artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn bepaalt namelijk dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet 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 gronden te voorkomen of te compenseren. Gedoeld wordt hierbij op nadelen in verband met het hebben van een handicap. Het gaat echter niet om nadelen die verbonden zouden zijn aan het ontbreken hiervan.