

**Juridische grenzen en mogelijkheden van tijdelijke voorkeursbehandeling
ter vergroting van het percentage vrouwelijke hoogleraren**

Rapport geschreven in opdracht van het Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren



Januari 2014

Prof. dr. B. P. Sloot
ben.sloot@ou.nl

Juridische grenzen en mogelijkheden van tijdelijke voorkeursbehandeling ter vergroting van het percentage vrouwelijke hoogleraren

Rapport geschreven in opdracht van het Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren door prof. dr. B.P. Sloot

Inhoudsopgave

0.	Conclusie en aanbevelingen	3
	Conclusions and recommendations	7
I.	Inleiding en vraagstelling	10
II.	Definitie, legitimering en modaliteiten van voorkeursbehandeling	12
III.	Internationaal recht, in het bijzonder het VN-Vrouwenverdrag	15
IV.	Europees recht: regels	19
V.	Europees recht: jurisprudentie	21
VI.	Europees recht: van gelijke kansen naar gelijke uitkomsten?	24
VII.	Nederlands recht	25
VIII.	De zienswijze van het College voor de Rechten van de Mens	26
IX.	Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens inzake de voorkeursbehandeling van de TU Delft (2012)	29
X.	Praktijken van absolute voorkeursbehandeling	38
	Lijst van afkortingen	40
	Bijlagen:	
	1. Algemene Aanbeveling nr. 25 bij het VN-Vrouwenverdrag	
	2. College voor de Rechten van de Mens, Oordeel 2012-	195

0. Conclusie en aanbevelingen

Conclusie

Dit rapport laat zien dat de mogelijkheden voor tijdelijke bijzondere maatregelen, i.c. voorkeursbehandeling, om het percentage vrouwelijke hoogleraren te vergroten ruimer zijn dan doorgaans wordt aangenomen. Het grensverleggende oordeel van het College voor de Rechten van de Mens inzake de toelaatbaarheid van een fellowshipprogramma voor vrouwen van de TU Delft uit 2012 toont dat aan. Thans is ook absolute voorkeursbehandeling, waarbij uitsluitend vrouwen in aanmerking worden genomen, onder omstandigheden juridisch toelaatbaar. Een nieuwe interpretatie van het richtinggevende Europese gelijke behandelingsrecht en een andere beoordeling van de ernst van de achterstand van vrouwelijke wetenschappers ligt aan deze verruiming ten grondslag.

In het geldende Europese recht is er een zekere verschuiving waar te nemen in de interpretatie van 'gelijkheid'. De beweging gaat van een formele *gelijkheid van kansen* naar een meer feitelijke interpretatie: het verzekeren van *gelijkheid* tussen mannen en vrouwen *in de praktijk*. Daarnaast wordt, ook in het recht, in toenemende mate erkend dat de feitelijke achterstand van vrouwelijke wetenschappers in Nederland een hardnekkig en structureel probleem is dat niet louter met procedurele maatregelen kan worden doorbroken.

In dit rapport wordt betoogd dat de positie van vrouwelijke wetenschappers, in het bijzonder hoogleraren, op de Nederlandse universiteiten niet wezenlijk verschilt van die van de TU Delft. Op vrijwel alle universiteiten is er sprake van een hardnekkige achterstand waarvoor derhalve een tijdelijk voorkeursbeleid juridisch gerechtvaardigd is.

Aanbevelingen

Algemene:

1. Beschik over actuele, statistische gegevens met betrekking tot de posities van mannelijke en vrouwelijke wetenschappers.
2. *De-gender* de selectieprocedures voor hogere functies. Zorg voor een evenredige samenstelling m/v van de benoemingsadviescommissies, zorg voor transparantie van de kwalificaties, maak het regel om *alle* gekwalificeerde vrouwen uit te nodigen voor een gesprek en vermeld dat laatste in de advertentietekst.
3. Wees doordrongen van de taaiheid van de bestaande 'bias' jegens vrouwen. Herinner de constatering die het Europese Hof al deed in de arresten *Marschall* (1997) en *Badeck* (2000):

'Ten slotte stelde het Hof vast, dat de neiging bestaat om mannelijke

kandidaten, zelfs bij gelijke kwalificaties, bij bevordering voorrang te geven boven vrouwelijke kandidaten, als gevolg van onder meer bepaalde vooroordelen en stereotiepe ideeën over de rol en de capaciteiten van de vrouw in het arbeidsproces, zodat het feit dat twee kandidaten van verschillend geslacht gelijke kwalificaties hebben, op zich niet betekent dat zij gelijke kansen hebben.’

alsmede de verwijzing in het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens in TU Delft-zaak (2012):

‘[U]it [onderzoek (...)] blijkt dat de selectiecriteria voor het verkrijgen van hogere functies, en de toepassing daarvan, in de praktijk alleen gunstig voor mannen uitpakken. Vrouwen ondervinden -aldus verweerster- aantoonbaar ernstige nadelen van de uit het arbeidsproces voortvloeiende attitudes, gedragspatronen en structuren. Thans is er de facto geen sprake van gelijke kansen bij de aanvang, noch tijdens de duur van de aanstelling.’

4. Besef dat een combinatie van het genderneutraal maken van het personeelsbeleid en het nemen van maatregelen ten behoeve van vrouwen (zwakke en absolute voorkeursbehandeling) ervoor kan zorgen dat op redelijke termijn vrouwen evenredig vertegenwoordigd zijn in de hogere academische posities.
5. Bevorder de maatschappelijke aanvaardbaarheid van voorkeursbehandeling in het taalgebruik door de term voorkeursbehandeling telkens ogenblikkelijk te laten volgen door de legitimering en de modaliteit ervan. Bijvoorbeeld: ‘Voorkeursbehandeling is een *tijdelijke* maatregel om *bij gelijke geschiktheid* aan vrouwen de voorkeur te geven om hun achterstand weg te nemen.’

Juridische:

6. Besef dat het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens in de TU Delft-zaak (2012) een aanzienlijke verruiming betekent van de juridische mogelijkheid om door middel van tijdelijke absolute voorkeursbehandeling de achterstand van vrouwelijke hoogleraren en UHD's op korte(re) termijn terug te dringen. Het oordeel spreekt weliswaar over een ‘uitzonderlijke situatie’, maar die situatie doet zich al decennialang voor op vele faculteiten van Nederlandse universiteiten. Er is derhalve voldoende ruimte voor tijdelijke ‘campagnes’ en voor de universiteiten die hun belofte in het kader van het ‘Charter Talent naar de Top’ gestand willen doen.
7. Besef dat het toetsingskader voor de rechtmatigheid van voorkeursbehandeling in het Europees recht het karakter van een algemene proportionaliteitstoets heeft gekregen. Dat is veroorzaakt door de nadruk die op het doel van een ‘feitelijke gelijkheid van mannen en vrouwen’ is komen te liggen. De mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de formele gelijkheid van mannen of vrouwen is derhalve niet meer een afzonderlijk toetsingscriterium.

8. Weet dat het oordeel in de TU Delft-zaak juridische steun verleend aan de praktijken van absolute voorkeursbehandeling die al jarenlang plaatsvinden. Deze worden stilzwijgend aanvaard maar zijn nimmer ter beoordeling van het College voor de Rechten van de Mens voorgelegd.
9. Bepleit dat er wat de interpretatie van gelijkheid betreft in Europa een zekere variatie mogelijk zou moeten zijn. Zouden de Europese regels geen vloer moeten leggen als het gaat om de gelijkheid van mannen en vrouwen en de hoogte van het plafond niet moeten overlaten aan de afzonderlijke lidstaten? Weet u gesteund door de opmerking van Advocaat-Generaal Maduro in zijn conclusie in de zaak-*Briheche*: ‘Bij zijn beoordeling van de door nationale wetgevers gemaakte keuzes zou het Hof ook rekening moeten houden met het feit dat het toestaan van enige diversiteit in nationale politieke keuzes, op een terrein waar grote onzekerheid en discussie bestaat over de precieze gevolgen en voordelen van maatregelen tot positieve discriminatie, de verschillende lidstaten enige bruikbare ruimte kan verschaffen om te experimenteren en te leren.’
10. Blijf een beroep doen op het *VN-Vrouwenverdrag* en de daaraan gekoppelde *Algemene Aanbeveling nr. 25*, ook al lijkt dat vooralsnog tot dovemans oren gericht. Het College voor de Rechten van de Mens lijkt zich onvoldoende het potentieel van het VN-Vrouwenverdrag te realiseren, maar dat kan veranderen. Mogelijk is de recente overgang van Commissie Gelijke Behandeling naar College voor de *Rechten van de Mens* in oktober 2012 een stimulans om ook het VN-Vrouwenverdrag te gebruiken. De juridische toets voor absolute voorkeursbehandeling lijkt op grond van het VN-Vrouwenverdrag minder zwaar.
11. Bezie de mogelijkheid om beroep te doen op het *Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten* (1966), waar ook Nederland aan is gebonden. Het Comité voor de rechten van de mens heeft al in 2004 de mogelijkheid van een quotaregeling voor mannen en vrouwen toelaatbaar geacht op grond van een gewenste ‘diversiteit’.
12. Het oordeel in de TU Delft-zaak laat zien dat absolute voorkeursbehandeling de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Besef dat het mogelijk maken van de toets de nodige voorbereidingen vergt, te weten:
 - het bewijs van achterstand;
 - het bewijs van de hardnekkigheid daarvan;
 - het bewijs dat minder verstrekkende maatregelen geen soelaas hebben geboden.

Het bewijsmateriaal, dat de universiteit als verweerster in de TU Delft-zaak heeft geleverd, was buitengewoon omvangrijk. In mogelijk volgende zaken zou dit niet meer in die omvang nodig moeten zijn. Verwijzingen naar actuele wetenschappelijke literatuur met betrekking tot de positie van vrouwelijke hoogleraren zouden moeten volstaan.

13. Wees kritisch ten aanzien van de eisen die de het College voor de Rechten van de Mens stelt aan de berekening van getalsmatige ‘achterstand’. Deze zijn strenger dan die van het Europese Hof. Het Hof hanteert in de meeste gevallen een eenvoudig demografisch criterium (50%), terwijl het College specifieke berekeningen van het gekwalificeerde aanbod eist.
14. Besef dat het College voor de Rechten van de Mens in de TU Delft-zaak ontvankelijk bleek voor overwegingen van culturele aard, zoals het bestaan van vooroordelen en seksestereotypingen ten aanzien van vrouwen, ter rechtvaardiging van absolute voorkeursbehandeling.
15. Onderzoek de juridische status van het argument van het ‘rolmodel’ ter verbetering van het culturele klimaat. Het College voor de Rechten van de Mens spreekt in dit verband over een ‘multiplier effect’ omdat de aan te trekken vrouwelijke wetenschappers mede als rolmodel voor andere vrouwelijke studenten en wetenschappers gaan dienen. Is het beroep op het ‘rolmodel’ een aanvullende of zelfstandige rechtsgrond voor voorkeursbehandeling? Voor de toelaatbaarheid van absolute voorkeursbehandeling lijkt het aanvoeren van dit argument belangrijk.
16. De wijze waarop de TU Delft voor haar fellowshipprogramma tijdens de procedure voor het College voor de Rechten van de Mens *zichtbaar* in de bres stond, was waarschijnlijk beslissend voor het gunstige oordeel. De les die hieruit moet worden getrokken is dat de urgentie van voorkeursbehandeling moet worden uitgedragen door de top van de universiteit, de rector voorop.

Frappez toujours! De bezwaren tegen een tijdelijke voorkeursbehandeling of een quotumregeling komen voort uit koudwatervrees, vooroordelen, onwetendheid en het ontkennen van patronen van discriminatie. Om dit te doorbreken is vooral politieke daadkracht nodig. In Noorwegen sloeg een als conservatief bekend staande minister in 2003 met de vuist op tafel. Hij liet de pers weten ‘ziek’ en ‘misselijk’ te zijn van het ontbreken van vrouwen in de directiekamers en dat hij het kabinet een quotumregeling zou voorstellen. Welke minister slaat in 2014 Nederland met de vuist op tafel? Welke rectoren gaan dat doen?

0. Conclusion and Recommendations

Conclusion

This report shows that there are more opportunities for temporary special arrangements, i.e. preferential treatment, to enhance the percentage of women professors than generally acknowledged. The ground-breaking ruling of the Netherlands Institute for Human Rights regarding the admissibility of a fellowship programme for women at the Delft University of Technology is testament to that. Absolute preferential treatment, whereby only women are being considered, is currently legally allowed under certain circumstances. Key to this redefinition are a new interpretation of European equal opportunities legislation, and a re-assessment of the gravity of female academics' disadvantaged position.

A marked shift can be perceived in existing European Law's interpretation of 'equality'; from a formal *equality of opportunities*, to a more factual interpretation: assuring *equality* between men and women *in practice*. There is, also in law, increasing recognition of the fact that the actual disadvantaged position of female academics in the Netherlands is a persistent and structural problem, a deadlock that cannot be broken by procedural measures alone.

This report argues that the position of female academics at Dutch Universities is not markedly different from those at the Delft University of Technology. The disadvantaged position of women is persistent at virtually every university, thus providing legal justification for a temporary preferential treatment policy.

Recommendations

General:

1. Have up-to-date, statistic data pertaining to the position of male- and female academics at one's disposal.
2. *De-gender* selection procedures for higher positions. Make sure search and selection committees are composed of an equal number of men and women. Make sure the required qualifications are transparent. Make it a rule to invite *all* qualified women for interviews, and be sure to mention this in the vacancy text.
3. Be aware of the persistency of existing bias against women. Remember the findings of the European Court in the Marschall (1997) and Badeck (2000) rulings:

'The Court observed, finally, that even where candidates are equally qualified, male candidates tend to be promoted in preference to female candidates particularly because of prejudices and stereotypes concerning the role and capacities of women in working life, so that the mere fact that a male candidate and a female candidate are equally qualified does not mean that they have the same chances.'

as well as the reference in the ruling of the Netherlands Institute for Human Rights in the Delft University of Technology-case (2012):

'(R)esearch (...) shows that the selection criteria, and their application, for obtaining higher positions are, in practice, only beneficial to men. Women demonstrably experience – according to the respondent – serious disadvantages from the attitudes, behavioural patterns, and structures inherent to the work process. Currently, equal opportunities at the start- and for the duration of the

tenure, are *de facto* out of the question.’

4. Be aware that a combination of gender neutral personnel policy, and measures for the benefit of women (soft and absolute preferential treatment) can, in the foreseeable future, contribute to an equal representation of women in higher academic positions.

5. Promote the social acceptability of preferential treatment in language by letting the term preferential treatment be followed immediately by its legitimisation and its method. For example: ‘Preferential treatment is a *temporary* measure, to give preference to women *in case of equal ability*, to allow them to allow them to close the existing gap.’

Legal:

6. Realise that the ruling by the Netherlands Institute for Human Rights in the Delft University of Technology-case (2012), means a considerable expansion of the legal opportunities to increase the number of women professors and – associate professors in the (foreseeable) future, by means of temporary absolute preferential treatment. The ruling mentions ‘exceptional circumstances’, but be aware that these circumstances have been a reality at Dutch university faculties for decades. Therefore, there is enough leeway for temporary ‘campaigns’ and for universities wishing to fulfil the promise made in the context of the Charter Talent to the Top’.

7. Realise that the assessment framework for the legality of preferential treatment has taken the form of a general proportionality test in European law. This is because the emphasis has shifted to the objective of a ‘factual equality for men and women’. To which extent the formal equality between men and women is encroached upon, is no longer a separate assessment criteria.

8. Know that the ruling in the Delft University of Technology-case, legally supports existing practices of absolute preferential treatment. These practices are acquiesced to, but have never been formally submitted to the Netherlands Institute for Human Rights.

9. Advocate that the interpretation of equality in Europe should allow for a certain degree of variation. Should European rules not be responsible for laying the foundations regarding equal rights for men and women, whilst leaving the height of the ceiling to individual member states? Know that you are supported by this remark made by Advocate-General Maduro in his conclusion for the case – *Briheche*: ‘In assessing national legislature choices, the Court should also take into account the fact that allowing some diversity of national political choices, in an area where there is great uncertainty and debate as to the exact effects and benefits of measures of positive discrimination, may provide for some useful degree of experimentation and learning among the different Member States.’

10. Keep making appeals to the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEAFDW) and its *General Recommendation no. 25*, even if this seems to fall upon deaf ears. The Netherlands Institute for Human Rights does not seem to sufficiently realise the potential of the CEAFDW, but this could change. Perhaps the recent integration of the Dutch Equal Treatment Commission into the Netherlands Institute for Human Rights in October 2012, provides a stimulus to also make use of the CEAFDW. The legal assessment regarding absolute preferential treatment appears to be less strict.

11. Explore the opportunity to appeal to the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), to which the Netherlands, too, is bound. As early as 2004, the Netherlands Institute for Human Rights has deemed the possibility of a quota regulation for men and women, based upon a desired ‘diversity’, admissible.

12. The ruling in the Delft University of Technology-case shows that absolute preferential treatment can pass a proportionality assessment. Realise that making such an assessment possible, requires careful preparations, such as:

- providing proof of disadvantage;
- providing proof of its persistence;
- providing proof that less far-reaching measures have not had the desired effect.

The body of evidence, as provided by the university as respondent in the Delft University of Technology-case, was extraordinary extensive. In possible future cases the evidence should not have to be this extensive. A referral to current scientific literature regarding the position of women professors should suffice.

13. Be critical regarding the demands that the Netherlands Institute for Human Rights sets for the calculation of numerical ‘discrimination’. These are stricter than those of the European Court. The Court generally adopts a simple criterion (50%), whilst the Institute demands specific calculations regarding qualified potential candidates.

14. Realise that the Netherlands Institute for Human Rights in the Delft University of Technology-case was susceptible to considerations of a cultural nature, such as the existence of preconceptions and gender stereotyping regarding women, as a justification for absolute preferential treatment.

15. Research the legal status of the ‘role model’ for improving the cultural climate line of argumentation. In this respect, the Netherlands Institute for Human Rights speaks of a ‘multiplier effect’, because appointed female academics will then also serve as a role model for other female students and academics. Has the ‘role model’ appeal a complementary or independent legal base for preferential treatment? Supplying this argument seems of vital importance for the admissibility of absolute preferential treatment.

16. The way in which the Delft University of Technology *visibly* and vigorously defended its fellowship programme during the Netherlands Institute for Human Rights proceedings, was probably instrumental in the favourable ruling. The lesson that should be learned from this is that the urgency of preferential treatment should be underlined by the university board, and in particular the rector magnificus.

Frappez toujours! Reservations concerning temporary preferential treatment, or a quota regulation are mainly due to cold feet, prejudice, ignorance and a denial of patterns of discrimination. To change this, political willingness to act is imperative. In Norway, a conservative politician, banged his fist on the table in 2003. He told the assorted press he was ‘sick and tired’ of the lack of women in boardrooms and that he would propose a quota regulation to the cabinet. Which Dutch minister will bang his fist on the table in 2014? Which *rectores magnifici* will do so?

I. Inleiding en vraagstelling

1. Dit rapport handelt over de juridische grenzen en mogelijkheden van tijdelijke voorkeursbehandeling ter vergroting van het percentage vrouwelijke hoogleraren. Alvorens een beschrijving en analyse te geven van de juridische stand van zaken, maken wij enkele prealabele opmerkingen.

Voorkeursbehandeling steunt op twee premissen. De eerste is dat een evenredige deelname van vrouwelijke hoogleraren gewenst en noodzakelijk is. Daarvoor zijn ten minste een drietal redenen te noemen: sociale rechtvaardigheid, de noodzaak alle menselijke talenten te benutten en de verwezenlijking van de gewenste diversiteit in het hoger onderwijs. De tweede premisse is dat het traditionele proces van werving en selectie onvoldoende uitzicht biedt op de gewenste resultaten binnen een redelijke termijn. Daarom zijn tijdelijke bijzondere maatregelen, zoals voorkeursbehandeling, geboden en gerechtvaardigd.

Voor een effectief beleid om de kwantitatieve achterstand van vrouwelijke hoogleraren te verminderen is het noodzakelijk deze premissen te aanvaarden. Maar dat is niet voldoende. De leiding van universiteiten moet ze ook uitdragen. Het gevoel van urgentie kan gemakkelijk wegglijden waardoor slechts een lippendienst aan mooie voornemens en verklaringen overblijft. De communis opinio dreigt dan weer te worden dat ‘het een kwestie van tijd is’, ‘dat we op de goede weg zijn’ en ‘dat het doel van evenredige deelname in zicht is omdat er zoveel vrouwelijk talent voor de deur staat’. Onderzoek in de Nederlandse context laat echter zien dat deze verklaring, de zogenaamde ‘pijplijnhypothese’, empirisch onjuist is. Gezien de grote aanwas van vrouwelijke studenten en promovendi sinds respectievelijk de jaren zeventig en tachtig had er inmiddels een veel groter aandeel vrouwelijke professoren moeten zijn.¹ Een analyse van cijfers van de Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten (VSNU) stelt dat er eerder sprake is van een ‘lekkende pijplijn’: het aandeel vrouwelijke wetenschappers dat uitstroomt in het traject van promovendus naar hoogleraar, is bij iedere carrièrestap onevenredig groot.² Volgens conservatieve prognoses zal het zonder gericht beleid nog tot in de tweede helft van deze eeuw duren dat een evenwichtige verdeling tussen mannelijke en vrouwelijke hoogleraren is bereikt.

Voorkeursbehandeling betreft een wettelijk genormeerde uitzondering op het voorschrift geen onderscheid te maken bij behandeling van mannen en vrouwen. Voor wat Nederland betreft vindt deze uitzondering zijn oorsprong in de Tweede Europese richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen uit 1976.³ In de

¹Brink, Marieke van den, 2011, *Hoogleraarbenoemingen in Nederland (m/v). Mythen, feiten en aanbevelingen*. Nijmegen: RUN.

²Monitor vrouwelijke hoogleraren 2012. Stichting de Beauvoir & Universiteit Leiden, EQUALproject, Participatie als Prioriteit/ Universiteit Maastricht, Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren en Vereniging van Nederlandse Universiteiten. http://www.stichtingdebeauvoir.nl/wp-content/uploads/Monitor_Vrouwelijke_Hoogleraren_2012.pdf.

³Richtlijn 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, *OJ* 1976 L 39/4.

Nederlandse Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen van 1 maart 1980⁴ heeft dit (in artikel 5, lid 1) thans de volgende formulering gekregen:

Van het in de artikelen 1b, 2, 3 en 4 bepaalde mag worden afgeweken indien het gemaakte onderscheid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde nadelen op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel.

Voorkeursbehandeling wordt sedert haar introductie tamelijk strikt geïnterpreteerd. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB), sinds 1 oktober 2012 het College voor de Rechten van de Mens (CvdRM) stelt in navolging van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ) tamelijk strenge voorwaarden aan de toelaatbaarheid ervan. De laatste jaren is er evenwel een aantal veranderingen in wetgeving, jurisprudentie en al dan niet juridisch gesanctioneerde praktijken, die maakt dat het juridische regiem van voorkeursbehandeling meer mogelijkheden biedt dan voorheen.

2. In dit rapport staan twee vragen centraal. De eerste vraag betreft de juridische grenzen van voorkeursbehandeling. Geprobeerd wordt deze in kaart te brengen, waarbij specifieke aandacht wordt geschonken aan de beperkingen die het HvJ de lidstaten van de EU oplegt. De tweede vraag betreft in hoeverre er binnen maar ook buiten het juridische regiem van het HvJ legitieme mogelijkheden zijn voor een ruimer voorkeursbeleid dan tot dusverre het geval is. Een aantal relevante juridische en maatschappelijke ontwikkelingen wordt daarvoor onder de loep genomen.

De opbouw van het rapport is als volgt. Na de volgende paragraaf II, waarin de definitie, de uiteenlopende terminologie en de verschillende verschijningsvormen van voorkeursbehandeling aan de orde komen, bieden de paragrafen III - V een overzicht van de relevante Internationale en Europees wettelijke normen en jurisprudentie. Paragraaf VI schetst de verschuiving in het onderliggend redeneerpatroon ter legitimering van voorkeursbehandeling: Van een 'gelijkheid van kansen' naar een 'gelijkheid van effectieve kansen'. In VII komt de Nederlandse wetgeving aan de orde. In VIII en IX wordt de zienswijze van de CGB, resp. het CvdRM, weergegeven, waarbij het recente oordeel van december 2012 inzake de *Delft Technology Fellowships*⁵, die uitsluitend openstaan voor vrouwen maar niettemin rechtmatig werden verklaard, aandacht krijgt. Paragraaf X schetst enkele succesvolle programma's ten behoeve van vrouwelijke wetenschappers die in lijken te druisen tegen de heersende Europese leer inzake voorkeursbehandeling maar waarvan de legaliteit (nog) niet wordt betwist.

⁴Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen).

⁵Oordeel 2012-195.

II. Definitie, legitimering en modaliteiten van voorkeursbehandeling

3. Voorkeursbehandeling ten behoeve van vrouwen kan worden gedefinieerd als het geven van de voorkeur (bijv. bij sollicitaties) aan vrouwen op grond van hun geslacht. De Nederlandse wetgever spreekt over ‘het gemaakte onderscheid (i.c. geslacht, bps) dat beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde nadelen op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel.’⁶ Hierbij valt op dat de definitie (‘in een bevoorrechte positie plaatsen’) ogenblikkelijk gevolgd wordt door de rechtvaardiging (‘teneinde nadelen op te heffen of te verminderen’) en in abstracto de toegelaten modaliteit wordt omschreven (‘en het onderscheid in een redelijke verhouding te staat tot het beoogde doel.’).

Terzijde zij opgemerkt, dat het aannemelijk is dat de maatschappelijke aanvaardbaarheid van voorkeursbehandeling als een billijke praktijk wordt bevorderd door ook in het dagelijkse taalgebruik de term voorkeursbehandeling telkens ogenblikkelijk te laten volgen door de legitimering en de modaliteit. Bijvoorbeeld: ‘Voorkeursbehandeling is een tijdelijke maatregel om bij gelijke geschiktheid aan vrouwen de voorkeur te geven om hun achterstand weg te nemen’.

4. De intensiteit of modaliteit van voorkeursbehandeling kan variëren.⁷ Toegepast op de werving en selectie van personeel is het handzaam onderscheid te maken tussen drie modaliteiten van voorkeursbehandeling:

- Zwakke voorkeur: bij gelijke geschiktheid gaat de voorkeur naar een vrouw. Zwakke voorkeursbehandeling is de meest voorkomende vorm. De Europese rechtspraak heeft in een drietal arresten, *Kalanke* (1995), *Marschall* (1997) en *Badeck* (2000) beslist dat deze vorm van voorkeursbehandeling slechts is toegestaan indien er een hardheidsclausule is die het mogelijk maakt dat om gegronde redenen een baan toch aan een man (met gelijke geschiktheid) wordt toegewezen.
- Sterke voorkeur: voorkeur gaat naar een vrouw, ook al is ze minder goed gekwalificeerd. Sterke voorkeursbehandeling is niet toegestaan: kandidaten voor eenzelfde baan moeten altijd min of meer gelijkwaardig geschikt zijn (*Abrahamson en Anderson*, 2000).
- Absolute voorkeur: alleen vrouwen komen in aanmerking. Absolute voorkeursbehandeling bij de werving voor banen is volgens vaste jurisprudentie van het HvJ niet gewettigd: Mannen moeten altijd een kans hebben om naar een baan mee te dingen.⁸ Het Nederlandse CvDvRM, dat het

⁶Artikel 5, lid 1, van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (1980).

⁷Cf. *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality* (ed. Goran Selanec and Linda Senden), 2012, p. 4-5, waar een groot aantal typen ‘positive action’ worden beschreven. Hier kunnen we volstaan met genoemde drie: zwak, sterk en absoluut. Voor een uitgebreidere analyse van de uiteenlopende modaliteiten van voorkeursbehandeling, zie B.P. Sloot, *Positieve discriminatie. Maatschappelijke ongelijkheid en rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten en in Nederland*, Kluwer, Zwolle 1986, p. 215-226.

⁸In het bijzonder in de zaken *Kalanke* (1995), *Marschall* (1997) en *Badeck* (2000). Zie paragraaf V.

HvJ getrouw volgt, staat een absolute voorkeur slechts in geval van ernstige, structurele achterstand toe.⁹ In de maatschappelijke praktijk is deze vorm van absolute voorkeursbehandeling niet uitzonderlijk.¹⁰

Het HvJ maakt wel een onderscheid tussen ‘echte’ banen en banen die bestaan uit een opleidingsplaats. Bij laatstgenoemde functies is een quoteringsmaatregel voor vrouwen wel mogelijk indien er daarnaast soortgelijke mogelijkheden voor mannen elders over blijven. (*Badeck*, 2000).¹¹ Ook het reserveren van kinderopvangplaatsen uitsluitend ten behoeve van vrouwen acht het Hof toelaatbaar, maar ook hier geldt de eis van de aanwezigheid van een hardheidsclausule (*Lommers*, 2002).¹²

De tijdsduur is een zelfstandig aspect van voorkeursbehandeling. Elke voorkeursbehandeling dient beperkt te zijn in de tijd; in elk geval dient de voorkeursbehandeling te stoppen zodra de bestreden achterstand is opgeheven.¹³ Daarom is ‘voorkeursbehandeling’ *altijd* een ‘tijdelijke voorkeursbehandeling’.

5. De belangrijkste legitimering voor voorkeursbehandeling is dat deze een noodzakelijke correctie biedt op de liberale idee van ‘de gelijkheid van kansen.’ De ‘gelijkheid van kansen’ gaat uit van een aantal veronderstellingen, waaronder ‘gelijke uitgangsposities’ en een non-discriminatoire proces van de verdeling van schaarse goederen. De toets voor de faire werking van ‘gelijkheid van kansen’ is gelegen in het resultaat: gelijke resultaten. Toegepast op de onderhavige casus: indien het aantal vrouwelijke professoren structureel achterblijft bij het beschikbare aanbod dan levert dat het empirisch bewijs voor een gebrekkig functioneren van de gelijkheid van kansen. Een tijdelijke voorkeursbehandeling kan daarvoor mogelijk een oplossing bieden door rechtstreeks in te grijpen in de resultaten. Hiernaast zijn nog andere, door het HvJ nog niet getoetste, legitimeringen voor voorkeursbehandeling: diversiteit en descriptieve representatie. ‘Diversiteit’ verwijst naar het belang dat gehecht wordt aan een evenwichtige samenstelling, i.c. van mannen en vrouwen van bijvoorbeeld een docentencorps of studentengroep.¹⁴ De betekenis van ‘descriptieve representatie’ of ‘afspiegeling’ stoelt op de aanname dat het ‘lijken’ op de onderliggende ‘constituency’ het handelen van een gezaghebbende gremium, bijvoorbeeld een politieke partij, een raad van commissarissen of de rechterlijke macht, mede legitimeert. Een dergelijk

⁹Zie paragraaf IX voor de bespreking van het oordeel van het CvdRM inzake het Delft Technology Fellowship van de TU Delft, 18 december 2012-195.

¹⁰Zie paragraaf X voor een aantal voorbeelden.

¹¹Zaak C-158/97 *Georg Badeck et al.* ECR (2000).

¹²Zaak C-476/99 *H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* ECR (2002) I-02891.

¹³In de zaak *Grutter v. Bollinger* van 2003 (123 S.Ct. 2325), waarin ‘diversity’ werd bevestigd als grondslag voor ‘affirmative action’, werd door Justice O’Connor, die de opinie voor de meerderheid schreef, bepaald dat ‘affirmative action’ over 25 jaar in de Verenigde Staten zou moeten worden beëindigd.

¹⁴In dit verband wijzen we op de jurisprudentie van het Amerikaanse Hoogerechtshof die al sedert de uitspraak in *Bakke v. Regents of the University of California* in 1978, bevestigd in *Grutter* 2003 (*supra* noot 15), erkent dat het belang van ‘diversity’ in het hoger onderwijs zo groot is dat het een legitieme rechtsgrond is voor ‘zware’ vormen van ‘affirmative action’ die, zo wordt algemeen erkend, in de praktijk neerkomen op officieuze quota.

gremium laat door zijn het zijn van een afspiegeling in ieder geval zien dat het wat zijn lidmaatschap betreft niet discrimineert.

III. Internationaal recht, in het bijzonder het VN-Vrouwenverdrag

6. Nederland is evenals andere lidstaten van de EU ook gebonden aan de verplichtingen van het VN-Vrouwenverdrag.¹⁵ Met het verbod van discriminatie van vrouwen erkent het VN-Vrouwenverdrag de structureel achtergestelde positie van vrouwen ten opzichte van mannen, reden waarom het uitsluitend bescherming toekent aan vrouwen. Hoofddoel van het Verdrag is het opheffen van de achtergestelde positie van vrouwen.

Artikel 4, lid 1, handelt over voorkeursbeleid. Daarin is bepaald:

‘Wanneer de lidstaten die partij zijn bij dit verdrag, *tijdelijke bijzondere maatregelen* treffen (mijn cursivering) die zijn gericht op versnelling van feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen, wordt dit niet beschouwd als discriminatie, als omschreven in dit 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.’

Deze formulering kan worden beschouwd als de ‘benchmark’ van positieve actie. Uit de tekst blijkt uitdrukkelijk dat voorkeursbeleid niet wordt beschouwd als discriminatie, anders dan bijvoorbeeld in het Europees recht dat in de volgende paragraaf aan de orde komt.

De *Algemene Aanbeveling nr. 25* betreffende artikel 4, lid 1, van het VN-Vrouwenverdrag geeft een uitgebreide toelichting op de betekenis van ‘tijdelijke speciale maatregelen’.¹⁶ Daaruit blijkt dat dergelijke maatregelen niet moeten worden gezien als een uitzondering op de norm van non-discriminatie maar als een onderdeel van een noodzakelijke strategie om feitelijke of wezenlijke gelijkheid te bereiken. Omdat ‘tijdelijke bijzondere maatregelen’ niet beschouwd worden als uitzondering, dient de rechtmatigheid ervan te worden getoetst aan de algemene beginselen van proportionaliteit.

De toelichting op de *Algemene Aanbeveling nr. 25* betreffende art. 4, lid 1, is stellig over de logische samenhang tussen gelijke kansen en gelijke resultaten:

‘Gelijke resultaten zijn een logisch uitvloeisel van feitelijke of werkelijke gelijkheid. Deze resultaten kunnen kwantitatief en/of kwalitatief van aard zijn; dat wil zeggen dat vrouwen en mannen op verschillende gebieden in nagenoeg gelijke aantallen hun rechten genieten, hetzelfde inkomen hebben, gelijkheid genieten qua besluitvorming en politieke invloed en dat vrouwen gevrijwaard

¹⁵Verdrag 18 december 1979 inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, *Trb.* 1980, 146; Rijkswet van 3 juli 1991 tot goedkeuring van het verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen. 1991, 335.

¹⁶Aangenomen in 2004; zie bijlage 1. Zie over de *Algemene Aanbeveling nr. 25*, Boerefijn, Coomans, Goldschmidt, Holtmaat, Wolleswinkel (Eds.), *Temporary Special Measures – Accelerating de facto Equality of Women Under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Intersentia, Antwerpen, 2003.

zijn van geweld.’¹⁷

Quotaregelingen kunnen onder omstandigheden onder de ‘tijdelijke speciale maatregelen’ vallen:

‘De term ‘maatregelen’ heeft betrekking op een breed scala wetgevende, uitvoerende, administratieve en andere regelgevende instrumenten, beleidslijnen en praktijken, zoals contact of ondersteuningsprogramma’s, alsmede toewijzing en/of verschuiving van middelen, voorkeursbehandelingen, doelgerichte aanwerving, indienstneming en promotie, numerieke doelstellingen in samenhang met tijdsbestekken en quotastelsels. De keus voor een bepaalde ‘maatregel’ is afhankelijk van de context waarin artikel 4, lid 1, wordt toegepast en van het specifieke doel dat daarmee bereikt moet worden.’¹⁸

Uit overweging 24 van de *Algemene Aanbeveling nr. 25* blijkt voorts dat lidstaten *verplicht* zijn tijdelijke speciale maatregelen te nemen als deze noodzakelijk en geschikt zijn om het doel van wezenlijke gelijkheid versneld te bereiken:

‘Artikel 4, lid 1, gelezen in samenhang met de artikelen 1, 2, 3, 5 en 24, moet toepassing vinden in het kader van de artikelen 6 tot en met 16, waarin wordt gesteld dat Verdragsstaten “alle passende maatregelen moeten nemen”. Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat op Verdragsstaten de verplichting rust om in het kader van een van deze artikelen tijdelijke bijzondere maatregelen te nemen en ten uitvoer te leggen als zulke maatregelen aantoonbaar noodzakelijk en passend zijn om versneld het algemene doel, of een specifiek doel, van feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te bereiken.’¹⁹

Opmerkelijk genoeg speelt artikel 4, lid 1, VN-Vrouwenverdrag bij de beoordeling van voorkeursbeleid en positieve actie tot dusverre nauwelijks een rol van betekenis. Uit bijvoorbeeld de Nota Voorkeursbehandeling uit 2005 blijkt dat de Nederlandse regering van mening is dat artikel 4, lid 1, VN-Vrouwenverdrag de lidstaten slechts de mogelijkheid biedt om, onder voorwaarden, maatregelen te treffen die de feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen bevorderen. Van een eventuele verplichting zou dus geen sprake zijn. Zo’n uitleg staat op zijn minst op gespannen voet met de uitleg van het artikel 4, lid 1, zoals die hierboven vermeld, in de *Algemene Aanbeveling nr. 25* wordt gegeven. Belangrijker is echter dat voorbij wordt gegaan aan de mogelijke juridische rechtvaardiging die het VN-Vrouwenverdrag biedt aan sterke vormen van *vrijwillig* voorkeursbeleid. Omdat het in de Nederlandse praktijk *altijd* handelt om vrijwillig voorkeursbeleid biedt het VN-Vrouwenverdrag nog braakliggende mogelijkheden.

Kennis van de juridische mogelijk van het VN-Vrouwenverdrag is in Nederland beperkt. In de meest recente (2010) rapportage²⁰ merkt het Comité daarover op:

¹⁷Nr. 9 van de toelichting.

¹⁸Ib. nr. 22.

¹⁹Ib. nr. 24.

²⁰CEDAW/C/NLD/CO/5.

‘Het Comité is bezorgd over het feit dat de activiteiten binnen het hele Koninkrijk der Nederlanden om de bekendheid van het Verdrag en het Facultatief Protocol te bevorderen tamelijk beperkt zijn gebleven, hetgeen blijkt uit het ontbreken van concrete informatie in de rapportages. Het Comité tekent in het bijzonder aan dat vrouwen op Aruba nauwelijks informatie hebben over hun rechten. Het vreest ook dat Nederland een nogal beperkte opvatting hanteert van zijn rol bij de bekendmaking van het Verdrag, aangezien het zelden wordt ingeroepen in juridische procedures, hetgeen impliceert dat het Verdrag en de algemene aanbevelingen nauwelijks bekend zijn onder juristen, de rechtsprekende macht en vrouwen zelf. Ook is het Comité bezorgd over het feit dat het Verdrag niet regelmatig wordt gebruikt als centraal juridisch kader voor maatregelen ten behoeve van het bevorderen van de gelijkheid van man en vrouw.’²¹

De vraag dringt zich hier op in hoeverre ook het CvdRM, dat voor de interpretatie van de juridisch normen betreffende gelijke behandeling in Nederland een centrale rol dient te spelen, zich voldoende het potentieel van het VN-Vrouwenverdrag realiseert. In zijn oordelen heeft het College (en zijn voorganger de CGB) daar weinig blij van geven. In het oordeel inzake de voorkeursbehandeling in het Delft Technology Fellowshipprogramma ging het CvdRM geheel voorbij aan de door verweerster – de TU Delft – opgeworpen argumenten ontleend aan het VN-Vrouwenverdrag.²² Overigens moet worden geconstateerd dat ook het HvJ in zijn zaken betreffende voorkeursbehandeling het VN-Vrouwenverdrag nooit heeft genoemd. Daarbij moet wel worden aangetekend dat deze arresten van het HvJ zijn gewezen voor 2004, het jaar waarin de Algemene Aanbeveling nr. 25 werd aangenomen.

7. Buiten het VN-Vrouwenverdrag zijn er tal van andere verdragen waarin ‘tijdelijke bijzondere maatregelen’ mogelijk worden gemaakt of verplicht worden gesteld.²³ Het U.N. Human Rights Committee stelt dat:

‘...the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions, which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant. (...) Such action may involve granting for a time to the part of the population concerned certain preferential treatment in specific matters as compared with the rest of the population. However, as long as such action is needed to correct discrimination in fact, it is a case of legitimate differentiation under the Covenant.’²⁴

Van belang is het oordeel in de zaak *Guido Jacobs v. Belgium* betreffende de rechtmatigheid van een wettelijke regel op grond waarvan adviesorganen evenwichtig

²¹Ib. nr. 17.

²²Oordeel 2012-195.

²³In de Algemene Aanbeveling nr. 25 wordt in voetnoot 3 op een aantal verdragen gewezen die voorkeursbehandeling toestaan of daartoe verplichten. Zie bijlage 1.

²⁴General Comment 18, Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989), par. 10.

tussen mannen en vrouwen dienen te zijn samengesteld.²⁵ In casu ging het om de Hoge Raad van Rechtspraak die adviseert over de benoeming van rechters. Klager, professor Jacobs, achtte dit in strijd met het discriminatieverboden als neergelegd in artikelen 2, 3, 14, lid 1, 19, lid 1, 25 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Hij werd in het ongelijk gesteld op grond van het argument dat de aanwezigheid van vrouwen van belang kan zijn om de verschillende perspectieven, i.c. het gender-perspectief, tot hun recht te laten komen in de rechtspraak:

‘In the present case, it appears to the Committee that a body such as the High Council of Justice could legitimately be perceived as requiring the incorporation of perspectives beyond one of juridical expertise only. *Indeed, given the responsibilities of the judiciary, the promotion of an awareness of gender-relevant issues relating to the application of law, could well be understood as requiring that perspective to be included in a body involved in judicial appointments.* Accordingly, the Committee cannot conclude that the requirement is not objective and reasonably justifiable.’²⁶

Dit diversiteitargument heeft, voor zover ik heb kunnen nagaan, (nog) geen ingang gevonden in de oordelen van het HvJ of het CvdRM.²⁷

²⁵Communication No. 943/2000, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/943/2000 (2004) Zie over deze zaak de noot van Janneke Gerards, Descriptieve representatie als rechtvaardiging voor voorkeursbeleid, *NJCM-Bulletin*, jrg. 30 (2005), nr. 5, p.626-641.

²⁶CCPR/C/81/D/943/2000, onder nr. 9.4.

²⁷Dit is opmerkelijk omdat ‘diversity’ zo’n centrale rol speelt bij het voorkeursbeleid met betrekking tot het toelating van studenten op Amerikaanse universiteiten.

IV. Europees recht: wettelijke regels

8. In het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie,²⁸ dat sinds 2009 dezelfde juridische status heeft als het Verdrag, is in artikel 23, tweede alinea, betreffende de Gelijkheid van mannen en vrouwen bepaald dat:

‘Het beginsel van gelijkheid belet niet dat maatregelen gehandhaafd of genomen worden waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ten voordele van het ondervertegenwoordigde geslacht.’

Art. 2. van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) luidt:

‘De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en *gelijkheid van vrouwen en mannen.*’

De juridische mogelijkheid van *compenserende* maatregelen ten behoeve van de ongelijkheid van vrouwen is thans onderdeel van het Europees Verdrag zelf en niet slechts van secundaire wetgeving als een Richtlijn. Artikel 157, lid 4, VWEU²⁹ is opgenomen met de volgende overweging:

‘(2) Gelijkheid van mannen en vrouwen is een fundamenteel beginsel van het Gemeenschapsrecht krachtens artikel 2 en artikel 3, lid 2, van het Verdrag en de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Deze verdragsbepalingen schrijven voor dat gelijkheid van mannen en vrouwen een „taak” is en een „doel” is van de Gemeenschap en zij leggen de positieve verplichting op deze gelijkheid bij elk optreden te bevorderen.’

Artikel 157, lid 4, luidt:

‘Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om *volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk* te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.’³⁰

Het Europees Verdrag spreekt hier over ‘volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk.’ Dit is een veel krachtiger formulering dan die van

²⁸2000/C 364/01.

²⁹Geconsolideerde versie 2009, voorheen artikel 141(4) EC.

³⁰Gelet 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 2, lid 4 van de Richtlijn 76/207/EEG die spreekt over een ‘bevorderen dat mannen en vrouwen *gelijke kansen* krijgen’:

‘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 de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.’

Art. 3 van de Richtlijn 2006/54/EG³¹, die Richtlijn 76/207/EEG incorporeert, luidt:

‘De lidstaten kunnen maatregelen in de zin van artikel 141, lid 4, van het Verdrag (thans artikel 157 (4) VWEU) handhaven of aannemen om volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te waarborgen.’

Met deze formuleringen benadert de Europese wetgeving art. 4, lid 1, van het VN-Vrouwenverdrag betreffende positieve actie.

Deze ontwikkeling van de wetgeving van de laatste jaren brengt met zich mee dat de daaraan voorafgaande jurisprudentie enigszins aan betekenis heeft ingeboet. De nadruk is nu meer komen te liggen op ‘feitelijke gelijkheid’ en minder op ‘gelijke kansen’ van vrouwen.

³¹De zgn. Herschikkingsrichtlijn.

V. Europees recht: jurisprudentie

Het HvJ heeft zich tot dusverre in een negental zaken gebogen over voorkeursbehandeling.³² Hieruit is wat de werving, selectie en promotie van kandidaten voor banen betreft samenvattend het volgende te concluderen. Voorkeursbehandeling van vrouwen is mogelijk indien zij een aantoonbare achterstand hebben en zij gelijkelijk geschikt zijn aan mannelijke kandidaten. Voorkeursbehandeling mag geen automatisme zijn. Er dient altijd een zogenaamde ‘openingsclausule’ te worden 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.’ Sollicitaties moeten daarom worden onderworpen aan een objectieve beoordeling die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitant. De toegekende voorrang aan vrouwelijke kandidaten moet buiten toepassing blijven, wanneer één of meer mannen meer gekwalificeerd zijn. Vergaande vormen zoals ‘voorkeur bij voldoende geschiktheid’ zijn niet toelaatbaar. 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. Daardoor kunnen bij de toegang tot opleidingen of kinderopvang plaatsen aan vrouwen worden voorbehouden om een einde te maken aan een situatie van ondervertegenwoordiging.

Hieronder bespreken we in het kort enkele arresten (*Kalanke*, *Marschall*, *Badeck* en *Abrahamson*) die voor dit rapport van belang zijn, omdat zij de grondslag van het door het CvdRM ontwikkelde toetsingskader vormen.

Aanvankelijk oordeelde het HvJ in het arrest *Kalanke* van 17 oktober 1995 dat een wettelijke verplichting voor een werkgever om bij gelijke geschiktheid automatisch voorrang te verlenen aan een vrouw, zolang een bepaalde functiegroep niet voor ten minste 50% door vrouwen wordt bezet, in strijd is met artikel 2, leden 1 en 4, van Richtlijn 76/207/EEG. Het Hof was van oordeel dat een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen en promoties bij gelijke geschiktheid absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen. Deze uitspraak en de vermoedelijke invloed daarop van A-G Tesauro is in de politiek³³ en de literatuur heftig bekritiseerd.³⁴

³²Zaak C-312/86 *Commission v France* (1988) ECR 6315; Zaak C-450/93 *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* ECR (1995) I-03051; Zaak C-409/95 *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* ECR (1997) I-06363; Zaak C-158/97 *Georg Badeck and Others* ECR (2000) I-01875; C-79/99 *Julia Schnorbus v Land Hessen* (2000) ECR I-10997; C-407/98 *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* ECR (2000) I-05539; *Joseph Griesmar v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonctionpublique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation* (2001) ECR I-09383; C-476/99 *H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* ECR (2002) I-02891; C-319/03 *Serge Briheche v Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice* (2004) ECR I-08807.

³³De politieke ophef leidde tot een voorstel van de Europese Commissie om artikel 2, lid 4 te amenderen door daar een voorwaarde aan te verbinden: ‘op voorwaarde dat dergelijke maatregelen de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van een individueel geval niet uitsluiten.’ COM/96/93 DEF. Het arrest *Marschall* maakte dit voorstel in 1997 overbodig.

³⁴Om een enkel voorbeeld te noemen, wijzen we op de noot bij het arrest van A. G. Veldman, *Nemesis* 1995, katernno. 523, 10-13: ‘Indien de conclusie van A-G Tesauro (...) een rol heeft gespeeld in de overwegingen van het Hof, dan heeft deze ene meneer wel wat aangericht’.

In het arrest *Marschall* van 11 november 1997³⁵ oordeelde het Hof over voorkeursbehandeling van eenzelfde strekking als in het arrest *Kalanke*, maar kwam zij tot een andersluidend oordeel omdat in de bestreden regeling sprake was van een zogenaamde ‘openingsclausule’, welke inhield dat vrouwen niet bij voorrang bevorderd mochten worden, ‘indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel deden doorslaan.’ De aanwezigheid van de openingsclausule was voor het Hof bepalend voor de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling.

In het arrest *Badeck*³⁶ van 28 maart 2000 herhaalt het Hof voor een deel de overwegingen van het arrest *Marschall*. Daarnaast oordeelde het Hof over een aantal andere stimuleringsmaatregelen om het aandeel van vrouwen in de openbare dienst te vergroten. Door het Hof worden niet in strijd met Richtlijn 76/207/EEG geacht:

- Het hanteren van minimumquota ten aanzien van het aantal vrouwelijke personeelsleden in bepaalde functies.
 - Het voorbehouden van de helft van het aantal opleidingsplaatsen voor bepaalde beroepen aan vrouwen, tenzij onvoldoende vrouwen solliciteren. Omdat het volgens het Hof gaat om opleidingsplaatsen waarvoor geen monopolie van de staat geldt, en het dus gaat om opleidingen waarvoor ook in de particuliere sector plaatsen beschikbaar zijn, worden mannelijke kandidaten niet definitief van een opleiding uitgesloten.
 - Het verplicht uitnodigen van ten minste evenveel vrouwen als mannen voor een sollicitatiegesprek.
1. Het verbod om bij de selectie van kandidaten voor een functie rekening te houden met aspecten als de gezinssituatie of het inkomen van de partner.
- Daarnaast mogen deeltijdarbeid, onderbrekingen en vertragingen bij het afsluiten van de opleiding verbandhoudend met het verzorgen van kinderen of van hulpbehoevende verwanten geen nadelig effect hebben.
- Het voorbehouden van de helft van het totaal aantal plaatsen in vertegenwoordigende organen van werknemers en raden van bestuur en van toezicht.

In het arrest *Abrahamsson*³⁷ van 6 juli 2000 toetste het Hof een voorkeursregeling voor het eerst ook aan het dan nieuwe artikel 141, lid 4, EG-Verdrag (thans artikel 157 (4) VWEU). Het Hof sprak zich uit over de vraag of bij de selectie van kandidaten aan een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, die over *voldoende* kwalificaties beschikt, de voorkeur mocht worden gegeven boven een kandidaat van het andere geslacht. Het HvJ:

‘Een dergelijke selectiemethode kan geen rechtvaardiging vinden in artikel 2, lid 4, van Richtlijn 76/207/EEG, omdat de selectie van een kandidaat uit de

³⁵C-409/95.

³⁶C-158/97.

³⁷C-407/98

kandidaten met voldoende kwalificaties uiteindelijk plaatsvindt op de enkele grond dat deze tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, zelfs wanneer de aldus gekozen kandidaat qua verdiensten onderdoet voor een kandidaat van het andere geslacht. Bovendien is het zo dat, ook al staat artikel 141, lid 4, EG-Verdrag de lidstaten toe om maatregelen te handhaven of aan te nemen waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ter voorkoming of ter compensatie van nadelen in de beroepsloopbaan teneinde volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te verzekeren, hieruit niet kan worden afgeleid dat deze bepaling een selectiemethode toestaat die hoe dan ook onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel.’

De toegenomen nadruk in de Europese regelgeving op het streven naar feitelijke gelijkheid heeft, hoe dan ook, invloed op het toetsingskader van het HvJ met betrekking tot voorkeursbehandeling. In de rechtsgeleerde literatuur wordt wel gesteld dat de bepaling over voorkeursbehandeling haar karakter van uitzondering (‘derogation’) aan het verliezen is.³⁸ Zij zou opgevat moeten worden als een zelfstandige bepaling, waarvan de toepassing is onderworpen aan een indringende proportionaliteitstoets. Wanneer men heeft vastgesteld dat het nagestreefde doel van voorkeursbehandeling legitiem is, toetst men de proportionaliteit van het middel. Onderdeel van de proportionaliteitstoets is de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de formele gelijkheid van mannen of vrouwen.³⁹

³⁸C. Tobler, *Positive action under the revised second equal treatment directive*, September 2002. Hoewel zij van mening is dat ‘voorkeursbehandeling’ (anno 2002) nog gezien wordt als een uitzondering, zij het een ruime, neemt ze in de jurisprudentie een toenemend begrip waar van de maatschappelijke ongelijkheid: ‘The development is away from the seemingly rigid position of *Kalanke* and towards a better recognition of the problems posed by structural discrimination and of the role that positive action measures can play in this context.’ p. 23.

³⁹Wij wijzen in dit verband op de zaak *H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*(C-476/99, 2002). Hierin bepaalde het Hof ten aanzien van Art. 2(4) van de Richtlijn van 1976 dat ‘in determining the scope of any derogation from an individual right such as the equal treatment of men and women laid down by the Directive, due regard must be had to the principle of proportionality which requires that derogations must remain within the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve the aim in view and that the principle of equal treatment is reconciled as far as possible with the requirements of the aim thus pursued” (para. 39). Eerder had A-G Alber in zijn opinie bij de *Lommers* gesteld dat ‘ Art. 2(4) of the Directive is an expression of the idea of substantive equality as is now Art. 141(4) EC’(para. 88).

VI. Europees recht: van gelijke kansen naar gelijke uitkomsten?

De ontwikkeling in het denken over ‘gelijkheid’ tussen mannen en vrouwen in het Europese recht kan met de –vermeende- tegenstelling van *gelijke kansen* tegenover *gelijke uitkomsten* goed worden geschetst. Hiervoor, bij de bespreking van de Europese wettelijke regels, zagen wij al dat de wetgever niet langer genoeg neemt met ‘kansengelijkheid’.⁴⁰ Wij wezen op het verschil in bewoordingen van de richtlijn uit 1976 met die van de Herschikkingsrichtlijn uit 2006: van ‘het bevorderen dat mannen en vrouwen *gelijke kansen* krijgen’ in 1976 naar de bepaling uit 2006 dat ‘het beginsel van gelijke behandeling een lidstaat niet belet om *volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk* te verzekeren.

Een soortgelijke ontwikkeling in denken over gelijkheid lijkt zich ook te voltrekken in kringen van het HvJ, althans bij de Advocaten-Generaal. Om dit te kunnen begrijpen is het nodig kort in te gaan op de in de ogen van veel schrijvers infame⁴¹ conclusie van A-G Tesauro bij de *Kalanke*-zaak van 1995.⁴²

De A-G zet de kwestie naar de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling op scherp door deze te formuleren in, naar zijn mening, onverzoenbare tegenstellingen:

‘Moet het recht van elk individu om niet op grond van zijn geslacht te worden gediscrimineerd, dat het Hof zelf heeft erkend als een fundamenteel recht waarvan het de naleving garandeert, wijken voor de rechten van een benadeelde groep, in dit geval de vrouwen, om aldus de discriminaties op te heffen die deze groep in het verleden heeft ondergaan?’

In de bestreden regeling, die A-G Tesauro karakteriseert met de beladen term ‘quotaregeling’, wordt naar zijn mening effectieve gelijkheid van kansen ten onrechte gelijkgesteld met gelijkheid van resultaten. Hij stelt dat:

‘Meer in het bijzonder moet worden uitgemaakt, of die term doelt op gelijke vertreksituaties dan wel op gelijke resultaten. Gelijke kansen bieden kan mijns inziens enkel betekenen, in de gelegenheid stellen om gelijke resultaten te behalen, dat wil zeggen voor beide geslachten dezelfde voorwaarden bij de vertreksituatie creëren. Daartoe moeten uiteraard de feitelijke belemmeringen worden weggenomen die aan de verwezenlijking van de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt in de weg staan: dus moeten die belemmeringen eerst worden vastgesteld en vervolgens met de daartoe meest geschikte middelen worden weggenomen’.

Om vervolgens de gewraakte regeling in *Kalanke* te verwerpen:

⁴⁰Paragraaf IV.

⁴¹Zie voetnoot 34.

⁴²Conclusie van advocaat-generaal Tesauro van 6 april 1995, nr. C-450/93, Jur.1995, I-03051.

‘Dat de in het geding zijnde nationale regeling er in het geheel niet op gericht is, gelijke vertreksituaties te garanderen, lijkt mij meer dan duidelijk. De omstandigheid dat twee kandidaten van verschillend geslacht dezelfde kwalificaties hebben, brengt namelijk per definitie mee dat zij gelijke kansen hadden en hebben: zij bevinden zich derhalve in dezelfde uitgangspositie. De in geding zijnde nationale regeling, die voorrang toekent aan vrouwen, is er dus op gericht gelijkheid van resultaten, of liever gezegd een billijke verdeling van de arbeidsplaatsen, in louter numeriek opzicht, tussen mannen en vrouwen tot stand te brengen. Zulks is mijns inziens niet het doel noch de ratio van artikel 2, lid 4, van de richtlijn.’

Voor A-G Tesauro is elke vorm van voorkeursbehandeling een rechtens ontoelaatbare overgang van een individuele naar een collectieve benadering van gelijkheid. Hij ziet voorkeursbehandeling als een schending van het fundamentele recht op individuele gelijke behandeling. Zijn bewoordingen (en ook toon) lijken ontleend te zijn aan de Amerikaanse Federale rechtspraak waar soms fel werd geargumenteed over voorkeursbehandeling. Tesauro toont daarbij duidelijk begrip voor het standpunt van die leden van het Amerikaanse Hooggerechtshof die voorkeursbehandeling altijd in strijd achten met de bepalingen betreffende gelijkheid van de Amerikaanse grondwet.⁴³

Voor een aantal Advocaten-Generaal bij het HvJ vormt de conclusie van Tesauro het vertrekpunt om te pleiten voor ruimere mogelijkheden voor voorkeursbehandeling. Illustratief is de opvatting van A-G Maduro in zijn conclusie bij de zaak *Briheche*⁴⁴ (2004) waarin hij erop wijst dat artikel 141, lid 4, van het Verdrag (thans artikel 157, lid 4, VWEU) wellicht meer mogelijkheden voor voorkeursbehandeling biedt dan richtlijn 76/207. In zijn opvatting is de scherpe tegenstelling tussen enerzijds de ‘gelijkheid van kansen’ en de ‘gelijkheid van resultaat’ anderzijds, empirisch onjuist. Hij laat zien dat deze door Tesauro gepostuleerde tegenstelling verzoend kan worden: juist door voorkeursbehandeling wordt de kansgelijkheid van vrouwen vergroot. A-G Maduro overweegt het volgende:

‘Artikel 141, lid 4, EG staat maatregelen toe 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.’ (Het woord ‘compenseren’ is ingevoegd bij het Verdrag van Amsterdam.) Het kan niet worden uitgesloten dat positieve maatregelen die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207 vallen, op grond van deze bepaling zouden kunnen worden toegestaan. (Zoals door het Hof erkend in het arrest Abrahamson, punt 54.) Zoals ik al zei, zou immers gesteld kunnen worden dat er een verschil is tussen maatregelen die zijn gericht op het verminderen van ongelijkheden en maatregelen die zijn gericht op het compenseren van ongelijkheden die een bepaalde groep treffen of in het verleden hebben

⁴³Uit voetnoot 10 bij zijn conclusie, met verwijzingen naar belangrijke arresten betreffende ‘affirmative action’ en naar de discussie over *goals* versus *quota*, blijkt een grote vertrouwdheid met het juridische debat in de V.S.

⁴⁴C-319/03; 2004.

getroffen. Het kan niet worden uitgesloten dat de verwijzing in artikel 141, lid 4, EG naar compenserende maatregelen bedoeld is om de lidstaten een ruimere bevoegdheid te geven bij het vaststellen van maatregelen van positieve discriminatie. Een dergelijke uitlegging moet echter altijd binnen de door het algemene gelijkheidsbeginsel toegestane grenzen blijven. Voor het Hof is het niet de vraag of bepaalde vormen van positieve discriminatie al dan niet zouden leiden tot een eerlijkere en rechtvaardigere samenleving, maar of zulke vormen van positieve discriminatie, wanneer zij door de wetgever worden vastgesteld, kunnen worden verenigd met het algemene gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁴⁵

‘In dit verband zou de verwijzing in artikel 141, lid 4, EG naar compensatie aldus kunnen worden opgevat, dat deze ofwel inhoudt dat de noodzaak sociale ongelijkheden uit het verleden dan wel bestaande sociale ongelijkheden te compenseren, kan rechtvaardigen dat personen uit deze groepen worden begunstigd, met als prijs dat leden van de oververtegenwoordigde groep worden gediscrimineerd, ofwel dat het vaststellen van maatregelen van compenserende aard noodzakelijk is, aangezien de niet-discriminerende toepassing van vigerende maatschappelijke regels structureel in het voordeel is van de leden van de oververtegenwoordigde groepen. De eerste opvatting maakt het recht van de justitiabele op non-discriminatie ondergeschikt aan het bereiken van gelijkheid tussen groepen, die haar rechtvaardiging vindt in het doel, de leden van de ondervertegenwoordigde groepen te compenseren voor door hen in het verleden ondervonden discriminatie. Een dergelijke opvatting is nauwelijks te verenigen met de voorrang die het Hof steeds heeft gegeven aan gelijke kansen en met zijn vaste opvatting van het beginsel van gelijke behandeling.’⁴⁶

‘De tweede opvatting kan echter beter worden geconcilieerd met het beginsel van gelijke behandeling zoals dit door het Hof wordt uitgelegd en toegepast. Volgens deze opvatting is gelijkheid van resultaten niet het doel. Evenmin rechtvaardigen de doelstellingen van positieve discriminatie noodzakelijkerwijze discriminaties tussen personen. De voorstanders van deze opvatting zijn van oordeel dat alleen maatregelen die vaak worden geassocieerd met wezenlijke gelijkheid en die de ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen compenseren (bijvoorbeeld quota, automatische voorrang) daadwerkelijk gelijke kansen op lange termijn tot stand kunnen brengen. Maatregelen die de leden van bepaalde groepen bevoordelen worden derhalve niet gezien als een middel om gelijkheid tussen groepen of gelijkheid van resultaten te bereiken, maar als een instrument voor het tot stand brengen van daadwerkelijke gelijkheid van kansen. Dergelijke compenserende maatregelen hebben derhalve tot doel, de gelijkheid van kansen te herstellen doordat de gevolgen van discriminatie worden opgeheven en de gelijkheid van kansen op lange termijn zo groot mogelijk is. In dit geval heeft compensatie betrekking op

⁴⁵Ib. nr. 48.

⁴⁶Ib. nr. 49.

het herstel van het evenwicht tussen de kansen die de samenleving de leden van de verschillende groepen geeft.’⁴⁷

‘Wanneer men de aanvaarding van compenserende vormen van positieve discriminatie baseert op gelijkheid van kansen en niet op gelijkheid van resultaten, zal gelijkheid tussen individuen nog steeds prevaleren boven gelijkheid tussen groepen, maar zullen wel aan de vormen van compenserende positieve discriminatie bepaalde grenzen en voorwaarden moeten worden gesteld die zich verdragen met artikel 141, lid 4, EG. De aanvaardbaarheid van zulke vormen van positieve discriminatie zou bijvoorbeeld nauw verbonden zijn met de voorlopige aard ervan. Anders kunnen op lange termijn verworven rechten ontstaan, ook al is van de oorspronkelijke omstandigheden die positieve discriminatie rechtvaardigden, niet langer sprake. Als gevolg daarvan zou het doel om werkelijke gelijkheid van kansen op lange termijn te scheppen, in gevaar worden gebracht. Andere voorwaarden zouden verband kunnen houden met de aard of omvang van de last die op de leden van de oververtegenwoordigde groep wordt gelegd, de waarschijnlijkheid dat toegenomen vooruitzichten voor de leden van de ondervertegenwoordigde groep kunnen leiden tot werkelijke gelijkheid van kansen, en de verplichting, de ondervertegenwoordiging niet alleen in het algemeen aan te tonen, maar in de specifieke sector of instelling waarin positieve discriminatie plaatsvindt.’⁴⁸

Daarnaast vraagt hij het Hof bij de beoordeling van de rechtmatigheid van voorkeursbehandeling ruimte te bieden aan nationale verschillen. Dat is van groot belang voor de Nederlandse praktijk van voorkeursbehandeling. Het valt immers niet uit te sluiten dat een aantal succesvolle Nederlandse praktijken van voorkeursbehandeling (zie voor een aantal voorbeelden, *infra* paragraaf X.) onder de huidige toetsingscriteria van het HvJ zouden sneuvelen.

⁴⁷Ib. nr. 50.

⁴⁸Ib. nr. 51.

VII. Nederlands recht

De wetgeving (in formele zin) kent verschillende gelijkkluidende regels welke voorkeursbehandeling toestaan; bepalingen welke daartoe verplichten ontbreken. De centrale bepaling is opgenomen in de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Daar, als elders, wordt voorkeursbehandeling geformuleerd als een uitzondering op het verbod van ongelijke behandeling o.a. op grond van geslacht.⁴⁹ Artikel 2, lid 3, van de AWGB luidt:

‘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.’

Oorspronkelijk bestond de mogelijkheid van voorkeursbehandeling ten behoeve van het ‘ondervertegenwoordigde geslacht’. Bij amendement werd deze mogelijkheid geschrapt in 1989 omdat grosso modo vrouwen worden achtergesteld en niet mannen.⁵⁰

Omdat voorkeursbehandeling vrijwillig is, kan het nalaten van voorkeursbehandeling juridisch niet worden afgedwongen.

Het doel van voorkeursbehandeling is het wegnemen van ‘feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen.’ Daarbij moet het gaan om ‘structurele’ en systematische achterstelling en achterstand.

Niet expliciet genoemd worden o.a. diversiteit en evenredige verdeling.

Slechts in enkele rechtszaken speelde het onderwerp voorkeursbehandeling een rol.

Twee zaken zijn gepubliceerd. In beide gevallen werd voorkeursbehandeling afgewezen op grond van niet aan voorkeursbehandeling gerelateerde overwegingen.⁵¹

⁴⁹Naast dit artikel zijn er in twee andere wetten in de nationale wetgeving met vrijwel gelijkkluidende bepalingen opgenomen met betrekking tot voorkeursbehandeling van vrouwen. Het betreft artikel 7:646, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW), en artikel 5, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB).

⁵⁰*Staatsblad* 1989, 169.

⁵¹Rikki Holmaat, ‘The Netherlands’, in: *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality* (ed. Goran Selanec and Linda Senden), 2012, p. 162.

VIII. Zienswijze van het College voor de Rechten van de Mens

De CGB heeft in een advies van 2010⁵² zijn zienswijze inzake voorkeursbehandeling uiteengezet. Deze komt op het volgende neer.

Het wettelijk kader wordt geboden door artikel 2, lid 3, Algemene wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (AWGB) (of artikel 5, lid 1 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), dat eenzelfde bepaling kent) dat een uitzondering vormt op het verbod van onderscheid op grond van o.m. geslacht:

‘Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen (...) 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.’

Met de toepassing van deze uitzonderingen moet in de formulering van het CGB, ‘hoe goed bedoeld ook, (...) restrictief en terughoudend worden omgegaan.’⁵³ De strikte voorwaarden waaraan een voorkeursbeleid voor vrouwen bij de toegang tot specifieke functies moet voldoen ontleent de CGB aan de arresten van het HvJ.⁵⁴ Deze voorwaarden zijn:

- aantoonbare achterstand: de achterstand van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid, dient te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod;
- zorgvuldigheid: de regeling waarborgt dat sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling van alle kandidaten, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten en alleen bij gelijke geschiktheid voorrang wordt gegeven aan kandidaten uit de doelgroep;
- evenredigheid: het onderscheid dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. De voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand;
- kenbaarheid: bij de aanbidding van een betrekking moet duidelijk worden vermeld dat er sprake is van een voorkeursbeleid, en dat duidelijk wordt dat de

⁵²CGB-advies 2010-2: voorkeursbeleid van 17 maart 2010; dit advies is gebaseerd op de tot anno 2010 relevante oordelen. Het advies behandelt voorkeursbehandeling op basis van ‘ras’ of ‘etniciteit’, maar de CGB is stellig in haar opvatting dat deze voorkeursbehandeling op dezelfde wijze dient te worden beoordeeld als die ten behoeve van vrouwen. Zie daarover Oordeel 2008-81. (In zijn noot onder dit oordeel meent C.A. Groenendijk dat de voorkeursbehandeling ten behoeve van vrouwengeringer behoort te zijn dan die voor leden van etnische of raciale groepen.) Het HvJ heeft zich tot op heden uitsluitend uitgesproken over voorkeursbeleid op grond van ‘geslacht’ en nog niet op grond van ‘ras’.

⁵³Oordeel 2008-81.

⁵⁴De CGB verwijst hier naar de ‘vaste oordelenlijn’ in CGB 2 februari 2004, 2004-10, CGB 31 maart 2004, 2004-36 en CGB 6 april 2006, 2006-61.

- vacature openstaat voor alle kandidaten;⁵⁵
- maatregelen van voorkeursbeleid gericht op het bevorderen van gelijke kansen voor vrouwen bij toegang tot de arbeidsmarkt en tot een loopbaan, alsmede gericht op het verbeteren van hun concurrentiepositie op de arbeidsmarkt, kunnen minder streng worden getoetst. Dit zijn maatregelen die betrekking hebben op bijv. opleidingsplaatsen voor achterstandsgroepen.

Een tweetal kanttekeningen is hier op zijn plaats.

Als eerste valt op dat de CGB het toetsingskader van het VN-Vrouwenverdrag, dat minder strikte eisen stelt aan voorkeursbeleid dan het HvJ doet, geheel buiten beschouwing laat.⁵⁶

De redengeving daarvoor hebben wij niet kunnen vinden. Mogelijk is de overgang van Commissie Gelijke Behandeling naar College voor de *Rechten van de Mens* in september 2012 een mooie gelegenheid om vanaf dat moment ook het VN-Vrouwenverdrag de status te geven die haar rechtens toekomt om zodoende deze, naar onze mening onbegrijpelijke, omissie recht te zetten.⁵⁷

De tweede kanttekening betreft de juridische waardering die de CGB hecht, in dit advies en elders,⁵⁸ aan 'diversiteit.' Diversiteitsbeleid betreft een beleid dat gericht is op een zekere sociale afspiegeling van de personele samenstelling van een organisatie (of welk gremium dan ook). Het belangrijkste argument daarvoor is dat een zichtbare aanwezigheid, in ons geval van vrouwen, de toegankelijkheid ervan vergroot omdat de diversiteit *letterlijk* laat zien dat zij welkom zijn en dat zij dus niet (langer) worden gediscrimineerd. Andere argumenten zijn dat het vertrouwen in een organisatie erdoor toeneemt en dat de gedachtewisseling en besluitvorming door de aanwezigheid door diversiteit wordt verrijkt. De CGB stelde zich op standpunt dat diversiteit in veel gevallen weliswaar zeer gewenst is, maar dat daaraan geen zelfstandig argument kan worden ontleend voor voorkeursbehandeling.⁵⁹ Naar het oordeel van de CGB biedt slechts een aangetoonde 'achterstand' grondslag voor voorkeursbehandeling.⁶⁰

⁵⁵Vereist op grond van artikel 3, lid 2, WGB.

⁵⁶Ook art. 23, 2e zinsnede van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie blijft buiten beeld.

⁵⁷Tot dusverre zijn er wat dat betreft weinig hoopgevende tekenen, zie oordeel van 18 december 2012, 2012-195 waar voorbij werd gegaan aan de uitnodiging van verweerder om het VN-Vrouwenverdrag bij de oordeelsvorming te betrekken. A.M Veldman maakt een soortgelijke opmerking in haar noot bij dit oordeel, in: *Gelijke Behandeling 2012. Kronieken en Annotaties*, p. 294. Zij wijst naast art. 4 lid 1 van het VN-Vrouwenverdrag op de mogelijkheid zich te beroepen op art. 23, 2e zinsnede van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van de EU, luidend dat '[h]et beginsel van gelijkheid belet niet dat maatregelen gehandhaafd of genomen worden waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ten voordele van het ondervertegenwoordigde geslacht.' Die laatstgenoemde mogelijkheid lijkt ons echter weinig kans van slagen te hebben omdat overeenkomstig artikel 52, lid 2, van het Handvest deze alinea geen wijziging behelst van artikel 157, lid 4, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

⁵⁸Bijv. in oordeel 1998-105.

⁵⁹Zo oordeelde de CGB dat een de eis van representativiteit die door een gemeentelijke Kabelraad was gesteld - bij de selectie werd rekening gehouden met de verhouding man/vrouw, jong/oud, autochtoon/allochtoon - niet viel onder de wettelijk toegelaten uitzondering van voorkeursbehandeling: '(M)et de voorkeursbehandeling wordt een instrument beoogd om uitsluiting en de gevolgen van uitsluiting tegen te gaan en niet een instrument om los hiervan een evenwichtige samenstelling van een team te kunnen bereiken. (...) De werving waarbij de representativiteit van een adviesorgaan wordt

Met het voorgaande staat echter op gespannen voet de opvatting van de CGB, in dezelfde nota, dat:

‘het voorkeursbeleid dat [de betreffende organisatie] wil hanteren, in samenhang met het bredere diversiteitsbeleid, kan bijdragen aan de bestrijding van de structurele achterstand van [vrouwen]. Omdat het voorkeursbeleid wordt toegepast op ‘top functies’, kan redelijkerwijs worden verwacht dat de [vrouwen] die benoemd worden op deze posities als rolmodel gaan fungeren voor [vrouwen] allochtonen in lagere functies. Ook via die weg kan het beleid een meer structureel effect hebben.’⁶¹

Wij zijn van mening dat, indien ‘diversiteit’ met de daarbij behorende ‘rolmodellen’ een effectieve bijdrage kan leveren aan het terugdringen van een *structurele* achterstand van vrouwen – immers het doel van voorkeursbehandeling-⁶² diversiteitsmaatregelen een zelfstandige juridische basis voor voorkeursbehandeling kunnen vormen.⁶³

De volgende paragraaf IX. behandelt het meest recente oordeel van het CvdRM. Daaruit blijkt dat de hiervoor besproken opvattingen voor een deel bij de toepassing in een concreet geval zijn verlaten. Te bezien valt in hoeverre deze verruiming van de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling zal worden aangehouden.

gekoppeld aan bepaalde persoonskenmerken is in strijd met de gelijke behandelingsvoorschriften op gebied van onderscheid op grond van geslacht, ras en/of nationaliteit.’ (Oordeel 1998-105).

⁶⁰De CGB is echter niet helemaal consistent. In de uitspraak over de vraag of een griffier van een rechtbank tijdens een zitting een hoofddoek mag dragen oordeelde zij dat ‘het een feit van algemene bekendheid [is] dat men van overheidswege ernaar streeft de rechterlijke macht qua samenstelling zoveel mogelijk een afspiegeling van de samenleving te doen zijn’, (Oordeel 2001-53) r.o. 4. 11.

⁶¹*Supra* noot 38. *Argumenti causa* is hier telkens ‘(niet-westerse) allochtonen’ vervangen door [vrouwen].

⁶²*Nota voorkeursbehandeling*, Kamerstukken II 2004-2005, 28 770, no.11.

⁶³*Infra* IX; oordeel 2012-195 lijkt thans een opening te bieden.

IX. Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens inzake de voorkeursbehandeling van de TU Delft (2012)

Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens inzake de voorkeursbehandeling van 18 december 2012 de TU Delft verdient bijzondere aandacht omdat hierin een absolute vorm van voorkeursbehandeling werd toegelaten.⁶⁴ Daarmee vormt het een zekere breuk met zijn eigen oordelenlijn en de vaste lijn van Europese rechterlijke uitspraken die absolute voorkeursbehandeling bij de werving van personeel verbiedt.⁶⁵

In deze zaak had de TU Delft een Delft Technology Fellowship (DTF) in het leven geroepen waar uitsluitend gekwalificeerde vrouwen voor in aanmerking komen. In het oordeel wordt de functie van de DTF omschreven:

‘(...) Het DTF is een buitengewone, tijdelijke maatregel om meer (gender)diversiteit binnen de organisatie van verweerster te bewerkstelligen, omdat dit een belangrijke factor is voor het verrichten van innovatief wetenschappelijk onderzoek. Onder het DTF zijn tien vacatures voor uitsluitend vrouwen opengesteld voor een ‘tenure track positie.’ Een tenure track positie is een ontwikkelingstraject (track) van vijf jaar naar een eventuele aanstelling in vaste dienst (tenure). De selectiecriteria om voor een dergelijke positie in aanmerking te komen en de procedure die wordt gevolgd zijn hetzelfde als bij de reguliere selectie voor wetenschappelijk personeel. (...) Bijkomende eis onder het DTF is dat kandidaten vrouwen zijn die over specifieke leiderschapskwaliteiten beschikken zodat zij tevens als rolmodel kunnen fungeren.’⁶⁶

Het CvdRM toetst of deze vorm van voorkeursbehandeling valt onder de wettelijke uitzondering, waarbij zij eerst het doel en vervolgens aan de vier vaste voorwaarden

⁶⁴Oordeel 2012-195. Zie bijlage 2.

⁶⁵Met betrekking tot het onderscheid ‘etnische of culturele minderheid’ groepering heeft de CGB een enkele keer absolute voorkeursbehandeling toegestaan. In oordeel 1999-32 merkt de CGB op dat bij de toepassing van voorkeursbehandeling van etnische of culturele minderheden dezelfde principes moeten worden als in geval van geslacht, maar dat ‘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* (mijn curs.) 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.’ Daarom achtte de CGB in dit geval 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.

⁶⁶Punt 2.3.

voor voorkeursbehandeling toetst.⁶⁷ Het doel van de voorkeursbehandeling had de TU Delft als volgt geformuleerd:

1. het reduceren van achterstanden van vrouwen en het zetten van stappen in de richting van de gelijkheid van mannen en vrouwen in de praktijk door het aantal vrouwelijke excellente wetenschappers aan de TU Delft te verhogen;
2. de genderdiversiteit onder de wetenschappers te vergroten, hetgeen onder meer van belang is voor het onderwijs- en onderzoeksklimaat;
3. te voorzien in de thans in volstrekt onvoldoende mate aanwezige vrouwelijke rolmodellen voor wetenschappers en studenten om seksestereotyperingen en (on)bewuste discriminatie binnen de universiteit te bestrijden.’

Het College gaat niet in op het drievoudig doel maar stelt dat het ‘[hieruit] begrijpt dat verweerster met haar beleid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.’ Daardoor blijft in het midden welke zelfstandige juridische betekenis het College toekent aan de doelen van het verschaffen van ‘genderdiversiteit’ en ‘rolmodellen’. In het vervolg van het oordeel blijkt dat het ontbreken van deze elementen mede bepalend is geweest voor het vaststellen van een ‘structurele’ achterstand. Anders gezegd: het ontbreken van de nodige ‘diversiteit’ en ‘rolmodellen’ levert een actuele (perceptie) van achterstelling op. Gevoegd bij de kwantitatieve achterstand resulteert dit in ‘structurele’ achterstand.

Vervolgens komen de vaste toetsingscriteria aan de orde, te weten een aantoonbare achterstand, het zorgvuldigheidsvereiste, i.e. een objectieve beoordeling van alle kandidaten, het kenbaarheidsvereiste en het evenredigheidsvereiste.

Aantoonbare achterstand

De TU Delft heeft zich moeite noch geld getroost om een scherp en overtuigend beeld te schetsen van de ellendige situatie van vrouwelijke wetenschappers op haar universiteit.⁶⁸ Zij laat door middel van veel statistische gegevens zien dat er sprake is van een zeer ernstige achterstandssituatie van het vrouwelijk wetenschappelijk personeel, waaronder in het bijzonder de functies waar het DTF op ziet (UD, UHD, HL) vergeleken met het beschikbare aanbod. Bovendien is die achterstand de afgelopen vijf jaar nauwelijks is ingelopen. Het zijn, naar haar mening, vooral technische, in tegenstelling tot ‘gewone’, universiteiten die met dit euvel worden geconfronteerd.⁶⁹

⁶⁷In casu artikel 5, eerste lid, WGB.

⁶⁸Het is vraag in hoeverre van universiteiten redelijkerwijs kan worden gevraagd kan zich zelf zodanig te presenteren. Er zijn ook grenzen aan zelfkastijding! Bovendien maakt de universiteit zich hierdoor kwetsbaar voor claims op grond van discriminatie. Cf. de aanpak van Justice Blackmun in *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

⁶⁹De voornaamste studie waar naar het CvdRM verwijst betreft echter alle universiteiten in Nederland: Marieke van den Brink (2011), *Hoogleraarbenoemingen in Nederland (m/v). Mythen, feiten en aanbevelingen*.

Om dit te staven heeft de TU Delft hiernaar door externen wetenschappelijk onderzoek laten verrichten.⁷⁰

Het College concludeerde op grond van de voorgaande gegevens dat er sprake is van een ernstige achterstand van vrouwen aan de TU Delft in relatie tot het beschikbare aanbod.⁷¹

Kenbaarheidsvereiste

De TU Delft heeft het plan om een fellowship voor uitsluitend vrouwelijke topwetenschappers in te stellen in 2011 met alle relevante geledingen (Directie Human Resources, DEWIS (Delft Women in Science), de Raad van Hoogleraren, de groepsraad, het College van Bestuur en de Ondernemingsraad) besproken.⁷²

Op deze wijze voorzag de TU Delft zich van een breed draagvlak voor haar plan. Dat is nodig omdat een tijdelijke absolute voorkeursbehandeling hoe dan ook afwijkt van de gebruikelijke wervingsprocedure.

Zorgvuldigheidsvereiste

Het zorgvuldigheidsvereiste vereist een objectieve beoordeling van alle kandidaten. Daar kan bij een selectieprocedure die alleen openstaat voor vrouwen geen sprake van zijn. Dit was het centrale punt waarover verzoeker had geklaagd: Als man is hij op voorhand uitgesloten van de mogelijkheid tot solliciteren naar een DTF.

Het College stelt zich twee vragen: Is het überhaupt juridisch mogelijk een uitzondering op het zorgvuldigheidsbeginsel te maken? Zo ja, onder welke omstandigheden?

De eerste vraag wordt bevestigend beantwoord met behulp van drie argumenten.

Het *eerste* argument is de verwijzing naar een oordeel van de CGB uit 2008 waarin werd overwogen dat er situaties denkbaar zijn, waarin er onder zeer bijzondere omstandigheden wellicht aanleiding kan zijn om het zorgvuldigheidsvereiste niet onverkort toe te passen. Zo ook in het onderhavige geval: er moet sprake zijn van een zeer uitzonderlijke situatie wil een maatregel die enkel vrouwen ten voordeel strekt, ter verwezenlijking van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen, gerechtvaardigd

⁷⁰Van Engen e.a., *Structurele en culturele belemmeringen in de doorstroom van vrouwen naar hogere functies binnen de TU Delft 2010*. Dit onderzoek betrof twee van de acht faculteiten van de TU Delft. De onderzoeksters waren op de zitting van het CvdRM aanwezig om de nodige vragen te beantwoorden.

⁷¹3.18.

⁷²3.19 Aan het vereiste van vermelding dat de vacature voor iedereen open staat is niet voldaan, maar omdat het eindoordeel van het College is dat in het voorliggende geval van het zorgvuldigheidsvereiste mag worden afgeweken en dat aan het evenredigheidsvereiste is voldaan, is in dit geval het kenbaarheidsvereiste niet van toepassing (Overweging 3.35).

kunnen worden geacht.⁷³

Het *tweede* argument is de overweging van het College dat de leidinggevende arresten van het HvJ zijn geweest onder regelgeving die de *gelijke kansen* van mannen en vrouwen beoogden, terwijl huidige beslissingen over gelijke behandeling genomen worden onder regels met als doel 'het verzekeren van *volledige gelijkheid* tussen mannen en vrouwen in de praktijk.'⁷⁴

Het *derde* argument is dat het HvJ tot op heden nog niet op basis van deze nieuwe bewoordingen heeft geoordeeld en dus de handen nog vrij heeft.⁷⁵

Derhalve acht het College absolute voorkeursbehandeling niet op voorhand in strijd met de gelijkebehandelingwetgeving.

De tweede vraag richt zich op de feiten: Zijn deze dermate ernstig dat het uitsluiten van mannen van de tien posities in het kader van de DTF niet zodanig onzorgvuldig is dat het gemaakte onderscheid om die reden verboden is? Dit is de evenredigheidsstoets: Is de maatregel in dit specifieke geval evenredig aan het beoogde doel?

Evenredigheidsvereiste

De universiteit was zeer bereid het boetekleed aan te trekken. Immers, om tot een gunstige uitslag van de proportionaliteitstoets te komen is het van belang de situatie voor vrouwen aan de universiteit zo somber mogelijk voor te stellen. Zij stelde dat de ernstige en hardnekkige achterstand van vrouwelijke wetenschappers aan de TU Delft

⁷³3.25. Het precedent betreft CGB 7 juli 2008, 2008-81 dat handelde over absolute voorkeursbehandeling op grond van ras, maar het is vaste oordelenlijn van de Commissie dat voorkeursbeleid steeds zoveel mogelijk aan dezelfde criteria wordt getoetst, ongeacht de discriminatiegrond die in geding is. Overigens wees de CGB in 2011 in oordeel 2011-198 ook al op deze afwijkingmogelijkheid (overweging 25).

⁷⁴3.24 en 3.26. Hier wordt dus 'kansen' uit artikel 2, vierde lid, van 76/207/EEG (Tweede Richtlijn) geplaatst tegenover artikel 3 van de Richtlijn 2006/54/EG (Herschikkingsrichtlijn) waarin wordt verwezen naar maatregelen in de zin van artikel 141, vierde lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 157, vierde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, hierna: VWEU) dat spreekt over 'het verzekeren van *volledige gelijkheid* tussen mannen en vrouwen in de praktijk.'

⁷⁵Kritisch over deze redenering is A.M. Veldman in haar noot bij dit oordeel, in: *Gelijke Behandeling. Kronieken en Annotaties 2012*, p. 292-293. In tegenstelling tot Cremers-Hartman en Vegter die de redenering een 'goede vondst' van het College noemen en daarom vinden dat er alle reden is om het oordeel op ruime schaal bekendheid te geven (in: *Gelijke Behandeling. Kronieken en Annotaties 2012*, p.) vindt Veldman het eerder 'een (verbaasd) konijn uit een hoge hoed'. Overigens geeft Veldman zelf een reden waarom het CvDRM wel van een grotere toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling dan het HvJ kan uitgaan: 'Art. 157 lid 4 EG werd immers door de lidstaten ingevoerd in een directe reactie op de Kalanke-uitspraak. De destijds lopende onderhandelingen over het Verdrag van Amsterdam boden de gelegenheid een veel ruimer geformuleerde bepaling in te voeren. Met enige goede wil kan men stellen dat de mening van de Uniewetgever over de toelaatbaarheid van voorkeursmaatregelen daarom een andere is dan die van het Hof.' Dus toch een legitieme verruiming van het voorkeursbeleid? Neen, vindt Veldman: 'Desalniettemin blijft staan dat het HvJ EU de ultieme uitleg van de Unieverdragen toekomt en Nederland zich op basis van art. 4 lid 3 VEU hieraan dient te conformeren.' In zijn algemeenheid is die laatste stelling niet voor bestrijding vatbaar maar in het onderhavig geval valt er veel voor te zeggen dat de arresten van het HvJ thans moeten worden gezien in het licht van de ook door Veldman erkende nieuwe juridische werkelijkheid anno 2013.

verklaard moet worden door het bestaan van allerlei (on)bewuste en onzichtbare uitsluitingmechanismen. Uit onderzoek zou blijken dat de ondervertegenwoordiging wordt veroorzaakt doordat de selectiecriteria voor het verkrijgen van hogere functies, en de toepassing daarvan, in de praktijk alleen gunstig voor mannen uitpakken.⁷⁶ Vrouwen ondervinden – aldus de zich verwerende universiteit- aantoonbaar ernstige nadelen van de uit het arbeidsproces voortvloeiende attitudes, gedragspatronen en structuren. Thans is er de facto geen sprake van gelijke kansen bij de aanvang, noch tijdens de duur van de aanstelling. Profielen voor nieuwe leerstoelen bijvoorbeeld sluiten vooral aan bij mannen die al in het gebied werkzaam zijn; sollicitatiecommissies bestaan vooral uit mannen, omdat er zo weinig vrouwelijke wetenschappers beschikbaar zijn; kandidaten worden voornamelijk in bestaande overwegend mannelijke netwerken gezocht.

De TU Delft verwijst, zoals een jaar eerder de RUG dat had gedaan, naar het onderzoek van Marieke van den Brink (2011) *Hoogleraarbenoemingen in Nederland (m/v). Mythen, feiten en aanbevelingen*. De TU Delft onderschrijft de bevindingen van Van den Brink dat vrouwen de cultuur binnen universiteiten als zeer masculien ervaren. Vrouwelijke onderzoekers die wel een aanstelling hebben gekregen, stromen onevenredig weer uit. Zij ervaren door de vrouwonvriendelijke cultuur minder kansen dan mannen om wetenschappelijk daadwerkelijk tot ontplooiing te komen. De vrouwonvriendelijke cultuur heeft naar verweersters ervaring ook tot gevolg dat er over het algemeen weinig vrouwen solliciteren op aangeboden, overwegend ‘smalle’ vacatures. Ter illustratie van het effect van de DTF-maatregel wijst verweester erop dat op de opengestelde, ‘brede’ vacatures niet minder dan 129 vrouwelijke wetenschappers hebben gereageerd. Tenslotte wijst de universiteit op het onderzoek van Rosabeth Moss Kanter, *Men and Women of the Corporation* (1977) en het onderzoek van Marlies Ott, *Assepoesters en Kroonprinsen* (1985), waaruit blijkt dat wanneer vrouwen zich in een numerieke minderheidspositie bevinden, dit altijd negatieve gevolgen voor hen heeft.

Volgens de universiteit is er voor het vrouwelijk wetenschappelijk personeel sprake van een nauwelijks te doorbreken situatie van feitelijke segregatie. Het daadwerkelijk vergroten van het aantal vrouwelijke wetenschappers binnen de technische universiteit die tevens de functie van rolmodel hebben, is de enige manier om de hardnekkige achterstand van vrouwelijke wetenschappers binnen de universiteit te doorbreken. Het gaat echter om een beperkt aantal plaatsen, te weten tien op het totale aantal van circa 1000 HL-, UHD- en UD-functies binnen de TU Delft, waarbij geldt dat er niet zozeer minder tenure track plaatsen zijn voor mannen, als wel juist meer voor vrouwen.

Bovendien had de universiteit alle andere middelen beproefd om de problematiek te adresseren.

Het College is overtuigd en concludeert als volgt:

⁷⁶ Van Engen e.a. 2010, *Structurele en culturele belemmeringen in de doorstroom van vrouwen naar hogere functies binnen de TU Delft*.

‘Bij het College is een overtuigend beeld ontstaan van een zeer hardnekkig en structureel probleem. Dit probleem weerhoudt veel vrouwen ervan om überhaupt te solliciteren en leidt ertoe dat vrouwelijke wetenschappers aan de TU Delft grote moeilijkheden ondervinden gedurende het opstarten en tijdens het doorlopen van hun wetenschappelijke carrière. Het College neemt daarbij in aanmerking dat al een groot aantal maatregelen is genomen door verweerster om de achterstandspositie van vrouwelijke wetenschappers te adresseren, maar dat deze in te geringe mate het gewenste effect hebben gesorteerd. Ook acht het College het aannemelijk dat de maatregel slechts een gering negatief effect heeft op de kansen van mannen in hun wetenschappelijke carrière, terwijl het ‘multiplier effect’ van de maatregel voor vrouwen naar verwachting in verhouding groter zal zijn, mede gezien de inbedding van het programma om de aan te trekken vrouwelijke wetenschappers mede als rolmodel voor andere vrouwelijke studenten en wetenschappers te laten fungeren. Het College overweegt verder dat genoegzaam is komen vast te staan dat een dergelijk hardnekkige probleem, dat in overwegende mate cultureel van aard is, niet enkel met procedurele maatregelen kan worden doorbroken.’

Derhalve luidt het eindoordeel van het College dat de achterstandssituatie aan de TU Delft voor vrouwelijk wetenschappelijk personeel bijzonder ernstig en hardnekkig is en dat om die reden in dit specifieke geval de maatregel waarbij tien tenure track posities in het kader van DTF alleen voor vrouwen zijn opgesteld, in evenredige verhouding staat tot het beoogde doel en dus toelaatbaar kan worden geacht.

Enkele kanttekeningen naar aanleiding van het oordeel.

1. Onduidelijk blijft wat de juridische betekenis is van het ‘rolmodel’ als wezenlijke bestanddeel van het TDF. De TU Delft had in haar pleitnota gewezen op de noodzaak van de aanwezigheid van vrouwelijke rolmodellen om seksstereotypingen e.d. op de universiteit tegen te gaan. Zulke rolmodellen kunnen in de opvatting van de TU Delft uitsluitend door vrouwelijke wetenschappers worden vervuld. Het geslacht is in dit geval de bepalende factor bij de werving. Daarom werd een beroep gedaan op de wettelijke bepalingen die dat mogelijk lijken te maken:

‘Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van geslacht geldt niet in *gevallen waarin het geslacht bepalend is*.’⁷⁷

En:

‘De lidstaten kunnen ten aanzien van de toegang tot arbeid, inclusief de opleiding die daartoe leidt, bepalen dat een verschil in behandeling dat gebaseerd is op een kenmerk dat verband houdt met het geslacht, geen discriminatie vormt, *indien een dergelijk kenmerk wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt*, mits het doel

⁷⁷Art. 2(2)(a) van de AWGB.

daarvan legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is.’⁷⁸

Het College gaat helaas niet in op dit argument.

2. De vraag dient te worden gesteld of het onderscheid tussen de casus van de TU Delft en die van de Rijksuniversiteit Groningen (RUG) uit 2011 werkelijk zo groot was dat in dat laatste geval anders moest worden geoordeeld.⁷⁹ De RUG had voor zeventien vrouwelijke UHD’s een budget gereserveerd voor een persoonsgebonden bevordering tot hoogleraar. Het College merkte over de RUG-casus slechts op ‘dat in die zaak niet is gebleken dat de achterstand van vrouwen zodanig hardnekkig was dat het zorgvuldigheidsvereiste niet onverkort hoefde te worden toegepast’. Een herberekening van de kwantitatieve bewijsvoering zoals die door het CvDRM werd aanvaard in de TU Delft-zaak wijst echter uit dat op een aantal punten de achterstand van vrouwen aan de RUG groter was dan die in Delft.⁸⁰ Bovendien zijn de beweringen uit de wetenschappelijke literatuur over de positie van vrouwelijke hoogleraren en vrouwen in numerieke minderheidsposities die gedaan zijn in de TU Delft-zaak (en door het College aanvaard) ook van toepassing op de RUG-casus.

3. Waarom had de TU Delft succes en de RUG niet? Wij menen dat niet de feiten maar de presentatie van de feiten en de presentatie van het geldende recht de reden voor de tegengestelde beslissing is geweest.

Vaststaat dat door het verlies van de RUG bij de CGB de TU Delft zeer was gewaarschuwd. Daardoor heeft de TU Delft haar verweer tegen de discriminatieklacht grondig voorbereid en zorgvuldig gevoerd. Wij noemen de belangrijkste kenmerken van de procesvoering door de TU Delft:

1. Het voornaamste kenmerk is dat de leiding van de TU Delft zich daadwerkelijk committeerde, zeer zichtbaar was en over de noodzaak van het Fellowshipprogramma uitvoerig en transparant communiceerde. De rol van de top van een organisatie is altijd belangrijk, zo ook hier.⁸¹

⁷⁸ Art. 14, lid 2, Herschikkingsrichtlijn 2006.

⁷⁹ De casus van de RUG werd beslist in oordeel CGB, 15 december 2011, 2011-198. In de literatuur is dit oordeel kritisch besproken (bijv. door Cremers en Vegter, in: C. J. Forder (red.), *Oordelenbundel 2011*, p. 102-106) maar ook op de opiniepagina’s (bijv. Ben Sloot, Commissie Gelijke Behandeling zit ernaast, *Trouw* 12 januari 2012).

⁸⁰ Aldus de annotatie van A.G. Veldman bij oordeel 2012-195, Voorkeursbeleid en Unierechtelijke beperkingen: over het College, het konijn en de hoge hoed, in: *Gelijkebehandeling. Kronieken en annotaties*, p. 278. Cremers en Vegter, in: C. J. Forder (red.), *Oordelenbundel 2011*, p. 102-106 wijzen er op dat de CGB als uitgangspunt nam dat vrouwelijke UHD’s het gekwalificeerde aanbod vormen voor hoogleraarsfuncties. Dat achten zij niet juist omdat universitairdocenten (UD’s) tezamen met de UHD’s het gekwalificeerde aanbod voor hoogleraarsfuncties vormen. De UHD-functie kan een tussenstap zijn tussen een UD-functie en een hoogleraarsfunctie, maar hoeft dit zeker niet te zijn.’

⁸¹ De *zichtbare* betrokkenheid van de van de Rector van de TU Delft illustreert een centrale bevinding van het onderzoek van Tanya Timmers, *Op zoek naar ‘best practices’ Een onderzoek naar de effectiviteit van emancipatiebeleid in de periode 2000-2007 aan 14 Nederlandse universiteiten* (In van opdracht van: Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren (LNVH), September 2007, namelijk de grote rol die een Rector Magnificus of een collegevoorzitter een speelt in de aandacht die er in een universiteit is om de positie van vrouwelijk WP te verbeteren. (p. v). Zij constateert dat het omgekeerd ook geldt: ‘Met het vertrek van een aantal belangrijke bestuursleden die zich voor een verbetering van de positie van vrouwen inzetten, werd de aandacht voor een emancipatiebeleid minder’. (ib.) Aangezien aan het niet

2. Het hoofd HR vervulde mede door de stellingname van de rector een zeer actieve rol.
3. Er was op zorgvuldige wijze veel empirisch materiaal verzameld om het programma te rechtvaardigen.
4. Deze zorgvuldigheid betrof ook de voorbereiding van de verdediging tegen de discriminatieklacht.
5. De aanwezigheid van de rector bij de zitting, evenals het hoofd HR, juridische medewerkers, een hoogleraar -specialist op het gebied van voorkeursbehandeling-, getuigen in de persoon van een vrouwelijke hoogleraar en wetenschappelijke onderzoekers naar de positie van vrouwelijke wetenschappers TU Delft, wisten het College te doordringen van de gevoelde urgentie van het probleem.
6. Er werd externe juridische expertise in geroepen die de (impliciete) ontwikkelingen in het Europese recht voor het voetlicht bracht en die de juridisch relevante feiten van de TU Delft adequaat wist te presenteren.

Het CvB van de RUG heeft in 2012 verbaasd gereageerd op het negatieve oordeel van de CGB. Verbaasd, omdat het CvB zich blijkens uitlatingen voorafgaand aan het oordeel zich niet goed kon voorstellen dat ze onrechtmatig zou hebben gehandeld. Deze reactie is begrijpelijk, mede omdat het CvB al jarenlang voortrekker is in de bevordering van het percentage vrouwelijke hoogleraren door middel van het publiekelijk geprezen Rosalind Franklin Fellowships. Mogelijk heeft deze houding er toe bijgedragen dat zij de zaak onvoldoende sterk aan de CGB hebben gepresenteerd. De reactie van het CvB op de afkeuring was dat het niettemin de ingeslagen weg zou vervolgen, zij het niet openlijk. Zo blijkt uit de huidige advertentie⁸² voor Rosalind Franklin Fellowships dat deze, in afwijking van de voorgaande wervingscampagnes, open staan voor zowel mannelijke als vrouwelijke wetenschappers en officieel geen absolute voorkeursbehandeling kennen. Navraag leert dat de toevoeging m/v louter cosmetisch is en dat men uitsluitend vrouwen zal selecteren. Alleen wanneer zich een mannelijke kandidaat aandient, die uitzonderlijk gekwalificeerd is en bovendien 'moeilijk' zou doen over de bedekte voorkeursbehandeling, men die mannelijke wetenschapper zou toelaten.

Wij plaatsen kanttekeningen bij deze handelswijze:

1. Dergelijk handelen is niet alleen in strijd met de wet maar ook rechtspolitiek onverstandig. Door niet openlijk te verkondigen dat de zienswijze van de CGB niet strookt met de ernst en urgentie van het probleem, en dus met het rechtsgevoel, laat het CvB een gereede kans liggen om dat wèl uit te dragen.
2. Deze handelswijze ondergraaft de legitimiteit van niet alleen sterke vormen van voorkeursbehandeling maar ook van lichtere. In dit verband zij gewezen op de

uitvoeren van een beleidsmaatregel in geen enkele universiteit consequenties verbonden zijn, voor faculteiten om de positie van vrouwelijke wetenschappers te verbeteren niet groot. Vooral op centraal niveau wordt externe druk ervaren. Faculteiten worden hier niet direct mee geconfronteerd. Het creëren van bewustwording bij leidinggevenden van de noodzaak beleidsmaatregelen te voeren, lijkt noodzakelijk om vooruitgang in beleidsuitvoering te creëren. De RU is hierin geslaagd. (ib. p.69).

⁸²Website <http://www.rug.nl/fwn/organization/vacatures/vacatures/rff/> , laatstelijk op 14. 1. 2014 geraadpleegd.

bevindingen van het onderzoek van Timmers. Zij constateert dat ‘uit gesprekken met de verschillende respondenten van de universiteiten blijkt dat vrijwel geen enkele respondent overtuigd is van het nut van een voorkeursbeleid. De meeste hoofden P&O en beleidsmedewerkers staan zelfs negatief tegenover het toepassen van deze maatregel. (...) Daarom wordt volgens hen de beleidsmaatregel in de praktijk vrijwel nooit toegepast. Het geven van de voorkeur aan een vrouwelijke kandidaat bij gelijke geschiktheid blijkt dus wederom een beleidsmaatregel, waarvan de uitvoering afhankelijk is van de houding ten opzichte van de uitvoering hiervan van leidinggevenden of de benoemingsadviescommissie’.⁸³

⁸³Timmers (noot 82), p. 43.

X. Praktijken van absolute voorkeursbehandeling

Binnen de universitaire wereld bestaan allerlei programma's die zich uitsluitend richten op vrouwen, met als doelstelling het doen verminderen van de grote achterstand van vrouwen of het doen verbeteren van het onderzoek- en onderwijsklimaat door middel van diversiteit. Voorbeelden hiervan zijn:

- Aspasia.⁸⁴
- Het Rosalind Franklin Fellowship.⁸⁵
- Meervoud-programma van de Nederlandse organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek.⁸⁶
- De FOM/v-subsidies van FOM25.⁸⁷
- *Tenure track*-programma's voor alleen vrouwen om de doorstroom van vrouwen naar hogere posities te vergroten en te versnellen. De RUG en TU Eindhoven hebben in de vorm van pilotprojecten geëxperimenteerd met het invullen van een bepaald aantal *tenure track* plaatsen door alleen vrouwelijke wetenschappers. Deze vrouwen krijgen een tijdelijke aanstelling, maar volgen een bepaald traject waarin zij binnen een bepaalde tijd hoger op komen.
- Het invullen van persoonsgebonden leerstoelen door vrouwen. De VU is voorloper op het uitvoeren van deze beleidsmaatregel. De faculteit der Rechtsgeleerdheid van deze universiteit koos er in 2004 voor 7 hoogleraarposities in te laten vullen door 7 vrouwen, ieder voor één dag in de week. Wat betreft de inhoudelijke invulling van deze plaats was men relatief flexibel, waardoor het gemakkelijk was goede vrouwelijke kandidaten te vinden.
- Fenna Diemer Lindeboom-leerstoelen voor vrouwelijke hoogleraren(VU, sinds 2005).
- Het CvB van de VU heeft bovendien 4 bijzondere wisselleerstoelen ingesteld voor vrouwelijke hoogleraren. Voor een periode van 5 jaar zijn 4 vrouwen op de stoelen werkzaam, waarna deze worden vervangen door 4 andere vrouwen. Ook in dit geval dienen de faculteiten de financiering van de hoogleraraanstelling

⁸⁴Een subsidie voor vrouwelijke VIDI en VICI laureaten en subsidiabel bevonden aanvragers (<http://www.nwo.nl/aspasia>).

⁸⁵Het Rosalind Franklin Fellowship (RFF) is een programma van de RUG dat bestaat sedert 2003. Het biedt vrouwelijke toptalenten een tijdelijke vijfjarige aanstelling als Tenure Track UD. Het traject leidt bij succesvol optreden in vijf jaar naar een vaste aanstelling als adjunct-hoogleraar (UHD), gevolgd door een – wederom vijfjarige - periode die uitmondt in een benoeming als gewoon hoogleraar. Blijkens de website (http://www.vsnul.nl/personeel_best_pract_rug_rosalind_franklin.html), geraadpleegd op 13. 1. 2014, blijkt enerzijds, dat de RUG thans sekseneutraal werft, met voorkeurvoor vrouwen, maar, anderzijds dat zij uitsluitend vrouwen willen selecteren. Dit werd mondeling bevestigd door betrokkenen bij het selectieproces.

⁸⁶Een programma om de doorstroom van vrouwelijke postdocs in de bètawetenschappen naar UD posities te bevorderen (http://www.nwo.nl/nwohome.nsf/pages/NWOA_4XEJPH); dit programma is per 2013 afgeschaft.

⁸⁷Persoonsgebonden posities voor vrouwelijke postdoctorale onderzoekers van de Stichting voor Fundamenteel Onderzoek der Materie (FOM)(http://www.fom.nl/live/overfom/netwerken/FOMv_netwerk/artikel.pag?objectnumber=23204&referpa).

na 5 jaar over te nemen. Deze vrouwen wordt gevraagd als rolmodel op te treden in hun functie voor vrouwelijk WP op een lager niveau en voor vrouwelijke studenten.

- Vanaf 2012 worden jaarlijks twee Nederlandse beurzen van maximaal 25.000 euro toegekend aan vrouwelijke wetenschappers. Deze uitbreiding van het programma is tot stand gekomen i.s.m. het NIAS en de LNVH.⁸⁸
- Merianprijs KNAW.
- Distinguished Women Scientists Fund LNVH.

Bovenstaande voorbeelden tonen aan dat het in veel gevallen niet controversieel wordt geacht om beleid te voeren dat zich uitsluitend richt op vrouwelijke wetenschappers.

⁸⁸<http://www.unesco.nl/nieuws-agenda/nieuwsunesco/lancering-nederlandse-2018for-women-in-science2019-beurzen>.

Afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
BW	Burgerlijk Wetboek
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CvB	College van Bestuur
CvdRM	College voor de Rechten van de Mens
DEWIS	Delft Women in Science
DTF	Delft Technology Fellowship
ECR	European Court Reports
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EFTA	European Free Trade Association
EU	Europese Unie
FOM	Stichting voor Fundamenteel Onderzoek der Materie
HL	Hoogleraar
HR	Hoge Raad
HvJ	Europese Hof van Justitie
ICER	Interdepartementale Commissie Europees Recht
KNAW	Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen
LNVH	Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren
Ministerie van LNV	Ministerie van Landbouw, Nijverheid en Visserij
NIAS	Netherlands Institute for Advanced Study in the Humanities and Social Sciences
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NWO	Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
P&O	Personeel en Organisatie
RFF	Rosalind Franklin Fellowship
RUG	Rijksuniversiteit Groningen
RUN	Radboud Universiteit Nijmegen
TU Delft	Technische Universiteit Delft
UD	Universitair Docent
UHD	Universitair Hoofd Docent
VN	Verenigde Naties
VSNU	Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten
VU	Vrije Universiteit
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet SAMEN	Wet Stimulering Arbeidsdeelname Minderheden
WGB	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

**Algemene Aanbeveling nr. 25 betreffende artikel 4, lid 1, van het VN-
Vrouwenverdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie van
Vrouwen, over tijdelijke bijzondere maatregelen**

Inhoud

	<i>Lid</i>	<i>Pagina</i>
I. Inleiding.....	1-2	8
II. Achtergrond: onderwerp en doelstelling van het VN-Vrouwenverdrag.....	3-14	8
III. Betekenis en reikwijdte van tijdelijke bijzondere maatregelen in het Verdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen.....	15-24	10
A. Het verband tussen lid 1 en 2 van artikel 4.....	15-16	10
B. Terminologie.....	17	11
C. Hoofdpunten van artikel 4, lid 1.....	18-24	11
IV. Aanbevelingen aan Verdragsstaten.....	25-39	12

I. Inleiding

1. De Commissie voor de Uitbanning van Discriminatie van Vrouwen heeft tijdens zijn twintigste zitting (1999) besloten om op grond van artikel 21 van het VN-Vrouwenverdrag een Algemene Aanbeveling te doen over artikel 4, lid 1, van het Verdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen. Deze nieuwe Algemene Aanbeveling bouwt, onder andere, verder op eerdere Algemene Aanbevelingen, waaronder Algemene Aanbeveling nr. 5 (zevende zitting, 1988) inzake tijdelijke bijzondere maatregelen, nr. 8 (zevende zitting, 1988) inzake de tenuitvoerlegging van artikel 8 van het VN-Vrouwenverdrag, en nr. 23 (zestiende zitting, 1997) inzake vrouwen in het openbare leven, alsmede op verslagen van de Verdragsstaten en op de slotopmerkingen van de Commissie bij die verslagen.

2. Met de onderhavige Algemene Aanbeveling beoogt de Commissie de aard en betekenis van artikel 4, lid 1, te verduidelijken, teneinde de toepassing ervan te bevorderen en ervoor te zorgen dat de Verdragsstaten het artikel volledig toepassen bij de tenuitvoerlegging van het VN-Vrouwenverdrag. De Commissie moedigt de Verdragsstaten aan deze Algemene Aanbeveling te vertalen in nationale en plaatselijke talen en de aanbeveling ruim te verspreiden onder de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke machten, met inbegrip van hun administratieve structuren, alsmede in het maatschappelijke middenveld, waaronder de media, de academische wereld en mensenrechten- en vrouwenorganisaties en -instellingen.

II. Achtergrond: onderwerp en doelstelling van het VN-Vrouwenverdrag

3. Het VN-Vrouwenverdrag is een dynamisch instrument. Sinds het aannemen van het VN-Vrouwenverdrag in 1979 hebben de Commissie en andere nationale en internationale actoren op innovatieve wijze bijgedragen aan de verduidelijking en het begrip van de wezenlijke inhoud van de artikelen van het VN-Vrouwenverdrag, de specifieke aard van discriminatie van vrouwen en de instrumenten voor het bestrijden van dergelijke discriminatie.

4. De reikwijdte en betekenis van artikel 4, lid 1, moet worden vastgesteld in het licht van het onderwerp en de doelstelling van het VN-Vrouwenverdrag, namelijk het uitbannen van alle vormen van discriminatie van vrouwen om te bereiken dat vrouwen juridisch en feitelijk gelijk zijn aan mannen en dezelfde mensenrechten en fundamentele vrijheden genieten. De Verdragsstaten zijn wettelijk verplicht dit recht op non-discriminatie voor vrouwen te eerbiedigen, te beschermen, te bevorderen en toe te passen en te zorgen voor de ontwikkeling en voor verbetering van de positie van vrouwen, zodat zij zowel juridisch als feitelijk gelijk zijn aan mannen.

5. Het VN-Vrouwenverdrag gaat verder dan het in vele nationale en internationale wettelijke standaarden en normen gebruikte begrip discriminatie. Hoewel dergelijke standaarden en normen discriminatie op grond van geslacht verbieden en zowel mannen als vrouwen ertegen beschermen behandeld te worden op grond van willekeurige, oneerlijke en/of ongerechtvaardigde verschillen, richt het VN-Vrouwenverdrag zich specifiek op discriminatie van vrouwen, benadrukkend dat vrouwen nog altijd worden blootgesteld aan verschillende vormen van discriminatie omdat ze vrouw zijn.

6. Uit de gezamenlijke lezing van de artikelen 1 tot en met 5 en 24, die het algemene kader vormen voor de interpretatie van alle artikelen van het VN-Vrouwenverdrag, volgt dat op Verdragsstaten drie hoofdverplichtingen rusten bij hun inspanningen om de discriminatie van vrouwen uit te bannen. Deze verplichtingen moeten op integrale wijze ingevoerd worden en zijn niet beperkt tot een zuiver formele wettelijke verplichting om vrouwen en mannen gelijk te behandelen.

7. Ten eerste moeten Verdragsstaten ervoor zorgen dat vrouwen door hun wetgeving noch direct, noch indirect¹ worden gediscrimineerd en dat vrouwen zowel in de publieke als in de privésfeer door bevoegde rechtbanken, alsmede via sancties en andere rechtsmiddelen, worden beschermd tegen discriminatie door de overheid, de rechterlijke macht, organisaties, ondernemingen of

privépersonen. Ten tweede moeten Verdragsstaten zorgen voor verbetering van de feitelijke positie van vrouwen door middel van concrete en doeltreffende beleidslijnen en programma's. Ten derde moeten Verdragsstaten heersende genderverhoudingen² aanpakken, alsook hardnekkige, op gender gebaseerde stereotypen op grond waarvan vrouwen niet alleen worden benadeeld door individuele handelingen van personen, maar ook door wetgeving en gerechtelijke en maatschappelijke structuren en instellingen.

8. Een zuiver formele, wettelijke of programmatische aanpak is volgens de Commissie niet voldoende om tot feitelijke gelijkheid tussen vrouwen en mannen te komen – door de Commissie uitgelegd als werkelijke gelijkheid. Daarnaast eist het VN-Vrouwenverdrag dat vrouwen een gelijke start krijgen en dat ze in een stimulerende omgeving in staat worden gesteld gelijke resultaten te behalen. Het is niet voldoende te waarborgen dat vrouwen gelijk worden behandeld als mannen. In plaats daarvan moet er rekening worden gehouden met biologische, maatschappelijke en cultureel bepaalde verschillen tussen vrouwen en mannen. Onder bepaalde omstandigheden moeten vrouwen met het oog op deze verschillen anders worden behandeld dan mannen. Het streven naar werkelijke gelijkheid maakt bovendien een doeltreffende strategie noodzakelijk die gericht is op het aanpakken van ondervertegenwoordiging van vrouwen en een herverdeling van middelen en macht tussen mannen en vrouwen.

9. Gelijke resultaten zijn een logisch uitvloeisel van feitelijke of werkelijke gelijkheid. Deze resultaten kunnen kwantitatief en/of kwalitatief van aard zijn; dat wil zeggen dat vrouwen en mannen op verschillende gebieden in nagenoeg gelijke aantallen hun rechten genieten, hetzelfde inkomen hebben, gelijkheid genieten qua besluitvorming en politieke invloed en dat vrouwen gevrijwaard zijn van geweld.

10. De positie van vrouwen zal niet verbeteren wanneer de onderliggende oorzaken van discriminatie en de ongelijkheid van vrouwen niet doeltreffend worden aangepakt. Het leven van vrouwen en mannen moet in zijn context beschouwd worden, en er moeten maatregelen genomen worden voor een daadwerkelijke verandering van kansen, instellingen en systemen, zodat deze niet langer gebaseerd zijn op historisch bepaalde mannelijke machtsparadigma's en levenspatronen.

11. De permanente, biologisch bepaalde behoeften en ervaringen van vrouwen moeten los worden gezien van andere behoeften die mogelijk het gevolg zijn van discriminatie van vrouwen in het verleden en heden door individuele actoren, de dominante genderideologie of manifestaties van dergelijke discriminatie in maatschappelijke en culturele structuren en instellingen. Terwijl er maatregelen worden genomen om de discriminatie van vrouwen uit te bannen, kunnen behoeften van vrouwen veranderen of verdwijnen, of de behoeften worden van zowel vrouwen als mannen. Daarom moeten wetten, programma's en praktijken om tot feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te komen voortdurend tegen het licht worden gehouden, om te voorkomen dat maatregelen tegen ongelijke behandeling die niet langer noodzakelijk zijn van kracht blijven.

12. Bepaalde groepen vrouwen staan niet alleen bloot aan discriminatie omdat ze vrouw zijn, maar ook op grond van bijvoorbeeld ras, etnische of godsdienstige identiteit, handicap, leeftijd, klasse, kaste of andere factoren. Dergelijke vormen van discriminatie kunnen met name gericht zijn tegen deze groepen vrouwen, of in een andere mate dan wel op een andere manier dan tegen mannen. Verdragsstaten moeten mogelijk specifieke tijdelijke bijzondere maatregelen nemen om deze vormen van discriminatie van vrouwen en de extra negatieve impact op hen uit te bannen.

13. Behalve het Verdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen bevatten ook andere in het systeem van de Verenigde Naties aangenomen internationale mensenrechteninstrumenten en beleidsdocumenten bepalingen over tijdelijke bijzondere maatregelen om gelijkheid te bevorderen. Bij de beschrijving van dergelijke maatregelen wordt verschillende terminologie gebruikt, en ook de betekenis en uitleg die aan dergelijke maatregelen worden toegekend, verschillen. De Commissie spreekt de hoop uit dat de onderhavige Algemene Aanbeveling betreffende artikel 4, lid 1, zal bijdragen tot verduidelijking van de terminologie.³

14. Het VN-Vrouwenverdrag is gericht op discriminatoire dimensies van vroegere en huidige maatschappelijke en culturele contexten die verhinderen dat vrouwen mensenrechten en fundamentele vrijheden genieten. Het doel is de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, waaronder de uitbanning van de oorzaken en gevolgen van hun feitelijke of werkelijke ongelijkheid. Derhalve is het toepassen van tijdelijke bijzondere maatregelen in overeenstemming met het VN-Vrouwenverdrag geen uitzondering op de normen van non-discriminatie en gelijkheid, maar een van de manieren om tot feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te komen.

III. Betekenis en reikwijdte van tijdelijke bijzondere maatregelen in het Verdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen

Artikel 4, lid 1

De vaststelling door de verdragsluitende partijen van tijdelijke bijzondere maatregelen die de feitelijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen beogen te versnellen, wordt niet aangemerkt als discriminatie in de zin van het onderhavige VN-Vrouwenverdrag, doch deze maatregelen mogen in geen geval de instandhouding van ongelijke of afzonderlijke normen tot gevolg hebben; de maatregelen zullen worden ingetrokken zodra de doelstellingen van gelijke kansen en gelijke behandeling bereikt zijn.

Artikel 4, lid 2

De vaststelling door de verdragsluitende partijen van bijzondere maatregelen, met inbegrip van de in het VN-Vrouwenverdrag vervatte maatregelen die beogen het moederschap te beschermen, worden niet aangemerkt als discriminerend.

A. Het verband tussen lid 1 en 2 van artikel 4

15. Er is een duidelijk verschil tussen het doel van de “bijzondere maatregelen” op grond van artikel 4, lid 1, en die van lid 2. Artikel 4, lid 1, beoogt de positie van vrouwen versneld te verbeteren om tot feitelijke of werkelijke gelijkheid tussen vrouwen en mannen te komen, en de structurele, maatschappelijke en culturele veranderingen te bewerkstelligen die nodig zijn om vormen en gevolgen van discriminatie van vrouwen in het verleden en heden te corrigeren, alsook vrouwen daarvoor te compenseren. Deze maatregelen zijn van tijdelijke aard.

16. Artikel 4, lid 2, voorziet in de niet-gelijke behandeling van vrouwen en mannen vanwege hun biologische verschillen. Deze maatregelen zijn van permanente aard, althans tot de in artikel 11, lid 3, genoemde wetenschappelijke en technologische kennis herziening zou rechtvaardigen.

B. Terminologie

17. In de *travaux préparatoires* van het VN-Vrouwenverdrag worden verschillende termen gebruikt om de “tijdelijke bijzondere maatregelen” van artikel 4, lid 1, te beschrijven. De Commissie gebruikte in zijn eerdere Algemene Aanbevelingen eveneens verschillende termen. De Verdragsstaten stellen “bijzondere maatregelen” in de corrigerende, compenserende en bevorderende betekenis vaak gelijk met de termen “*affirmative action*”, “positieve actie”, “stimulerende maatregelen”, “omgekeerde discriminatie” en “positieve discriminatie”. Deze termen komen voort uit de debatten en de verschillende toepassingen in diverse nationale contexten.⁴ In de onderhavige Algemene Aanbeveling, en in overeenstemming met de toepassing daarvan bij de beoordeling van de verslagen van de Verdragsstaten, gebruikt de Commissie uitsluitend de term “tijdelijke bijzondere maatregelen”, zoals vereist op grond van artikel 4, lid 1.

C. Hoofdpunten van artikel 4, lid 1

18. Maatregelen die door de Verdragsstaten worden genomen op grond van artikel 4, lid 1, moeten ten doel hebben de gelijkwaardige deelname van vrouwen te versnellen op politiek, economisch, maatschappelijk, cultureel, civielrechtelijk of enig ander gebied. De Commissie ziet de toepassing van deze maatregelen niet als een uitzondering op de norm van non-discriminatie, maar eerder als een bevestiging dat tijdelijke bijzondere maatregelen deel uitmaken van een noodzakelijke strategie van de Verdragsstaten om te bereiken dat vrouwen feitelijk of werkelijk gelijk zijn aan mannen en dezelfde mensenrechten en fundamentele vrijheden genieten. Hoewel door de toepassing van tijdelijke bijzondere maatregelen de gevolgen van discriminatie die vrouwen in het verleden hebben ondervonden vaak verdwijnen, zijn de Verdragsstaten, ongeacht enig bewijs van discriminatie in het verleden, uit hoofde van het VN-Vrouwenverdrag verplicht de positie van vrouwen te verbeteren, zodat zij feitelijk of werkelijk gelijk zijn aan mannen. De Commissie is van oordeel dat Verdragsstaten en dergelijke maatregelen op grond van het VN-Vrouwenverdrag aannemen en ten uitvoer leggen, mannen daardoor niet discrimineren.

19. Verdragsstaten moeten duidelijk onderscheid maken tussen tijdelijke bijzondere maatregelen die op grond van artikel 4, lid 1, worden genomen om versneld een concreet doel van feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te bereiken, en andere algemene maatschappelijke beleidslijnen die worden aangenomen ter verbetering van de situatie van vrouwen en meisjes. Niet alle maatregelen die potentieel gunstig (zullen) zijn voor vrouwen zijn tijdelijke bijzondere maatregelen. Het bieden van algemene voorwaarden om de civielrechtelijke, politieke, economische, maatschappelijke en culturele rechten van vrouwen en meisjes te waarborgen, bedoeld om hun een waardig leven zonder discriminatie te garanderen, behoort niet tot tijdelijke bijzondere maatregelen.

20. Artikel 4, lid 1, vermeldt uitdrukkelijk de “tijdelijke” aard van dergelijke bijzondere maatregelen. Zulke maatregelen moeten daarom niet als permanent noodzakelijk worden beschouwd, ook al kan het woord “tijdelijk” in feite betekenen dat zulke maatregelen lange tijd worden toegepast. De duur van een tijdelijke bijzondere maatregel moet worden bepaald op grond van het resultaat ervan met betrekking tot een concreet probleem en niet op grond van een vooraf vastgestelde periode. Tijdelijke bijzondere maatregelen moeten ingetrokken worden wanneer de gewenste resultaten zijn bereikt en een tijdlang hebben voortgeduurd.

21. De term “bijzonder”, hoewel in overeenstemming met het mensenrechtendiscours, heeft eveneens zorgvuldige uitleg. Door het gebruik van de term worden vrouwen en andere groepen die gediscrimineerd worden vaak afgeschetst als zwak, kwetsbaar en behoefte hebbend aan extra of “bijzondere” maatregelen om in de samenleving te participeren of mee te dingen. De werkelijke betekenis van “bijzonder” in de formulering van artikel 4, lid 1, is echter dat de maatregelen bedoeld zijn om een specifiek doel te dienen.

22. De term “maatregelen” heeft betrekking op een breed scala wetgevende, uitvoerende, administratieve en andere regelgevende instrumenten, beleidslijnen en praktijken, zoals contact- of ondersteuningsprogramma's, alsmede toewijzing en/of verschuiving van middelen, voorkeursbehandelingen, doelgerichte aanwerving, indienstneming en promotie, numerieke doelstellingen in samenhang met tijdsbestekken, en quotastelsels. De keus voor een bepaalde “maatregel” is afhankelijk van de context waarin artikel 4, lid 1, wordt toegepast en van het specifieke doel dat daarmee bereikt moet worden.

23. Het nemen en ten uitvoer leggen van tijdelijke bijzondere maatregelen kan leiden tot een discussie over kwalificatie en geschiktheid van de groep of personen waarvoor die maatregelen bedoeld zijn, en een reden zijn om in geval van minder gekwalificeerd geachte vrouwen op het gebied van politiek, onderwijs en werkgelegenheid de voorkeur te geven aan mannen. Omdat tijdelijke bijzondere maatregelen ten doel hebben feitelijke of werkelijke gelijkheid te versnellen, moeten kwalificatie- en geschiktheidskwesties, met name wat werkgelegenheid betreft in de publieke en particuliere sector, zorgvuldig worden beoordeeld op gendervooroordelen aangezien ze normatief en cultureel bepaald zijn. Voor benoeming in dan wel selectie of verkiezing voor een openbaar of politiek ambt moeten mogelijk ook andere factoren dan kwalificatie en geschiktheid, waaronder de toepassing van de beginselen van democratische rechtvaardigheid en electorale keuze, een rol spelen.

24. Artikel 4, lid 1, gelezen in samenhang met de artikelen 1, 2, 3, 5 en 24, moet toepassing vinden in het kader van de artikelen 6 tot en met 16, waarin wordt gesteld dat Verdragsstaten “alle passende maatregelen moeten nemen”. Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat op Verdragsstaten de verplichting rust om in het kader van een van deze artikelen tijdelijke bijzondere maatregelen te nemen en ten uitvoer te leggen als zulke maatregelen aantoonbaar noodzakelijk en passend zijn om versneld het algemene doel, of een specifiek doel, van feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te bereiken.

IV. Aanbevelingen aan Verdragsstaten

25. De verslagen van Verdragsstaten moeten informatie bevatten over het al dan niet nemen van tijdelijke bijzondere maatregelen in overeenstemming met artikel 4, lid 1, van het VN-Vrouwenverdrag, en Verdragsstaten moeten bij voorkeur de term “tijdelijke bijzondere maatregelen” bezigen om verwarring te voorkomen.

26. Verdragsstaten moeten duidelijk onderscheid maken tussen tijdelijke bijzondere maatregelen om versneld een concreet doel van feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te bereiken, en andere algemene maatschappelijke beleidslijnen die worden aangenomen en ten uitvoer gelegd ter verbetering van de situatie van vrouwen en meisjes. Verdragsstaten moeten voor ogen houden dat niet alle maatregelen die potentieel gunstig (zullen) zijn voor vrouwen als tijdelijke bijzondere maatregelen aangemerkt kunnen worden.

27. Verdragsstaten moeten de context van de situatie van vrouwen in alle levenssferen analyseren, alsmede op het specifieke doelgebied, bij het toepassen van tijdelijke bijzondere maatregelen om versneld tot feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te komen. Ze moeten de potentiële impact van tijdelijke bijzondere maatregelen met betrekking tot een bepaalde doelstelling in hun nationale context beoordelen en die tijdelijke bijzondere maatregelen nemen die ze het meest geschikt achten om versneld tot feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen te komen.

28. Verdragsstaten moeten uitleggen waarom ze aan een bepaald soort maatregelen de voorkeur geven. De verantwoording van de toepassing van dergelijke maatregelen moet een beschrijving bevatten van de werkelijke levenssituatie van vrouwen, waaronder de omstandigheden en invloeden die hun leven en kansen bepalen – of die van een specifieke groep vrouwen die het slachtoffer zijn van verschillende vormen van discriminatie – en van wie de Verdragsstaat de positie versneld wenst te verbeteren door de toepassing van dergelijke tijdelijke bijzondere maatregelen. Tevens moet het verband tussen zulke maatregelen en algemene maatregelen en inspanningen ter verbetering van de positie van vrouwen worden toegelicht.

29. Verdragsstaten moeten voldoende uitleggen waarom ze het eventueel nalaten om tijdelijke bijzondere maatregelen te nemen. Zulke nalatigheid mag niet gerechtvaardigd worden door simpelweg machteloosheid aan te tonen, of door de inactiviteit te wijten aan heersende markt- of politieke krachten, zoals die welke inherent zijn aan de particuliere sector, particuliere organisaties of politieke partijen. Verdragsstaten worden erop gewezen dat artikel 2 van het VN-Vrouwenverdrag, dat in samenhang met alle andere artikelen gelezen moet worden, de Verdragsstaat verantwoordelijkheid oplegt voor het handelen van deze actoren.

30. Verdragsstaten kunnen op grond van verschillende artikelen rapporteren over tijdelijke bijzondere maatregelen. Krachtens artikel 2 worden Verdragsstaten verzocht te rapporteren over de rechtsgronden of andere grondslagen voor dergelijke maatregelen en over hun verantwoording van de keuze van een bepaalde aanpak. Voorts worden Verdragsstaten verzocht informatie te verschaffen over eventuele wetgeving betreffende tijdelijke bijzondere maatregelen en met name kenbaar te maken of dergelijke wetgeving voorziet in het bindende of vrijwillige karakter van zulke tijdelijke bijzondere maatregelen.

31. Verdragsstaten moeten in hun grondwet of in hun nationale wetgeving bepalingen opnemen die het mogelijk maakt om tijdelijke bijzondere maatregelen te nemen. De Commissie wijst de

Verdragsstaten erop dat wetgeving, zoals omvangrijke antidiscriminatiewetten, wetten inzake gelijke behandeling of uitvoeringsbepalingen inzake de gelijkheid van vrouwen, als leidraad kan dienen bij het soort tijdelijke bijzondere maatregelen die toegepast moeten worden om op bepaalde gebieden een gesteld doel, of gestelde doelen, te bereiken. Een dergelijke leidraad kan ook in specifieke wetgeving over werkgelegenheid of onderwijs zijn vervat. Relevante wetgeving over non-discriminatie en tijdelijke bijzondere maatregelen moet betrekking hebben op zowel overheidsactoren als op particuliere organisaties of ondernemingen.

32. De Commissie vestigt de aandacht van Verdragsstaten op het feit dat tijdelijke bijzondere maatregelen ook gebaseerd kunnen zijn op besluiten, beleidsdoelstellingen en/of administratieve richtlijnen die door nationale, regionale of lokale uitvoerende overheidsorganen zijn geformuleerd en aangenomen ten behoeve van de openbare werkgelegenheids- en onderwijssector. Dergelijke tijdelijke bijzondere maatregelen kunnen daarnaast betrekking hebben op het overheidsapparaat, de politieke sfeer en de particuliere onderwijs- en werkgelegenheidssector. Voorts vestigt de Commissie de aandacht van Verdragsstaten op het feit dat zulke maatregelen ook besproken kunnen worden door sociale partners van de openbare of particuliere werkgelegenheidssector of vrijwillig toegepast kunnen worden door overheids- of particuliere bedrijven, organisaties, instellingen en politieke partijen.

33. De Commissie herhaalt dat actieplannen voor tijdelijke bijzondere maatregelen ontworpen, toegepast en beoordeeld moeten worden in de specifieke nationale context en tegen de achtergrond van de specifieke aard van het probleem dat ermee moet worden opgelost. De Commissie beveelt aan dat Verdragsstaten in hun verslagen informatie opnemen over eventuele actieplannen die ten doel kunnen hebben vrouwen toegang te verschaffen tot bepaalde gebieden en hun ondervertegenwoordiging op dat gebied tegen te gaan, middelen en macht op bepaalde terreinen te herverdelen en/of institutionele verandering te bewerkstelligen om discriminatie in verleden of heden uit te bannen en versneld tot feitelijke gelijkheid te komen. In de verslagen moet ook worden aangegeven of in zulke actieplannen rekening wordt gehouden met mogelijke onbedoelde nadelige gevolgen van dergelijke maatregelen en wat ondernomen kan worden om vrouwen daartegen te beschermen. Voorts moeten Verdragsstaten in hun verslagen de resultaten van tijdelijke bijzondere maatregelen beschrijven en de oorzaken beoordelen van het eventuele falen daarvan.

34. Krachtens artikel 3 worden Verdragsstaten verzocht te rapporteren over de instelling(en) die verantwoordelijk is (zijn) voor het ontwerp, de tenuitvoerlegging, de controle, de beoordeling en de uitvoering van dergelijke tijdelijke bijzondere maatregelen. Die verantwoordelijkheid kan gegeven worden aan bestaande of geplande nationale instellingen, zoals ministeries voor vrouwenzaken, departementen voor vrouwenzaken op ministeries of presidentiële bureaus, ombudsmannen, rechtbanken of andere publieke of particuliere lichamen met de vereiste machtiging om specifieke programma's te ontwerpen, de tenuitvoerlegging ervan te controleren en de impact en uitkomsten ervan te beoordelen. De Commissie beveelt aan dat Verdragsstaten ervoor zorgen dat vrouwen in het algemeen, en benadeelde groepen vrouwen in het bijzonder, betrokken worden bij het ontwerp, de tenuitvoerlegging en de beoordeling van zulke programma's. Samenwerking en overleg met het maatschappelijke middenveld en non-gouvernementele organisaties die diverse groepen vrouwen vertegenwoordigen, wordt met name aanbevolen.

35. De Commissie herhaalt en vestigt de aandacht op Algemene Aanbeveling nr. 9 inzake statistische gegevens over de situatie van vrouwen en beveelt aan dat Verdragsstaten statistische, naar geslacht uitgesplitste gegevens verstrekken aan de hand waarvan vastgesteld kan worden welke vooruitgang is geboekt bij het verwezenlijken van feitelijke of werkelijke gelijkheid van vrouwen en in hoeverre tijdelijke bijzondere maatregelen doeltreffend zijn.

36. Verdragsstaten moeten rapporteren over het soort tijdelijke bijzondere maatregelen die op grond van het (de) relevante artikel(en) van het VN-Vrouwenverdrag op specifieke gebieden genomen zijn. Bij de verslaglegging op grond van het (de) respectieve artikel(en) moeten concrete doelstellingen worden genoemd, alsmede tijdsbestekken, de redenen waarom voor bepaalde maatregelen is gekozen, stappen om vrouwen in staat te stellen gebruik te maken van zulke maatregelen, en de instelling die verantwoordelijk is voor het controleren van tenuitvoerlegging en vooruitgang.

Verdragsstaten worden bovendien verzocht te beschrijven op hoeveel vrouwen een maatregel betrekking heeft, hoeveel vrouwen er gebruik van kunnen maken en op een bepaald terrein actief zijn dankzij een tijdelijke bijzondere maatregel, of de hoeveelheid middelen en macht die een maatregel binnen een bepaalde tijd over een bepaald aantal vrouwen beoogt te herverdelen.

37. De Commissie herhaalt zijn Algemene Aanbevelingen 5, 8 en 23 om tijdelijke bijzondere maatregelen toe te passen op het gebied van onderwijs, economie, politiek en werkgelegenheid, op het terrein van vrouwen die internationaal hun overheid vertegenwoordigen en participeren in de werkzaamheden van internationale organisaties, en op het gebied van het politieke en openbare leven. Verdragsstaten moeten, in hun nationale contexten, dergelijke inspanningen met name intensiveren met betrekking tot alle aspecten van onderwijs op alle niveaus en alle aspecten en niveaus van training, werkgelegenheid en vertegenwoordiging in het openbare en politieke leven. De Commissie roept in herinnering dat Verdragsstaten in alle gevallen, maar vooral met betrekking tot gezondheid, op elk gebied nauwkeurig onderscheid moeten maken tussen maatregelen van permanente aard en maatregelen van tijdelijke aard.

38. Verdragsstaten worden erop gewezen dat tijdelijke bijzondere maatregelen genomen moeten worden om versneld culturele praktijken en stereotype houdingen en gedrag te veranderen en uit te bannen als zij discriminerend of nadelig zijn voor vrouwen. Tijdelijke bijzondere maatregelen moeten ook ten uitvoer worden gelegd op het gebied van kredieten en leningen, sport, cultuur, recreatie en juridische voorlichting. Waar nodig moeten dergelijke maatregelen gericht zijn op vrouwen die het slachtoffer zijn van verschillende vormen van discriminatie, waaronder plattelandsvrouwen.

39. Hoewel de toepassing van tijdelijke bijzondere maatregelen wellicht niet mogelijk is op grond van alle artikelen van het VN-Vrouwenverdrag beveelt de Commissie aan dat aanneming ervan wordt overwogen in geval van problemen met betrekking tot versnelde verwezenlijking van gelijkwaardige participatie enerzijds en versnelde herverdeling van macht en middelen anderzijds, alsmede in gevallen waarin deze maatregelen gezien de omstandigheden aantoonbaar noodzakelijk en het meest geschikt zijn.

Noten

¹ Er kan sprake zijn van indirecte discriminatie van vrouwen wanneer wetten, beleidslijnen en programma's op ogenschijnlijk genderneutrale criteria stoelen die in werkelijkheid een nefaste impact hebben op vrouwen. Genderneutrale wetten, beleidslijnen en programma's kunnen onbedoeld leiden tot bestendiging van de gevolgen van discriminatie in het verleden. Ze kunnen onopzettelijk gebaseerd zijn op mannelijke levensbeschouwingen en als zodanig geen rekening houden met aspecten van de levensbeschouwingen van vrouwen, die kunnen verschillen van die van mannen. Deze verschillen kunnen het gevolg zijn van stereotype verwachtingen, houdingen en gedrag ten opzichte van vrouwen op basis van de biologische verschillen tussen man en vrouw. Ook kunnen ze het gevolg zijn van algemeen voorkomende onderdrukking van vrouwen door mannen.

² "Gender wordt gedefinieerd als de maatschappelijke betekenissen die aan biologische geslachtsverschillen worden toegekend. Het is een ideologische en culturele constructie die zich echter ook doet gelden in feitelijke praktijken en op zijn beurt weer van invloed is op de uitkomst van die praktijken. Het beïnvloedt de verdeling van middelen, welvaart, werk, besluitvorming, politieke macht en het uitoefenen van rechten binnen de familie en in het openbare leven. Ondanks verschillen tussen culturen en historie leiden genderverhoudingen als een algemeen kenmerk wereldwijd tot onevenwichtige machtsverhoudingen tussen mannen en vrouwen. Gender is dan ook een maatschappelijk gelaagd begrip dat in dit opzicht vergelijkbaar is met andere gelaagde begrippen, zoals ras, klasse, etniciteit, seksualiteit en leeftijd. Het draagt bij tot inzicht in de maatschappelijke constructie van genderidentiteit en de ongelijke machtsstructuur die ten grondslag ligt aan de verhoudingen tussen de seksen." 1999 World Survey on the Role of Women in Development, United Nations, New York, 1999, pagina ix.

³ Zie bijvoorbeeld het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Rassendiscriminatie, dat tijdelijke bijzondere maatregelen verplicht stelt. De praktijk van de controleorganen van de verdragen, waaronder de Commissie voor de Uitbanning van Rassendiscriminatie, de Commissie inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, en de Commissie voor de Rechten van de Mens, toont aan dat deze organen van oordeel zijn dat de toepassing van tijdelijke bijzondere maatregelen verplicht is om de doelstellingen van de respectieve verdragen te behalen. Onder de auspiciën van de Internationale Arbeidsorganisatie aangenomen verdragen en diverse documenten van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur voorzien eveneens expliciet of impliciet in dergelijke maatregelen. De Subcommissie Bevordering en Bescherming van de Mensenrechten heeft de kwestie in ogenschouw genomen en een speciale rapporteur benoemd om verslagen op te stellen die aan haar oordeel worden voorgelegd en op basis waarvan zij maatregelen neemt. De toepassing van

tijdelijke bijzondere maatregelen is in 1992 beoordeeld door de Commissie inzake de Positie van de Vrouw. In de slotdocumenten die zijn aangenomen door wereldconferenties van de Verenigde Naties voor vrouwen, waaronder het Platform voor Actie van de in 1995 gehouden Vierde Wereldconferentie voor Vrouwen en haar follow-uponderzoek van 2000, wordt positieve actie een hulpmiddel genoemd om tot feitelijke gelijkheid te komen. De toepassing van tijdelijke bijzondere maatregelen door de secretaris-generaal van de Verenigde Naties is een praktijkvoorbeeld op het gebied van vrouwenwerkgelegenheid, onder andere door middel van dienstinstructies met betrekking tot de aanwerving, promotie en plaatsing van vrouwen in het secretariaat. Deze maatregelen beogen een genderverdeling van 50/50 op alle niveaus, maar met name in de hogere echelons.

⁴ De term “affirmative action” wordt gebruikt in de Verenigde Staten van Amerika en in een aantal documenten van de Verenigde Naties, terwijl de “positieve actie” tegenwoordig wijdverbreid is in Europa en ook veelvuldig wordt gebruikt in een groot aantal VN-documenten. Toch wordt de term “positieve actie” ook in de internationale wetgeving betreffende de mensenrechten gebruikt in de betekenis “positieve actie van de staat” (de verplichting van een staat om actie te ondernemen tegenover de verplichting van een staat om af te zien van actie). Vandaar dat de term “positieve actie” dubbelzinnig is voor zover de betekenis ervan niet beperkt is tot tijdelijke bijzondere maatregelen in de zin van artikel 4, lid 1, van het VN-Vrouwenverdrag. De termen “omgekeerde discriminatie” en “positieve discriminatie” worden door een aantal commentatoren bekritiseerd als ongeschikt.

Oordeel 2012-195

Datum: 18 december 2012
Dossiernummer: 2012-0036

Oordeelin de zaak van

I. Akkerman
wonende te Lelystad, verzoeker

tegen

Technische Universiteit (TU) Delft
gevestigd te Delft, verweerster

1 Procesverloop

- 1.1** Bij verzoekschrift van 13 januari 2012, dat op 16 januari 2012 is ontvangen, heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens hem onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door hem als man uit te sluiten van de mogelijkheid tot solliciteren op één van de zogenoemde 'tenure track' posities onder het Delft Technology Fellowship.
- 1.2** Daarna zijn de volgende stukken gewisseld:
- aanvullend verzoekschrift van 29 februari 2012;
 - verzoekschrift van 26 maart 2012;
 - aanvullend verzoekschrift van 2 april 2012.
- 1.3** De Commissie heeft de zaak ter zitting behandeld op 17 april 2012. Verzoeker is met voorafgaande kennisgeving niet verschenen. Verweerster is verschenen, vertegenwoordigd door N. Jansen, directeur HR, die werd vergezeld door mr. P. Visser, HR legal, en J. Verweij, programmamanager HR. Als extern adviseur was namens verweerster aanwezig prof. mr. dr. B.P. Sloot, hoogleraar Metajuridica aan de Open Universiteit Nederland. De Commissie heeft het onderzoek vervolgens gesloten.
- 1.4** Bij brief van 12 juni 2012 heeft de Commissie het onderzoek heropend teneinde nader onderzoek te verrichten ten aanzien van het schriftelijke en mondelinge verweer. De Commissie heeft vervolgens vragen voorgelegd aan verweerster. Daarna zijn de volgende stukken gewisseld:
- reactie van verweerster van 27 juli 2012;
 - reactie van verweerster van 10 september 2012;
 - reactie van verzoeker van 10 september 2012.
- 1.5** Op 18 september 2012 is de zaak wederom ter zitting behandeld. Verzoeker is met voorafgaande kennisgeving niet verschenen. Verweerster werd vertegenwoordigd door prof. ir. K.Ch.A.M. Luyben, rector magnificus, N. Jansen, directeur HR, en mr. P. Visser, HR legal. Als informant waren namens verweerster aanwezig prof. dr. I.W.CE. Arends, hoogleraar aan de faculteit technische natuurwetenschappen en voorzitter van het netwerk Delft Women in Science (DEWIS), dr. I.L. Bleijenburg en dr. M.L. van Engen, onderzoekers en auteurs van het rapport *Structurele en culturele belemmeringen in de doorstroom van vrouwen naar hogere functies binnen de TU Delft* uit 2010. Tevens waren als informant aanwezig B.H. Heersma, voorzitter van de Ondernemingsraad (OR), mr. M.H. Koopman, secretaris OR, en drs. Ir. D. Hoeneveld, HR Commissie OR.
- 1.6** Op 1 oktober 2012 is de Wet College voor de Rechten van de Mens (WCRM) in werking getreden. Bij deze wet is het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) opgericht, dat de taken en bevoegdheden van de Commissie overneemt.

Artikel 37 WCRM bepaalt dat het College de behandeling voortzet van schriftelijke verzoeken om een oordeel die op 1 oktober 2012 nog niet zijn afgehandeld door de Commissie. Verder bepaalt artikel 35 WCRM dat de benoemingen van de (plaatsvervangende) leden van de Commissie per 1 oktober 2012 van rechtswege gewijzigd zijn in benoeming tot (plaatsvervangend) lid van het College. Omdat het onderhavige verzoek om een oordeel op 1 oktober 2012 nog niet was afgehandeld door de Commissie, is vanaf die datum dan ook het College bevoegd de behandeling ervan voort te zetten.

2 Feiten

- 2.1 Verzoeker heeft een studie afgerond aan de TU Delft en is op zoek naar een tenure track positie. Verzoeker komt niet in aanmerking voor een tenure track positie onder het in 2.3 genoemde DTF omdat hij een man is.
- 2.2 Verweerster is een openbare technische universiteit, die het aandeelvrouwelijke wetenschappers in haar wetenschappelijke staf wil vergroten.
- 2.3 Om de achterstand van vrouwen onder het wetenschappelijk personeel binnen verweerster te verminderen heeft verweerster onder meer het Delft Technology Fellowship (DTF) in het leven geroepen. Het DTF is een buitengewone, tijdelijke maatregel om meer (gender)diversiteit binnen de organisatie van verweerster te bewerkstelligen, omdat dit een belangrijke factor is voor het verrichten van innovatief wetenschappelijk onderzoek. Onder het DTF zijn tien vacatures voor uitsluitend vrouwen opengesteld voor een tenure track positie. Een tenure track positie is een ontwikkelingstraject (track) van vijf jaar naar een eventuele aanstelling in vaste dienst (tenure). De selectiecriteria om voor een dergelijke positie in aanmerking te komen en de procedure die wordt gevolgd zijn hetzelfde als bij de reguliere selectie voor wetenschappelijk personeel. Deze selectiecriteria zijn: gepromoveerd zijn, beschikken over postdoctorale ervaring en voldoen aan de algemene Werkgroep Performance (WP) criteria van verweerster om te bepalen of iemand als Universitair Docent (UD), Universitair Hoofddocent (UHD) of Hoogleraar (HL) kan worden aangesteld. De reguliere selectiecriteria zijn gelijk voor mannen en vrouwen. Bijkomende eis onder het DTF is dat kandidaten vrouwen zijn die over specifieke leiderschapskwaliteiten beschikken zodat zij tevens als rolmodel kunnen fungeren. Kandidaten voor het DTF schrijven een eigen onderzoeksvoorstel en geven aan bij welke faculteit ze zouden willen werken en in welke functie (UD, UHD of HL). Zo krijgen de functies een breder geformuleerde insteek, waardoor ook meer raakvlakken met andere vakgebieden ontstaan. Facultaire selectiecommissies onder leiding van decanen selecteren de kandidaten voor één of meer gesprekken. In een volgende ronde worden succesvolle kandidaten voorgedragen aan een centrale selectiecommissie onder leiding van de rector magnificus. Vervolgens worden tien fellows voorgedragen aan het College van Bestuur.

- 2.4 Eind 2011 en begin 2012 heeft de eerste werving en selectie van vrouwelijke wetenschappers in het kader van het DTF plaatsgehad. Dat de tenure track posities onder het DTF alleen voor vrouwen toegankelijk zijn, is vermeld op de website van het DTF en in de uitgezette advertenties (o.a. in bladen als Science, Nature en IEEE Spectrum). In het voorjaar van 2012 heeft verweerster twaalf vrouwelijke wetenschappers aangesteld onder het DTF.

3 Beoordeling van het verzoek

- 3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster door het openstellen van tien vacatures voor uitsluitend vrouwen jegens verzoeker (verboden) onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de werving en selectie.

Wettelijk kader

- 3.2 Op grond van artikel 3, eerste lid, in samenhang met artikel 1b van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) mag het bevoegd gezag in de openbare dienst geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij het aanbieden van een betrekking of bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking (werving en selectie).
- 3.3 Van direct onderscheid is sprake indien een persoon op grond van geslacht op een andere wijze wordt, is of zou worden behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie.
- 3.4 Artikel 5, eerste lid, WGB bepaalt dat van het verbod van onderscheid mag worden afgeweken als het gemaakte onderscheid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel.

Onderscheid op grond van geslacht?

- 3.5 Het College stelt vast dat verweerster jegens verzoeker direct onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, door hem als man op voorhand uit te sluiten van de bedoelde tenure track posities onder het DTF. Dit is als zodanig ook niet door verweerster betwist. Verweerster handelt derhalve in strijd met artikel 3, eerste lid, WGB. Dit is verboden, tenzij een wettelijke uitzondering van toepassing is.
- 3.6 Verweerster heeft aangevoerd dat hij een actief voorkeursbeleid ten behoeve van vrouwen heeft gevoerd bij de werving en selectie voor de tenure track posities onder het DTF en doet een beroep op de wettelijke uitzondering van artikel 5, eerste lid, WGB.

Wettelijke uitzondering van toepassing?

- 3.7 Het College zal beoordelen of verweerster voldoet aan de voorwaarden die volgens de wet en de jurisprudentie worden gesteld aan het voeren van voorkeursbeleid als uitzondering op het verbod van onderscheid. Het College zal eerst beoordelen of verweerster beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen, als bedoeld in artikel 5, eerste lid, WGB. Daartoe kijkt het College naar het doel van het beleid van verweerster.

Doel

- 3.8 Verweerster omschrijft het doel van het door hem gevoerde voorkeursbeleid als volgt.
1. het reduceren van achterstanden van vrouwen en het zetten van stappen in de richting van de gelijkheid van mannen en vrouwen in de praktijk door het aantal vrouwelijke excellente wetenschappers aan de TU Delft te verhogen;
 2. de genderdiversiteit onder de wetenschappers te vergroten, hetgeen onder meer van belang is voor het onderwijs- en onderzoeksklimaat;
 3. te voorzien in de thans in volstrekt onvoldoende mate aanwezige vrouwelijke rolmodellen voor wetenschappers en studenten om seksstereotypingen en (on)bewuste discriminatie binnen de universiteit te bestrijden.
- 3.9 Het College begrijpt hieruit dat verweerster met haar beleid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen. Dit is conform het bepaalde in artikel 5, eerste lid, WGB. Het College zal hierna toetsen of is voldaan aan de overige vereisten om aan het vastgestelde onderscheid het verboden karakter te kunnen ontnemen.

Voorwaarden

- 3.10 Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), heeft in een reeks arresten, waaronder de zaken HvJEG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, NJ 1996, 507 (*Kalanke*), HvJEG 11 november 1997, zaak C-409/95, NJ 1998, 808 (*Marschall*), HvJEG 28 maart 2000, zaak C-158/97, NJ 2000, 532 (*Badeck*) en HvJEG 6 juli 2000, zaak C-407/98, NJ 2001, 28 (*Abrahamsson en Anderson*), strikte voorwaarden geformuleerd waaraan voorkeursbeleid voor vrouwen bij de toegang tot specifieke functies moet voldoen. Het HvJEU heeft bepaald dat de voorkeursbepaling in artikel 2, vierde lid, van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (PbEG 1976, L-39) nationale maatregelen toestaat 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. In deze arresten bepaalt het Hof echter dat absolute en onvoorwaardelijke voorrang voor vrouwen uitsluitend op grond van hun sekse bij werving en selectie ontoelaatbaar is.

- 3.11 Op grond van de jurisprudentie van het HvJEU, gevoegd bij de wettelijke eisen gesteld in artikel 5, eerste lid, WGB, dient voorkeursbeleid voor vrouwen bij de toegang tot de arbeid, waaronder promotie, behalve aan het bovengenoemde doelvereiste, ook aan de volgende criteria te voldoen:
- De eis van aantoonbare achterstand. De aantoonbare achterstand moet gerelateerd worden aan het beschikbare aanbod.
 - Het zorgvuldigheidsvereiste. Er dient een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaats te vinden, waarbij rekening wordt gehouden met de mate waarin ieder van de kandidaten aan de functie-eisen voldoet. Benoeming van een kandidaat uit de voorkeursgroep kan alleen plaatsvinden bij gelijke geschiktheid van die kandidaat.
 - Het kenbaarheidsvereiste. Bij de aanbidding van de functie moet duidelijk worden vermeld dat verweerster een voorkeursbeleid voert en dat de vacature voor iedereen open staat.
 - Het evenredigheidsvereiste. Het onderscheid dat wordt gemaakt met de maatregel dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. Dit houdt in dat de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.

De eis van aantoonbare achterstand

- 3.12 Verweerster heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een zeer ernstige achterstandssituatie van vrouwelijk wetenschappelijk personeel, waaronder in het bijzonder de functies waar het DTF op ziet (UD, UHD, HL), bij verweerster. Verweerster heeft daartoe desgevraagd de volgende gegevens overgelegd. Verweerster verwijst in de eerste plaats naar het overzicht van streef- en realisatiewaarden van vrouwelijk wetenschappelijk personeel. Daaruit blijkt dat er sprake is van een forse achterstand van vrouwen en dat deze in de afgelopen vijf jaar nauwelijks is ingelopen, aldus verweerster.

Streef- en realisatiewaarden vrouwelijk wp, zoals op 23-6-2009 vastgesteld door het College van Bestuur

TU DELFT	REALISATIE						DOELEN	
	2006	2007	2008	2009	2010	1-6-12	2012	2014
Percentages aantallen vrouwen in dienst (aantal)								
HL	5% (13)	7%	6%	8%	9%	9% (24)	10%	12%
UHD	7% (18)	7%	7%	8%	8%	9% (24)	15%	20%
UD	21% (78)	21%	21%	23%	23%	24% (116)	30%	35%
OVWP"	22% (211)	22%	24%	22%	22%	26% (203)	30%	35%
PROM"*	26% (254)	26%	26%	29%	28%	29% (283)	35%	40%

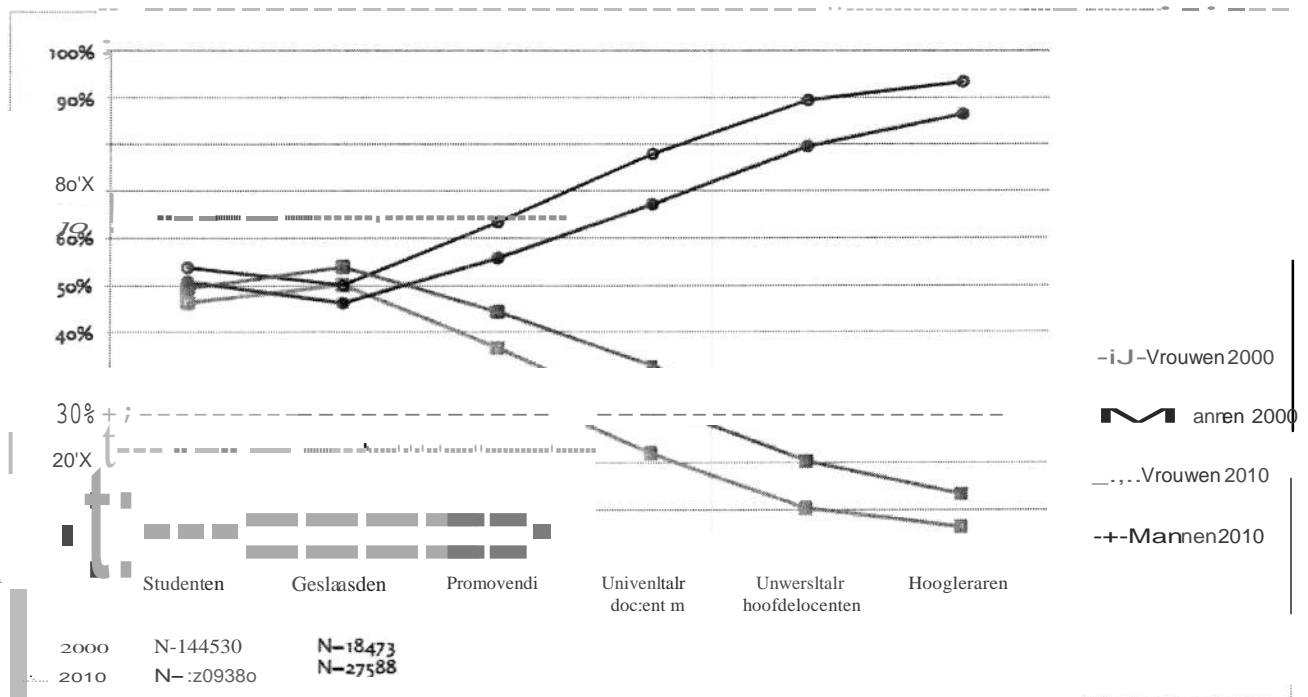
Peildatum: 31-12 (conform de rapportages richting het Charter Talent naar de Top)

Leeswijzer: Op 1-6-2012 waren er in aantal 24 vrouwelijke hoogleraren bij de TU Delft in dienst, dit is 9% van het totaal aantal hoogleraren in dienst (n=257).

- Overig wetenschappelijk personeel
- Promovendi

3.13 Hoe groot het internationale aanbod aan geschikte vrouwelijke UD-en, UHD-en en HL-en precies is, is volgens verweerster lastig exact vast te stellen. Er zijn namelijk geen gegevens beschikbaar over de omvang (en kwaliteit) van de vrouwelijke studenten en stafpopulatie van de circa 20.000 universiteiten die wereldwijd bestaan. Wel blijkt uit de werving voor het DTF dat het aanbod buiten Nederland veelgroter is. Van de 129 sollicitaties die geschikt waren om voor te leggen aan de Facultaire Selectiecommissies, waren er 108 van vrouwen die niet over de Nederlandse nationaliteit beschikten. 73% van de sollicitanten die in Nederland woonachtig zijn heeft niet de Nederlandse nationaliteit. Ook blijkt uit een door verweerster overgelegd onderzoek van de Europese Commissie, She Figures 2009, dat Nederland in Europees opzicht behoort tot de landen met het laagste aandeel vrouwelijke UD-en, UHD-en en HL-en.

3.14 Wat volgens verweerster wel duidelijk gemaakt kan worden, is dat het aandeel vrouwelijke wetenschappers aan Nederlandse universiteiten in het algemeen achterloopt op het beschikbare aanbod. In de onderstaande door verweerster aangedragen grafiek is de man-vrouwverdeling in de wetenschap weergegeven bij ingeschreven studenten en geslaagden in personen en bij promovendi, UD-en, UHD-en en HL-en in fte, ultimo 2000 en 2010. Uit deze grafiek komt duidelijk naar voren dat veel minder vrouwen doorstromen naar hogere wetenschappelijke functies dan mannen, aldus verweerster.



Bron: Website Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren (2-12-2011)

- 3.15** Voorts stelt verweerster dat uit het rapport van de Europese Commissie, *She figures 2009*, blijkt dat de ondervertegenwoordiging van vrouwen in wetenschappelijke functies ~~alle~~ Nederlandse universiteiten, alsook de overheid en het bedrijfsleven parten speelt, maar dat dit probleem het grootst is aan de technische universiteiten. Ook laten cijfers zien dat minder vrouwen wetenschappelijke functies als UD/UHD/HL bekleden dan er vrouwelijke promovendi en postdocs zijn. Verweerster verwijst daarvoor onder meer naar 'Emancipatiebeleid voor Universiteiten', uitgegeven door het Landelijk netwerk vrouwelijke hoogleraren en de 'Monitor Vrouwelijke Hoogleraren' van de Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten.
- 3.16** Verweerster verwijst ook naar een onderzoek hierover van VanEngen e.a. uit 2010, uitgevoerd bij twee van de acht faculteiten aan de TU Delft (*Structurele en culturele belemmeringen in de doorstroom van vrouwen naar hogere functies binnen de TU Delft*). Het percentage vrouwelijke HL en UHD aan de TU Delft blijft sterk achter bij het aanbod aan vrouwelijke UD, Overig Wetenschappelijk Personeel (OVWP) en Promovendi (PROM) (in 2012 9%/9% om 24%/26%/29%). Het aandeel vrouwelijke UD en PROM blijft eveneens sterk achter bij het aanbod aan vrouwen in de masteropleidingen. In de periode 2006-2010 varieert het percentage vrouwelijke UD-en en PROM tussen de 21-29% en de instroom aan vrouwelijke studenten in de masters tussen de 37-48%.
- 3.17** Verzoeker heeft, hoeweldaar toe in de gelegenheid gesteld, niet op deze stellingen van verweerster gereageerd.
- 3.18** Het College is op grond van de voorgaande gegevens van oordeel dat verweerster genoegzaam heeft aangetoond dat sprake is van een ernstige achterstand van vrouwen aan de TU Delft in relatie tot het beschikbare aanbod. Ook blijkt daaruit dat de achterstand van vrouwen groter wordt naarmate het gaat om een hogere wetenschappelijke positie.
- Kenbaarheidsvereiste*
- 3.19** Verweerster heeft het plan om een fellowship voor vrouwelijke topwetenschappers in te stellen in 2011 eerst als concept met alle relevante geledingen binnen verweerster (Management Team van de Directie Human Resources, kerngroep van DEWIS (Delft Women in Science en de Raad van Hoogleraren) besproken. Vervolgens is het als voorstel met de groepsraad, het College van Bestuur (CvB) en de Ondernemingsraad besproken. Dat het DTF alleen voor vrouwen toegankelijk is, is volgens verweerster duidelijk vermeld op de website van het DTF en in de in 2011 uitgezette advertenties (o.a. in Science, Nature en IEEE Spectrum).
- 3.20** Het kenbaarheidsvereiste houdt in dat bij de aanbesteding van de functie duidelijk moet worden vermeld dat verweerster een voorkeursbeleid voert en dat de vacature voor iedereen open staat (zie overweging 3.11).

- 3.21** Het College concludeert op basis van het voorgaande dat verweerster duidelijk heeft vermeld dat alleen vrouwen voor een tenure track positie onder het DTF in aanmerking komen. Aan het vereiste van vermelding dat de vacature voor iedereen openstaat is dan ook niet voldaan. In overweging 3.35 gaat het College hierop in.

Zorgvuldigheidsvereiste

- 3.22** Verzoeker heeft aangevoerd dat niet is voldaan aan het in overweging 3.11 genoemde zorgvuldigheidsvereiste, omdat hij als man op voorhand is uitgesloten van de mogelijkheid tot solliciteren op één van de tenure track posities onder het DTF. Verzoeker verwijst naar een oordeel van de Commissie (CGB 15 december 2011, 2011-198), waarin een soortgelijke zaak aan de orde was. De Commissie oordeelde toen dat sprake was van strijd met het zorgvuldigheidsvereiste omdat mannelijke UHD-en op voorhand werden uitgesloten van de mogelijkheid te solliciteren naar een positie als hoogleraar binnen een speciaalprogramma, dat erop gericht was meer vrouwelijke hoogleraren benoemd te krijgen.
- 3.23** Het College overweegt in de eerste plaats dat in de jurisprudentie van het HvJEU een strikt toetsingskader is ontwikkeld met betrekking tot voorkeursmaatregelen voor vrouwen (zie overwegingen 3.10 en 3.11). Zo heeft het HvJEU in de genoemde arresten bepaald dat voorkeursmaatregelen die inhouden dat mannen absoluut en onvoorwaardelijk zijn uitgesloten van een sollicitatieprocedure niet evenredig zijn aan het daarmee te dienen doel. In de voorliggende zaak rijst de vraag of een dergelijke maatregel onder bijzondere omstandigheden niet toch gerechtvaardigd kan zijn.
- 3.24** Het College neemt daarbij in overweging dat de eerdergenoemde arresten zijn geweest onder de toen geldende Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, hierna: Tweede Richtlijn. In deze arresten is getoetst aan artikel 2, vierde lid, van de Tweede Richtlijn. Deze bepaling geeft de lidstaten de mogelijkheid maatregelen te nemen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen *gelijke kansen* krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen bij onder andere de toegang tot het arbeidsproces. Inmiddels is de Tweede Richtlijn opgegaan in Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, hierna: Herschikkingsrichtlijn. In artikel 3 van de Herschikkingsrichtlijn wordt verwezen naar maatregelen in de zin van artikel 141, vierde lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, thans artikel 157, vierde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, hierna: VWEU. In dat artikel wordt gesproken van het verzekeren van *volledige gelijkheid* tussen mannen en vrouwen in de praktijk.

- 3.25** Voor de beantwoording van de vraag zoals verwoord in 3.23, verwijst het College naar een eerder oordeel van de Commissie (CGB 7 juli 2008, 2008-81). Hierbij is niet van belang dat oordeel 2008-81 ging over voorkeursbeleid met betrekking tot de grondras. Het is vaste oordelingslijn van de Commissie dat voorkeursbeleid steeds zoveel mogelijk aan dezelfde criteria wordt getoetst, ongeacht de discriminatiegrond die in geding is. De Commissie heeft in deze zaak uit 2008 kort gezegd overwogen dat er situaties denkbaar zijn, waarin er onder zeer bijzondere omstandigheden wellicht aanleiding kan zijn om het zorgvuldigheidsvereiste niet onverkort toe te passen (zie CGB 7 juli 2008, 2008-81, overweging 3.21). Het College overweegt naar aanleiding daarvan dat sprake moet zijn van een zeer uitzonderlijke situatie waarin een maatregel die enkel vrouwen ten voordeel strekt, ter verwezenlijking van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen, gerechtvaardigd kunnen worden geacht. De vraag of in het onderhavige geval sprake is van een dergelijke situatie moet worden beoordeeld in het kader van het evenredigheidsvereiste.
- 3.26** Het College overweegt tevens dat waar het HvJEU moest oordelen binnen de kaders van het *bevorderen van gelijke kansen*, het College thans moet oordelen binnen de kaders van de Herschikkingsrichtlijn waarin het *verzekeren van volledige gelijkheid* centraal staat. Het College overweegt verder dat de uitzondering van artikel 5, eerste lid, WGB kan worden begrepen als een 'maatregel van een lidstaat' als bedoeld in de Herschikkingsrichtlijn uit 2006 en het VWEU. Het voorgaande in samenhang beziend, alsmede gelet op het feit dat het HvJEU tot op heden nog niet op basis van deze nieuwe bewoordingen heeft geoordeeld, ziet het College ruimte om naar analogie van CGB 7 juli 2008, 2008-81 en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel onder uitzonderlijke omstandigheden maatregelen zoals in het onderhavige geval voorliggen, niet op voorhand in strijd met de gelijkebehandelingwetgeving te achten indien deze maatregelen noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen.
- Het College kent hierbij waarde toe aan het feit van algemene bekendheid dat de positie van vrouwen in de hogere regionen van het beroepsleven niet aanmerkelijk is verbeterd sinds het HvJEU zijn arresten wees. Dit maatschappelijke gegeven kan niet buiten beschouwing blijven bij de beoordeling van een maatregel van voorkeursbeleid als hier aan de orde.
- 3.27** Het College zal daarom onderzoeken of de feiten zodanig zijn dat kan worden geconcludeerd dat het uitsluiten van mannen van de tien posities in het kader van de DTF niet zodanig onzorgvuldig is dat het gemaakte onderscheid om die reden verboden is. Met andere woorden, of de maatregel in dit specifieke geval evenredig kan worden geacht aan het beoogde doel. Gelet hierop merkt het College op dat wat verzoeker heeft aangevoerd in overweging 3.22, weliswaar in zijn algemeenheid juist is, maar niet zonder meer doorslaggevend. Ten aanzien van de vergelijking met het oordeel CGB 15 december 2011, 2011-198 overweegt het College dat in die zaak niet is gebleken dat de achterstand van vrouwen zodanig hardnekkig was dat het zorgvuldigheidsvereiste niet onverkort hoefde te worden toegepast. Hierna zal het College beoordelen of de maatregel in het onderhavige specifieke geval evenredig kan worden geacht.

Evenredigheidsvereiste

- 3.28 In overwegingen 3.12 tot en met 3.16 heeft verweerster de aard van de achterstand van vrouwen binnen verweerster toegelicht en gesteld dat de achterstand ernstig is. Verweerster dicht dit toe aan een hardnekkig verschijnsel dat diep geworteld is aan de TU Delft. Vrouwelijke wetenschappers werden en worden aan de TU Delft in de praktijk via allerlei (on)bewuste en onzichtbare uitsluitingsmechanismen achtergesteld op mannen. De Glazen Plafond Index (Monitor Vrouwelijke Hoogleraren 2009) laat zien dat zich voor vrouwen in de carrière-stap van promovendus naar UD, van UD naar UHD en van UHD naar HL hindernissen voordoen in de doorstroming, met name in de stap van UD naar UHD. De percentages vrouwelijk wetenschappelijk personeel bij verweerster zijn mede daardoor zeer laag (23% UD, 8% UHD en 9% hoogleraar), aldus verweerster.
- 3.29 Verweerster heeft verwezen naar het onderzoek '*Structurele en culturele belemmeringen in de doorstroom van vrouwen naar hogere functies binnen de TU Delft*' (Van Engen e.a. 2010). Daaruit blijkt volgens verweerster dat de ondervertegenwoordiging niet wordt veroorzaakt doordat vrouwen bijvoorbeeld minder uren werken of minder publiceren. Wel is het zo dat de selectiecriteria voor het verkrijgen van hogere functies, en de toepassing daarvan, in de praktijk alleen gunstig voor mannen uitpakken. Vrouwen ondervinden - aldus verweerster - aantoonbaar ernstige nadelen van de uit het arbeidsproces voortvloeiende attitudes, gedragspatronen en structuren. Thans is er de facto geen sprake van gelijke kansen bij de aanvang, noch tijdens de duur van de aanstelling. Profielen voor nieuwe leerstoelen bijvoorbeeld sluiten vooral aan bij mannen die al in het gebied werkzaam zijn. Als illustratie hiervan heeft verweerster ter zitting het voorbeeld gegeven dat een hoogleraar met de leerstoel 'roestige spijker' bij vertrek alleen 'kroonprins' heeft klaarstaan die ook onderzoek doet op hetzelfde, smalle gebied van de 'roestige spijker'; sollicitatiecommissies bestaan vooral uit mannen, omdat er zo weinig vrouwelijke wetenschappers beschikbaar zijn; nieuwe kandidaten worden voornamelijk in bestaande overwegend mannelijke netwerken gezocht.
- 3.30 Uit het onderzoek van Marieke van den Brink (2011) '*Hoogleraarbenoemingen in Nederland (mlv). Mythen, feiten en aanbevelingen*' blijkt volgens verweerster dat vrouwen de cultuur binnen universiteiten als zeer masculien ervaren. Vrouwelijke onderzoekers die weleens aanstelling hebben gekregen, stromen sneuwend weer uit. Zij ervaren door de vrouwonvriendelijke cultuur minder kansen dan mannen om wetenschappelijk daadwerkelijk tot ontplooiing te komen. De vrouwonvriendelijke cultuur heeft naar verweersters ervaring ook tot gevolg dat er over het algemeen weinig vrouwen solliciteren op aangeboden, overwegend 'smalle' vacatures. Ter illustratie van het effect van de DTF-maatregel wijst verweerster erop dat op de opengestelde, 'brede' vacatures (zie 2.3) niet minder dan 129 vrouwelijke wetenschappers hebben gereageerd. Ook wijst verweerster op het onderzoek van Rosabeth Mess Kanter, '*Man and Women of the Corporation (1977)*' en het onderzoek van Marlies Ott, '*Assepoesters en Kroonprinsen (1985)*', waaruit blijkt dat wanneer vrouwen zich in een numerieke minderheidspositie bevinden, dit altijd negatieve gevolgen voor hen heeft.

Volgens verweerster is voor het vrouwelijk wetenschappelijk personeelsprake van een nauwelijks te doorbreken situatie van feitelijke segregatie. Het daadwerkelijk vergroten van het aantal vrouwelijke wetenschappers binnen de technische universiteit die tevens de functie van rolmodel hebben, is de enige manier om de hardnekkige achterstand van vrouwelijke wetenschappers binnen de universiteit te doorbreken, aldus verweerster. Het gaat, zo voert verweerster aan, echter om een beperkt aantal plaatsen, te weten tien op het totale aantal op 1 juni 2012 van circa 1000 HL-, UHD- en UD-functies binnen de TU Delft, waarbij geldt dat er niet zozeer minder tenure track plaatsen zijn voor mannen, als wel juist meer voor vrouwen.

- 3.31 Desgevraagd heeft verweerster onderbouwd en toegelicht welke maatregelen tot nu toe zijn genomen om de achterstand van vrouwen te bestrijden en welke rol het CvB daarin vervult. Zo worden met de managementteams van de faculteiten twee keer per jaar gesprekken gevoerd, waarin onder andere de streef- en realisatiewaarden met betrekking tot het aantal vrouwen worden besproken. Bij het opstellen van profielbeschrijvingen voor de positie van hoogleraar moeten de decanen de namen van ten minste drie potentieel geschikte vrouwelijke kandidaten opgeven. Bij het niet benoemen van een vrouw moet worden gemotiveerd op welke wijze specifiek maar vrouwelijke kandidaten is gezocht. Verweerster heeft voorts ook de leidraad *'Werving en selectie wetenschappelijk personeel'* overgelegd, die centraal wordt vastgesteld en door het College van Bestuur wordt gemonitord. In de selectiecommissie voor de functies van UD en UHD dient ten minste één vrouw te zitten. Er wordt gewerkt met een shortlist. Bij de bevordering van UD naar UHD moet minimaal één vrouwelijke hoogleraar in de facultaire loopbaancommissie zitten. Voor nieuwe bestuurlijke topfuncties wordt expliciet naar vrouwelijke kandidaten gezocht. Andere maatregelen betreffen onder meer het laten uitvoeren van onderzoek naar de achterstand van vrouwen en het geven van workshops hierover, het aanpassen van de website en voorlichtingsmateriaal waar nodig in het licht van diversiteitsbeleid en het oprichten van DEWIS.
- 3.32 Ter zitting is gebleken dat het CvB in dit geheel een actieve rol speelt. Ter zitting van 18 september 2012 heeft de rector magnificus als verantwoordelijk lid van het College van Bestuur toegelicht dat hij iedere vier weken gesprekken voert met de decanen van de faculteiten. In die gesprekken worden onder andere vacatures doorgesproken en de omschrijving daarvan. Thans kan de rector magnificus echter alleen ingrijpen in selectieprocedures als hem signalen bereiken dat procedures niet of onvoldoende worden opgevolgd. Echter deze procedures zijn lang niet altijd doorzichtig en derhalve niet goed te monitoren van buitenaf. Verweerster wijst er op dat de zogenoemde 'negatieve bias' ten opzichte van vrouwen in de sollicitatiecommissies zeer sterk is in Nederland in het algemeen en aan de TU Delft in het bijzonder. Voorts wijst verweerster erop dat het voor het CvB niet altijd mogelijk is om te beoordelen aan welk profiel breed of smal, een afdeling behoefte heeft.

- 3.33** Bij het College is, gelet op de door verweerster overgelegde stukken en hetgeen op de zittingen van 17 april 2012 en 18 september 2012 naar voren is gebracht, een overtuigend beeld ontstaan van een zeer hardnekkig en structureel probleem. Dit probleem weerhoudt veelvrouwen ervan om überhaupt te solliciteren en leidt ertoe dat vrouwelijke wetenschappers aan de TU Delft grote moeilijkheden ondervinden gedurende het opstarten en tijdens het doorlopen van hun wetenschappelijke carrière. Het College neemt daarbij in aanmerking dat alleen groot aantalmaatregelen is genomen door verweerster om de achterstandspositie van vrouwelijke wetenschappers te adresseren, maar dat deze in te geringe mate het gewenste effect hebben gesorteerd. Ook acht het College het aannemelijk dat de maatregels slechts een gering negatief effect heeft op de kansen van mannen in hun wetenschappelijke carrière, terwijl het 'multiplier effect' van de maatregel voor vrouwen naar verwachting in verhouding groter zal zijn, mede gezien de inbedding van het programma om de aan te trekken vrouwelijke wetenschappers mede als rolmodel voor andere vrouwelijke studenten en wetenschappers te laten fungeren. Het College overweegt verder dat genoegzaam is komen vast te staan dat een dergelijk hardnekkige probleem, dat in overwegende mate cultureel van aard is, niet enkel met procedurele maatregelen kan worden doorbroken. Het CvB kan thans alleen ingrijpen als er indicaties zijn dat de procedures niet worden opgevolgd. Ook in geval van ingrijpen kan dat enkel op incidentele basis.
- 3.34** Het College is van oordeel dat de achterstandssituatie aan de TU Delft voor vrouwelijk wetenschappelijk personeel bijzonder ernstig en hardnekkig is en dat om die reden in dit specifieke gevalde maatregel waarbij tien tenure track posities in het kader van DTF alleen voor vrouwen zijn opgesteld, in evenredige verhouding staat tot het beoogde doelen dus toelaatbaar kan worden geacht.
- 3.35** Nu het College hierboven geoordeeld heeft dat in het voorliggende geval van het zorgvuldigheidsvereiste mag worden afgeweken en dat aan het evenredigheidsvereiste is voldaan, oordeelt het College dat het in 3.19 en 3.20 genoemde kenbaarheidsvereiste in dit geval niet mede ziet op de vermelding dat de vacature voor iedereen openstaat. Het feit dat dit niet vermeld is, leidt dus niet tot het oordeel dat sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht.

Conclusie

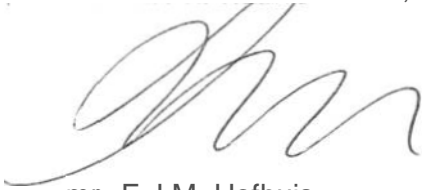
- 3.36** Gelet op wat hiervoor is overwogen, honoreert het College het beroep van verweerster op de wettelijke uitzondering op het verbod van onderscheid naar geslacht als bedoeld in artikel 5, eerste lid, WGB. Verweerster heeft dan ook jegens verzoeker geen verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht bij de werving en selectie voor de tenure track posities onder het DTF.

Oordeel: 2012-195
Vervolgveld: 13

4 Oordeel

Het College spreekt als zijn oordeeluit dat de Technische Universiteit (TU) Delft jegens I. Akkerman geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht bij de werving en selectie.

Aldus gegeven te Utrecht op 18 december 2012 door mr. E.J.M. Hofhuis, voorzitter, mr. dr. C.M. van Eek en mr. P. de Casparis, leden van het College, in tegenwoordigheid van mr. R. Kouwenhoven, secretaris.



mr. E.J.M. Hofhuis
namens deze,
mr. dr. C.M. van Eek



mr. R. Kouwenhoven