

## VOORKEURSBELEID VOOR TOPVROUWEN

- De papieren muur: proces-verbaal soms onbetrouwbaar
- De procureur-generaal bij de Hoge Raad en artikel 80a RO in strafzaken

P. 167-238 JAARGANG 90 23 JANUARI 2015

# 3

**Vooraf 145** 169  
 Prof. mr. T. Hartlief  
**Flexibele arbeidsverhoudingen, rigide verhaal?**

**Wetenschap 146** 170  
 Mr. E. Cremers-Hartman  
 Dr. mr. P.A.T. Oden  
**Voorkeursbeleid voor topvrouwen**

**Wetenschap 147** 179  
 Mr. dr. M. Walsch  
 R. Kranendonk MSc  
 Prof. dr. J.W. de Keijser  
 Prof. dr. H. Elffers  
 Dr. M.L. Komter  
 M. de Boer  
**De papieren muur**  
 Proces-verbaal maakt bewijsvoering soms onbetrouwbaar

**Focus 148** 185  
 Mr. dr. J.S. Nan  
**De procureur-generaal bij de Hoge Raad en artikel 80a RO in strafzaken**

**Rubrieken**  
**149-180 Rechtspraak** 190  
**181 Boeken** 216  
**182-192 Tijdschriften** 217  
**193-197 Wetgeving** 225  
**198-200 Nieuws** 232  
**201 Universitair nieuws** 234  
**202 Personalía** 235  
**203 Agenda** 237

Schadeverzekeraars kunnen **GEEN VERHAAL** nemen op een **COLLEGA-**werknemer maar **WÉL** op een **UITZENDKRACHT** of **ZPP**-er, zelfs wanneer wel degelijk sprake is van **DUURZAAMHEID** van de verhoudingen **Pagina 169**

Bij de ontwikkeling van **MAATREGELEN** die tot doel hebben de toename van het aantal **VROUWEN** in **TOPFUNCTIES**, dient rekening te worden gehouden met **UITSLUITINGS-MECHANISMEN** **Pagina 172**

Het verdient **AANBEVELING** om op grotere schaal gebruik te maken van **BEELD** en **GELUID**, onder meer door het beschikbaar stellen van opnamen van **VERHOREN** aan de procesdeelnemers **Pagina 184**

De **RECHTSPRAKTIJK** zou er meer bij **GEBAAAT** zijn als het **PARKET** de moeite zou blijven nemen om ook in **FLUTZAKEN** in een korte **CONCLUSIE** c.q. standpunt – ter lering (ende vermaeck?) – zijn visie op de zaak te geven **Pagina 189**



De **CRVB** oordeelt dat boetes **NIET HOGER** mogen zijn dan de **BOETES** die de rechter kan opleggen bij **STRAFRECHTELIJKE** vervolging **Pagina 227**

In een groot aantal zaken (meer dan **16.000**) wordt een **STRAFBSCHIKKING** uitgevaardigd **ZONDER** dat wordt **BEOORDEELD** of er sprake is van voldoende **BEWIJS** **Pagina 232**

Het **WETSVOORSTEL** stoelt op de gedachte dat burgers **MONDIGER** zijn geworden maar **RECHTERS** zien juist veel mensen die **NIET** voor zichzelf kunnen **OPKOMEN** **Pagina 233**

# Voorkeursbeleid voor topvrouwen

Eva Cremers & Petra Oden<sup>1</sup>

De ondervertegenwoordiging van vrouwen in topfuncties in Nederland en veel andere EU-lidstaten is groot. Mede door negatieve seksestereotypering stromen vrouwen moeilijk door naar de (sub-)top van bedrijven. Arbeidsorganisaties staan voor de vraag welke maatregelen ze kunnen treffen om de streefcijfers te halen die ze zelf hebben gesteld of die in wetgeving zijn opgelegd. Is het reserveren van functies voor vrouwen een juridisch toelaatbare vorm van voorkeursbeleid? Of stuit dit zondermeer af op de Kalanke-norm van het Hof van Justitie van de EU? In deze bijdrage bespreken de auteurs de mogelijkheden voor werkgevers om zwaardere vormen van voorkeursbeleid toe te passen. Bij de vraag naar de juridische toelaatbaarheid betrekken zij inzichten die zijn verkregen uit sociaalwetenschappelijk onderzoek naar de gevolgen van seksestereotypering en andere uitsluitingsmechanismen.

## 1. Inleiding

Sinds 2008 ondertekenden ruim 200 arbeidsorganisaties in Nederland het Charter Talent naar de top (Charter). Deze bedrijven conformeren zich daarmee aan meetbare doelstellingen om meer vrouwen in de (sub-) top van hun organisatie te benoemen. Met hun ondertekening zijn deze bedrijven ook juridisch gebonden aan de gedane toezeggingen.<sup>2</sup>

Omdat het aantal vrouwen in topfuncties slechts langzaam toeneemt, zijn sommige organisaties geneigd tijdelijk forsere maatregelen te treffen, bijvoorbeeld door functies voor vrouwen te reserveren. De Charter-ondertekenaars Rijksuniversiteit Groningen (RUG) en de Technische Universiteit Delft (TU Delft) zijn hiervan voorbeelden. Zij kozen voor dit voorkeursbeleid omdat ze een samenhang zagen tussen de achterstandspositie van vrouwen en uitsluitingsmechanismen.

In 2011 oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) dat het voorkeursbeleid van de RUG in strijd is met het discriminatieverbod. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) speelde daarbij een belangrijke rol. Sinds het *Kalanke*-arrest uit 1995 geldt de regel dat zwaardere vormen van voorkeursbeleid voor vrouwen zoals een benoeming bij voldoende geschiktheid of het reserveren van functies voor vrouwen, niet geoorloofd zijn omdat dit discriminatie van individuele mannen zou betekenen. In 2012 achtte het College voor de Rechten van de Mens (CRM) – de rechtsopvolger van de CGB – de voorkeursmaatregel van de TU Delft wel geoorloofd. Het CRM week in dit oordeel gemotiveerd af

van de *Kalanke*-jurisprudentie en betrok daarbij de aanscherping van de EU-regelgeving betreffende voorkeursbeleid voor vrouwen.<sup>3</sup>

Arbeidsorganisaties moeten weten welke maatregelen juridisch toelaatbaar zijn. Dat geldt voor de bedrijven die het Charter ondertekenen maar bijvoorbeeld ook voor de vennootschappen die onder de streefcijferregeling van artikel 2:166 en 2:276 BW vallen. Hierin is bepaald dat in het bestuur en de raad van commissarissen van NV's en BV's ten minste 30% vrouwen moet worden benoemd.<sup>4</sup> Daarnaast heeft de Europese Commissie een concept-richtlijn in petto die in november 2013 is goedgekeurd door het Europees Parlement. Deze richtlijn verplicht beursgenoteerde ondernemingen tot voorkeursbeleid tot het streefcijfer van 40% vrouwelijke bestuurders is gehaald. Daarbij is de Kalanke-norm wel als voorwaarde verwoord.<sup>5</sup> De ondervertegenwoordiging van vrouwen in topfuncties is op dit moment in Nederland en andere EU-lidstaten dusdanig groot dat het feitelijk onmogelijk is om deze streefcijfers te kunnen halen zonder tot straffere maatregelen over te gaan. Arbeidsorganisaties zitten daarmee in een spagaat.

In dit artikel bespreken wij de mogelijkheden die werkgevers hebben om zwaardere vormen van voorkeursbeleid toe te passen. Voordat we de juridische aspecten van voorkeursbeleid bespreken, geven wij inzicht in cijfermatige gegevens over de positie van vrouwen en bespreken wij sociaal-wetenschappelijk onderzoek over de gevolgen van seksestereotypering en andere uitsluitingsmechanismen.



## 2. Positie van vrouwen op arbeidsmarkt en binnen arbeidsorganisaties

In de afgelopen 30 jaar steeg het aantal vrouwen op de Nederlandse arbeidsmarkt aanzienlijk. Het aandeel vrouwen dat zich aanbiedt op de arbeidsmarkt steeg van 34% in 1985 naar 68% en deze bruto-arbeidsparticipatie, dat wil zeggen het aandeel werkzame en werkloze vrouwen in de beroepsbevolking afgezet tegen de totale populatie van 15 tot 65-jarigen, zal de komende jaren blijven stijgen.<sup>6</sup>

De Emancipatiemonitor 2014 laat zien dat het aantal uren dat vrouwen werken toeneemt.<sup>7</sup> Van de universitair opgeleide werkzame vrouwen had in 2013 45% een voltijd baan. In 2013 had van de vrouwen van 25 tot 65 jaar 32% een opleidingsniveau op tenminste het niveau van het hoger onderwijs; bij mannen was dit 34%. Jaarlijks stromen relatief meer vrouwen dan mannen het wetenschappelijk onderwijs in. Vrouwen zijn vooral werkzaam in de gezondheidszorg (80%) en het onderwijs (62%) en zijn ondervertegenwoordigd in het bedrijfsleven (31%). Managementfuncties werden in 2011 in de gezondheidszorg voor 58% door vrouwen bezet; in het onderwijs was dat 37% en in het particuliere bedrijfsleven 15%.

Uit diverse gegevens blijkt dat het gemiddelde percentage vrouwen aan de top van organisaties rond de 10% schommelt.<sup>8</sup> Het percentage vrouwen in topfuncties bij de Charter-ondertekenaars groeide van gemiddeld 14,7% in 2008 naar 18,6% in 2012.<sup>9</sup> Bij beursgenoteerde ondernemingen waren in 2014 van de 658 bestuurders en commissarissen 99 personen van het vrouwelijk geslacht.<sup>10</sup> Van de 87 beursgenoteerde bedrijven voldeed slechts één bedrijf bijna aan het streefcijfer van 30%. Als het percentage vrouwen in de top in dit tempo doorgroeit, duurt het tot 2033 voor 30% van de topfunctionarissen vrouw is.

Om vrouwen te kunnen benoemen in topfuncties is het noodzakelijk dat er voldoende aanbod is in de echelons daaronder. Het aandeel vrouwen in het eerste echelon onder de raden van bestuur is 20%, in het tweede echelon 25%.<sup>11</sup> Voor dit moment is dit qua omvang een voldoende gekwalificeerd aanbod voor de topfuncties,

## Als het percentage vrouwen in de top in dit tempo doorgroeit, duurt het tot 2033 voor 30% van de topfunctionarissen vrouw is

maar deze percentages rechtvaardigen wel een voorkeursbeleid voor de subtop.

Het is ook interessant om de cijfermatige gegevens van vrouwen in de wetenschap te bezien. Uit de Monitor Vrouwelijke Hoogleraren 2012 blijkt dat in 2011 de functie van promovendus door 44,7% vrouwen werd vervuld, van de universitair docenten was 33,2% een vrouw en van de universitair hoofddocenten (uhd's) 21,5%. Het percentage vrouwelijke hoogleraren steeg van 3,4% in 1990 naar 14,8% in 2011.<sup>12</sup> Gemiddeld stijgt het percentage vrouwelijke hoogleraren met 0,7 procentpunt per jaar. De binnen de EU vastgestelde Lissabon-doelstelling van 25% vrouwelijke hoogleraren in 2010 heeft Nederland niet gehaald.

## 3. Oorzaken ondervertegenwoordiging

De toelichting op de EU-concept-richtlijn noemt stereotypering opvattingen bij werving/selectie en bevordering, een door mannen gedomineerde bedrijfscultuur en weinig transparante benoemingsprocedures als factoren die mede oorzaak zijn van de ondervertegenwoordiging van vrouwen in de besturen van beursgenoteerde bedrijven.<sup>13</sup> Deze analyse wordt bevestigd door sociaal-wetenschappelijk onderzoek, zoals onder meer blijkt uit een literatuuronderzoek van het CRM. Negatieve stereotypering van niet-dominante groepen leidt tot discriminatie en uitsluiting bij de toegang tot en doorstroming binnen arbeidsorganisaties. Vrouwen ondervinden hiervan vooral nadeel bij hogere functies en in sectoren waar van oudsher vooral mannen werken.<sup>14</sup>

Begin jaren negentig bleek al uit onderzoek van Oden dat uitsluitingsmechanismen een doorslaggevende rol kun-

### Auteurs

1. Mr. E. Cremers-Hartman is zelfstandig arbeidsrechtelijk onderzoeker te Leiden; dr. mr. P.A.T. Oden is lector Juridische aspecten van de arbeidsmarkt, Hanzehogeschool Groningen; de auteurs bedanken dr. M. van den Brink, verbonden aan het SIM, departement Rechtsgeleerdheid Universiteit Utrecht voor haar kritische commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

### Noten

2. Vergelijk A.G. Castermans, *De afdwingbare voorkeur voor diversiteit*, Utrecht: CGB 2010; [www.mensenrechten.nl/publicaties](http://www.mensenrechten.nl/publicaties).  
3. De jurisprudentie uit deze alinea wordt besproken in par. 6; de vindplaatsen van

arresten en oordelen zijn daar opgenomen.

4. Uit een brief van Minister Bussemaker (Emancipatie) blijkt dat de resultaten teleurstellend zijn: *Kamerstukken II* 2014/15, 30420, 209; Bussemaker heeft in december 2014 in de media toegezegd samen met VNO-NCW een database aan te leggen van vrouwen die een topfunctie kunnen bekleden om daarmee de invoering van een quotum te voorkomen.

5. COM (2012) 614 en 615; zie E. Cremers-Hartman & A. Eleveld, 'Meer vrouwen aan de top in de vennootschap', *TRA* 2014, afl. 1, p. 16-20, met een vergelijking van de Nederlandse en de Europese regeling.

6. L. Kösters, P. den Boer & B. Lodder, 'CBS-berichten: Veranderingen in de

arbeidsparticipatie in Nederland sinds 1970', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken*, 2009 (25) 3, p. 313; *UWV Arbeidsmarktprognose 2013-2014. Met een doorkijk naar 2018*, [www.uwv.nl](http://www.uwv.nl), p.18.

7. A. Merens & M. van de Brakel, *Emancipatiemonitor 2014*, SCP en CBS, Den Haag 2014.

8. SER-advies 14/03 *Discriminatie werkt niet*, p. 90-93; SEOR Erasmus School of Economics, *Nulmeting wettelijke streefcijfers vrouwen in de top*, Rotterdam, 2012.

9. B. Pouwels & W. Hendrikse, "'Het zingt rond". Succes door aanbod en kwaliteit van vrouwen.' *Monitor Talent naar de Top 2012*, Zeist: SCP 2013, p. 7; [www.talentnaardetop.nl](http://www.talentnaardetop.nl); [www.vandoornehuis-kes.eu](http://www.vandoornehuis-kes.eu).

10. M. Lücknerath-Rovers, *The Dutch Female Board Index 2014*, Tias, 2014, p. 7.

11. A. Merens & H. Bierings, 'Topfuncties', *Emancipatiemonitor 2014*, p. 118.

12. *Monitor Vrouwelijke Hoogleraren 2012*, <http://www.stichtingdebeauvoir.nl/monitor/>.

13. COM (2012) 614, p. 4.

14. CRM, *De juiste persoon op de juiste plaats. De rol van stereotypering bij de toegang tot de arbeidsmarkt*, juli 2013, bijv. p. 17-20; zie ook: CRM *Advies aan de SER over discriminatie op de arbeidsmarkt*, januari 2014.

nen spelen bij benoemingsprocedures voor managementfuncties: door de 'macht van de vanzelfsprekendheid'<sup>15</sup> stelden mannen zich beschikbaar en werden zij geselecteerd, en trokken vrouwen zich terug. Vrouwen werden pas benoemd als ze de enige kandidaat waren en niet vergeleken hoefden te worden met mannelijke kandidaten.<sup>16</sup>

Wennerås en Wold toonden in 1997 aan dat vrouwen 2,5 keer productiever moesten zijn dan de gemiddelde mannelijke kandidaat om gelijk gekwalificeerd te worden geacht.<sup>17</sup> Op basis van verschillende metingen lieten zij zien dat alleen de meest productieve vrouwelijke kandidaten gelijk gekwalificeerd werden geacht als de minst scorende mannen.

Recenter onderzoek naar benoemingsprocedures van hoogleraren van Van den Brink laat zien dat ook daar uitsluitingsmechanismen een rol spelen.<sup>18</sup> Zij toonde aan dat meer mannen dan vrouwen worden voorgedragen voor benoeming ondanks voldoende gekwalificeerd vrouwelijk aanbod. Dit wordt onder andere veroorzaakt door het 'similar-to-me effect', waarbij mensen kandidaten selecteren die op hen lijken.<sup>19</sup> Vrouwen worden sneller over het hoofd gezien en minder vanzelfsprekend voorgedragen. Van den Brink concludeert dat geen sprake is van een bewuste uitsluiting van vrouwen.

## Vrouwen moeten op een veel hoger niveau presteren dan mannen willen ze gelijk gekwalificeerd worden geacht als mannen

Bij de ontwikkeling en de rechtvaardiging van maatregelen die tot doel hebben het aantal vrouwen in topfuncties te laten toenemen, dient rekening te worden gehouden met uitsluitingsmechanismen.

### 4. Noodzakelijke maatregelen

Arbeidsorganisaties kunnen verschillende maatregelen nemen om de instroom en doorstroom van vrouwen te verbeteren. Deze kunnen deel uitmaken van het algemene sociaal beleid van de onderneming, zoals een actief loopbaanbeleid met regelmatige beoordelings- en functioneringsgesprekken, opleidingsfaciliteiten en transparante wervings- en selectieprocedures. Dit algemene sociaal beleid is geen voorkeursbeleid. Het gaat om het opheffen van beperkingen waar bepaalde groepen werknemers tegenaan lopen en is in beginsel niet aan een bepaalde tijdspanne gebonden.<sup>20</sup>

Daarnaast kunnen aan vrouwen extra rechten worden toegekend om hun achterstandspositie te verminderen. In dat geval is sprake van voorkeursbeleid. Dit kan toegepast worden bij de werving en selectie voor functies, bij bevorderingen en bij arbeidsvoorwaarden. Er zijn bij benoemingen drie vormen van voorkeursbeleid mogelijk: 1. op basis van gelijke geschiktheid, 2. op basis van voldoende geschiktheid, 3. middels het reserveren van func-

ties. Om voorkeursbeleid controleerbaar te maken kunnen arbeidsorganisaties op basis van het relevante aanbod op de arbeidsmarkt de wenselijke man/vrouw-verhoudingen in hun arbeidsorganisatie bepalen. De achterstand van vrouwen en de te halen streefcijfers kunnen op die manier worden vastgesteld. Bij voorkeursbeleid is sprake van tijdelijke maatregelen, die worden getroffen totdat de achterstand is opgeheven.

Het formuleren van voorkeursbeleid is niet voldoende om te bewerkstelligen dat het aantal vrouwen in topfuncties groeit. Van den Brink toonde aan dat de protocollen die ertoe moesten bijdragen dat meer vrouwelijke hoogleraren worden benoemd, nauwelijks werden gehanteerd.<sup>21</sup> Oden liet zien dat het voeren van voorkeursbeleid op zichzelf uitsluitingsmechanismen niet doorbreekt. Rechtstreeks ingrijpen in de sociale processen in de werksituatie en geschikte vrouwen stimuleren zich beschikbaar te stellen voor managementfuncties, is volgens Oden de beste strategie.<sup>22</sup> Als het management actief en rechtstreeks interenieert in het benoemingsproces, krijgen onzichtbare uitsluitingsmechanismen veel minder kans.

Uit het onderzoek van Oden blijkt ook dat uitsluitingsmechanismen doorwerken bij de uitvoering van voorkeursbeleid. De vorm 'bij gelijke geschiktheid' bleek in de praktijk moeilijk toepasbaar, omdat de kwaliteiten van de mannelijke kandidaten als toetssteen werden gehanteerd en de vrouwelijke kandidaten pas werden benoemd als ze over die kwaliteiten beschikten. Wennerås & Wold toonden eveneens aan dat vrouwen op een veel hoger niveau moeten presteren dan mannen willen ze gelijk gekwalificeerd worden geacht als mannen (vergelijk par. 3).

Voorkeursbeleid om vrouwen 'bij gelijke geschiktheid' te benoemen gaat voorbij aan de uitsluitingsmechanismen.

### 5. Juridisch toetsingskader voorkeursbeleid

Voor de juridische beoordeling van voorkeursbeleid voor vrouwen is het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie het vertrekpunt. Voor sekseonderscheid bij de arbeid is dit uitgewerkt in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), in artikel 7: 646 BW en in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Deze wetgeving dient de implementatie van EU-richtlijnen inzake de gelijke behandeling en is tevens een uitwerking van artikel 1 Grondwet en van diverse internationale verdragen waarin het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie is vastgelegd. Van de internationale verdragen is in dit verband vooral het Vrouwenverdrag van belang omdat dit verdrag is toegespitst op het verbeteren van de positie van vrouwen.

In de nationale wetgeving is voorkeursbeleid toegestaan voor drie groepen personen met een structurele achterstandspositie op de arbeidsmarkt: vrouwen, leden van etnische of culturele minderheidsgroepen, en gehandicapten en chronische zieken. Voor vrouwen bepaalt artikel 5 lid 1 WGB: *'van het verbod van onderscheid mag worden afgeweken als daarmee wordt beoogd 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'*. Een vrijwel gelijklopende formulering is te vinden in artikel 2 lid 3



© Neil Webb / Alamy

15. Het begrippenpaar is van A.E. Komter, *De macht van de vanzelfsprekendheid: relaties tussen vrouwen en mannen* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: VUGA 1985.

16. P.A.T. Oden, *Voorkeursbeleid op lokaal niveau, Een rechtssociologisch onderzoek naar de sociale werking van maatregelen*

*ter verbetering van de arbeidspositie van vrouwen bij de gemeentelijke overheid* (diss., Wolters-Noord BV Groningen, 1993.

17. C. Wennerås & A. Wold, Nepotism and sexism in peer-review, *Nature* 1997, p. 341-343.

18. M. van den Brink, *Behind the scenes of*

*science. Gender practices in the recruitment and selection of professors in the Netherlands*, (diss. Nijmegen) Enschede: Ipskamp Drukkers 2009.

19. M. Van den Brink, *Hoogleraarbenoemingen in Nederland m/v. Mythen, feiten en aanbevelingen*, Nijmegen: Radboud

Universiteit 2011, p. 35.

20. *Kamerstukken II 2004/05, 28770, 11, p. 6; CGB-advies/2004/10 over de concept-Nota Voorkeursbeleid*, p. 3.4.

21. Van den Brink, 2009.

22. Oden, 1993, p. 326.



AWGB. Voorkeursbeleid voor vrouwen wordt aan de WGB getoetst omdat ingevolge artikel 4 AWGB deze wet onverlet wordt gelaten door de AWGB.

Gezien de formulering van artikel 5 lid 1 WGB is voorkeursbeleid voor vrouwen toegestaan als 1. dit beleid tot doel heeft nadelen op te heffen of te verminderen en 2. dit beleid evenredig is in verhouding tot het nagestreefde doel (evenredigheids- of proportionaliteitsvereiste). Deze bepaling doet al sinds 1989 vrijwel ongewijzigd dienst. Bij de uitleg van artikel 5 lid 1 WGB moeten de bepalingen over voorkeursbeleid in de EU-regelgeving en het Vrouwenverdrag uiteraard worden betrokken. Hieronder bespreken we eerst de EU-regelgeving en vervolgens het Vrouwenverdrag.

#### **Voorkeursbeleid voor vrouwen in het Unierecht**

Sinds mei 1999 geldt de volgende bepaling voor een toelaatbaar voorkeursbeleid: *‘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.’*

## Het uitgangspunt is niet langer ‘het bevorderen van gelijke kansen’ maar ‘het verzekeren van volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk’

Deze omschrijving is met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam opgenomen in artikel 141 lid 4 EG-verdrag en in 2009 ongewijzigd overgenomen in artikel 157 lid 4 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Tot de invoering van artikel 141 lid 4 EG-verdrag gold artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207/EEG inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en bij arbeid. Daarin was bepaald: *‘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.’*

Een belangrijk verschil tussen de beide bepalingen is dat artikel 141 lid 4 EG-verdrag ruimer is geformuleerd dan artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207/EEG. Het uitgangspunt is niet langer ‘het bevorderen van gelijke kansen’ maar ‘het verzekeren van volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk’.

Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG inzake de gelijke

behandeling van mannen en vrouwen, die onder andere Richtlijn 76/207/EEG heeft vervangen, verwijst in artikel 3 voor de toelaatbaarheid van positieve maatregelen naar artikel 141 lid 4 EG-verdrag. De preambule van deze richtlijn bepaalt dat de verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven voorop moet staan.

#### **Voorkeursbeleid voor vrouwen in het Vrouwenverdrag**

Nederland is evenals veel andere lidstaten van de EU tevens gebonden aan de verplichtingen van het Vrouwenverdrag.<sup>23</sup> Artikel 4 lid 1 Vrouwenverdrag heeft betrekking op voorkeursbeleid en luidt:

*‘Wanneer de lidstaten die partij zijn bij dit verdrag, tijdelijk bijzondere maatregelen treffen die zijn gericht op versneling 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.’*

CEDAW, het toezichthoudend orgaan bij het Vrouwenverdrag, heeft in 1999 de betekenis van artikel 4 lid 1 Vrouwenverdrag voor de lidstaten uitgebreid toegelicht in de Algemene Aanbeveling 25.<sup>24</sup> Het Comité is van mening dat het Vrouwenverdrag voorkeursbeleid niet alleen toestaat maar daartoe zelfs verplicht als dit beleid noodzakelijk en geschikt is om het doel van ‘wezenlijke gelijkheid’ versneld te bereiken (overweging 24).

#### **Formele versus materiële gelijkheid**

Het Vrouwenverdrag gaat uit van een materiële benadering van gelijkheid en stelt het effect van de juridische gelijkheidsnorm voorop. In deze visie leidt het toekennen van dezelfde rechten aan vrouwen in een situatie van maatschappelijke ongelijkheid tot bestendiging of versterking van de feitelijke ongelijkheid. Het toekennen van dezelfde rechten betekent in dit geval discriminatie van vrouwen. Een verschil in behandeling van mannen en vrouwen kan daarom noodzakelijk zijn. Voorkeursbeleid voor vrouwen is geoorloofd als hiermee gelijkheid wordt bevorderd en onder omstandigheden kan dit beleid verplicht zijn.

In het Unierecht is elke discriminatie op grond van geslacht in beginsel verboden tenzij een uitzonderingsbepaling een verschil in behandeling toestaat. Dit betekent een formele benadering van gelijkheid bij de aanneming dat ieder verschil in behandeling van mannen en vrouwen ongeacht hun maatschappelijke positie discriminatie is. De vraag of daadwerkelijk sprake is van gelijke gevallen die op dezelfde manier moeten worden behandeld, komt dan niet aan de orde. Uit de toelichting op de EU-concept-richtlijn ter verbetering van de man/vrouwverhoudingen in beursgenoteerde vennootschappen blijkt dat daar van deze formele visie op gelijkheid wordt uitgegaan.<sup>25</sup>

De uitzonderingsbepalingen van artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207/EEG en artikel 157 lid 4 VWEU/141 lid 4 EG-verdrag geven aan dat wel rekening mag worden gehouden met het verschil in positie van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt en binnen arbeidsorganisaties. Onder de gestelde voorwaarden wordt het discrimina-

## Het Vrouwenverdrag gaat uit van een materiële benadering van gelijkheid en stelt het effect van de juridische gelijkheidsnorm voorop

tieverbod niet geschonden. Uit deze bepalingen spreekt een materiële benadering van gelijkheid.

### 6. Jurisprudentie inzake voorkeursbeleid

#### *Jurisprudentie HvJ EG*

Het HvJ EG heeft in de periode 1995 tot en met 2000 in vier arresten geoordeeld over de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid voor vrouwen bij de werving en selectie voor functies, waaronder de doorstroming.<sup>26</sup> Het voorkeursbeleid is in de eerste drie arresten getoetst aan artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207/EEG en in het laatste arrest *Abrahamsson* aan artikel 141 lid 4 EG-verdrag. Het voorkeursbeleid in de eerste arresten betrof de periode voor inwerkingtreding van artikel 141 lid 4 en het Hof kon deze bepaling daarom buiten beschouwing laten. Voor de inhoudelijke beoordeling van voorkeursbeleid heeft dit geen verschil gemaakt.

In deze reeks arresten is als hoofdregel geformuleerd dat het niet is toegestaan bij de werving en selectie voor functies aan vrouwen een absolute en onvoorwaardelijke voorrang te geven. Alle sollicitaties moeten aan een objectieve beoordeling worden onderworpen, waarbij geen voorrang aan een vrouw kan worden gegeven boven een beter gekwalificeerde man. Voorkeursbeleid bij gelijke geschiktheid acht het Hof geoorloofd onder de voorwaarde dat een zogenaamde openingsclausule wordt gehanteerd. Deze clausule houdt in dat bij de selectie ook rekening moet worden gehouden met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten. Een voorkeursbeleid voor vrouwen dat verder strekt, betekent een ongeoorloofde schending van het discriminatieverbod. Met de openingsclausule introduceert het Hof een subjectief element dat de uitvoering van beleid ten gunste van vrouwen onmogelijk kan maken.

Bij het antwoord op de vraag of voorkeursbeleid bij werving en selectie voor functies is toegestaan, stelt het Hof het discriminatieverbod als hoofdregel voorop waarvan alleen in bijzondere gevallen mag worden afgeweken. Het Hof gaat daarbij uit van het formele perspectief op gelijkheid waarbij mannen en vrouwen worden geacht bij de deelname aan de arbeid gelijke gevallen te zijn. Een

verschil in behandeling betekent in deze visie een schending van het discriminatieverbod.

In de arresten *Marschall* en *Badeck* constateert het Hof wel dat in selectieprocedures een neiging bestaat mannelijke kandidaten bij bevordering voorrang te geven boven vrouwelijke kandidaten, als gevolg van onder meer vooroordelen en stereotype ideeën over de rol en de capaciteiten van vrouwen in het arbeidsproces, zodat het feit dat twee kandidaten van verschillend geslacht gelijke kwalificaties hebben, op zich niet betekent dat zij gelijke kansen hebben.<sup>27</sup> De geconstateerde nadelen kunnen volgens het Hof voorkeursbeleid voor vrouwen rechtvaardigen mits de regeling in elk individueel geval aan gelijk gekwalificeerde mannelijke kandidaten een objectieve beoordeling garandeert. Dit is tegenstrijdig. Het Hof signaleert dat vrouwen in de praktijk met uitsluiting te maken hebben, benoemt dit echter niet als discriminatie en stelt vervolgens een vorm van voorkeursbeleid voor waarvan uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat deze discriminatie bestendigt. Het probleem is dat het Hof uitsluitingsmechanismen niet als (onbewuste) discriminatie van individuele vrouwen kwalificeert.

#### *Jurisprudentie CGB en CRM*

Vóór 1995 oordeelde de CGB als volgt over de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid. Arbeidsorganisaties konden bij de werving en selectie kiezen uit de meest geschikte vorm van de drie varianten van voorkeursbeleid mits zij aan drie strikte criteria voldeden.<sup>28</sup> De zwaardere vormen van voorkeursbeleid – ‘voldoende geschiktheid’ en ‘reservering functies voor vrouwen’ – werden alleen geoorloofd geacht bij een grote mate van achterstand omdat eerst dan sprake kan zijn van proportionaliteit tussen doel en middel. Deze vaste oordelenlijn van de CGB is in een kabinetsnotitie uit 1993 geaccordeerd.<sup>29</sup> De CGB legde de nadruk op de mogelijkheden die artikel 5 lid 1 WGB biedt en stelde een materiële benadering van gelijkheid voorop.

In de periode na het *Kalanke*-arrest kwam geleidelijk aan een wijziging in de oordelenlijn.<sup>30</sup> Uiteindelijk heeft de Commissie de *Kalanke*-jurisprudentie verwerkt in het ‘zorgvuldigheidsvereiste’ dat als vierde toetsingscriterium is gaan gelden. Dit vereiste houdt in dat bij sollicitaties en promoties een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaats dient 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.<sup>31</sup> In 2008 neemt de CGB enige afstand tot het zorgvuldigheidsvereiste. Bij het bestrijden van achterstanden van etnische minder-

23. *Trb.* 1980, 146; geratificeerd bij Rijkswet van 3 juli 1991, *Stb.* 1991, 335.

24. Zie [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/); zie ook [www.rijksoverheid.nl/minocw](http://www.rijksoverheid.nl/minocw) met trefwoord Vrouwenverdrag of emancipatiebeleid.

25. COM (2012) 614, p. 7.

26. HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93 (*Kalanke*), *JAR* 1995/234; HvJ

EG 11 november 1997, zaak C-409/95 (*Marschall*), *JAR* 1997/264; HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97 (*Badeck*), *JAR* 2000/104; HvJ EG 6 juli 2000, zaak C-407/98 (*Abrahamsson*), *JAR* 2000/194; vergelijk S.D. Burri & A. G.Veldman, ‘Gelijke behandeling’, in: S.S.M. Peters & R.M. Beltzer, *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p.183-185.

27. *Marschall* r.o. 29, 30 en *Badeck* r.o. 21.

28. Deze criteria zijn geformuleerd in CGB 9 juli 1990, oordeelnummer 57-90-33 en in vele latere oordelen herhaald; zie over deze criteria: E. Cremers-Hartman, ‘Voorkeursbe-handeling van vrouwen bij werving en selectie’, *NJB* 1992, p. 1006-1013.

29. *Kamerstukken II* 1992/93, 23022.

30. Oordeel 96-97: toetsingscriteria CGB in

overeenstemming met het *Kalanke*-arrest; oordeel 98-97: reserveren van functies voor vrouwen niet geoorloofd bij interne werving; oordeel 99-57: reserveren van functies voor vrouwen wel geoorloofd bij externe werving.

31. Oordelen 2004-10, 2004-36 en 2004-173 en CGB-advies/2004/10 inzake de conceptnota Voorkeursbehandeling.



## De algemene gegevens over de werking van seksestereotypering bieden een eerste aanknopingspunt voor de vraag of sprake is van een vermoeden van directe discriminatie van vrouwen binnen arbeidsorganisaties

heden zou in uitzonderlijke situaties ruimte moeten zijn voor zwaardere vormen van voorkeursbeleid. Het argument is dat het zorgvuldigheidsvereiste niet uit de wet voortvloeit maar op basis van casuïstiek in de rechtspraak is ontwikkeld.<sup>32</sup>

In 2011 en 2012 volgden de in de Inleiding aangehaalde oordelen over het reserveren van functies voor vrouwen door de RUG en de TU Delft. De RUG reserveerde extra budget om het aandeel van vrouwelijke hoogleraren te verhogen en bood vrouwelijke uhd's de mogelijkheid tot een benoeming als hoogleraar op grond van een persoonsgebonden bevordering. De selectie vond plaats conform de reguliere benoemingsvereisten voor het hooglerarschap en de universiteit bevorderde twaalf vrouwelijke uhd's tot hoogleraar. De CGB achtte het voorkeursbeleid van de RUG ongeoorloofd omdat de situatie aan de RUG niet zo uitzonderlijk zou zijn dat van het zorgvuldigheidsvereiste kon worden afgeweken.<sup>33</sup>

De Technische Universiteit Delft reserveerde voor vrouwelijke wetenschappers tien tenure trackposities. Voor de toegang tot deze posities gold – naast de reguliere eisen – als bijkomend vereiste dat de vrouwen over specifieke leiderschapskwaliteiten moesten beschikken om tevens als rolmodel te kunnen fungeren. Het CRM achtte deze reserveringsmaatregel van de TU Delft geoorloofd.<sup>34</sup> Het voornaamste aspect van dit oordeel is dat meer afstand is genomen van de jurisprudentie van het Hof. Het hoofdargument hiervoor is het verschil in bewoordingen van artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207/EEG en artikel 3 Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG, waarmee de focus van 'de bevordering van gelijke kansen van mannen en vrouwen' is verschoven naar 'het verzekeren van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in de praktijk'. Het CRM oordeelt dat dit een ruimer toetsingskader biedt dat in zeer uitzonderlijke situaties een maatregel rechtvaardigt die alleen vrouwen ten voordeel strekt. Ook wijst het CRM op het feit van algemene bekendheid dat de positie van vrouwen in de hogere regionen van het beroepsleven niet aanmerkelijk is verbeterd sinds het Hof zijn arresten wees (punt 1.36). Met dit oordeel verlaat het CRM de vrij formele benadering van gelijkheid en krijgen arbeidsorganisaties meer mogelijkheden om voorkeursbeleid te voeren.

In het oordeel overweegt het CRM overigens ten onrechte dat het Hof voorkeursbeleid niet eerder aan de tekst van artikel 141 lid 4 EG-verdrag zou hebben getoetst. Veldman signaleerde al eerder dat dit niet klopt omdat die toets in *Abrahamsson* is verricht.<sup>35</sup> Deze fout doet ons inziens evenwel geen afbreuk aan de redenering dat de regeling inzake voorkeursbeleid binnen het Unierecht is verruimd, dat hieruit een meer materiële benadering van gelijkheid spreekt, hetgeen betekenis moet hebben voor de beoordeling van voorkeursbeleid.

### 7. Enkele opmerkingen bij de beoordeling van voorkeursbeleid

Hieronder volgen enkele opmerkingen bij de beoordeling van voorkeursbeleid die duidelijk maken dat er voldoende argumenten zijn om de Kalanke-norm los te laten en dat werkgevers meer ruimte kan worden geboden om een effectief voorkeursbeleid te voeren.

#### *Seksestereotypering en uitsluitingsmechanismen*

Seksestereotypering en andere uitsluitingsmechanismen zijn een belangrijke oorzaak van de geringere doorstromingsmogelijkheden van vrouwen (vergelijk par. 3 en par. 4). Deze mechanismen zijn te duiden als onbewuste discriminatie. In een juridische discussie over een toelaatbaar voorkeursbeleid die niet wil abstraheren van de sociale werkelijkheid, moet aan deze wetenschappelijke inzichten waarde worden toegekend. Het besproken onderzoek levert algemene gegevens op die gebruikt kunnen worden bij het beantwoorden van de vraag of en in hoeverre binnen concrete arbeidsorganisaties sprake is van discriminatie van vrouwen. Als die vraag positief wordt beantwoord, kan dit noodzaken tot een verschil in behandeling van mannen en vrouwen, door voorrang te geven aan vrouwen. Het adagium 'gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar rato van hun ongelijkheid' brengt dit mee. De definitie van directe discriminatie van artikel 1 lid 1 WGB biedt ruimte voor deze benadering. Directe discriminatie is daar gedefinieerd als: 'wanneer iemand op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld'. Een vergelijking kan dus niet achterwege blijven en kan de noodzaak tot een verschil in behandeling duidelijk maken.

De algemene gegevens over de werking van seksestereotypering bieden een eerste aanknopingspunt voor de vraag of sprake is van een vermoeden van directe discriminatie van vrouwen binnen arbeidsorganisaties. In het verleden heeft de Hoge Raad in het arrest *Binderen vs. Kaya* het gebruik van dergelijke gegevens geaccepteerd door aan te nemen dat geen rechtsregel zich ertegen verzet aan algemene gegevens een (zwaarwegend) vermoeden van discriminatie te ontlenuen.<sup>36</sup> Ons inziens kunnen deze algemene gegevens worden gecombineerd met gegevens over de achterstandspositie van vrouwen in specifieke functies of functiegroepen binnen arbeidsorganisaties. Dit samenstel van gegevens kan voldoende zijn voor de conclusie dat vrouwen en mannen binnen (delen van) de arbeidsorganisatie niet in een vergelijkbare situatie verkeren en dat een verschil in behandeling daarom nodig is. Voorkeursbeleid voor vrouwen kan een adequate reactie zijn die in die situatie niet leidt tot een ongeoorloofde discriminatie van mannen.

Arbeidsorganisaties moeten daarbij kunnen kiezen voor de meest effectieve vorm van voorkeursbeleid rekening houdend met de mate van achterstand van vrouwen en ook met het gegeven dat voorkeur 'bij gelijke geschiktheid' uitsluitingsmechanismen kan bestendigen (vergeleijk par. 4).

#### **Houdbaarheid uitleg artikel 141 lid 4 EG-verdrag (thans 157 lid 4 VWEU)**

Het Hof heeft alleen in het arrest *Abrahamsson* het voorkeursbeleid getoetst aan artikel 141 lid 4 EG-verdrag; het betrof voorkeursbeleid 'bij voldoende geschiktheid'. Gezien het verschil in bewoordingen ten opzichte van artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207/EEG is het opmerkelijk dat het Hof in r.o. 55 zonder enige nadere motivering volstaat met de constatering dat 'ook al staat deze gemeenschapsbepaling het toe om specifieke voordelen toe te kennen, hieruit niet kan worden afgeleid dat daarmee de betreffende voorkeursmaatregel geoorloofd is, omdat deze hoe dan ook onevenredig is aan het nagestreefde doel'.

Veldman noemde het in 2001 teleurstellend dat het Hof de lijn in eerdere jurisprudentie ongewijzigd doortrekt terwijl de Europese wetgever met de herformulering een duidelijk signaal heeft afgegeven dat doorbreking van het verbod van sekseonderscheid in de vorm van specifieke voordelen geoorloofd wordt geacht.<sup>37</sup> Ook de CGB wees in het verleden op de tekst van artikel 141 lid 4 EG-verdrag en nam aan dat een grotere beleidsvrijheid voor de lidstaten zou ontstaan om voorkeursbeleid voor vrouwen vorm te geven.<sup>38</sup> De Vos heeft er op gewezen dat de advocaten-generaal in de zaken *Badeck* en *Briheche*<sup>39</sup> het Hof uitdrukkelijk hebben gevraagd zich uit te spreken over de betekenis van de hun inziens ruimere bepaling.<sup>40</sup> Het Hof heeft dit echter achterwege gelaten.

Het ontbreken van een inhoudelijke motivering vraagt om een heroverweging van de uitleg van artikel 141 lid 4 EG-verdrag. Dit klemt te meer omdat andere lidstaten binnen de Europese Unie in hun wetgeving reservering van functies voor vrouwen wel mogelijk maken.<sup>41</sup>

CGB/CRM hebben de eis van het Hof dat voorkeursbeleid voor vrouwen alleen geoorloofd is als een individuele vergelijking van mannen en vrouwen plaatsvindt, gekwalificeerd als een jurisprudentienorm die niet rechtstreeks uit de regelgeving voortvloeit. Van die norm zou daarom onder bijzondere omstandigheden kunnen worden afgeweken. Wij kunnen die redenering onderschrijven. Naast de reeds genoemde argumenten voor een inhoudelijke heroverweging, zien wij hiertoe ook aanknopingspunten in jurisprudentie van het Hof zelf en eveneens in de afstemming op het Vrouwenverdrag.

#### **Uitzondering op fundamentele rechten: tijdelijkheid en doeltoetsing**

Het is de vraag waarom het Hof arbeidsorganisaties niet toestaat tijdelijk verdergaande voorkeursmaatregelen voor vrouwen te treffen, zolang het doel, zoals omschreven in preambule en artikel 3 van Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG, nog niet is bereikt. Een dergelijke benadering paste het Hof wel toe in het arrest *Vicoplus*.<sup>42</sup> Dit arrest betrof overgangsmaatregelen waarmee werd beoogd de toestroom van grote groepen arbeidsmigranten uit onder andere Polen te voorkomen. Bij de beoordeling van deze overgangsmaatregelen, die het vrij verkeer van werknemers en van diensten beperkten, verwees het Hof naar het doel van de toetredingsakte, namelijk het voorkomen van verstoringen op de arbeidsmarkt in de lidstaat. Het Hof achtte het hier wel mogelijk om *tijdelijke* maatregelen toe te staan ten einde het beoogde doel te bereiken.

## **In de Nederlandse rechtspraak speelt artikel 4 lid 1 Vrouwenverdrag bij de beoordeling van voorkeursbeleid nauwelijks een rol**

#### **Betekenis Vrouwenverdrag**

Het Vrouwenverdrag heeft een andere visie op een toelaatbaar voorkeursbeleid dan de visie die uit de Kalanke-jurisprudentie spreekt (vergeleijk par. 5). In de Nederlandse rechtspraak speelt artikel 4 lid 1 Vrouwenverdrag bij de beoordeling van voorkeursbeleid echter nauwelijks een rol. Het CRM moet zich in de oordelen beperken tot een toetsing aan de gelijkebehandelingswetgeving en daarbij het Unierecht en de uitleg van het Hof betrekken vanwege het supranationale karakter van dit recht. Voorkeursbeleid wordt vrijwel niet ter beoordeling voorgelegd aan de gewone rechter; daarmee vindt in de nationale rechtsspraak dus geen toetsing aan het Vrouwenverdrag plaats.

Uit de Nota Voorkeursbehandeling uit 2005 blijkt dat het toenmalige kabinet van mening was dat artikel 4 lid 1 Vrouwenverdrag de lidstaten slechts de mogelijkheid biedt maatregelen te treffen die de feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen bevorderen. Van een eventuele verplichting zou geen sprake zijn.<sup>43</sup> Deze uitleg staat haaks op de uitleg die het CEDAW heeft gegeven in de Algemene Aanbeveling 25 (vergeleijk par. 5). Het CEDAW heeft in commentaren op de Nederlandse rapportage

32. Oordeel 2008-81.

33. Oordeel 2011-198, *JAR* 2012/78, m.nt. E.Cremers-Hartman.

34. Oordeel 2012-195, *JAR* 2013/41, m.nt. E.Cremers-Hartman.

35. A.G. Veldman, 'Voorkeursbeleid en Unierechtelijke beperkingen: over het CRM, het konijn en de hoge hoed', in: R. Holt-

maat (red.), *Gelijke behandeling 2012*:

Kronieken en Annotaties, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 290-295.

36. HR 10 december 1982, *NJ* 1983/687, m.nt. EAA.

37. A.G. Veldman, 'De nieuwe Europese arresten over voorkeursbeleid', *Nemesis* 2001/4, p. 116-120 [www.tijdschriftnemesis.nl](http://www.tijdschriftnemesis.nl).

38. Oordeel 99-57.

39. HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03, (*Briheche*), *JAR* 2004/260.

40. M. de Vos, 'Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht', in: S. Bayart, S. Sottiaux & S. van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge:

die Keure 2008, p. 299-332.

41. Vergelijk M. Westerbeek, 'Onze herse-nen willen een man als baas', *Arbeidsrecht* 2014/41, p. 28.

42. HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-307/109-309/09 (*Vicoplus*).

43. *Kamerstukken II* 2004/05, 28770, 11.

inzake de naleving van het Vrouwenverdrag Nederland meerdere malen bekritiseerd en opgeroepen om gebruik te gaan maken van de tijdelijke speciale maatregelen waarin artikel 4 lid 1 voorziet.<sup>44</sup>

Nederland is als verdragspartij gehouden het Vrouwenverdrag na te leven en zal om die reden bij het formuleren van eisen aan voorkeursbeleid moeten zoeken naar een meer materiële invulling van het gelijkheidsconcept.

## 8. Meer vrouwen naar de top

De ondervertegenwoordiging van vrouwen in topfuncties in Nederland en andere EU-lidstaten is groot en wordt als een steeds urgenter probleem ervaren. De cijfers laten zien dat het aanbod van gekwalificeerde vrouwen groeit. De regelgeving van lidstaten van de Europese Unie is heel divers. Landen als Frankrijk, Zweden en België hebben regelgeving die arbeidsorganisaties op straffe van zware sancties verplichten tot het treffen van maatregelen om de positie van vrouwen te verbeteren. Steeds meer arbeidsorganisaties willen zelf adequate maatregelen treffen om meer vrouwen in de top en subtop te kunnen benoemen. Deze arbeidsorganisaties weten echter niet goed waar ze aan toe zijn. Kunnen ze het oordeel van het CRM in de zaak TU Delft volgen of lopen ze daarmee een risico dat een man zich meldt met een schadeclaim?

Onzes inziens zijn er voldoende steekhoudende argumenten om de Kalanke-norm los te laten en arbeidsorganisaties de ruimte te laten bij de keuze van een effectieve vorm van voorkeursbeleid voor vrouwen. Het Hof signaleert in enkele arresten weliswaar dat vrouwen in de prak-

tijk met uitsluiting te maken hebben, maar benoemt dit niet als discriminatie en staat uitsluitend een vorm van voorkeursbeleid toe waarvan uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat deze discriminatie bestendigt. In de loop der tijd is veel kennis verkregen over vaak onbewuste discriminatie binnen arbeidsorganisaties. Deze kennis moet worden betrokken bij de beoordeling van een juridisch toelaatbaar voorkeursbeleid.

Artikel 5 lid 1 WGB staat voorkeursbeleid voor vrouwen toe onder de voorwaarden dat 1. dit beleid tot doel heeft nadelen op te heffen of te verminderen en 2. dit beleid evenredig is in verhouding tot het nagestreefde doel (evenredigheids- of proportionaliteitsvereiste). Deze bepaling biedt ruimte voor verschillende vormen van voorkeursbeleid mits de mate van achterstand dusdanig is dat sprake is van proportionaliteit tussen doel en middel. Binnen de grenzen die deze wetgeving stelt en op basis van adequaat cijfermateriaal over de positie van vrouwen in hun organisatie, kunnen arbeidsorganisaties die vorm van voorkeursbeleid toepassen die zij noodzakelijk achten als bijdrage aan de doelstellingen van zowel de Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG als het Vrouwenverdrag, namelijk een grotere gelijkheid van mannen en vrouwen binnen arbeidsorganisaties en op de arbeidsmarkt. ●

<sup>44</sup>. Kamerstukken II 2009/10, 30420, 154,

Aanbevelingen 22-23; Kamerstukken II

2006/07, 30420, 46 en 41.