

**Advies Commissie Gelijke Behandeling over
de conceptnota Voorkeursbehandeling van het
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid**

28 december 2004

CGB-advies/2004/10

Commissie Gelijke Behandeling
Kleinesingel 1-3
Postbus 16001
3500 DA Utrecht
T 030 888 38 88
F 030 888 38 83
E info@cgb.nl
W www.cgb.nl

Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Commissie Gelijke Behandeling over de conceptnota Voorkeursbehandeling

1. Inleiding

De Commissie Gelijke Behandeling (hierna: CGB) heeft met waardering kennis genomen van uw concept-nota over voorkeursbehandeling. Zij heeft zich op basis van uw notitie de volgende vragen gesteld:

- a. Verdient het aanbeveling om de mogelijkheid om een voorkeursbeleid te voeren uit te breiden naar alle gronden die de gelijkebehandelingswetgeving beoogt te beschermen? Uw standpunt is dat er geen aanleiding bestaat om de huidige bepalingen over voorkeursbehandeling te herzien;
- b. Moet de wettelijke definitie van voorkeursbeleid en -behandeling symmetrisch of asymmetrisch worden geformuleerd? U bent voorstander van een asymmetrische formulering;
- c. Verdient het aanbeveling de bestaande criteria aan de hand waarvan wordt getoetst of een voorkeursbeleid toelaatbaar is, te herzien en, zo ja, is het wenselijk om voor de verschillende gronden verschillende criteria te hanteren? Uw standpunt is dat (vooralsnog) voor leden van etnische en culturele minderheden en voor mensen met een handicap of chronische ziekte meer vormen van voorkeursbehandeling mogelijk zijn dan voor vrouwen.

De CGB neemt bij de beantwoording van deze vragen als uitgangspunt:

- dat uitzonderingen op het verbod van onderscheid in het algemeen restrictief moeten worden uitgelegd, om te voorkomen dat dit gebod wordt uitgehold¹;
- dat de regeling zoveel mogelijk spoort met het EG-recht zoals neergelegd in het EG (art. 13 en art. 141 EG), de EG-richtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG); de CGB verwacht dat in de jurisprudentie één standaard zal worden gehanteerd voor de verschillende gronden;
- dat - ten behoeve van de eenheid en daarmee van de kenbaarheid van de regelgeving - zo min mogelijk verschil moet bestaan in beschermingsniveau (en de uitzonderingen op het verbod op onderscheid) tussen de verschillende door de gelijke behandelingswetgeving beschermde gronden. Het vorenstaande leidt er toe dat de wettelijke uitzondering voor voorkeursbeleid in beginsel ook mogelijk wordt voor groepen (bijvoorbeeld mannen of mensen van Nederlandse afkomst) die in de praktijk niet - althans in de huidige context niet - aan de voorwaarden zullen voldoen die aan voorkeursbeleid worden gesteld.

Wat betreft de eerste vraag (a) is de CGB van oordeel dat de huidige bepalingen die voorkeursbeleid mogelijk maken moeten worden uitgebreid naar alle door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden, waarbij het voeren van voorkeursbeleid alleen kan worden overwogen indien er metterdaad sprake is van (onder andere) een aangetoonde achterstand van de groep die voorwerp is van voorkeursbeleid (paragraaf 5).

Omtrent de tweede vraag (b) is de CGB voorstander van een symmetrische benadering. Dat wil zeggen dat de norm die de mogelijkheid biedt tot het voeren van voorkeursbeleid

¹ Vgl. CGB 28 februari 2001, oordeel 2001-19 en CGB 21 september 2004, oordeel 2004-116.

symmetrisch dient te worden geformuleerd, bijvoorbeeld voorkeursbeleid voor de grond geslacht en niet uitsluitend ten aanzien van vrouwen (paragraaf 6).

Ten aanzien van de derde vraag (c) acht de CGB het noodzakelijk dat alle door de gelijke behandelingswetgeving beschermde gronden voor wat betreft de toelaatbaarheid van een voorkeursbehandeling voldoen aan de eisen die daaromtrent in de jurisprudentie van het HvJ EG en de oordelen van de CGB zijn gesteld. Deze worden in paragraaf 4 besproken, terwijl in paragraaf 7 nader wordt ingegaan op de verschillende vormen van voorkeursbehandeling die u onderscheidt.

Voordat het antwoord op de gestelde vragen wordt uitgewerkt, volgt aandacht voor wat onder voorkeursbeleid- en behandeling wordt verstaan (paragraaf 2) en voor het relatieve belang van het instrument voor de aanpak van structurele achterstelling (paragraaf 3).

2. Voorkeursbeleid en voorkeursbehandeling

Onder maatregelen van voorkeursbeleid of voorkeursbehandeling wordt in de regel verstaan: tijdelijke maatregelen die worden genomen om de aantoonbare en structurele achterstand van (leden van) een of meer bepaalde groep(en) te verminderen. Zij zijn bedoeld om obstakels voor achtergestelde groepen weg te nemen en een mentaliteitsverandering ter zake te bereiken. Voorkeursbeleid of -behandeling is niet alleen mogelijk als het gaat om toegang tot de arbeid of het maken van promotie², maar ook bijvoorbeeld ten aanzien van onderwijs³ en arbeidsvoorwaarden zoals het toekennen van kinderopvangplaatsen.⁴

Voorkeursbeleid is ingevolge vaste jurisprudentie van het HvJ EG en het naar het EG-recht gemodelleerde nationale gelijkebehandelingsrecht een van de uitzonderingen op de gelijkebehandelingsnorm. De norm in de huidige gelijkebehandelingswetgeving is dat geen onderscheid mag worden gemaakt op (onder meer) de grond geslacht, ras en handicap of chronische ziekte. Het verbod van onderscheid geldt niet als het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen, personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep of personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen. Het doel is om daarmee feitelijke nadelen die verband houden met de gronden ras, geslacht, handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen. Het onderscheid moet in redelijke verhouding staan tot dat doel (zie art. 2 lid 3 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en art. 3 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGB h/cz)).⁵ De wet kent geen verplichting tot het voeren van voorkeursbeleid, doch staat het - onder voorwaarden - toe. De voorwaarden waaronder voorkeursbeleid is toegestaan zijn (nader) uitgewerkt in de Europese jurisprudentie en de oordelen van de CGB. De CGB heeft zich sedert haar oprichting in 1994, in navolging van haar voorgangster⁶, in tientallen oordelen uitgesproken over voorkeursbeleid of -behandeling.⁷

² Zie HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93 (*Kalanke*), *Jur.* 1995, p. I-3051; HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95 (*Marschall*), *Jur.* 1997, p. I-6363; HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97 (*Badeck*), *Jur.* 2000, p. I-1875; HvJ EG 6 juli 2000, zaak C-407/98 (*Abrahamsson & Anderson*), *Jur.* 2000, p. I-5539 en HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03 (*Briheche*), *Jur.* 2004, p. I-n.n.g., *JAR* 2004, 260.

³ HvJ EG 17 december 2000, zaak C-79/99 (*Schnorbus*), *Jur.* 2000, p. I-10997.

⁴ HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-476/99 (*Lommers*), *Jur.* 2002, p. I-2891.

⁵ Op 1 april 2004 is de EG-implementatiewet AWGB (Wet van 21 februari 2004) in werking getreden. Deze wet dient ter implementatie van de Rasrichtlijn en de Kader- of Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn. De EG-implementatiewet AWGB bevat de navolgende wijziging van art. 2 lid 3 AWGB en art. 3 lid 1 onder c WGB h/cz over voorkeursbeleid. Toegevoegd is dat het moet gaan om een *specifieke maatregel* en dat het in plaats van het opheffen of verminderen van feitelijke achterstanden, moet gaan om het opheffen of verminderen van *feitelijke nadelen verband houdende met de gronden (...)*.

⁶ De Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid.

⁷ De uitspraken van de CGB kunnen worden geraadpleegd via de website van de CGB: www.cgb.nl.

Opvallend is dat het aantal verzoeken in de beginperiode hoger lag dan in de afgelopen jaren. Mogelijk wordt het instrument minder gehanteerd omdat er bij particuliere en overheidsorganisaties in de laatste jaren minder draagvlak is voor het voeren van voorkeursbeleid. Bovendien riskeert een particuliere of overheidsorganisatie die voorkeursbeleid voert, dat zij hierover verantwoording moet afleggen tegenover de rechter en/of de CGB, en krijgt zij kritiek van personen die buiten het voorkeursbeleid vallen en die zich daardoor achtergesteld voelen.⁸ Sinds het wegvallen van de Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden (Wet SAMEN) per 1 januari 2004 ontbreekt bovendien de stok achter de deur om voorkeursbeleid te voeren voor etnische minderheden.

De CGB deelt uw oordeel dat het negatieve imago van voorkeursbeleid niet terecht is, omdat het gaat om tijdelijke maatregelen die met strikte waarborgen zijn omkleed en die als doel hebben om obstakels voor achtergestelde groepen weg te nemen. Het gaat erom de gevolgen van een ander, vaak onbenoemd en niet bewust gevoerd voorkeursbeleid - waarbij de voorkeur in de regel uitging naar een lid van de 'dominante' groep - te neutraliseren.

3. Aanpak structurele achterstelling

In uw conceptnota gaat u alleen in op het voorkeursbeleid zoals bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving en laat u andere mogelijkheden buiten beschouwing, waardoor de indruk ontstaat dat u dit ziet als enige mogelijkheid om de structurele achterstand van bepaalde groepen aan te pakken en een mentaliteitsverandering te bereiken.

De essentie van voorkeursbeleid is het bijdragen aan het bestrijden van structurele achterstelling van bepaalde groepen. Structurele achterstelling kan maar in beperkte mate worden bestreden door het voeren van voorkeursbeleid zoals bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving. Inbedding van voorkeursbeleid in een groter geheel van maatregelen is dan ook van groot belang om structurele achterstelling tegen te gaan.

Daarom beveelt de CGB u aan in uw nota aandacht te besteden aan andere (beleids)maatregelen die kunnen worden genomen ter bevordering van de maatschappelijke participatie van achtergestelde groepen. De CGB denkt daarbij aan maatregelen in het kader van sociaal beleid en stimuleringsbeleid door zowel de overheid als werkgevers. Bij maatregelen van sociaal en stimuleringsbeleid gaat het niet om het binnen een bepaalde tijdspanne opheffen van achterstanden, maar om het compenseren of opheffen van beperkingen die bepaalde groepen ondervinden door speciaal daarop gerichte maatregelen. Het voeren van (bij voorbeeld) een deeltijdbeleid en het aanbieden van taalonderwijs en (betaalbare) regelingen van kinderopvang behoeft - mits daarbij geen voorrang voor bepaalde groepen geldt - niet te worden getoetst aan de voorwaarden voor voorkeursbeleid. Bij gehandicapten en chronisch zieken kan worden gedacht aan ondersteuningsmaatregelen ten behoeve van de deelname aan het reguliere onderwijs, het bieden van een vervoersfaciliteit of aanpassingen van een woning. Het gaat hier niet om tijdelijke maatregelen van voorkeursbeleid die niet meer gelegitimeerd zijn als de achterstand is weggewerkt, maar om permanent noodzakelijke voorzieningen, zonder welke werknemers met zorgtaken en gehandicapten en chronisch zieken niet op gelijke voet kunnen participeren en integreren in de samenleving.⁹ U zou in uw conceptnota aandacht kunnen besteden aan andere instrumenten, zoals - als in Canada en Zuid-Afrika - het opstellen van 'employment equality programmes' door bedrijven en instellingen, of - zoals in de VS, Noord-Ierland (t.a.v. godsdienst) en het Verenigd Koninkrijk (t.a.v. ras) -

⁸ Vgl. CGB 9 januari 2003, oordeel 2003-1, CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10 en CGB 23 december 2003, oordeel 2003-161.

⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 32.

'contract compliance' door de overheid of, zoals eerder is bepleit, verplichte 'emancipatie effect rapportages'.

De CGB is - met u en in lijn met de Europese wetgeving en jurisprudentie - van oordeel dat het in de gelijkebehandelingswetgeving neergelegde voorkeursbeleid niet verplicht moet worden gesteld. Een verplicht voorkeursbeleid kan naar het oordeel van de CGB in de weg staan aan de beoogde mentaliteitsverandering. Dit laat onverlet dat het nemen van speciale maatregelen om structurele achterstandssituaties op te heffen als een verplichting voor de lidstaten kan worden aangemerkt, blijkens artikel 2, tweede lid, van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (*Trb.* 1966, 237) en artikel 4, eerste lid, van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (*Trb.* 1981, 61).¹⁰

4. Juridisch kader en jurisprudentie over voorkeursbeleid en -behandeling

In uw conceptnota gaat u in op de vraag of de jurisprudentie van het HvJ EG, het VN-Vrouwenverdrag, de Rasrichtlijn¹¹, en de Kader- of Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn¹², nopen tot aanpassing van de bepalingen over voorkeursbehandeling in de AWGB en andere gelijke behandelingswetgeving

In de Rasrichtlijn en de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn zijn bepalingen over voorkeursbehandeling opgenomen. Deze bepalingen komen niet geheel overeen met de bepaling over voorkeursbehandeling in de (oude) richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen¹³, die de basis vormde voor de formulering in artikel 2, derde lid, AWGB. Inmiddels is met Richtlijn 2002/73/EG ook de richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen gewijzigd. Ook deze nieuwe richtlijn kent een nieuwe bepaling voor voorkeursbehandeling.¹⁴ Bij de implementatie van de nieuwe richtlijnen in de AWGB is aan artikel 2, derde lid, slechts een aantal woorden toegevoegd die aangeven dat het een specifieke maatregel moet betreffen en dat deze ten doel moeten hebben feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen. De grond ras is dus toegevoegd.

De jurisprudentie van het HvJ EG over voorkeursbeleid heeft tot op heden slechts betrekking op voorkeursbeleid bij de toegang tot de arbeid, promotie en bij de arbeidsvoorwaarden. Derhalve kan niet met zekerheid worden gesteld of het Hof dezelfde criteria zal hanteren met betrekking tot andere gronden en op andere terreinen.

Toegang tot de arbeid en promotie

De CGB heeft in eerste instantie de criteria overgenomen die door haar voorganger waren ontwikkeld ten aanzien van de toegang van vrouwen tot de arbeid.¹⁵ In oktober 1995 oordeelde het HvJ EG voor het eerst over voorkeursbeleid voor vrouwen, te weten in de zaak *Kalanke*.¹⁶ Het HvJ EG heeft zich vervolgens in de volgende arresten uitgesproken

¹⁰ Zie ook CEDAW, General Recommendation nr. 25 (2004), *Temporary special measures*, par. 8 en 18.

¹¹ Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*Pb. EG* 2000, L 180/22 (19 juli 2000)).

¹² Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*Pb. EG* 2000, L 303/16 (2 december 2002)).

¹³ Art. 2 lid 4 Richtlijn 76/207/EG.

¹⁴ Art. 2 lid 8 Richtlijn 2002/73/EG verwijst voor de toegestane voorkeursbehandeling naar art. 141 lid 4 EG, dat 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 beroepsactiviteiten door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om de nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.'

¹⁵ CGB 25 augustus 1995, oordeel 1995-35.

¹⁶ HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93 (*Kalanke*), *Jur.* 1995, p. I-3051.

over voorkeursbeleid voor vrouwen bij de toegang tot de arbeid en promotie: in de zaken *Marshall*¹⁷, *Badeck*¹⁸, *Abrahamsson*¹⁹ en *Briheche*.²⁰

Deze arresten zijn van grote invloed geweest op de jurisprudentie van de CGB over voorkeursbeleid. Volgens vaste jurisprudentie van de CGB vloeit uit deze Europese rechtspraak voort dat voorkeursbehandeling van vrouwen moeten worden getoetst aan de volgende criteria²¹:

1. Referentiekader: de achterstand van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid, dient te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod. Om te beoordelen of dit het geval is moet het concrete aandeel van de groep die onderwerp is van voorkeursbeleid binnen een bepaalde functiesoort en -niveau worden vergeleken met het relevante potentiële aanbod op de arbeidsmarkt;
2. Zorgvuldigheidsvereiste: de regeling waarborgt dat bij sollicitaties en promoties een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaatsvindt, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten. Indien één of meer criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan en dergelijke criteria niet (indirect) discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten, dient de aan de vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing te worden gelaten. Daarbij is van belang dat uitsluitend bij gelijke geschiktheid voorrang wordt gegeven aan de kandidaat die onderdeel uitmaakt van de groep die onderwerp is van voorkeursbeleid;
3. Proportionaliteitsvereiste: het onderscheid dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. De voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand. Daarbij dient de maatregel ook daadwerkelijk tot effect te kunnen hebben dat de achterstand in kwestie wordt verminderd of opgeheven.

Voorts geldt het vereiste uit hoofde van artikel 3, tweede lid, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB) dat indien voorkeursbeleid (ten aanzien van vrouwen) wordt gevoerd, dit bij de aanbieding van een betrekking duidelijk moet worden vermeld (het kenbaarheidsvereiste). Het achterwege laten van deze vermelding levert dan ook strijd met de wet op.²² Daarnaast is van belang, gelet op het hiervoor onder twee vermelde vereiste van de objectieve beoordeling, dat duidelijk wordt dat de vacature openstaat voor alle potentiële kandidaten.²³

In paragraaf 4.3 van de nota wordt opgemerkt dat ter bepaling van een achterstandssituatie van vrouwen bij een onderneming in een bepaalde functiesoort of een bepaald functieniveau, voldoende is dat er aanmerkelijk meer mannen dan vrouwen werken. De CGB deelt dit uitgangspunt niet. Eén van de criteria waaraan een voorkeursbeleid naar ons oordeel moet voldoen is nu juist dat de achterstand van de groep die onderwerp van het voorkeursbeleid is, dient te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod. Om te beoordelen of dit het geval is moet het concrete aandeel van de groep die onderwerp is van voorkeursbeleid binnen een bepaalde functiesoort en -niveau te worden vergeleken met het relevante potentiële aanbod op de arbeidsmarkt

¹⁷ HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95 (*Marschall*), *Jur.* 1997, p. I-6363

¹⁸ HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97 (*Badeck*), *Jur.* 2000, p. I-1875.

¹⁹ HvJ EG 6 juli 2000, zaak C-407/98 (*Abrahamsson & Anderson*), *Jur.* 2000, p. I-5539.

²⁰ HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03 (*Briheche*), *Jur.* 2004, p. I-n.n.g., *JAR* 2004, 260.

²¹ Vgl. CGB 8 juni 1999, oordeel 1999-57; CGB 9 januari 2003, oordeel 2003-1; CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10 en CGB 31 maart 2004, oordeel 2004-36.

²² Vgl. CGB 9 januari 2003, oordeel 2003-1 en CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10.

²³ Vgl. CGB 23 december 2004, oordeel 2004-173.

Arbeidsvoorwaarden

Voorkeursbeleid is ook mogelijk bij de arbeidsvoorwaarden, zoals bij het toekennen van plaatsen in de kinderopvang en bij het toekennen van vergoedingen voor kinderopvang. Het HvJ EG heeft zich in het arrest *Lommers*²⁴ uitgesproken over de vraag of het geoorloofd was om de schaarse gesubsidieerde kinderopvangplaatsen - behoudens noodgevallen - te reserveren voor vrouwen.²⁵ Het betrof een Nederlandse zaak die eerder door de CGB was beoordeeld. Het Hof achtte evenals de CGB een dergelijke regeling toelaatbaar, mits de uitzondering ten behoeve van mannelijke werknemers tevens behelsde dat mannen die alleenstaande ouder zijn onder dezelfde voorwaarden als de vrouwelijke werknemers toegang hebben tot de kinderopvangplaatsen. De jurisprudentie van het Hof biedt ruimte om bij de beoordeling van voorkeursbeleid op het terrein van kinderopvangregelingen een minder strakke toets te hanteren dan bij werving en selectie.²⁶

In de oordelen over kinderopvangregelingen is door de CGB nagegaan of het gekozen voorkeursbeleid een geschikt middel vormt om de achterstand van vrouwen weg te werken of de uitstroom van vrouwen te voorkomen. Voorts beoordeelt de CGB of het gekozen voorkeursbeleid in een redelijke verhouding staat tot het doel, waarbij van belang is of mannen volledig van de regeling zijn uitgesloten of dat er hardheidsclausules voor hen bestaan. Voorts is van belang dat de effecten van de regeling regelmatig worden geëvalueerd.²⁷

Etnische of culturele minderheden

De criteria voor voorkeursbeleid zijn door de CGB met name uitgewerkt met betrekking tot voorkeursbeleid voor vrouwen. De CGB was aanvankelijk huiverig deze criteria ook op de grond ras toe te passen. In CGB 19 april 1999, oordeel 1999-32, en CGB 31 maart 2004, oordeel 2004-36, heeft de Commissie echter geconcludeerd dat ten aanzien van voorkeursbehandeling van personen die afkomstig zijn uit etnische en/of culturele minderheidsgroepen, zoveel mogelijk, dezelfde principes moeten worden toegepast als in geval van geslacht. Voorts heeft de CGB aangegeven dat de uitwerking van deze principes zal verschillen naar gelang de juridische en maatschappelijke context waarbinnen de voorkeursbehandeling plaatsvindt.

In oordeel 1999-32 heeft de CGB geoordeeld dat het reserveren van een functie voor een allochtone medewerker door het Projectbureau Vernieuwing Bijlmermeer geoorloofd was. Daarbij achtte de Commissie onder meer van belang dat de Wet SAMEN de werkgever (destijds) verplichtte om te streven naar een evenredige vertegenwoordiging van allochtonen in het personeelsbestand. De Commissie overwoog daarbij voorts dat de ondervertegenwoordiging van de door de wet beschermde groepen toeneemt naar mate er sprake is van een hoger functieniveau, terwijl juist bij de hogere functieniveaus de positieve neveneffecten van een evenredige vertegenwoordiging (zoals uitstraling op en motivatie van de betreffende bevolkingsgroepen) een grotere rol gaan spelen. Omdat de drempels op de arbeidsmarkt bij aanstelling en doorstroming bij de desbetreffende bevolkingsgroepen tamelijk hoog zijn en slechts een gering aantal werkgevers dit met een effectief voorkeursbeleid tracht te doorbreken, achtte de Commissie een voorkeursbeleid voor allochtonen gerechtvaardigd. Het reserveren van de functie voor een allochtone medewerker achtte de Commissie - gelet op bovengenoemde omstandigheden - eveneens proportioneel.

In oordeel 2004-36 werd geoordeeld dat de noodzaak tot een verschillende beoordeling van voorkeursbeleid voor vrouwen en personen die afkomstig zijn uit een

²⁴ HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-476/99 (*Lommers*), *Jur.* 2002, p. I-2891.

²⁵ Zie ook CRvB 23 januari 2003, *AB* 2003, 372.

²⁶ Vgl. CGB 8 april 1997, oordeel 1997-35; CGB 21 december 1998, oordeel 1998-144 en CGB 17 mei 1999, oordeel 1999-46.

²⁷ Vgl. CGB 8 april 1997, oordeel 1997-35 en oordeel 1997-77; en CGB 17 mei 1999, oordeel 1999-46.

etnische en/of culturele minderheid zich daar niet voordeed. Het ging in dat geval om een voorkeursbeleid van een politiekorps.

Handicap of chronische ziekte

Er is nog geen jurisprudentie over voorkeursbeleid op grond van handicap of chronische ziekte. Ten aanzien van voorkeursbeleid voor gehandicapten en chronisch zieken moet volgens de memorie van toelichting bij de WGB h/cz aansluiting worden gezocht bij het door de CGB op grond van ras gekozen toetsingskader, dat minder streng is dan de eisen bij voorkeursbeleid voor vrouwen.²⁸

Bij de totstandkoming van de WGB h/cz heeft het kabinet de criteria voor voorkeursbeleid ten aanzien van gehandicapten of chronisch zieken iets anders geformuleerd dan voormelde criteria ten aanzien van voorkeursbeleid voor vrouwen:

1. Er moet sprake zijn van een aantoonbare *en structurele achterstand* (hierna: aangetoonde achterstand) van een groep. Bij een structurele achterstandspositie gaat het om een achterstand die niet wordt veroorzaakt door tijdelijke omstandigheden en die zich op meerdere maatschappelijke terreinen manifesteert.²⁹
2. De genomen maatregelen dienen geschikt en noodzakelijk te zijn om de achterstand op te heffen.³⁰

Hoewel niet met zoveel woorden is gerefereerd aan het vereiste van de objectieve beoordeling moet worden aangenomen dat deze eis ook geldt voor voorkeursbeleid ten behoeve van gehandicapten of chronisch zieken.

²⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 169, nr. 3.

²⁹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 169, nr. 5, p. 17.

³⁰ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 169, nr. 3.

5. Voorkeursbeleid: uitbreiding gronden?

Voorkeursbeleid is volgens de nationale gelijke behandelingswetgeving ook na inwerkingtreding van de EG-implementatiewet alleen toegestaan ten behoeve van vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten. De Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn biedt echter nadrukkelijk de mogelijkheid aan lidstaten om ook voorkeursbeleid te formuleren ten behoeve van groepen die worden achtergesteld vanwege hun godsdienst of overtuiging, leeftijd of seksuele gerichtheid.

Uit uw concept-nota blijkt dat u van oordeel bent dat het instrument voorkeursbeleid moet kunnen worden ingezet ten behoeve van structureel achtergestelde groepen. U bent van oordeel dat hieronder alleen vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten zijn te begrijpen. Van een achterstand van andere groepen is niet gebleken. Er is daarom geen aanleiding de huidige bepalingen over voorkeursbehandeling in de Nederlandse wetgeving te herzien.

De CGB deelt uw opvatting dat in de praktijk (vooralsnog) uitsluitend behoefte is aan voorkeursbeleid voor de genoemde groepen. Dat neemt niet weg dat de wetgeving, mede met het oog op eenheid en kenbaarheid van het recht, alsmede de verwachtingen omtrent de ontwikkeling van de jurisprudentie van het HvJ EG, ruim moet worden geformuleerd. Bovendien komt de CGB door de jaren heen bij herhaling tot de conclusie dat in concrete zaken sprake is van onderscheid op andere gronden dan geslacht of ras. Godsdienst is een veelvoorkomende grond; het laatste jaar is leeftijd in opmars. Daarom alleen al zou rekening moeten worden gehouden met de mogelijkheid dat voorkeursbehandeling voor andere gronden relevant kan worden, waarbij van belang is dat het instrument volgens de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn kan worden ingezet ter voorkoming van achterstelling.

U bent van mening dat de achterstand van jongeren of ouderen op de arbeidsmarkt wordt veroorzaakt door tijdelijke omstandigheden die veelal van conjuncturele aard zijn. De CGB meent dat dit niet in de weg staat aan voorkeursbehandeling van ouderen of jongeren. Buiten kijf is dat de positie van zowel jongeren als ouderen bij de toetreding tot de arbeidsmarkt kwetsbaar is, uitgezonderd mogelijk enkele jaren van echte hoogconjunctuur. Niet voor niets is het minimumjeugdloon ingevoerd, niet voor niets heeft de CGB sinds de inwerkingtreding van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd al verschillende zaken behandeld waarbij vacatures niet voor ouderen open stonden.

Tenslotte verdraagt het beperken van de mogelijkheid van voorkeursbehandeling tot de drie genoemde gronden zich niet goed met het belang dat wordt gehecht aan diversiteit in het personeelsbestand. Op 18 december 2003 heeft de Tweede Kamer een motie aanvaard van de leden Verburg, Weekers, Bakker en Noorman-Den Uyl, waarin de regering wordt verzocht het lifo-beginsel bij de beoordeling van aanvragen voor ontslag om bedrijfseconomische redenen door het Centrum voor werk en inkomen (CWI) te heroverwegen, omdat daarbij onvoldoende wordt ingespeeld op de behoefte aan flexibiliteit en diversiteit.

Bij het indienen van de motie is overwogen dat diversiteit in het personeelsbestand, zoals in leeftijd, kleur, sekse en deskundigheid, ook door sociale partners van groot belang wordt geacht.³¹ Het huidige lifo-beginsel kent in dit opzicht nadelen. Verschillende beschermwaardige groepen van werknemers (jongeren, herintredende vrouwen, allochtonen en arbeidsgehandicapten) zijn oververtegenwoordigd onder de laatst ingetreden. Toepassing van het lifo-beginsel kan dan ook leiden tot verboden (indirect) onderscheid op grond van leeftijd, geslacht, ras en handicap of chronische ziekte.

Het gaat er dus om een alternatief te vinden dat meer inspeelt op de behoefte aan en het behoud van diversiteit - met betrekking tot alle beschermwaardige groepen op de arbeidsmarkt - terwijl geen strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Onderscheid is niet verboden als het (indirecte) onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd of als een voorkeursbeleid wordt gevoerd dat voldoet aan de in de wet en jurisprudentie gestelde

³¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XV, nr. 48.

vereisten. Als leden van een bepaalde beschermwaardige groep niet worden ontslagen (omdat zij behoren tot die groep) ten koste van een andere groep, is sprake van een voorkeursbehandeling.

De CGB acht het debat over het lifo-beginsel van belang, omdat het onderstreept dat het voeren van voorkeursbeleid ook op andere gronden gewenst of noodzakelijk kan zijn. Daarmee is niet gezegd dat voorkeursbehandeling steeds als oplossing kan dienen voor de dilemma's die inherent zijn aan toepassing van het lifo-beginsel. Het streven naar diversiteit is immers niet hetzelfde als het streven naar het wegnemen of verminderen van een structurele achterstelling, zodat niet in alle gevallen waarin behoefte is aan meer diversiteit een voorkeursbeleid zal zijn geoorloofd.

6. Voorkeursbeleid: symmetrisch of asymmetrisch?

Voorkeursbeleid is thans alleen toegestaan ten behoeve van vrouwen, etnische minderheden en gehandicapten, en niet ten behoeve van mannen, de autochtone meerderheid en niet-gehandicapten. Blijkens de concept-nota bent u van oordeel dat het instrument voorkeursbeleid ook in de toekomst alleen moet kunnen worden ingezet ten behoeve van de structureel achtergestelde groepen en bent u daarom een voorstander van een asymmetrische benadering. Hoewel de CGB sympathiek tegenover de achterliggende gedachte staat, meent zij dat een symmetrische formulering van de wettelijke uitzondering voor voorkeursbeleid op haar plaats is, en wel om de navolgende redenen:

- Artikel 141, vierde lid, EG en artikel 2, onderdeel 8, van de Gewijzigde richtlijn gelijke behandeling m/v (Richtlijn 2002/73/EG) staan het maken van voorkeursbeleid toe niet slechts ten behoeve van vrouwen, maar ten behoeve van het achtergestelde geslacht. Dit geldt ook voor de grond ras (zie art. 5 Rasrichtlijn) en de gronden godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (art. 7 Algemene Gelijkebehandelingsrichtlijn). Het gaat daarbij om het voorkomen of compenseren van nadelen die verband houden met de genoemde gronden. De Europese wetgeving gaat derhalve met betrekking tot voorkeursbeleid expliciet uit van een symmetrische uitzondering op de gelijkebehandelingsnorm.
- Het asymmetrisch implementeren van een symmetrische uitzonderingsmogelijkheid kan worden bestempeld als het (per definitie) onthouden van een voordeel aan leden van een bepaalde groep, wat volgens HvJ EG-jurisprudentie gelijkstaat aan discriminatie/verboden onderscheid.³²
- De CGB onderschrijft het standpunt dat mannen op dit moment in zijn algemeenheid niet behoren tot het achtergestelde geslacht en kan zich weinig tot geen situaties indenken waar het voeren van een voorkeursbeleid voor mannen op dit moment is gerechtvaardigd. Een symmetrische wettekst heeft echter niet tot gevolg dat voor mannen voorkeursbeleid moet worden gevoerd. Ingevolge de Europese jurisprudentie is het immers een vereiste ontwikkeld dat sprake moet zijn van een aangetoonde *achterstand* van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid is.
- Het voormelde standpunt van de CGB inzake uitbreiding van de gronden en zoveel mogelijk eensluitende regelgeving voor al die gronden noopt tot een symmetrische formulering van de norm inzake voorkeursbeleid.

7. Vormen van voorkeursbehandeling

In uw concept-nota onderscheidt u vier vormen van voorkeursbehandeling (van licht naar zwaar) die thans door de rijksoverheid worden gehanteerd bij toegang tot de arbeid en

³² Vgl. HvJ EG 28 september 1994, zaak C-408/92 (*Smith*), *Jur.* 1994, p. I-4435.

promotie, zoals omschreven in de kabinetsnotitie 'Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties' van 11 februari 1993:

- a. een nadrukkelijke oproep aan leden van achterstandsgroepen om te solliciteren;
- b. een voorkeur voor leden van achterstandsgroepen bij *gelijke* geschiktheid;
- c. een voorkeur voor leden van deze groepen bij *voldoende* geschiktheid;
- d. het gedurende een bepaalde tijd, en tot een bepaald aandeel van leden uit de bedoelde doelgroepen is bereikt, uitsluitend werven of selecteren onder deze leden, dan wel het reserveren van vacatures voor die leden.

De CGB is van oordeel dat de onder a aangeduide vorm, geen voorkeursbeleid betreft, omdat een dergelijke oproep geen voorkeursbehandeling van een bepaalde groep impliceert.

In uw notitie merkt u op dat in lijn met de jurisprudentie van het HvJ EG bij werving en selectie op de arbeidsmarkt alleen de twee lichtere vormen van voorkeursbehandeling, de hiervoor onder a en b genoemde varianten, mogelijk zijn. De CGB onderschrijft dit standpunt met de aantekening dat een oproep - zoals gezegd - geen voorkeursbehandeling impliceert.

In uw notitie merkt u op dat verdergaande vormen van voorkeursbehandeling mogelijk zijn waar het gaat om voorkeursbeleid gericht op het vergroten van kansen van vrouwen om aan de arbeidsmarkt deel te nemen (bijv. bij de toegang tot kinderopvangplaatsen). Dit is in lijn met de jurisprudentie van het HvJ EG en van de CGB, zoals in paragraaf 4 weergegeven.

In paragraaf 5.3 van uw concept-nota is beschreven dat het kabinet vooralsnog geen aanleiding ziet om ten aanzien van voorkeursbeleid voor leden van een etnische of culturele minderheid en mensen met een handicap of chronische ziekte dezelfde lijn te volgen als voor voorkeursbehandeling van vrouwen. Dit houdt in - aldus de nota - dat voor deze groepen, ook voor wat betreft werving en selectie, meer vormen van voorkeursbehandeling mogelijk blijven dan bij de werving en selectie van vrouwen, te weten de hiervoor onder a, b, c en d weergegeven vormen van voorkeursbeleid.

De CGB is er - zoals gezegd - voorstander van voorkeursbeleid voor alle gronden wettelijk mogelijk te maken, mits er bij de toepassing van maatregelen van voorkeursbeleid sprake is van (onder andere) een aangetoonde achterstand en acht het van belang dat er zo min mogelijk verschil is tussen de verschillende door de gelijke behandelingswetgeving beschermde gronden in eisen (en de uitzonderingen op het verbod op onderscheid) die aan een voorkeursbeleid worden gesteld en zoveel mogelijk eenheid in regelgeving. Dit impliceert dat de CGB adviseert ingeval van voorkeursbeleid op andere gronden van geslacht dezelfde lijn en criteria aan te houden als voor voorkeursbeleid voor vrouwen.

8. Tot slot

In uw concept-nota schrijft u dat de bestaande Nederlandse wetgeving in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Zoals hiervoor aangegeven is de CGB het daar niet geheel mee eens.

Resumerend adviseert de CGB:

- de wet zodanig aan te passen dat deze ruimte biedt om voorkeursbehandeling mogelijk te maken voor alle door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden, waarbij bij de toepassing sprake dient te zijn van (onder meer) een aangetoonde achterstand;
- in de wet geen verplichting tot het voeren van voorkeursbeleid op te nemen, maar wel onderzoek te plegen naar andere instrumenten ter bestrijding van structurele

achterstelling (zoals 'contract compliance', 'employment equality programmes' en emancipatie effect rapportages);

- de wet op het gebied van voorkeursbeleid symmetrisch te formuleren en daarmee in beginsel ruimte te bieden voor een voorkeursbeleid ten aanzien van alle door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden, zoals geslacht en ras, zonder dit te (blijven) beperken tot vrouwen, etnische en culturele minderheden en gehandicapten en chronisch zieken. Dat deze ruimte mogelijk niet steeds nodig zal blijken, acht de CGB een bezwaar dat niet opweegt tegen het uitgangspunt van eenheid in de gelijkebehandelingswetgeving.
- bij de toegang tot de arbeid en promotie alleen de navolgende vorm van voorkeursbehandeling in aanmerking te laten komen:
 - een voorkeur voor leden van achterstandsgroepen bij *gelijke* geschiktheid, waarbij moet zijn voldaan aan de (overige) in de jurisprudentie ontwikkelde criteria met betrekking tot de aangetoonde achterstand, de redelijke verhouding tot het doel en het kenbaarheidsvereiste.
 - een oproep aan bepaalde groepen om te solliciteren kan niet als voorkeursbehandeling worden aangemerkt; een dergelijke oproep is toegestaan, mits (ook) daarbij duidelijk wordt aangegeven dat alle potentiële kandidaten kunnen reflecteren.
- aandacht te besteden aan andere (beleids)maatregelen ter bevordering van de maatschappelijke participatie van achtergestelde groepen, in het besef dat de besproken voorkeursbehandeling niet méér is dan de wettelijke uitzondering op het verbod van ongelijke behandeling- en daarom noodzakelijkerwijs beperkt dient te worden opgevat.

De CGB adviseert u tenslotte de kabinetsnotitie 'Voorkeursbeleid bij aanstelling in overheidsfuncties' van 11 februari 1993 aan te passen aan de thans voorgestelde notitie.