

Hoofdstuk 18

EUROPEESRECHTELIJKE GRENZEN AAN QUOTAMAATREGELEN TER BEVORDERING VAN DIVERSITEIT IN (DE TOP VAN) HET BEDRIJFSLEVEN?

A.G. Veldman¹

18.1 Inleiding

De afgelopen jaren is er veel belangstelling voor diversiteitsbeleid binnen bedrijven. Daarbij wordt vaak een correlatie gelegd tussen de mate van (gender- en culturele) diversiteit binnen het bedrijf en het succes van de onderneming in termen van innovatie en/of winst op de lange termijn. Om deze reden – en om talenten zo goed mogelijk tot hun recht te laten komen – wil de overheid het voeren van een diversiteitsbeleid stimuleren onder bedrijven. Het streven is om tot een meer evenwichtige representatie van zowel vrouwen als (culturele) minderheidsgroepen te komen, met name in de top van het bedrijfsleven.²

Voor zover het gaat om het aandeel van vrouwen in besturen en raden van commissarissen is al eerder actie ondernomen in Nederland. In 2013 is een wettelijke streefcijferregeling ingevoerd voor (bepaalde) vennootschappen.³ Het streefcijfer bedraagt daarbij tenminste 30% vrouwen en tenminste 30% mannen. De tijdelijke regeling kan bij gebrek aan harde sancties als een *soft law* maatregel worden bestempeld. Ook na een eerdere verlenging van de looptijd van de maatregel, zal het streefcijfer hoogstwaarschijnlijk niet gehaald worden wanneer de maatregel straks afloopt.⁴ De verantwoordelijk Minister heeft echter al laten weten ‘stevige maatregelen’ niet uit de weg te gaan wanneer ultimo 2019 de balans wordt opgemaakt.⁵ Dit zou wellicht

1 Mr. dr. A.G. (Albertine) Veldman is als universitair docent (Europees) arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

2 Zie *SER-adviesaanvraag ‘Diversiteit in de top’*, brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dd. 29 juni 2018.

3 Art. 2:166/2:276 BW.

4 Atria, *Benchmark man-vrouw verhoudingen in raden van bestuur en raden van commissarissen van de 200 grootste Nederlandse bedrijven die vallen onder de Wet Bestuur en Toezicht (Wbt)*, februari 2019.

5 *Kamerstukken II 2017/18*, 30420, nr. 263; *SER-adviesaanvraag ‘Diversiteit in de top’*, 2018, p. 2.

de invoering kunnen betekenen van bindende quota of andere wettelijk voorkeursmaatregelen bij de voordracht en benoeming van bestuurders en/of commissarissen, zoals we deze al kennen uit Noorwegen, Frankrijk, Duitsland, België of Italië of uit het EU-richtlijnvoorstel voor een gelijke genderverdeling in het ondernemingsbestuur.⁶ Dit doet de vraag rijzen in hoeverre voorkeursbeleid inclusief het gebruik van bindende quota in het kader van diversiteitsbeleid juridisch toelaatbaar is. Is hier geen sprake van verboden (positieve) discriminatie? De vraag neemt aan relevantie toe nu bepaalde bedrijven zelf al overgaan tot het reserveren van arbeidsplaatsen voor vrouwen. De TU Eindhoven kondigde aan vanaf 1 juli 2019 alle vaste wetenschappelijke functies gedurende het eerste half jaar alleen voor vrouwen open te stellen. Volgens het universiteitsbestuur is dergelijk wervingsbeleid toegestaan.⁷

De Europese en Nederlandse wetgeving voor gelijke behandeling verbiedt het om besluiten over werving, aanstelling of promotie (mede) te baseren op zogeheten verboden onderscheidingsgronden zoals sekse en ras. Dat geldt in beginsel niet alleen wanneer dat tot negatieve discriminatie leidt maar ook als dat in positieve discriminatie resulteert. Er zijn echter wel uitzonderingsgronden opgenomen in de wetgeving waardoor persoonskenmerken als bijvoorbeeld sekse of ras toch een rol kunnen spelen wanneer het om zogeheten 'positieve acties' gaat.⁸ De rol welke quota, reserveringen, voorkeur of andere maatregelen gericht op een evenwichtige vertegenwoordiging kunnen spelen binnen een diversiteitsbeleid, zal uiteraard afhankelijk zijn van de toepasselijkheid en uitleg van deze uitzonderingsgronden. Op grond van de huidige jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie lijken de marges uiterst smal. Het Nederlandse College voor de Rechten van de Mens komt echter tot een wat andere afweging op grond van de nationale wetgeving. Dat roept wel weer de vraag op of het laatste dan niet strijdig is met de (hogere) regels van het Europees Unierecht. Die vraag speelt evengoed voor de dwingende quotaregelingen die zijn ingevoerd in een aantal EU-landen om ons heen. Hoe verhoudt zich dit tot het (strengere) Europeesrechtelijke kader? En hoe past het eerder genoemde EU-richtlijnvoorstel tot invoering van een Europees vrouwenquotum voor ondernemingsbesturen daarbinnen?

6 Voorstel voor een richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012)614. De EU Commissie en het EP zijn voorstander maar het voorstel wordt geblokkeerd door de Raad, zie *Legislative train*, dd.05.2019 – Area of Justice and Fundamental Rights, <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-gender-balance-on-boards> (geraadpleegd 13 juni 2019).

7 'TU Eindhoven wil alleen nog vrouwen aannemen', *NRC* dinsdag 18 juni, p. 2.

8 Deze term voor een maatregel die onderscheid maakt op een verboden discriminatiegrond met als doel gelijkheid in de praktijk te verwezenlijken, wordt gebruikt in de verschillende EU gelijkebehandelingsrichtlijnen.

Er bestaat, kortom, nog veel onduidelijkheid over welk juridisch toetsingskader geldt voor de meer ingrijpende diversiteitsmaatregelen. Om meer inzicht te krijgen in de (on)mogelijkheden voor de Nederlandse wetgever en voor bedrijven om gender- en culturele diversiteit te bevorderen, zullen in deze bijdrage de Europeesrechtelijke grenzen worden verkend van de inzet van quota of anderszins verplichtende voorkeursregelingen in het kader van diversiteitsbeleid in (de top van) het bedrijfsleven. Daartoe wordt eerst de relevante Europese gelijkebehandelingswetgeving en de uitleg daarvan door het Europese Hof van Justitie besproken (paragraaf 2). De inzet van dwingende quotamaatregelen zal aan dit juridische kader worden getoetst waarbij ook aandacht wordt besteed aan de bestaande buitenlandse quotawetgeving en het richtlijnvoorstel voor een Europees quotum en de vraag of en, zo ja, hoe deze regelingen met het Europese toetsingskader op één lijn zijn te brengen (paragraaf 3). Vervolgens zal naar de Nederlandse wetgeving en de (ruimere) uitleg daarvan door het College voor de Rechten van de Mens worden gekeken. In hoeverre is deze nationale lijn op juridische gronden verdedigbaar (paragraaf 4)? De bijdrage sluit af met conclusies (paragraaf 5).

18.2 Het Europees Unierechtelijke toetsingskader

In het navolgende wordt de relevante Europese wetgeving uiteengezet voor zover het gaat om voorkeursbeleid, en de wijze waarop daaraan uitleg is gegeven in het verleden door het Europese Hof van Justitie (verder: 'Hof'). Het Unierechtelijk gelijkebehandelingsrecht vormt een substantieel deel van het Europees sociaal recht. Het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen vormt al sinds de oprichting van de EEG één van de verdragsbepalingen (artikel 119 EEG, later 141 EG en nu 157 VWEU). Later zijn daar in de jaren zeventig van de vorige eeuw richtlijnen bijgekomen die seksdiscriminatie in het hele arbeidsproces verbieden. Sinds 2000 is het Unierechtelijk gelijkheidsrecht bovendien aangevuld met andere (verboden) discriminatiegronden, te weten ras, geloof, leeftijd, handicap en seksuele voorkeur.

Midden jaren zeventig zijn, zoals gezegd, richtlijnen tot stand gekomen die sekse-discriminatie bij (de toegang tot) de arbeid verbieden. Deze eerste generatie van wetgeving is in 2006 aangepast, waarbij met name uniformering werd beoogd met de richtlijnen uit 2000 die zien op rassendiscriminatie en overige discriminatie bij de arbeid. Ook de verdragsbepaling van wat nu artikel 157 VWEU is, heeft in het verleden wijziging ondergaan. Dit alles is relevant omdat de jurisprudentie van het Hof over voorkeursbeleid weliswaar meerdere uitspraken omvat maar dateert van ongeveer twintig jaar geleden. Ondanks de wijzigingen in de wetgeving strekt de jurisprudentie zich evenwel ook uit over de rechtsnormen die vandaag de dag gelden. Zo merkt ook bijvoorbeeld de Europese Commissie de jurisprudentielijn van rond

het einde van het millennium als geldig recht aan, wanneer zij in 2012 een richtlijnvoorstel doet voor een vrouwenquotum in het ondernemingsbestuur (zie verder paragraaf 18.3.3). Of het Hof vandaag de dag ook precies hetzelfde zou oordelen is weer een andere vraag, waarop in de laatste paragraaf wordt teruggekomen.

18.2.1 De Marschall-norm voor positieve acties

De jurisprudentie van het Hof baseert zich in eerste instantie op richtlijn 76/207/EEG. Deze richtlijn, evenals zijn opvolger uit 2006, verbiedt elke vorm van seksediscriminatie bij (de toegang tot) de arbeid. In artikel 2 lid 4 van richtlijn 76/207 is de volgende uitzonderingsgrond opgenomen:

“Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van vrouwen (...) nadelig beïnvloeden.”

De bepaling lijkt een voorkeursmaatregel of positieve actie voor vrouwen mogelijk te maken, al is de formulering niet heel duidelijk. Wanneer het doel van ‘het bevorderen van gelijke kansen voor mannen en vrouwen’ formeel wordt opgevat, lijkt het maken van elk sekseonderscheid daarmee in strijd te zijn. Aan de andere kant vormt de bepaling echter juist een *uitzonderingsgrond* op het in de richtlijn neergelegde seksediscriminatieverbod en suggereert dus dat het maken van sekseonderscheid in bepaalde omstandigheden juridisch toelaatbaar is. In de *Kalanke*-zaak uit 1995 geeft het Europese Hof van Justitie (verder: “Hof”) voor het eerst uitleg aan de uitzonderingsgrond uit de richtlijn.⁹

In *Kalanke* draait het om de gelijkheidswetgeving van de stad Bremen waarin is bepaald dat vrouwelijke ambtenaren voorrang krijgen bij aanstelling of promotie wanneer zij gelijk gekwalificeerd zijn aan mannelijke kandidaten en de betreffende functiegroep uit minder dan 50% vrouwen bestaat. Op grond van dit beleid wordt de heer Kalanke de post van hoofd van de afdeling Parken ontnomen. De zaak komt voor de rechter en er worden prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. In zijn conclusie meent Advocaat-Generaal Tesouro dat een voorrangregel die gelijke vertegenwoordiging tot doel heeft, het (gewenste) getalsmatig resultaat voorop stelt. Dit is in strijd met de richtlijn die een (individueel) recht op gelijke kansen beoogt en geen recht op gelijke vertegenwoordiging (van groepen).¹⁰ Doordat de vrouwelijke ambtenaar over

9 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, NJ 1996/507 (*Kalanke*).

10 Zaak C-450/93, Conclusie A-G van 6 april 1995, overweging 7.

gelijke kwalificaties beschikt, heeft ze bovendien al gelijke kansen en zijn extra maatregelen niet geoorloofd, aldus de A-G.¹¹ Ook het Hof oordeelt dat het beleid ‘voor zover het streeft naar gelijke vertegenwoordiging van vrouwen binnen de functieniveaus, het doel van gelijke kansen, zoals neergelegd in artikel 2(4), vervangt, terwijl dit doel alleen bereikt kan worden door zulke gelijke kansen te bieden’.¹² De regel geeft daarmee een, in de woorden van het Hof, absolute of automatische voorrang aan vrouwen, hetgeen onverenigbaar is met de richtlijn.

De beslissing van het Hof in *Kalanke* lijkt elke vorm van voorkeursbeleid uit te sluiten. Het ging immers om de meeste ‘zachte’ vorm van voorkeur, namelijk alleen bij gelijke geschiktheid van de overgebleven kandidaten. Er worden geen plaatsen gereserveerd voor vrouwen, alle geschikte kandidaten worden in de procedure betrokken en de voorrangsregel is in feite niet absoluut omdat elke beter gekwalificeerde, mannelijke kandidaat dient te worden aangenomen. Verschillende lidstaten zijn dan ook ontevreden met de uitspraak en grijpen de Intergouvernementele Conferentie van Amsterdam (1997) aan om de wetgeving over positieve acties bij te stellen.¹³ Bij het Verdrag van Amsterdam wordt artikel 141 lid 4 EG-Verdrag ingevoerd (nu artikel 157 lid 4 VWEU):

“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.”

De tekst verduidelijkt dat “speciale voordelen” mogen worden gegeven, en niet slechts met het oog op het bevorderen van gelijke kansen maar met het oog op het verzekeren van “volledige gelijkheid in de praktijk”. Wel is de bepaling, in tegenstelling tot de richtlijnbevestiging, symmetrisch geformuleerd, dat wil zeggen dat positieve actie voor zowel mannen als vrouwen mogelijk wordt. Een (niet-bindende) declaratie bij het Verdrag van Amsterdam vermeldt dat lidstaten zich in eerste instantie moeten richten op de verbetering van de situatie van vrouwen.¹⁴ Naast de nieuwe bepaling blijft ook artikel 2(4) van richtlijn 76/207 nog van kracht. Een verdragsbepaling zal als primair EU-recht echter voorgaan op een richtlijnbevestiging.

11 Zaak C-450/93, Conclusie A-G van 6 april 1995, overweging 13.

12 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, NJ 1996/507 (*Kalanke*), r.o. 23.

13 Zie A.G. Veldman, ‘Preferential Treatment in European Community Law: Current Legal Developments and the Impact on National Practices’, in: Titia Loenen and Peter R. Rodrigues (eds.) *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1999, p. 279-291.

14 Zie S. Burri en A. Veldman, ‘Gelijke behandeling als grondrecht’, in: F. Pennings en S. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer 2016, p. 181.

Met de zaak *Marschall* krijgt het Hof opnieuw de kans te oordelen over voorkeursbeleid.¹⁵ De voorkeursregel bij gelijke geschiktheid van het *Land* Noordrijn-Westfalen kent een expliciete uitzonderingsclausule. Er wordt geen voorrang gegeven wanneer individuele redenen de balans doen doorslaan in het voordeel van de mannelijke kandidaat. A-G Jacobs meent dat een uitzonderingsclausule het discriminerend karakter van het voorkeursbeleid – dat nog steeds gelijke vertegenwoordiging tot doel heeft – niet wegneemt.¹⁶ Het Hof oordeelt anders. In beschouwing wordt genomen dat vanwege sekstereotypen en vooroordelen in de praktijk, vrouwelijke kandidaten die gelijk geschikt zijn voor een functie niet per definitie ook gelijke kansen hebben (rechtsoverweging 30). Nationale voorrangregels bij gelijke geschiktheid die deze ongelijkheid willen opheffen, kunnen daarom binnen de richtlijn vallen. Omdat de regel echter geen automatische of absolute voorrang mag bieden, dient deze te garanderen dat alle kandidaten objectief beoordeeld worden waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria verbonden aan de individuele kandidaten, en er geen voorrang wordt gegeven aan vrouwen zodra één of meer van deze criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan (rechtsoverweging 33). Deze uitspraak is lastig te rijmen met *Kalanke* waarin het in feite om hetzelfde type van voorkeursbeleid draaide. Wellicht dat de versoepeling is te wijten aan de nieuw ingevoerde bepaling van artikel 141 lid 4 in het op dat moment al aangenomen – maar nog niet in werking getreden – Verdrag van Amsterdam.

De Abrahamsson-zaak uit 2000 bevestigt de bovenstaande ‘Marschall-norm’.¹⁷ De Zweedse regeling uit *Abrahamsson* bepaalt dat aan een persoon die behoort tot de ondervertegenwoordigde sekse en die voldoet aan de functie-eisen, voorrang kan worden gegeven boven een kandidaat van de andere sekse die anders gekozen zou zijn. De voorrangregel mag niet worden toegepast wanneer het verschil in kwalificaties van de kandidaten zo groot is dat dit in strijd komt met de vereiste objectiviteit. Het Hof toetst allereerst aan richtlijn 76/207. Er is sprake van een automatische voorrang voor sollicitanten van de ondervertegenwoordigde sekse, aldus het Hof. De uitzonderingsregel in verband met de vereiste objectiviteit doorbreekt het automatisme niet omdat het onvoldoende nauwkeurig is. Hierdoor wordt geselecteerd uit alle voldoende geschikte kandidaten op de enkele grond van sekse, zelfs wanneer sprake is van een beter gekwalificeerde kandidaat.¹⁸ Omdat de Zweedse regeling hierdoor in strijd is met de richtlijnbevestiging, is nog een toets aan de nieuwe verdragsbepaling van artikel 157(4) VWEU nodig omdat deze van hogere orde is. Het Hof volstaat met de constatering dat ‘ook al staat deze gemeenschapsbepaling het toe om specifieke

15 HvJ EG 11 november 1997, C-409/95, NJ 1998/808 (*Marshall*).

16 Zaak C-409/95, Conclusie A-G, overwegingen 32 en 34.

17 HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, NJ 2001/28 (*Abrahamsson en Anderson v. Fogelqvist*).

18 HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, NJ 2001/28 (*Abrahamsson en Anderson v. Fogelqvist*), r.o. 52-53.

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.¹⁹ Tenslotte geeft het Hof nog aan dat dit alles niet anders is wanneer de regeling uitsluitend geldt voor een beperkt aantal vacatures en/of deze vacatures speciaal zijn gecreëerd in het kader van een (tijdelijk) positief actieprogramma.

In de zaak tegen Noorwegen uit 2003 volgt ook het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie de jurisprudentielijn uit *Abrahamsson*. De Noorse wetgeving op grond waarvan een aantal hoogleraarsposten wordt gereserveerd voor alleen vrouwen gaat nog een stap verder dan het beleid uit *Abrahamsson* en is daarmee in strijd met het Europese recht.²⁰

In 2006 wordt richtlijn 76/207 vervangen. De nieuwe seksdiscriminatie-richtlijn 2006/54/EG volstaat met een verwijzing naar artikel 157(4) VWEU als het om positieve actie gaat.²¹ De Rassen-discriminatie-richtlijn en de Kaderrichtlijn voor gelijke behandeling in de arbeid uit 2000 kennen eigen uitzonderingsgronden voor positieve actie. Gekozen is voor bepalingen die gemodelleerd zijn naar artikel 157 (4), zij het dat niet van ‘specifieke voordelen’ wordt gesproken maar van ‘specifieke maatregelen’ om nadelen in verband met ras, leeftijd, godsdienst, handicap of seksuele geaardheid te voorkomen of te compenseren.²² Alle genoemde bepalingen zijn symmetrisch geformuleerd.

18.2.2 De *Badeck & Lommers*-norm voor positieve acties

Ook de uitspraken *Badeck* en *Lommers* handelen over voorkeursbeleid maar maken duidelijk dat veel minder strenge voorwaarden gelden als het niet om de directe toegang tot een arbeidsplaats gaat.²³ In *Badeck* en *Lommers* worden voorkeursmaatregelen zoals het voorbehouden van 50% van de opleidingsplaatsen aan vrouwen of het bij voorkeur toekennen van crècheplaatsen aan vrouwelijke medewerkers toelaatbaar geacht, mits sprake is van een ondervertegenwoordiging van vrouwen in de functie of het bedrijf.

19 HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, *NJ* 2001/28 (*Abrahamsson en Anderson v. Fogelqvist*), r.o. 55.

20 Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie 24 januari 2003, zaak E-1/02, Toezichthoudende Autoriteit v. Koninkrijk Noorwegen, [2003] *EFTA Court Report* 1.

21 Het in 2009 ingevoerde EU-Handvest van de Grondrechten kent met artikel 23, tweede zin, eveneens een op de tekst van artikel 157(4) VWEU gebaseerde uitzondering voor positieve acties op grond van sekse, zij het niet beperkt tot arbeid.

22 Artikel 5 van richtlijn 2000/43 (Rassenrichtlijn) en artikel 7 lid 1 van richtlijn 2000/78 (Kaderrichtlijn).

23 HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97, *NJ* 2000/532 (*Badeck*); HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99, *NJ* 2002/475 (*Lommers*).

Het gaat hier in de ogen van het Hof om *voorwaardelijke* maatregelen die de uitoefening van een beroepsactiviteit voor vrouwen vergemakkelijken. Ze dragen bij aan het scheppen van gelijke kansen voor de toegang tot en het behoud van arbeidsplaatsen. Bovendien benadrukt het Hof in beide zaken het belang van het feit dat de werkgever geen monopolie bezit op de opleidings- of crècheplaatsen in kwestie. Dezelfde sociale goederen zijn in de visie van het Hof, behalve bij de werkgever, ook verkrijgbaar op de particuliere markt waardoor hiertoe ook voor mannen toegang blijft bestaan.²⁴

18.3 Diversiteitsdoelstellingen en quotaregelingen getoetst aan het EU-kader

18.3.1 Personele en materiële werkingssfeer van de Marschall-norm

De boven besproken jurisprudentie van het Hof betreft alleen voorkeursbeleid voor vrouwen. Voorkeursmaatregelen ter bevordering van culturele diversiteit vallen niet onder de materiële werkingssfeer van artikel 157 lid 4 VWEU. Maar zoals gezegd, de Rassendiscriminatie-richtlijn 2000/43 kent een eigen uitzonderingsgrond voor positieve acties op grond van ras of etnische afkomst. Hoewel het Hof tot zover geen uitleg heeft gegeven aan deze specifieke bepaling, komt de formulering van de bepaling zodanig overeen met artikel 157 lid 4 VWEU dat aangenomen mag worden dat de Marschall-norm ook op zal gaan voor voorkeur op grond van etniciteit.

Qua personele werkingssfeer kan nog afgevraagd worden of artikel 157 lid 4 VWEU en de uitzonderingsgronden voor positieve actie in de Rassen- en Kaderrichtlijn zich beperken tot de afhankelijke beroepsbevolking, oftewel werknemers. Dit is van belang omdat het diversiteitsbeleid zich de laatste jaren vooral richt op de samenstelling van raden van bestuur en commissarissen. Deze functies kunnen zelfstandigen betreffen die werkzaam zijn op een overeenkomst van opdracht. Het Hof heeft in het verleden bepaald dat artikel 157 VWEU, voor zover het ziet op het recht op gelijke beloning, beperkt is tot de werknemer.²⁵ De positieve-actie-bepaling van lid 4 is echter breed geformuleerd en spreekt van 'beroepsactiviteit'. Bovendien vallen zelfstandigen voor zover het gaat om *toegang tot arbeid* wel onder de werkingssfeer van zowel de Seksediscriminatie-, Rassendiscriminatie- als Kaderrichtlijn. Dit maakt dat aangenomen mag worden dat de Marschall-norm zich ook uitstrekt over de benoeming van bestuurders of commissarissen die op overeenkomst tot opdracht (gaan) werken.

²⁴ Lommers, r.o. 44; Badeck, r.o. 53.

²⁵ HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, NJ 2005/48 (*Allonby*). Zie over het Unierechtelijk werknemersbegrip van art. 157: S. Burri en A. Veldman 'Gelijke behandeling als grondrecht', in: F. Pennings en S. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 166-167.

18.3.2 Zijn diversiteitsdoelstellingen gericht op gelijke vertegenwoordiging legitiem?

Het belangrijkste bezwaar tegen diversiteitsmaatregelen dat uit de EU-jurisprudentie spreekt is dat het Hof – in navolging van twee A-G's – meent dat het doel van gelijke vertegenwoordiging (van groepen) niet het doel van (individuele) gelijke kansen kan vervangen. “Voor zover (de maatregel) streeft naar gelijke vertegenwoordiging van vrouwen, (vervangt) dit het doel van gelijke kansen (...), terwijl dit doel alleen bereikt kan worden door zulke gelijke kansen te bieden”, aldus het Hof.²⁶ De spanning die wordt neergezet tussen gelijke representatie van groepen en gelijke kansen van individuen doet denken aan de moreel-ethische bezwaren die speciaal VN-rapporteur Bossuyt neerzet in zijn analyse van voorkeursmaatregelen.²⁷ Volgens de rapporteur betekent voorrang geven aan vrouwen of etnische minderheden dat alleen het kenmerk van het behoren tot die bepaalde doelgroep in aanmerking wordt genomen. Het voordeel valt daardoor niet automatisch toe aan het individu dat het wellicht het meeste nodig heeft of slachtoffer is geweest van discriminatie, terwijl het individu dat niet tot de doelgroep behoort en de last van de voorrangsregel moet dragen, mogelijk reeds op andere kenmerken of omstandigheden gedepriveerd is.²⁸ Dit gedachtenpatroon lijkt ook aan te sluiten bij de Badeck & Lommers-jurisprudentie van het Hof. Wanneer het om voorrang of zelfs reservering van goederen gaat, zoals opleiding of kinderopvang, waar de onderneming geen monopolie op heeft omdat ze in beginsel ook verkrijgbaar zijn op de markt, wordt voorkeur op grond van sekse wel toelaatbaar geacht. Bij een schaars goed als een arbeidsplaats die maar één keer kan worden weggeven, drukt de last van het realiseren van gelijke vertegenwoordiging echter in zwaardere mate op (de gelijke kans van) het individu.

Betekent het voorgaande dat diversiteitsdoelstellingen in zichzelf al niet legitiem zijn omdat ze een gelijke of evenwichtige representatie nastreven? Evenwichtige vertegenwoordiging zou relevant kunnen zijn voor functies waarin het algemeen belang of het belang van een zekere groep vertegenwoordigd dient te worden, zoals in de politiek of het openbaar bestuur. Ook het Hof sanctioneerde in *Badeck* de regel op grond waarvan een vertegenwoordigend orgaan van werknemers voor de helft uit vrouwen moest bestaan.²⁹ Maar wanneer er geen vertegenwoordigd doel aan

26 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, NJ 1996/507 (*Kalanke*), r.o. 23.

27 M. Bossuyt, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights), *Prevention of discrimination: The concept and practice of affirmative action*, VN E/ CN.4/Sub.2/2002/21, 17 June 2002, § 16-39. Eerder besproken in: A.G. Veldman, ‘Speciale maatregelen en positieve acties in de Europese en Nederlandse rechtsordes’, *NTM/NJCM-bull.* 2011, p. 199-210.

28 M. Bossuyt, *Prevention of discrimination: The concept and practice of affirmative action*, 2002, § 5-15.

29 Zie S. Burri en A. Veldman, ‘Gelijke behandeling als grondrecht’, in: F. Pennings en S. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer 2016, p. 183.

de functie is verbonden, zoals bij bestuurders of commissarissen van economische ondernemingen, kan desalniettemin een evenwichtige vertegenwoordiging van mannen en vrouwen worden nagestreefd?

De jurisprudentie van het Hof lijkt dit niet uit te sluiten. Als we kijken naar *Marschall* dan blijkt dat het bieden van gelijke kansen en het streven naar een gelijke of evenwichtige uitkomst niet altijd een tegenstelling hoeft te zijn. Wanneer aangenomen wordt dat vrouwen in beginsel even geschikt zijn als mannen voor bepaalde functies dan kan een structureel ongelijke uitkomst wijzen op hindernissen bij de selectie. In tegenstelling tot *Kalanke*, acht het Hof in *Marschall* het geven van voorkeur bij gelijke geschiktheid in het geval van ondervertegenwoordiging van vrouwen wel toelaatbaar wanneer sprake is van verborgen seksstereotypen en vooroordelen ('genderbias') die maken dat vrouwen niet per definitie gelijke kansen hebben. Streven naar evenwichtige vertegenwoordiging lijkt dus een legitieme doelstelling, mits sprake is van ondervertegenwoordiging als gevolg van (onbewuste) bias en uitsluiting.

Hierop aansluitend, moet ook gezegd worden dat de legitimering van diversiteitsbeleid in de praktijk vaak op meerdere doelstellingen berust.³⁰ Het gaat om gelijkheid in de praktijk maar ook om het insluiten van culturen en visies van 'anderen'. Het laatste is weer moeilijk los te zien van het bevorderen van respect en acceptatie van een ieder 'als gelijke' op individueel niveau. Daarmee is er naar mijn mening geen echte waterscheiding aan te brengen tussen gelijkheid en diversiteit als doelstelling van beleid. In beide gevallen gaat het om het bestrijden van sociaal-culturele mechanismen die er voor zorgen dat in bepaalde gevallen gelijkheid of diversiteit niet vanzelf optreedt maar vragen om positieve maatregelen.

Binnen bedrijven zien we dat diversiteitsbeleid ook vaak wordt gelegitimeerd door niet zozeer het maatschappelijk maar het bedrijfseconomisch belang ervan te benadrukken.³¹ Gender- en culturele diversiteit binnen het bedrijf zou tot een succesvollere onderneming leiden. Deze 'engere' legitimatie heeft het gevaar in zich dat het suggereert dat verschillende talenten verbonden zouden zijn met groepskenmerken ('vrouwen geven anders leiding'; 'etnische minderheden hanteren een minder confronterende communicatiestijl'). In zoverre zou het juist stereotypen kunnen benadrukken

30 Zie voor een eerdere bespreking en meer literatuurbronnen: A.G. Veldman, 'Speciale maatregelen en positieve acties in de Europese en Nederlandse rechtsordes', *NTM/NJCM-bull.* 2011, p. 199-210.

31 Zie McKinsey Global Institute, 'The Power of Parity' ('Het potentieel pakken: De waarde van meer gelijkheid van mannen en vrouwen op de Nederlandse arbeidsmarkt'), September 2018; EU Commission (DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities), 'Continuing the Diversity Journey: Business practices, perspectives and benefits', Brussels 2008.

en institutionaliseren.³² In de praktijk draait dit diversiteitsbeleid echter vooral om het (h)erkennen van ieders talenten en het scheppen van een tolerante organisatiecultuur waarin medewerkers met uiteenlopende kenmerken en competenties zich gerespecteerd en gewaardeerd kunnen voelen.³³ Dit overlapt opnieuw met beleid gericht op gelijkheid en insluiting.

Concluderend, passen diversiteitsdoelstellingen gericht op een evenwichtige of gelijke vertegenwoordiging van vrouwen of etnische minderheden in beginsel binnen het Europeesrechtelijke kader. De concrete middelen of maatregelen die ingezet worden om deze doelen te bereiken, zullen echter proportioneel moeten zijn.³⁴ Hieronder worden deze proportionaliteitsvoorwaarden nader besproken en afgezet tegen het EU-richtlijnvoorstel voor een vrouwenquotum in ondernemingsbesturen en enkele concrete quotaregelingen uit andere EU-lidstaten.

18.3.3 Dwingende quotaregelingen getoetst aan de proportionaliteitsvoorwaarden

18.3.3.1 Inleiding

Uit de besproken jurisprudentie van het Hof valt af te leiden dat elke voorkeursregel bij een selectie die direct toegang geeft tot een arbeidsplaats, moet voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. Er moeten sprake zijn van ondervertegenwoordiging van de doelgroep;
2. Alle kandidaten moeten objectief beoordeeld worden. Het is dus niet mogelijk arbeidsplaatsen te reserveren voor uitsluitend kandidaten uit de doelgroep, noch alleen kandidaten uit een bepaalde doelgroep uit te nodigen voor een verdere beoordeling;³⁵
3. Er mag alleen voorkeur aan de kandidaat uit de doelgroep worden gegeven bij gelijke geschiktheid voor de functie;
4. Er moet rekening wordt gehouden met alle criteria verbonden aan de individuele kandidaten en er mag geen voorrang worden gegeven zodra één of meer van deze criteria de balans in het voordeel van de kandidaat die niet tot de doelgroep behoort, doen doorslaan ('uitzonderingsclausule');
5. Bovenstaande voorwaarden gelden eveneens wanneer het voorkeursbeleid geldt voor een beperkt aantal functies of er extra arbeidsplaatsen zijn gecreëerd specifiek bedoeld voor dit beleid.

32 Vergelijk het eerdere advies van de SER over diversiteitsbeleid: *Diversiteit in het personeelsbestand*, Advies nr. 2009/03, p. 19.

33 SER, *Diversiteit in het personeelsbestand*, advies 2009/3, hoofdstuk 4.

34 *Abrahamsson*, r.o. 55.

35 Zo ook M.S. Houwerzijl, 'Opzij?! Wettelijke streefcijfers voor vrouwelijke bestuurders en commissarissen', *TRA* 2010, 34.

18.3.3.2 Het EU-voorstel voor een genderquotum en voorbeelden van nationale quotawetgeving

In november 2012 is een EU-richtlijnvoorstel aanhangig gemaakt door de EU Commissie die de genderverhouding onder niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen moet verbeteren.³⁶ Het EP heeft in de plenaire sessie van 30-31 januari 2019 wederom aangedrongen bij de Raad om het voorstel aan te nemen.³⁷ De richtlijn legt een verplicht quotum op waarbij 40% (en maximaal 49%) van de niet-uitvoerende bestuursposities bekleed moeten worden door leden van het ondervertegenwoordigde geslacht. Het voeren van een voorkeursbeleid voor het ondervertegenwoordigde geslacht is verplicht gesteld tot deze norm is gehaald.³⁸ Omdat de besproken voorwaarden voor voorkeursmaatregelen zeer strikt zijn in het EU-recht, is het interessant om te bezien in hoeverre dit voorstel spoort met dit EU-kader.

Het blijkt dat de jurisprudentie van het Hof nauwgezet wordt gevolgd.³⁹ Artikel 4 lid 1 van het voorstel verplicht om de benoemingsprocedure te baseren op een vergelijkende analyse van de kwalificaties van *elke kandidaat* op grond van objectieve criteria. Het verplichte voorkeursbeleid houdt vervolgens in dat bij gelijke geschiktheid voorrang wordt gegeven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, tenzij een objectieve beoordeling van alle criteria die specifiek op de individuele kandidaten van toepassing zijn, de balans doet doorslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht (artikel 4 lid 3). Het is wel de vraag hoe – gezien de achterstand van vrouwen in de top van het Europese bedrijfsleven⁴⁰ – een quotum van 40% binnen enkele jaren gehaald kan worden, wanneer het voorkeursbeleid het hoogstens toelaat om een gelijk geschikte vrouw te benoemen die aan het eind van de hele procedure samen met een mannelijk kandidaat is over

36 Voorstel voor een richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012)614.

37 https://multimedia.europarl.europa.eu/en/gender-balance-joint-debate_I167193-V_v, geraadpleegd 26 juni 2019.

38 Zie verder over deze richtlijn E. Cremers-Hartman en A. Eleveld, 'Meer vrouwen aan de top in de vennootschap', *TRA* 2014/4 en L. Senden en M. Visser, 'Balancing a Tightrope: The EU Directive on Improving the Gender Balance among Non-Executive Directors of Boards of Listed Companies', *European Gender Equality Law Review*, 2013, nr. 1, p. 17-33.

39 Preambule richtlijnvoorstel, punt 25 en 26.

40 Vgl. EU Commission (DG for Justice and Consumers), 'Gender balance on corporate boards, fact sheet July 2016', <https://www.genderportal.eu/resources/gender-balance-corporate-boards-europe-cracking-glass-ceiling> (geraadpleegd 25 juni 2019).

gebleven.⁴¹ De te verwachte problemen met het behalen van het quotum lijken dan ook te wringen met het feit dat het wel om een bindende resultaatsverplichting gaat.

Op overtredingen van de richtlijn moeten volgens artikel 6 door de lidstaten sancties worden gesteld die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Dit kunnen bijvoorbeeld administratieve boetes zijn en de nietigheid of nietigverklaring door een rechterlijke instantie van de benoeming of verkiezing van een niet-uitvoerend bestuurslid die niet strookt met het quotum (artikel 6 lid 2). Omdat deze sancties slechts als voorbeeld worden genoemd, strookt het richtlijnvoorstel strikt genomen met het EU-kader voor voorkeursbeleid. Wanneer bij implementatie een lidstaat evenwel als sanctie stelt dat elke benoeming van een mannelijk niet-uitvoerend bestuurder teruggedraaid moet worden zolang de 40%-norm niet is behaald, dan betekent dat de facto dat of een vrouwelijke kandidaat benoemd moet worden ook al was zij niet gelijk geschikt, of dat de positie onvervuld moet blijven zolang het bestuur geen 40% vrouwen kent. Dit doet sterk de vraag rijzen of dit ook niet in een absolute voorrang voor vrouwen resulteert.

Verscheidene EU-lidstaten zijn op eigen initiatief overgegaan tot de invoering van wettelijke quotaregelingen voor de gendersamenstelling van raden van bestuur of toezicht van publieke en/of private (beursgenoteerde) bedrijven.⁴² Als we naar de meest verstrekkende regelingen kijken,⁴³ valt op dat de Belgische wetgeving bij het niet behalen van het quotum voorschrijft dat de eerstvolgende benoeming een lid van het ondervertegenwoordigde geslacht moet zijn. Zo niet, dan is de benoeming van de kandidaat van het andere geslacht nietig. Doordat via de weg van de sanctie een vrouw benoemd moet worden zonder dat een uitzonderingsclausule geldt of een eis van gelijke geschiktheid, voldoet de wettelijke maatregel niet aan de Europese proportionaliteitseisen.⁴⁴ Ook de Franse en (een deel van de) Duitse quotumregeling kennen een nietigheidssanctie waardoor benoemingen in strijd met het quotum terug te draaien

41 Uit het onderzoek van Oden blijkt dat de vorm 'bij gelijke geschiktheid' in de praktijk moeilijk toepasbaar is omdat de kwaliteiten van de mannelijke kandidaten als toetssteen werden gehanteerd en de vrouwelijke kandidaten pas werden benoemd als ze over die kwaliteiten beschikten, zie E. Cremers en P. Oden, 'Voorkeursbeleid voor topvrouwen', *NJB* 2015/146.

42 Het navolgende overzicht van (enkele) wettelijke quotaregelingen is ontleend aan het rechtsvergelijkend onderzoek van M.L. Lennarts, in: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht*, Deelonderzoek III/Hoofdstuk 5, Instituut voor Ondernemingsrecht RUG, 2017.

43 Vgl. ook L. Senden, 'The Multiplicity of Regulatory Responses to Remedy the Gender Imbalance on Company Boards', *Utrecht Law Review*, www.utrechtlawreview.org | Jrg. 10, nr. 5 (december) 2014.

44 Zo constateert ook de Belgische Raad van State, zie M.L. Lennarts, Hoofdstuk 5, in: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht*, 2017, p. 447.

zijn. In geval van de Duitse regeling blijft de plaats die had moeten toekomen aan een persoon van het ondervertegenwoordigde geslacht onbezet.⁴⁵ De Italiaanse quotum-regeling stelt geldboetes op overtreding van de quotumregeling en draait benoemingen niet terug, maar de primaire quotum-norm gaat niet uit van streefcijfers die op termijn behaald moeten worden maar reserveert een vast deel van de bestuursposten voor uitsluitend vrouwen bij de eerstvolgende drie *board elections* die plaats zullen vinden.⁴⁶ Het reserveren van arbeidsplaatsen voor vrouwen is strijdig met het EU-recht. Gezien *Abrahamsson* lijkt dat niet anders als het om een tijdelijke regeling gaat, zoals de Italiaanse.

Het mag duidelijk zijn dat juridisch dwingende quotaregelingen, in de zin dat het geen ‘zachte’ streefcijfers zijn die (onverhoopt) niet gehaald kunnen worden maar ‘harde cijfers’ die een resultaatsverplichting scheppen, zeer moeilijk te verenigen zijn met de Marschall-norm van het Hof. Het EU-richtlijnvoorstel doet een poging door een dwingend quotum voor de bestuursamenstelling neer te leggen, ervan uitgaande dat dit het doel vormt maar dat de middelen die worden ingezet om dit doel te bereiken zullen moeten voldoen aan de Marschall-norm. Wanneer evenwel bij implementatie van de richtlijn een doeltreffende sanctie gesteld moet worden op het niet-behalen van het quotum en deze sanctie het de facto slechts toelaat dat of een vrouwelijke kandidaat wordt benoemd of dat de post openblijft, dan wordt alsnog voorbijgegaan aan de eis van gelijke geschiktheid van de kandidaat dan wel de eis dat elke betere mannelijke kandidaat benoemd moet worden. Dit gaat op voor sancties die benoemingen terugdraaien maar wellicht ook voor financiële boetes indien deze bijzonder afschrikwekkend zijn. Daar waar op nationaal niveau dwingende quotaregelingen zijn ingevoerd, lijken de meesten regelingen daarom niet aan de Marschall-norm (of het EU-richtlijnvoorstel) te voldoen.

18.4 Het nationaal wettelijke kader voor voorkeursbeleid in Nederland

In hoeverre in Nederland quota- of voorkeursregelingen in het kader van diversiteitsbeleid geoorloofd zijn, zal in eerste instantie afhankelijk zijn van de Nederlandse wetgeving. Nederland kent zijn eigen gelijkebehandelingswetgeving waarmee tevens uitvoering is gegeven aan het EU-recht. De wetgever heeft daarbij bepaalde eigen keuzes gemaakt. Ook de uitleg van de wet door het College van de Rechten van

45 M.L. Lennarts, Hoofdstuk 5, in: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht*, 2017, p. 455.

46 M.L. Lennarts, Hoofdstuk 5, in: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht*, 2017, p. 465.

de Mens wijkt in het geval van voorkeursbeleid enigszins af. Deze paragraaf bespreekt daarom het toepasselijke nationaal toetsingskader, beziet op welke onderdelen het afwijkt van het Europeesrechtelijke kader en analyseert in hoeverre deze nationale lijn op juridische gronden althans, verdedigbaar is.

18.4.1 Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving

De gelijkebehandelingswetgeving vormt in Nederland enigszins een lappendeken.⁴⁷ Voor het verbod op seksediscriminatie bestaat een specifieke Wet gelijke behandeling m/v. Ditzelfde verbod is echter ook te vinden in de Algemene wet gelijke behandeling, al gaat de WGB m/v als *lex specialis* vóór op de AWGB. Naast sekseonderscheid verbiedt de AWGB ook discriminatie op grond van onder meer ras, geloof en seksuele gerichtheid. De AWGB implementeert hiermee de EU Rassenrichtlijn en de EU Kaderrichtlijn voor zover het godsdienst en seksuele voorkeur betreft. De gronden leeftijd en handicap uit de Kaderrichtlijn zijn weer neergelegd in specifieke wetten (Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd). Met artikel 2 lid 3 AWGB is een bepaling ingevoerd die uitvoering geeft aan de Europese uitzonderingsgrond voor positieve actie/voorkeur:

“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.”

Artikel 5 WGB m/v en artikel 3 WGB h/cz kennen een overeenstemmende bepaling voor respectievelijk sekse en handicap. Dit betekent dat Nederland geen uitvoering heeft gegeven aan de uitzonderingsgrond voor voorkeursbeleid uit de EU Kaderrichtlijn voor zover het gaat om de gronden leeftijd, geloofsovertuiging of seksuele voorkeur. Ook in het kader van diversiteitsbeleid kunnen maatregelen derhalve geen (positief) onderscheid maken op deze gronden. Verder valt op dat de Nederlandse bepalingen, anders dan de Europese, asymmetrisch geformuleerd zijn, met andere woorden positieve acties kunnen alleen gericht zijn op de niet-dominante groepen. De formulering wijkt op meer onderdelen af van de EU-bepalingen. Er

⁴⁷ Pogingen tot een zogeheten “Integratiewet AWGB” zijn in de consultatiefase blijven steken, zie hierover A.G. Veldman, ‘Speciale maatregelen en positieve acties in de Europese en Nederlandse rechtsordes’, *NTM/NJCM-bull.* 2011, p. 199-210, i.h.b. op p. 205.

wordt nadrukkelijk gesproken van het toekennen van een ‘bevoorrechte positie’. Artikel 157 lid 4 VWEU noemt ‘specifieke voordelen’, de Rassen- en Kaderrichtlijnen slechts ‘specifieke maatregelen’. Ook vermelden de Nederlandse bepalingen expliciet een proportionaliteits eis.

18.4.2 Jurisprudentie van het College voor de Rechten van de Mens⁴⁸

De voorganger van het College voor de Rechten van de Mens (verder: CRM) – de Commissie gelijke behandeling (verder: CGB) – legt, voordat de jurisprudentie van het Hof verschijnt, de Nederlandse voorkeursbepalingen zodanig uit dat sprake moet zijn van een aantoonbare achterstand van vrouwen of etnische minderheden (gerelateerd aan het beschikbaar arbeidsaanbod) waarbij de voorkeursmaatregel evenredig moet zijn aan die mate van achterstand.⁴⁹ Het reserveren van arbeidsplaatsen was hierbij niet uitgesloten indien de achterstand zeer groot en hardnekkig was. Hierna wijzigt langzaam de lijn van jurisprudentie en eind jaren negentig zijn een zogeheten kenbaarheidsvereiste en een zorgvuldigheidsvereiste toegevoegd. Het CRM-toetsingskader omvat daarmee de volgende vereisten:⁵⁰

1. Er is sprake van aantoonbare achterstand gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod;
2. De voorkeursmaatregel wordt gerechtvaardigd door de mate van achterstand en is geschikt om die achterstand daadwerkelijk te verminderen of op te heffen (proportioneel);
3. De regel geeft uitsluitend bij gelijke geschiktheid voorrang aan de kandidaat die deel uitmaakt van de doelgroep (zorgvuldig);
4. Bij aanbidding van de betrekking moet duidelijk worden gemaakt dat een voorkeursbeleid van toepassing is en dat de vacature voor iedereen openstaat (kenbaar).

De CRM-toets volgt hiermee het EU-kader. Verschil is wel dat het CRM explicieter vraagt dat een achterstand is gerelateerd aan het aanbod. Wanneer bijvoorbeeld het arbeidsaanbod voor een zekere functie 20% vrouwen kent, dan levert een daadwerkelijke functiebezetting van 25% vrouwen geen “achterstand” op die een voorkeursregel rechtvaardigt. Deze eis is dus strenger dan bij het Hof. Het Hof verlangt dat

48 Er is nagenoeg geen rechtspraak over voorkeursbeleid in Nederland. Het College voor de Rechten van de Mens (en voorheen de Commissie Gelijke Behandeling) kan echter op schriftelijk verzoek onderzoeken of een onderscheid wordt gemaakt als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving en zijn oordeel daaromtrent kenbaar maken (art. 10 Wet College voor de rechten van de mens).

49 Zie CGB 9 juli 1990, oordeelnummer 57-90-33 en vele andere oordelen. Hierover: E. Cremers-Hartman, ‘Voorkeursbehandeling van vrouwen bij werving en selectie’, *NJB* 1992, p. 1006-1013.

50 Zie meer uitgebreid: A.G. Veldman, ‘Voorkeursbeleid en Unierechtelijke beperkingen: over het CRM, het konijn en de hoge hoed’, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijke behandeling 2012: Kronieken en Annotaties*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 290-295.

sprake is van ‘ondervertegenwoordiging’, maar in *Kalanke* en *Marschall* betekende dat in het geval van vrouwen minder dan 50%. Voor quotaregelingen voor bestuurders en commissarissen kan dit gevolgen hebben. Op basis van de uitleg van de Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving kan een quotum van 40% of misschien 30% vrouwen te hoog zijn indien het gekwalificeerd aanbod aan vrouwen lager zou liggen. Wel is het zo dat het moeilijk is het aanbod te bepalen. Men kan uitgaan van het aantal vrouwen in de onderliggende managementlaag binnen de onderneming, maar precieze cijfers over de externe arbeidsmarkt ontbreken vaak. Specifiek voor bestuursfuncties in de top geldt bovendien dat het maar om kleine aantallen gaat per onderneming. De keuze voor bijvoorbeeld een quotum van 40% in plaats van 20% hoeft maar één of twee vrouwelijke bestuurders meer te betreffen. Het gekwalificeerd aanbod aan vrouwen, ook al zou het algemeen aanbod geen evenwichtig gendersamenstelling kennen, zal naar we mogen aannemen altijd wel voldoende zijn voor de relatief kleine vraag naar bestuurders/commissarissen per onderneming.

Een tweede verschil tussen het Nederlands en Europese toetsingskader is dat de proportionaliteitstoets anders wordt opgevat. Bij het CRM gaat het er om dat de intensiteit van de voorkeursmaatregel evenredig is aan de mate en hardnekkigheid van de achterstand. Bij het Hof is de maatregel proportioneel wanneer gelijkheid van resultaat niet gelijkheid van kansen vervangt. Daarvoor mag de voorrangsregel niet absoluut zijn.

Het gewijzigde CRM-kader betekende sinds eind jaren negentig dat voorrang bij voldoende geschiktheid of het reserveren van arbeidsplaatsen niet (langer) binnen de Nederlandse wet viel. Na enige tijd vindt echter opnieuw een wijziging in de lijn van jurisprudentie plaats. Allereerst bij ras⁵¹ maar vanaf 2008 ook bij sekse⁵² wordt aanvaard dat in bijzondere situaties een soepeler uitleg moet worden gegeven aan de wet wanneer de achterstand groot is en de effectiviteit van de maatregel hierom vraagt.⁵³ In 2012 oordeelt het CRM op basis van dit beleid dat het reserveren van een (beperkt) aantal wetenschappelijke functies voor vrouwen bij de TU Delft in overeenstemming is met de wet.⁵⁴

51 CGB-oordeel 1999-31, *AB* 2000, 62; CGB-oordeel 1999-32, *AB* 2000, 63.

52 CGB-oordeel 2008-81.

53 Veldman, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijke behandeling 2012: Kronieken en Annotaties*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 290-295.

54 CRM 18 december 2012, oordeel 2012-195 (TU Delft), *JAR* 2013/41. Eerder al oordeelde de CGB dat het reserveren van functies voor vrouwen bij uitzondering toelaatbaar is maar achtte daarvoor de achterstand aan de Rijksuniversiteit Groningen niet hardnekkig genoeg, CGB 15 december 2011 (RUG), *JAR* 2012/78.

18.4.3 Juridische beoordeling

Het CRM geeft veel argumenten waarom andere maatregelen niet gewerkt hebben en waarom de structurele achterstand van vrouwen aan de TU Delft toerekenbaar is aan (onbewuste) genderbias. Hoe overtuigend dit ook kan zijn op grond van moreel-ethische redenen, hier is het de vraag of de lijn van het CRM ook op juridische gronden verdedigbaar is. Is het niet in strijd met het Europese recht dat verplicht om de nationale implementatiewetgeving conform het EU-recht uit te leggen, waarbij het Hof het laatste woord heeft over deze uitleg?

In het TU Delft-oordeel zelf, voert het CRM als juridisch grond aan dat artikel 157 lid 4 VWEU spreekt van maatregelen gericht op het verzekeren van *volledige gelijkheid* tussen mannen en vrouwen, wat verder zou strekken dan *gelijke kansen*, zoals het eerder werd verwoord in de richtlijn (zie par. 18.2.1). Het CRM ziet daarom ruimte voor afwijking in uitzonderlijke omstandigheden omdat het Hof zich tot op heden niet zou hebben uitgesproken op basis van deze nieuwe bewoordingen. Zoals eerder betoogd,⁵⁵ is dit niet juist. Zowel in *Badeck* als *Abrahamsson* wordt gerefereerd aan de nieuwe bepaling, waarbij in de laatste zaak duidelijk wordt gemaakt dat een absolute en automatische voorrang eveneens disproportioneel is op grond van artikel 157 lid 4 VWEU. Juridische argumenten voor de lijn van het CRM zijn dan ook niet zozeer in het Unierecht te vinden maar kunnen wellicht wel afgeleid worden uit andere, internationaalrechtelijke verplichtingen van Nederland.

Relevant zijn met name de VN-mensenrechtenverdragen. Naast het IVBPR dat een algemeen gelijkheidsgebod kent, ziet het VN-Vrouwenverdrag specifiek op gelijkheid voor vrouwen.⁵⁶ Artikel 4 lid 1 Vrouwenverdrag bepaalt: ‘Wanneer de lidstaten (...) tijdelijk bijzondere maatregelen treffen die zijn gericht op versnelling van feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen, wordt dit niet beschouwd als discriminatie (...).’ Het toezichthoudend orgaan bij het Vrouwenverdrag (CEDAW) legt deze bepaling zodanig uit dat lidstaten niet alleen vrij zijn, maar zelfs verplicht om een voorkeurs-beleid inclusief quota te hanteren als dit beleid noodzakelijk is om het doel van ‘wezenlijke gelijkheid’ versneld te bereiken.⁵⁷ Ook het VN-Mensenrechtencomité oordeelde, nu op basis van het IVBPR, dat een quotumregeling die plekken

55 Veldman, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijke behandeling 2012: Kronieken en Annotaties*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 290-295.

56 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR); Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van vrouwendiscriminatie (VN-Vrouwenverdrag).

57 General recommendation No. 25 – thirtieth session, 2004 article 4 paragraph 1 – Temporary special measures, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/>, geraadpleegd 27 juni 2019.

reserveert voor vrouwen (en mannen) geoorloofd is.⁵⁸ Het ging hier om de regel dat bij de benoeming van de Belgische Hoge Raad voor de Justitie in de groep van niet-magistraten tenminste 4 mannen en 4 vrouwen zitting moeten hebben. De regel was niet disproportioneel volgens het comité en in de procedure werd voldoende rekening gehouden met de individuele kwalificaties van de kandidaten. Het streven naar diversiteit wordt een legitieme grond geacht voor het quotum omdat het onder meer bijdraagt aan een betere besluitvorming.⁵⁹

Omdat Nederland de beide VN-verdragen heeft geratificeerd én deel uitmaakt van de EU, moet geconstateerd worden dat het internationaalrechtelijke gelijkheidsbeginsel potentieel conflicterende eisen oproept. Quotaregelingen en voorkeursbeleid vormen een omstreden onderwerp waardoor ook op internationaal niveau van rechtspluralisme sprake is.⁶⁰

18.5 Conclusie

Welke conclusies vallen er te trekken als het gaat om de juridische toelaatbaarheid van maatregelen die een evenwichtige gender- en culturele representatie in de top van het bedrijfsleven beogen? Het streven naar diversiteit lijkt verenigbaar met het Europese gelijkheidsrecht. Zodra men echter groeps-kenmerken als sekse en ras gaat betrekken in de selectieprocedure voor een arbeidsplaats, waarbij dit zowel werk op een arbeidsovereenkomst als op een opdrachtovereenkomst omvat, zijn de marges smal. Op grond van het Europees Unierecht zal alleen bij gelijke geschiktheid voorkeur mogen worden gegeven. Elke kandidaat dient daarbij objectief beoordeeld te worden, waarbij de betere kandidaat geselecteerd moet worden. Deze eisen sluiten dwingende quotaregelingen uit. Streefcijferregelingen waarbij middelen worden ingezet die de eisen respecteren, zijn wel toegestaan. Dat betekent echter dat de streefcijfers flexibel moeten zijn: wanneer zij niet haalbaar zijn gebleken, kunnen ze niet met harde sancties, zoals het terugdraaien van benoemingen, alsnog afgedwongen worden.

Omdat uit onderzoek blijkt dat zachte streefcijfers of voorkeur bij gelijke geschiktheid nauwelijks effectief zijn gebleken, gaan er soms stemmen op om het EU-toetsingskader te heroverwegen.⁶¹ De EU-jurisprudentie zou gedateerd zijn en in de internationale rechtsorde wordt verschillend gedacht over quotaregelingen. Ook zijn

58 VN-Mensenrechtencomité 17 augustus 2004, Jacobs t. België, CCPR/C/81/D/943/2000.

59 J. Gerards, 'Descriptieve representatie als rechtvaardiging voor voorkeursbeleid', *NTM/NJCM-bull.* 2005, p. 626-641.

60 Vgl. M. Westerbeek, 'Onze hersenen willen een man als baas', *ArbeidsRecht* 2014/41.

61 Bijv. E. Cremers en P. Oden, 'Voorkeursbeleid voor topvrouwen', *NJB* 2015/146.

er in diverse EU-lidstaten reeds bindende quotaregelingen van kracht die over het algemeen effectief blijken te zijn.⁶² Een bindend quotum kan een ‘shock effect’ veroorzaken waardoor verborgen stereotypen en vooroordelen worden doorbroken. Het reserveren van posities tast weliswaar individuele kansengelijkheid aan, maar het achterwege laten van effectieve maatregelen vergroot de kans op het voortbestaan van verborgen uitsluitingsmechanismen die ook gelijke kansen aantasten.

Op grond van dergelijke argumenten staat het CRM op basis van de Nederlandse wetgeving het reserveren van arbeidsplaatsen bij uitzondering toe. Er moet in dat geval sprake zijn van een grote en hardnekkige achterstand die met alternatieve maatregelen niet is opgelost. Varen op deze koers is echter wel riskant voor de Nederlandse wetgever.⁶³ Of er vandaag de dag in de EU anders over quota wordt gedacht is zeer de vraag. Een richtlijnvoorstel voor een Europees vrouwenquotum is al zeven jaar geblokkeerd in de Raad bij gebrek aan consensus, zelfs al houdt de richtlijn wel rekening met het EU-kader voor voorkeursbeleid. Of het Hof vandaag de dag anders zou oordelen, is ook geen uitgemaakte zaak. Met de uitbreiding van de EU lijkt de lijn van het Hof op sociaal gebied minder progressief geworden.⁶⁴ Hoewel internationaalrechtelijk een uiteenlopende uitleg wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel in het geval van positieve acties, is het wel zo dat de Unierechtelijke uitleg van het gelijkheidsbeginsel rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, waardoor de nationale rechter gehouden is om nationale wetgeving die strijdig is met het VWEU, zelf opzij te zetten. Vanuit dit oogpunt althans, is het misschien verstandiger om toekomstige diversiteitsmaatregelen te richten op de *voorwaarden* voor een evenwichtige gender- en culturele vertegenwoordiging. Op dit gebied voert het Hof juist een ruimhartig beleid en is ook quoterings- of reservering van plaatsen voor vrouwen of minderheidsgroepen toegestaan, zoals voor stageplekken, opleidingsplaatsen of de samenstelling van benoemingscommissies of vertegenwoordigende organen.

62 Zie bij Lennarts, ‘Hoofdstuk 5’, in: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht*, 2017.

63 Aldus ook Westerbeek, *ArbeidsRecht* 2014/41.

64 Te denken valt hier bijvoorbeeld aan de jurisprudentieontwikkelingen op het gebied van grensoverschrijdende staking, detachering van werknemers of EU-burgerschap en de toegang tot sociale zekerheid.