

## RECHTSGELIJKHEID EN VOORKEURSMATREGELEN IN HET EG-RECHT

Christa Tobler \*

*Dit artikel heeft tot doel een overzicht te geven van het EG-recht inzake voorkeursmaatregelen. In dit kader wordt tevens aandacht besteed aan het EG-discriminatierecht in zijn algemeenheid. Het artikel laat zien welke 'formule' het Hof tegenwoordig gebruikt om acceptabele voorkeursmaatregelen te omschrijven. Het uitgangspunt van de rechtspraak van het Hof is dat voorkeursmaatregelen een uitzondering op het beginsel van juridische gelijkheid vormen. Dit past bij een in principe formele gelijkheidsbenadering zoals die voor het EG-recht kenmerkend is. Toch zijn er in de rechtspraak inmiddels eerste indicaties voor een andere, en tegelijkertijd betere, benadering.*

### 1 Inleidende opmerkingen

Dit artikel heeft tot doel om een overzicht van het EG-recht betreffende voorkeursmaatregelen en in dit verband tegelijkertijd van het EG-discriminatierecht zoals het op dit moment bestaat te geven. Voorkeursmaatregelen zijn bedoeld om de systematische benadeling<sup>1</sup> van bepaalde groepen mensen aan te kunnen pakken door deze groepen met een specifieke behandeling te helpen hun achterstand in te halen en hen kansen in de samenleving te verschaffen die gelijk zijn aan die van de niet benadeelde groepen. Vanuit juridisch oogpunt rijst de vraag wat de plaats van dergelijke maatregelen in het kader van een bepaalde rechtsorde is. Zijn zij geboden, verboden of toegestaan (dit laatste wil zeggen: weliswaar niet verboden, maar ook niet vereist)? Dit artikel plaatst deze formeel-juridische vraag in het kader van het EG-recht. Het artikel zal dus niet ingaan op de discussie over zin en onzin van voorkeursmaatregelen (persoonlijk ben ik echter wel een voorstander van dergelijke maatregelen, ook al geldt dit niet voor alle denkbare vormen). Eerst zullen de relevante bepalingen worden genoemd. Vervolgens komt de rechtspraak van het Hof van Justitie over voorkeursmaatregelen aan de orde. Nu er tot nu toe slechts rechtspraak met betrekking tot seksdiscriminatie bestaat, zal hierop noodzakelijkerwijs het accent liggen in dit artikel. Het zal blijken dat het Hof van Justitie vooral in zijn eerste relevante oordelen voorkeursmaatregelen als uitzonderingen op het beginsel van juridische gelijkheid beschouwde. Dit past bij een in principe formele gelijkheidsbenadering zoals die voor het EG-recht kenmerkend is. Toch zijn er in de rechtspraak inmiddels eerste indicaties voor een andere, en tegelijkertijd betere, benadering.

■ Dr. C. Tobler, LL.M. is werkzaam aan de universiteiten van Leiden en Basel.

1 In een theoretisch kader is er vaak sprake van drie verschillende vormen van discriminatie: directe, indirecte en structurele of systematische discriminatie. Volgens Somek doelt het begrip structurele discriminatie op 'consequences of a set of institutions if that set could have been selected differently or may be altered in the future by us acting as a collective body' and as 'the aggregate effect of actions that may be (legitimately) carried out by individual agents without the slightest discriminatory intent' (A. Somek, 'Equality and Constitutional Indeterminacy', *European Public Law* 2001, p. 171-195, op p. 180; zie ook C. McCrudden, 'Institutional discrimination', *Oxford Journal of Legal Studies* 1982, p. 303-367, op p. 345, en R. Holtmaat, 'Alle dingen die opwaarts gaan komen ergens samen', *Nemesis* 1996, p. 125-131, op p. 126).

## 2 Het EG-rechtelijke kader

### 2.1 Algemeen overzicht

Het verbod van discriminatie is een kernbegrip van het EG-recht. Sinds het begin van het bestaan van de Europese Gemeenschap (EG; toen nog de Europese Economische Gemeenschap, EEG) speelde het verbod van discriminatie, met name op grond van nationaliteit, een belangrijke rol in het kader van het economische recht.<sup>2</sup> Het onderwerp van dit artikel is echter niet hierop gericht, maar op discriminatie in de sociale context. Het sociaal recht van de EG is in de loop van de tijd sterk ontwikkeld. In het begin was er maar één enkele discriminatiebepaling, namelijk artikel 119 van het EEG-Verdrag (nu, in een sterk veranderde vorm, artikel 141 EG).<sup>3</sup> Artikel 119 verbood discriminatie op grond van geslacht<sup>4</sup> met betrekking tot de beloning. Vanaf de jaren zeventig nam de Gemeenschap een aantal richtlijnen aan waardoor het verbod van seksediscriminatie ook op andere aspecten van het sociaal recht van toepassing werd. Wegens hun titel zijn deze richtlijnen vaak gelijkebehandelingsrichtlijnen genoemd.<sup>5</sup> Later kwam er nog een aantal andere richtlijnen bij die evenwel verband houden met de juridische gelijkheid van mannen en vrouwen.<sup>6</sup> Maar nog steeds was artikel 119 de enige sociaalrechtelijke discrimi-

2 Zie met name art. 12, 39, 43 and 49 EG.

3 In verband met artikelen verwijst 'EG' naar het EG-Verdrag in de versie van Amsterdam en 'EEG-Verdrag' en 'EG-Verdrag' naar de versies daarvoor (voor en na 1 november 1993, toen werd het Verdrag van Maastricht van kracht en werd de voormalige Europese Economische Gemeenschap, EEG, hernoemd in Europese Gemeenschap, EG). Deze manier van benoeming volgt het systeem opgesteld door het Hof van Justitie; zie Publ. 1999 C 246/1 of <http://www.curia.eu.int/nl/jurisp/renum.htm>.

4 Voor een algemene inleiding tot het EG-recht inzake discriminatie op grond van geslacht zie C. Tobler, 'Sociaal beleid, Kroniek: Discriminatie op grond van geslacht', *NTER* 1998, p. 74-79; voor meer uitgebreide informatie, zie bijvoorbeeld E. Ellis, *EC Sex Equality Law*, tweede uitgave, Oxford: Clarendon Press 1998.

5 De eerste richtlijn voorziet in een meer concrete uitwerking van het beginsel van gelijk loon van art. 119 van het EG-Verdrag. De anderen richtlijnen betreffen andere gebieden. De richtlijnen zijn:

- Richtlijn 75/117/EEG betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, Pb. 1975 L 45, p. 19 (zogenaamde eerste gelijkebehandelingsrichtlijn);
- Richtlijn 76/207/EEG/ betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, Pb. 1976 L 39, p. 40 (tweede gelijkebehandelingsrichtlijn);
- Richtlijn 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, Pb. 1979 L 6, p. 24 (derde gelijkebehandelingsrichtlijn);
- Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, Pb. 1986 L 225, p. 40, gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG, Pb. 1997 L 46, p. 20 (vierde gelijkebehandelingsrichtlijn);
- Richtlijn 86/613/EEC betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, Pb. 1986 L 359, p. 56 (vijfde gelijkebehandelingsrichtlijn).

6 Deze richtlijnen zijn:

- Richtlijn 92/85 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG), Pb. 1992 L 348, p. 1 (moederschapsrichtlijn);

natiebepaling in het verdrag zelf. Daarin kwam pas door de verdragsherziening van Amsterdam een verandering.<sup>7</sup> Hierdoor is deze bepaling (nu artikel 141 EG) aanzienlijk uitgebreid, inclusief een nieuw lid over voorkeursmaatregelen. Verder is er nu een bepaling over *gender mainstreaming* (artikel 3 lid 2 EG)<sup>8</sup> en zijn er – voor het eerst in het Verdrag<sup>9</sup> – een aantal bepalingen die de Gemeenschap de bevoegdheid geven om specifiek op het gebied van gelijkheid van mannen en vrouwen wetgeving aan te nemen. Door de herziening van Amsterdam is er ook nog een meer algemene nieuwe bevoegdheidsbepaling ingevoerd, namelijk artikel 13 EG. Door naast geslacht ook de discriminatiegronden van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid te noemen maakt deze bepaling secundaire wetgeving op een veel breder gebied dan tot nu toe mogelijk. Op basis van artikel 13 EG zijn zeer snel twee nieuwe richtlijnen aangenomen. De eerste daarvan betreft discriminatie op grond van ras en heeft een relatief breed toepassingsbereik (inclusief dienstverlening en handel met goederen).<sup>10</sup> De tweede heeft een meer algemene strekking (discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid) maar geldt alleen voor het terrein van arbeid en beroep.<sup>11</sup> Aan het voorstel van Schiek (1999)<sup>12</sup> om het discriminatierecht op alle aspecten van het contractenrecht toe te passen, voldoet het EG-recht dus voorlopig nog niet.

- Richtlijn 96/34/EG betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, Jur. 1996 L 145, p. 4 (richtlijn over ouderschapsverlof);
  - Richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, Publ. 1998 L 14, p. 6 (bewijslastrichtlijn);
  - Richtlijn 97/81/EG betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, Publ. 1998 L 14, p. 9 (richtlijn over deeltijdwerk).  
Betreffende het verband met seksegelijkheid zie de preambules van deze richtlijnen.
- 7 Zie C. Tobler, 'Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam', *European Journal of Law Reform* 2000, p. 135-153, op p. 138 (en voor een eerdere versie C. Tobler, 'Het Verdrag van Amsterdam. Relevante Wijzigingen in het kader van de rechtsgelijkheid van mannen en vrouwen', *Nemesis* 1998, p. 5-12).
- 8 Art. 3 lid 2 luidt: 'Bij elk in dit artikel bedoeld optreden streeft de Gemeenschap ernaar de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen.' Volgens Beveridge/Nott houdt *gender mainstreaming* onder meer *gender auditing* in, dat wil zeggen het toetsen van alle voorgenomen maatregelen op hun *gender impact*; F. Beveridge & S. Nott, 'Gender Auditing – Making the Community Work for Women', in: T.K. Hervey & D. O'Keeffe (red.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester: Wiley 1996, p. 383-398.
- 9 Toen de gelijkebehandelingsrichtlijnen werden aangenomen bestonden dergelijke bepalingen nog niet. De richtlijnen zijn dan ook op basis van algemene bevoegdheidsbepalingen aangenomen (artt. 100 en 235 van het EEG-Verdrag, nu artt. 94 en 308 EG). Latere richtlijnen zijn op basis van bevoegdheidsbepalingen betreffende andere gebieden (bescherming van werknemers) of op basis van bepalingen van de toenmalige Sociale Overeenkomst aangenomen; zie Tobler (*supra* noot 7), p. 143.
- 10 Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Publ. 2000 L 180, p. 22.
- 11 Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Publ. 2000 L 303, p. 16.
- 12 D. Schiek, 'Acceptance of Non-Discrimination as a Principle of (Consumer) Contract Law – and Future Legislation on Art. 13 EC Treaty', in: P.C. Westerman (red.), *Non-Discrimination and Diversity*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p.27-41.

## 2.2 Bepalingen over voorkeursmaatregelen

Voor alle zojuist genoemde soorten van discriminatie zijn er bepalingen over voorkeursmaatregelen. Nu de omzettingstijd voor de nieuwe richtlijnen nog niet is afgelopen en er derhalve ook nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie is, wil ik de relevante bepalingen van deze richtlijnen slechts kort noemen. In de Rasrichtlijn betreft het artikel 5 ('Positieve acties')<sup>13</sup> en in de meer algemene discriminatierichtlijn artikel 17 ('Positieve acties en specifieke maatregelen').<sup>14</sup> Over de bepalingen betreffende discriminatie op grond van geslacht valt meer te zeggen. Het uitgangspunt is hier de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn. Zij schrijft in beginsel de gelijke behandeling van mannen en vrouwen binnen haar toepassingsbereik voor (zie in het bijzonder artikel 2, eerste lid). Artikel 2, vierde lid, van de richtlijn voorziet echter in de mogelijkheid (let op: niet de plicht!) om voorkeursmaatregelen te nemen: 'Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, eerste lid, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.'

Toen het Sociaal Protocol nog bestond was er ook in dat kader een bepaling over voorkeursmaatregelen (artikel 6 lid 3 van de Sociale Overeenkomst gevoegd bij het Sociaal Protocol).<sup>15</sup> Intussen is de Sociale Overeenkomst in het Verdrag geïntegreerd. Sinds de herziening van Amsterdam is er daarom het nieuwe vierde lid van artikel 141 EG:<sup>16</sup> '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.'

Deze formulering komt weliswaar sterk overeen met het vroegere artikel 6, derde lid, van de Sociale Overeenkomst, maar het verschilt op één belangrijk punt: artikel 6, derde lid, had het over 'vrouwen', overeenkomstig met de door Loenen bepleit asymmetrische opvatting van het gelijkheidsbeginsel.<sup>17</sup> De neutrale bewoording 'het ondervertegenwoordigde geslacht'

13 Art. 5 luidt: 'Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met ras of etnische afstamming te voorkomen of te compenseren.'

14 Art. 17 luidt: '1. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren. 2. Met betrekking tot personen met een handicap vormt het beginsel van gelijke behandeling geen beletsel voor het recht van de lidstaten om maatregelen te handhaven of vast te stellen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de werkplek, noch voor maatregelen die erop gericht zijn om voorzieningen of faciliteiten te scheppen of te handhaven om de opnemings van personen met een handicap in het arbeidsproces te behouden of te bevorderen.'

15 Art. 6, lid 3, luidde: 'Dit artikel belet niet dat een Lid-Staat maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door vrouwen te vergemakkelijken of om nadelen in hun beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.'

16 Deze bepaling is een combinatie van art. 6 lid 3 van de voormalige Sociale Overeenkomst en een wijzigingsvoorstel van de Commissie betreffende art. 2 lid 4 van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn; zie COM96 (93) final.

17 T. Loenen, *Verschil in Gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 244.

in het nieuwe artikel heeft haar oorsprong in een voorstel van de Commissie voor een wijziging van artikel 2, vierde lid, van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn. Het voorstel van de Commissie<sup>18</sup> was een reactie op het arrest *Kalanke* (hierover later meer). De lidstaten hebben weliswaar een verklaring ten gunste van vrouwen bij artikel 141, vierde lid, gevoegd.<sup>19</sup> Echter, dit soort verklaringen heeft slechts een politieke betekenis. Het Hof van Justitie heeft immers de neiging om bij de uitlegging van verdragsbepalingen niet naar de concrete bedoelingen van de lidstaten te kijken, maar in plaats daarvan naar de bewoording van de bepaling zelf en haar effectiviteit in een breder kader.

Een en ander leidt tot de situatie dat er wat betreft voorkeursmaatregelen in verband met geslacht op dit moment twee niet helemaal identieke bepalingen naast elkaar bestaan en dan wel één op het niveau van het Verdrag zelf en één op het lagere niveau van een richtlijn. Uiteraard roept een dergelijke situatie de nodige vragen op. De Commissie heeft daarom voorgesteld om de bepaling in de richtlijn te schrappen.<sup>20</sup>

### 3 Voorkeursmaatregelen in verband met geslacht: de rechtspraak

Maar wat betekenen deze bepalingen nu eigenlijk in de praktijk? Zoals al opgemerkt, is er alleen in verband met seksdiscriminatie relevante rechtspraak en ook hier slechts weinig. Alhoewel de tweede richtlijn al sinds de jaren zeventig bestaat, duurde het toch tot de jaren negentig voordat het Hof van Justitie voor de eerste keer werd gevraagd om in het kader van een concrete zaak een uitspraak te doen over de interpretatie van artikel 2, vierde lid, van de richtlijn.<sup>21</sup> De eerste, en wel geruchtmakende zaak was *Kalanke*, gevolgd door *Marschall*, *Badeck* en *Abrahamsson*. Voorkeursmaatregelen waren ook in de zaak *Schmorbus* aan de orde; dit is echter een ietwat bijzonder geval.

18 Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, COM96 (93) def.

19 Verklaring 28 aanvaard door de Conferentie; deze verklaring is een onderdeel van het ontwerpverdrag van Amsterdam, afgedrukt in Pb. 1997 C 340, p. 136 en luidende: 'Bij het aannemen van maatregelen als bedoeld in artikel 119, lid 4, dienen de lidstaten in de eerste plaats te streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven.'

20 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, COM(2000) 334 def.

21 In het eerdere arrest *Delauche* (HvJ EG 16 december 1987, zaak 111/86, *Jur.* 1987, p. 5345) kwam het onderwerp van de voorkeursmaatregelen wel op, maar werd door het Hof niet behandeld. Mevrouw Delauche werkte voor de Commissie (het betreft dus het ambtenarenrecht) en had meerdere malen een poging gedaan om een hogere functie te krijgen. Echter, in plaats van haar was altijd een man aangenomen. Voor het Hof van Justitie beweerde mevrouw Delauche dat zij, gezien het kleine aantal vrouwen op het betreffende niveau, een recht op voorkeursbehandeling had. Het Hof vond het niet nodig om op deze vraag in te gaan, nu het van mening was dat mevrouw Delauche minder gekwalificeerd was dan de aangenomen mannelijke sollicitant (*Delauche*, §17 en volgende). Verder maakte het Hof in de zaken *Hofmann* en *Commissie tegen Frankrijk* enkele algemene opmerkingen over art. 2, lid 4; zie HvJ EG 12 juli 1984, zaak 184/83, *Jur.* 1984, p. 3047, overwegingen 20 en 22, en HvJ EG 25 oktober 1988, zaak 312/86, *Jur.* 1988, 6315, overweging 15.

### 3.1 *Kalanke*<sup>22</sup>

De zaak *Kalanke* betrof een Duitse voorkeursregeling volgens welke bij de overgang naar een functie in een hogere loon- of salarisgroep, bij overgang naar een andere functie en bij promotie vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten met voorrang in aanmerking moesten worden genomen mits zij ondervertegenwoordigd waren. Volgens de wet was van ondervertegenwoordiging sprake wanneer in de verschillende loon- en salarisgroepen van de betrokken personeelscategorie van een bepaalde dienst het personeel niet minstens voor de helft uit vrouwen bestond. Als gevolg van deze regeling slaagde de heer Kalanke niet in zijn sollicitatie naar een hogere functie. De door hem aangespannen rechtzaak betrof onder meer de vraag of voornoemde regeling wel of niet in overeenstemming was met het EG-recht. In zijn lange en nogal ingewikkelde conclusie kwam Advocaat-Generaal (AG) Tesauro in drie argumentatieronden tot de conclusie dat dit niet het geval is. Een van zijn stellingen was dat het EG-recht niet op gelijkheid van resultaat doelt, maar slechts op gelijkheid van kansen.<sup>23</sup> In het arrest van het Hof komt dit argument terug, zij het slechts als een secundair argument. Het Hof begon met een verwijzing naar een aanbeveling van de Raad omtrent voorkeursmaatregelen<sup>24</sup> en relativeerde vervolgens de visie van de Raad in een juridisch kader:

‘Zoals de Raad verklaarde [...] zijn “de bestaande rechtsnormen inzake gelijke behandeling, die ten doel hebben rechten te geven aan individuele personen, ontoereikend (...) voor de opheffing van alle feitelijke ongelijkheden tenzij de regeringen, de sociale partners en andere betrokken instanties gelijktijdig maatregelen treffen ten einde de nadelige gevolgen te ondervangen die voor de vrouwen in het arbeidsproces voortvloeien uit attitudes, gedragspatronen en sociale structuren”. Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat artikel 2, lid 4, dat een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht, strikt moet worden uitgelegd [...]. Een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, gaat verder dan een bevordering van gelijke kansen en overschrijdt de grenzen van de in artikel 2, lid 4, van de richtlijn voorziene uitzondering. Daar komt nog bij dat een dergelijke regeling, voorzover zij erop gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, de in artikel 2, lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden.’<sup>25</sup>

Het kernargument van het Hof was dus dat artikel 2, vierde lid, van de richtlijn een uitzondering vormt op het beginsel van gelijke behandeling zoals omschreven in artikel 2, eerste lid,<sup>26</sup>

22 HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, *Jur.* 1995, p. I-3051.

23 Dit laatste begrip is door de AG ondanks zijn pleidooi voor het tegendeel in een formele zin uitgelegd; zie mijn uitgebreide kritiek in C. Tobler, ‘Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke’, in: K. Arioli (red.), *Frauenförderung durch Quoten*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1997, p. 49-134.

24 Aanbeveling 84/635/EEG van de Raad betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen, Pub. 1984 L 331/34.

25 *Kalanke* (*supra* noot 22), overwegingen 21-23.

26 Art. 2 lid 1 van de richtlijn luidt: ‘Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.’

en derhalve strikt moet worden uitgelegd. Dit laatste is een benadering die het Hof in het algemeen volgt, bijvoorbeeld ook in verband met de vier vrijheden. Er is echter vaker bepleit dat het in het geval van een bepaling zoals artikel 2, vierde lid, in wezen niet om een uitzondering op het gelijkheidsbeginsel gaat, maar om een manier van rekening houden met verschillen en daarom in tegendeel juist om een vorm van gelijkheid (zie verder aan het einde van deze bijdrage), met als gevolg dat een strikte interpretatie niet is gepast. Het arrest *Kalanke* heeft dan ook in een groot aantal annotaties<sup>27</sup> felle kritiek opgeroepen.<sup>28</sup>

### 3.2 *Marschall* <sup>29</sup>

Met deze kritiek leek het Hof in zijn tweede arrest over voorkeursmaatregelen tot op zekere hoogte rekening te houden. De *Marschall*-zaak betrof wederom een Duitse voorkeursregeling ten gunste van vrouwen, die echter – anders dan in het eerste geval – een zogenaamde openingsclausule bevatte: vrouwen moesten bij voorrang worden bevorderd ‘voorzover met de persoon van een medekandidaat verband houdende redenen de balans niet in diens voordeel doen doorslaan. Anders dan AG Tesauro en het Hof zelf in *Kalanke*, wijst het Hof in *Marschall* nadrukkelijk op de in de samenleving bestaande ‘neiging om mannelijke kandidaten, zelfs bij gelijke kwalificaties, bij bevordering voorrang te geven boven vrouwelijke kandidaten, als gevolg van, onder meer bepaalde vooroordelen en stereotiepe ideeën over de rol en de capaciteiten van de vrouw in het arbeidsproces en de vrees, bijvoorbeeld, dat vrouwen hun loopbaan vaker onderbreken, dat zij, wegens huishoudelijke en gezinstaken, hun arbeidstijd minder soepel indelen of dat zij, door zwangerschappen, bevallingen en periodes waarin zij borstvoeding geven, vaker afwezig zijn. Om deze redenen betekent het feit, dat twee kandidaten van verschillend geslacht gelijke kwalificaties hebben, op zich niet dat zij gelijke kansen hebben.’ In zijn arrest erkent het Hof, tegen de conclusie van de AG Jacobs in,<sup>30</sup> dat voorkeursbehandeling van vrouwen ‘binnen de werkingssfeer van artikel 2, vierde lid, kan vallen, nu een dergelijke regeling kan bijdragen tot het vormen van een tegenwicht tegen de nadelige gevolgen die voor vrouwelijke kandidaten uit de hiervoor omschreven attitudes en gedragspatronen voortvloeien en daarmee tot het verminderen van de feitelijke ongelijkheden die in de realiteit van het maatschappelijk leven kunnen bestaan.’ Niettemin roept het Hof zijn uitspraak in het

27 Een lijst van de annotaties bij 's Hof's arresten is te vinden op 's Hof's home page: <http://www.curia.eu.int/en/recdoc/notes/index.htm> (de arresten zijn volgens hun nummers gerangschikt).

28 Enkele voorbeelden zijn: A. Epiney & N. Refaël, 'Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff? Zur Zulässigkeit von 'Bevorzugungsregeln' im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Rs. 450/93 – Kalanke', *Aktuelle Juristische Praxis* 1996, p. 179-187; M.Th. Lanquetin, 'De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995', *Droit Social* 1996, p. 494-501; T. Loenen & A. Veldman, 'Van voor naar achter, van links naar rechts? Voorkeursbehandeling na Kalanke', *NJB* 1995, p. 1521-1527; S. Prechal, 'Annotation: case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen', *CML Rev.* 1996, p. 1245-1259; S. Scarponi, 'Pari opportunità e Frauenquoten davanti alla Corte di Giustizia', *Rivista di diritto europeo* 1995, p. 717-737; D. Schiek, 'Positive Action in Community Law. Case C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen', *ILJ* 1996, nr. 25, p. 239-246; L. Senden, 'Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score? Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 146-164.

29 HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95, *Jur.* 1997, p. I-6363.

30 Zie A. Veldman, 'Een 'Marschall-plan' voor artikel 119 EG-Verdrag', *NJB* 1997, p. 1124-1125.

*Kalanke*-arrest in herinnering, namelijk dat een dergelijke maatregel vrouwen bij een bevordering geen absolute en onvoorwaardelijke voorrang mag garanderen. Dit kan door een zogenaamde openingsclausule worden voorkomen, die 'in elk individueel geval, mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan.' Het Hof onderstreept dat dergelijke criteria niet discriminerend ten opzichte van vrouwelijke kandidaten mogen zijn.<sup>31</sup> Vergeleken met *Kalanke* was dit een verheugend arrest.<sup>32</sup> Het bleef echter onduidelijk, welke concrete criteria tot een voorkeur van de mannelijke kandidaat mocht leiden en welke gevolgen de uitspraak in verband met het nieuwe artikel 141, vierde lid, EG-Verdrag (op de onderhavige zaak nog niet van toepassing) zou hebben.

### 3.3 *Badeck*<sup>33</sup>

Dit laatste punt kwam voor het eerst in de zaak *Badeck* ter sprake. Hier merkte het Hof allereerst op dat de door het nationale hof gestelde vraag slechts betrekking had op de richtlijn. Het Hof merkte op dat de interpretatie van artikel 141, vierde lid, EG voor de beslechting van het hoofdgeding enkel nodig was voor het geval het Hof mocht oordelen dat de richtlijn zich tegen een nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde was, verzette. Nu dit volgens het Hof in de zaak *Badeck* niet het geval was, ging het Hof niet op artikel 141, vierde lid, EG in.<sup>34</sup> Daarvan afgezien breide het Hof op zijn vroegere rechtspraak voort. Het vatte deze rechtspraak in de volgende formule samen:

'Derhalve is een maatregel volgens welke vrouwelijke kandidaten in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervetegenwoordigd zijn, bij voorrang moeten worden bevorderd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht,

- wanneer hij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en
- wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten.<sup>35</sup>

De zaak *Badeck* betrof een voorkeursbeleid ten behoeve van vrouwen in de openbare dienst, dat bij gelijke geschiktheid voorrang aan vrouwen gaf, met een openingsclausule. Het verbaast dan ook niet dat het Hof, net als in *Marschall*, een dergelijke regeling geoorloofd achtte. In dit kader maakte het Hof enkele interessante opmerkingen over de criteria die kunnen worden

31 *Marschall* (supra noot 29), overweging 29 en volgende.

32 Zie bijvoorbeeld A. Veldman, 'The lawfulness of women's priority rules in the EC labour market', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, p. 403-414.

33 HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97, *Jur.* 2000, p. I-1875.

34 Zie *Badeck* (supra noot 33), overwegingen 14 en 67.

35 *Badeck* (supra noot 33), overweging 23.



gebruikt bij de beoordeling van de kwalificatie van sollicitanten. Volgens de Duitse regeling die in de zaak *Badeck* aan de orde was moest bij die beoordeling rekening worden gehouden met een aantal positieve en negatieve criteria. Zo moesten de bekwaamheden en ervaring die door de uitoefening van gezinstaken zijn verworven in aanmerking worden genomen, wanneer zij relevant waren voor de geschiktheid, de prestatie en de bekwaamheid van de mannelijke en vrouwelijke kandidaten, terwijl de diensttijd, de leeftijd en de datum van de laatste bevordering enkel in aanmerking mochten worden genomen, voorzover zij voor die drie punten van belang waren. Bovendien had de gezinssituatie of het inkomen van de partner geen invloed en mochten deeltijdarbeid, onderbrekingen en vertragingen bij het afsluiten van de opleiding verband houdende met het verzorgen van kinderen of van hulpbehoevende verwanten, geen nadelig effect hebben. De wettigheid van dergelijke criteria was niet betwist. Toch merkte het Hof op dat zij, ook al zijn zij in geslachtsneutrale bewoordingen gesteld en ook al kunnen zij dus eveneens ten gunste van mannen werken, in het algemeen vrouwen bevoordelen. Deze uitspraak is daarom belangrijk, omdat zij in het kader van een traditionele analyse zou betekenen dat dergelijke maatregelen tot indirecte discriminatie van mannen kunnen leiden. Het Hof voegde er echter onmiddellijk aan toe dat zulke criteria kennelijk een materiële en niet een formele gelijkheid tot stand dienen te brengen, door feitelijke ongelijkheden in het maatschappelijk leven te verminderen.<sup>36</sup> Het Hof leek hiermee te impliceren dat de criteria niet tot indirecte discriminatie van mannen leiden, maar in het kader van voorkeursmaatregelen wel geoorloofd zijn (zie verder aan het einde van deze bijdrage).

Behalve over de algemene voorkeursregeling moest het Hof ook oordelen over een aantal andere stimuleringsmaatregelen, waaronder de regeling dat 'vrouwen in beroepen met een volledige beroepsopleiding waarin zij ondervertegenwoordigd zijn (...)bij de toewijzing van opleidingsplaatsen voor ten minste de helft in aanmerking moeten komen, tenzij het gaat om opleidingsprogramma's die uitsluitend door de overheid worden verzorgd'. Volgens het Hof is een dergelijke regeling niet in strijd met artikel 2, vierde lid, van de richtlijn, nu zij niet arbeidsplaatsen, maar slechts opleidingsplaatsen betreft, en verder opleidingsplaatsen waarvoor geen monopolie van de staat bestaat.<sup>37</sup> Dit is een opmerkelijke conclusie, met name in het licht van het feit dat de regeling geen voorwaarden stelt aan de kwalificaties van de kandidaten. Volgens Loenen<sup>38</sup> komt zij dan ook neer op voorkeursbehandeling van vrouwen bij voldoende geschiktheid (in plaats van gelijke geschiktheid zoals in de eerdere zaken).

#### 3.4 *Abrahamsson*<sup>39</sup>

Dit element is ook in de zaak *Abrahamsson* aan te treffen, hier echter met betrekking tot arbeidsplaatsen. De ter discussie staande voorkeursmaatregel maakte het mogelijk dat aan Zweedse hoge scholen een tot een ondervertegenwoordigd geslacht behorende kandidaat die over voldoende kwalificaties (dus: niet gelijke kwalificaties als een andere kandidaat) voor

<sup>36</sup> *Badeck* (supra noot 33), overweging 32.

<sup>37</sup> *Badeck* (supra noot 33), overwegingen 52 en 53.

<sup>38</sup> Zie haar annotatie bij de arresten *Badeck en Abrahamsson*, AB 2001, 18.

<sup>39</sup> HvJ EG 6 juli 2000, zaak C-407/98, *Jur.* 2000, p. I-5539.

de functie beschikt, met voorrang boven een kandidaat van het andere geslacht kon worden gekozen, mits het verschil tussen de respectievelijke kwalificaties niet zo groot was dat de toepassing van deze regel in strijd zou zijn geweest met vereiste van objectiviteit. De Zweedse regering legde uit dat de ontwikkeling in de richting van een meer evenwichtige verdeling tussen mannen en vrouwen in banen op onderwijsgebied in een bijzonder traag tempo heeft plaatsgevonden, zodat een buitengewone inspanning moet worden geleverd om op korte termijn een aanmerkelijke stijging van het aantal vrouwelijke hoogleraren te bewerkstelligen.<sup>40</sup> Het Hof vond een dergelijke voorkeursregeling echter te ver gaan. Het onderstreepte dat de toepassing van de criteria voor de beoordeling van de kwalificatie van sollicitanten op doorzichtige wijze dient te geschieden. Verder moet zij kunnen worden gecontroleerd teneinde elke willekeurige beoordeling van de bekwaamheid van de sollicitanten uit te sluiten. Het Hof vond dat een regeling zoals de Zweedse niet aan deze eisen voldoet:

‘Aangaande de in het hoofdgeding centraal staande selectieprocedure blijkt niet uit de toepasselijke Zweedse regeling, dat de beoordeling van de bekwaamheid van de sollicitanten in het licht van de eisen van de vacante functie is gebaseerd op heldere en vaststaande criteria, die nadelen in de beroepsloopbaan van personen behorend tot het ondervertegenwoordigde geslacht voorkomen of compenseren. Integendeel, volgens deze regeling moet een sollicitant voor een overheidsfunctie die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort en die over voldoende kwalificaties voor die functie beschikt, met voorrang worden gekozen boven een sollicitant van het andere geslacht, die anders zou zijn benoemd, indien deze maatregel noodzakelijk is om een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen. Mitsdien geeft de in geding zijnde regeling sollicitanten van het ondervertegenwoordigde geslacht automatisch voorrang wanneer zij over voldoende kwalificaties beschikken, onder de enkele voorwaarde dat het verschil in verdiensten tussen de sollicitanten van beide geslachten niet zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit. In dat verband zij erop gewezen, dat de betekenis van deze voorwaarde niet nauwkeurig kan worden bepaald, zodat een sollicitant tenslotte uit de sollicitanten met voldoende kwalificaties wordt geselecteerd op de enkele grond dat hij tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, zelfs wanneer de aldus gekozen sollicitant qua verdiensten onderdoet voor een sollicitant van het andere geslacht. Bovendien worden de sollicitaties niet onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten. Hieruit volgt, dat een dergelijke selectiemethode geen rechtvaardiging vindt in artikel 2, lid 4, van de richtlijn.’<sup>41</sup>

Nu de regeling niet aan de eisen van artikel 2, vierde lid, van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn voldoet, onderzoekt het Hof vervolgens hoe het met artikel 141, vierde lid, EG zit. Ook hier is het antwoord negatief:

‘Dienaangaande volstaat de constatering dat, ook al staat artikel 141, lid 4, EG de lidstaten toe om maatregelen te handhaven of aan te nemen waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ter voorkoming of ter compensatie van nadelen in de beroepsloopbaan, teneinde volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te verzekeren, hieruit niet kan worden afgeleid, dat deze bepaling een

40 De bijzondere achterstand van vrouwen aan universiteiten is inderdaad een feit. De presidente van het Duitse Bundesgerichtshof, prof. Jutta Limbach, merkte in dit verband ooit op: ‘Die zurückgebliebenste aller Provinzen ist die Universität’ (zie Frankfurter Rundschau 8 november 1994, p. 11).

41 *Abrahamsson* (supra noot 39), overwegingen 50-53.

selectiemethode als die in het hoofdgeding toestaat, die hoe dan ook onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel.<sup>42</sup>

### 3.5 *Schnorbus*<sup>43</sup>

Tenslotte moeten nog twee iets atypische zaken worden vermeld, *Schnorbus* en *Griesmar*. De zaak *Schnorbus* betreft een Duitse regeling waar bij het toewijzen van *Referendariat*-plaatsen (een fase van de juridische opleiding in Duitsland) in het geval van te weinig beschikbare plaatsen voorrang wordt verleend aan onder meer mensen die een militaire dienstplicht hebben vervuld. Nu in Duitsland slechts mannen aan een dergelijke dienstplicht zijn onderworpen, kwamen vrouwen voor deze regeling niet in aanmerking. Met andere woorden: de regeling verleent voorrang aan mannen. De hoofdvraag voorgelegd aan het Hof van Justitie was of dit tot directe of tot indirect discriminatie leidt. Volgens het Hof betreft het een geval van (prima facie) indirecte discriminatie (een conclusie die trouwens mijns inziens niet erg overtuigend is, nu het criterium automatisch alle vrouwen uitsluit).<sup>44</sup> Een aantal verdere vragen had met artikel 2, vierde lid, van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn te maken. Hierover merkte het Hof op:

‘De litigieuze bepaling, die ervan uitgaat dat rekening moet worden gehouden met de vertraging in het verloop van de studie van kandidaten die militaire of burgerdienst moesten vervullen, heeft echter een objectief karakter en is uitsluitend bedoeld om gevolgen van die vertraging te helpen verlichten. In een dergelijk geval kan de betrokken bepaling niet worden geacht in strijd te zijn met het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers. Bovendien is, zoals de Commissie opmerkt, het voordeel voor de betrokkenen, die slechts gedurende maximaal twaalf maanden voorrang hebben op de andere kandidaten, niet onevenredig, omdat de vertraging die zij door de genoemde activiteiten hebben ondervonden, ten minste gelijk is aan die periode. Op de genoemde vragen moet dus worden geantwoord, dat de richtlijn zich niet verzet tegen nationale bepalingen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, omdat zij hun rechtvaardiging vinden in objectieve gronden en alleen bedoeld zijn ter compensatie van de vertraging ten gevolge van de vervulling van de verplichte militaire of burgerdienst.’<sup>45</sup>

Hieruit blijkt dat de Duitse regeling aan de eisen van het EG-recht voldoet. Het blijft echter onduidelijk of het hier een objectieve rechtvaardiging voor indirecte discriminatie, een voorkeursregeling in de zin van artikel 2, vierde lid, van de richtlijn, of allebei betreft of (meer fundamenteel) een geval van ontbrekende vergelijkbaarheid (of anders gezegd: van feitelijke verschillen) van de te beoordelen gevallen.<sup>46</sup>

42 *Badeck* (*supra* noot 33), overweging 55.

43 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-79/99, *Jur.* 2000, p. I-10997.

44 Zie hierover mijn annotatie in SEW 2001, 238-240.

45 *Schnorbus* (*supra* noot 43), overwegingen 44-47.

46 Zie nogmaals mijn annotatie (*supra* voetnoot 44).

3.6 *Griesmar*<sup>47</sup>

De zaak *Griesmar* is atypisch omdat zij gelijke beloning betreft. Ter discussie stond een Franse regeling inzake burgerlijke en militaire rustpensioenen welke voorzag in een bonificatie alleen voor vrouwelijke ambtenaren die kinderen hadden opgevoed.<sup>48</sup> Dit betekent dat bij de werkelijke dienstjaren van de betrokken werknemers per kind één jaar extra word toegevoegd. Het betreft dus in wezen een verzorgingsforfait. Mannen kunnen deze bonificatie niet krijgen. Na geconcludeerd te hebben dat een dergelijke regeling binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het EG-Verdrag (nu artikel 141 EG) valt, stelde het Hof vast dat de bonificatie niet is bedoeld ter compensatie van de nadelen die vrouwelijke ambtenaren ondervinden als gevolg van het feit dat zij tijdens de periode van de bevalling afwezig zijn van het werk. Het gaat dus niet om een regeling die rekening houdt met verschillen tussen mannen en vrouwen, zoals in de zaak *Abdoulaye*.<sup>49</sup> Mannen en vrouwen die daadwerkelijk de opvoeding van hun kinderen op zich hebben genomen bevinden zich in een vergelijkbare situatie. Er is daarom in het kader van de Franse regeling sprake van verboden ongelijke behandeling van mannen en vrouwen.<sup>50</sup> Om deze reden rees vervolgens de vraag of een dergelijke regeling kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 6, derde lid, van de Sociale Overeenkomst (artikel 2, vierde lid, van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn was niet van toepassing nu het gelijke beloning betrof). Het Hof was van mening dat dit niet het geval is. Het Hof legde uit:

‘Artikel 6, lid 3, van de overeenkomst betreffende de sociale politiek staat immers nationale maatregelen toe die beogen de feitelijke ongelijkheden die het gevolg zijn van de realiteit van het maatschappelijke leven en die vrouwen benadelen in hun beroepsleven, op te heffen of te verminderen. Bijgevolg moeten de onder deze bepaling vallende nationale maatregelen er in ieder geval toe bijdragen dat vrouwen in hun beroepsleven op voet van gelijkheid met mannen worden geplaatst. Gelet op de voor het Hof aangevoerde elementen, blijkt evenwel dat de in het hoofdgeding bedoelde maatregel niet de nadelen voor de loopbaan van vrouwelijke ambtenaren compenseert door deze vrouwen te helpen in hun beroepsleven. Deze maatregel kent vrouwelijke ambtenaren met kinderen integendeel enkel een anciënniteitsbonificatie toe bij hun pensionering, zonder de problemen op te lossen waarmee zij tijdens hun beroepsloopbaan kunnen worden geconfronteerd. Belangrijk is in dit verband dat, hoewel de maatregel van artikel L. 12, sub b, van de pensioenwet oorspronkelijk uit 1924 dateert, deze bepaling tot op heden de problemen waarmee vrouwelijke ambtenaren in hun loopbaan worden geconfronteerd, nog steeds niet heeft kunnen oplossen. Bijgevolg moet op het tweede onderdeel van de eerste vraag worden geantwoord, dat, ondanks het bepaalde in artikel 6, lid 3, van de overeenkomst betreffende de sociale politiek, een bepaling als artikel L. 12, sub b, van de pensioenwet in strijd is met het beginsel van gelijke beloning, nu deze bepaling mannelijke ambtenaren die kunnen bewijzen dat zij de opvoeding van hun kinderen op zich hebben genomen, uitsluit van de daarin vastgestelde bonificatie voor de berekening van de rustpensioenen.’<sup>51</sup>

47 HvJ EG 29 november 2001, zaak C-366/99, nog niet in *Jur.* afgedrukt.

48 Voor wettige, natuurlijke en geadopteerde kinderen nam de Franse regeling zonder meer aan dat de moeder de opvoeding op zich had genomen. Voor andere kinderen moest worden aangetoond dat de moeder het kind voor het einde van zijn eenentwintigste levensjaar gedurende minstens negen jaar had opgevoed.

49 HvJ EG 16 september 1999, zaak C-218/98, *Jur.* 1999, p. I-5723.

50 *Griesmar* (*supra* noot 47), overwegingen 39-58.

51 *Griesmar* (*supra* noot 47), overwegingen 64-67.

*Griesmar* is voorzover ik weet de enige zaak waarin artikel 6, derde lid, van de voormalige Sociale Overeenkomst een rol speelt. Wat betreft de inhoud van het oordeel moet worden geconcludeerd dat het Hof de maatregel afwijst omdat zij vrouwen niet helpt in hun beroepsleven, maar in plaats daarvan pas veel later (namelijk op het moment wanneer zij met pensioen gaan). Inzoverre wijst het Hof hier een bepaalde soort van zuiver compensatorische maatregelen af. Vanuit het perspectief van de betrokken mensen is dit uiteraard een teleurstellende benadering.<sup>52</sup>

#### 4 Tot slot: enkele conceptuele opmerkingen

Uit voornoemde rechtspraak blijkt dat de nu geldende formule voor het beoordelen van voorkeursmaatregelen degene van *Badeck* is: een maatregel volgens welke kandidaten van één geslacht bij voorrang moeten worden bevorderd is dan verenigbaar met het gemeenschapsrecht, wanneer de maatregel kandidaten van dit geslacht met een gelijke kwalificatie als hun medekandidaten van het andere geslacht niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten. De historische reden voor deze formule is de visie dat het bij artikel 2, vierde lid, van de richtlijn een uitzondering betreft die juist daarom strikt moet worden uitgelegd. Het uitgangspunt voor deze benadering is een formeel gelijkheidsconcept, dat wil zeggen het idee dat juridische gelijkheid in de allereerste plaats op gelijke behandeling doelt. Dit is inderdaad het accent dat het EG-recht (en trouwens het Westerse recht in het algemeen) op de interpretatie van het gelijkheidsbegrip legt. Echter, theoretisch is deze interpretatie breder.

Zoals in bijna alle westerse rechtsordes gebruikt ook het Hof van Justitie bij algemene omschrijvingen van gelijkheid de formule van de Griekse filosoof Aristoteles. Volgens hem eist de rechtvaardigheid de gelijke behandeling van wat gelijk (dat wil zeggen: vergelijkbaar) is en ongelijke behandeling van wat ongelijk is. Het gaat om een gelijkheid in resultaat dat – afhankelijk van de omstandigheden – door gelijke behandeling of juist door ongelijke behandeling wordt bereikt. Rekening houden met verschillen met als consequentie een ongelijke behandeling is in dit brede kader daarom evenzeer een aspect van gelijkheid als gelijke behandeling dit is in andere omstandigheden. Nu voorkeursmaatregelen juist met bepaalde sociale verschillen rekening houden zouden zij in een rechtsorde, die is gebaseerd op de formule van Aristoteles, als één mogelijke vorm van gelijkheid eigenlijk een natuurlijke plaats moeten hebben. Wanneer dit – zoals rechtspraak als *Kalanke* laat zien – toch niet het geval is, dan is dit het gevolg van het traditionele accent van westerse rechtsordes op het eerste gedeelte van

52 Echter, in de onderhavige zaak zou een oplossing via voorkeursmaatregelen helemaal niet nodig geweest zijn wanneer de wetgever aan alle werknemers, vrouwelijk en mannelijk, die daadwerkelijk kinderen hebben opgevoed een bonificatie had toegekend. De vraag of het acceptabel is wanneer vrouwen ten opzichte van sommige kinderen geen bewijzen moeten aanvoeren voor het opvoeden van kinderen is door het Hof niet beantwoord, maar wel aangestipt (zie *Griesmar*, *supra* noot 47, overweging 58). Het onderwerp voorkeursmaatregel is uiteraard alleen dan van tafel wanneer voor vrouwen en mannen in iedere opzichte dezelfde voorwaarden gelden.

de formule en op gelijke behandeling als zodanig – ook al is de basisformule die van Aristoteles.<sup>53</sup> Weliswaar kent ook het EG-recht ‘inbreuken’ op deze formele benadering. Het toestaan van ‘uitzonderingen’ op het beginsel van gelijke behandeling, inclusief van voorkeursmaatregelen, is een voorbeeld hiervoor. Echter, nu dergelijke maatregelen slechts toegestaan zijn en niet positief vereist zijn als een andere vorm van gelijkheid, is de constructie als uitzondering die strikt moet worden uitgelegd niet verrassend.

Het verbaast dan ook niet dat het begrip ‘materiële gelijkheid’ in het EG-discriminatierecht niet wordt genoemd. Toch zijn er intussen enkele indicaties in deze richting, namelijk in de rechtspraak. In het arrest *Thibault*<sup>54</sup> merkte het Hof van Justitie voor de eerste keer op dat het EG-recht inzake juridische gelijkheid van mannen en vrouwen niet slechts op formele gelijkheid doelt, maar ook op materiële gelijkheid. Deze uitspraak is echter in een bepaalde en zeer beperkte context gedaan (bescherming van moeders in het kader van het arbeidsrecht, in concreto artikel 2, derde lid, van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn). Wat nu voorkeursmaatregelen betreft, is de al vermelde uitspraak van het Hof over materiële gelijkheid in de zaak *Badeck* een teken in de goede richting. Dit betreft echter slechts een *obiter dictum*, een kanttekening, die – wederom – in een zeer beperkte context is gedaan (deze keer betreffende de criteria die kunnen worden gebruikt om de kwalificaties van sollicitanten vast te stellen). Een interpretatie van de uitspraak in *Badeck* volgens welke het Hof wat betreft voorkeursmaatregelen voor een algemene conceptuele koerswijziging heeft gekozen (weg van de ‘uitzonderingsconstructie’ naar een meer materiële benadering) is, helaas, *wishful thinking* naar alle waarschijnlijkheid. Maar misschien is deze uitspraak toch een hoopvol, zij het klein, teken. Hopen mag altijd. Barnard/Hepple redeneren trouwens dat de nieuwe bepalingen van artikel 141, vierde lid, EG en de positieve actie bepalingen in de nieuwe richtlijnen geen uitzonderingen zijn want: ‘They are framed as essential to the achievement of ‘full equality’ in practice, that is substantive equality.’<sup>55</sup>

Het Hof heeft ondertussen al weer de gelegenheid gehad, om zijn visie duidelijker te maken, met name in het kader van de nieuwe zaak *Lommers*.<sup>56</sup> Zij betreft een Nederlandse regeling die in gesubsidieerde kinderopvangplaatsen voor vrouwelijke medewerkers voorziet; voor mannelijke medewerkers zijn kinderopvangplaatsen slechts dan beschikbaar wanneer er sprake is van een door de werkgever te beoordelen noodgeval. AG Alber heeft zijn conclusie op 6 november 2001 bekend gemaakt. Hij is van mening dat het gezien de feitelijke moederrol van de vrouw in de samenleving en haar negatieve consequenties voor de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt een geoorloofde voorkeursregeling betreft.<sup>57</sup> Verder schrijft de AG: ‘Zoals uit de arresten van het Hof in onder meer de zaken *Badeck* en *Mahlburg* kan worden afgeleid, geven toegestane positieve acties respectievelijk specifieke regelingen voor vrouwen uitdrukking aan het beginsel van gelijke behandeling, aangezien dit een materiële en niet een formele gelijkheid tot stand wil brengen. Deze gedachte is dus immanent aan het beginsel van gelijke

53 *Sermide* (HvJ EG 13 december 1984, zaak 106/83, *Jur.* 1984, p. 4209), overweging. 28: ‘dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk mogen behandeld’.

54 HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95, *Jur.* 1998, p. I-2011.

55 C. Barnard & B. Hepple, ‘Substantive Equality’, *Cambridge Law Journal* 2000, p. 562-585, op p. 576.

56 HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-476/99, nog niet in *Jur.* afgedrukt.

57 Zie punt 69 en volgende van de conclusie van de AG.

behandeling en heeft in het positieve recht slechts vorm gekregen in artikel 2, vierde lid, van richtlijn 76/207 en nadien het niveau van het primaire recht in artikel 6, lid 3, van de Overeenkomst gehecht aan het Protocol betreffende de sociale politiek en ten slotte in het Verdrag als artikel 141, vierde lid, EG.<sup>58</sup> Het Hof heeft vlak voor het afsluiten van dit stuk een uitspraak gedaan over de zaak *Lommers*. Deze uitspraak zal nog in het Bulletin worden gepubliceerd, met een annotatie. Ik volsta daarom met de opmerking dat volgens het Hof een regeling zoals die van de zaak *Lommers* geoorloofd is. Over materiële gelijkheid rept het Hof – helaas – met geen woord. In plaats daarvan legt het Hof uit dat de betrokken regeling ‘deel uit [maakt] van een beperkt plan ter verwezenlijking van de gelijke kansen.’<sup>59</sup> Deze formulering werd in de zaak *Badeck* gebruikt, met betrekking tot het reserveren van opleidingsplaatsen voor vrouwen.<sup>60</sup> Nu zij moet worden gezien tegen de afkeuring van een model van gelijke kansen in de zin van gelijkheid van resultaat in de zaak *Kalanke*, kan deze opmerking niet echt als een vooruitgang worden beschouwd. Laten wij dus hopen dat het Hof de visie van AG Alber alsnog in een later arrest zal bevestigen.

58 In het *Mahlburg* arrest (HvJ EG 3 februari 2000, zaak C-207/98, *Jur.* 2000, p. I-549, overweging 26) herhaalde het Hof zijn uitspraak in *Thibault* over art. 2, lid 3, en materiële gelijkheid.

59 *Lommers* (*supra* noot 55), overweging 38. Duidelijker in het Engels: ‘a restricted concept of equality of opportunity’.

60 *Badeck* (*supra* noot 33), overweging 52.