

cale ruimte voor de invulling van het pensioenrecht niet volledig benut. Van de extra geboden ruimte als gevolg van de nieuwe regeling zal derhalve naar alle waarschijnlijkheid in het arbeidsvoorwaardenoverleg slechts 'gepast' gebruik worden gemaakt, zoals de staatssecretaris opmerkt in zijn aanbiedingsbrief van het rapport aan de Tweede Kamer.

Met name voor de individuele pensioenregelingen zal het rapport Witteveen verstrekken en in sommige gevallen gunstige gevolgen hebben. Vrijwel iedere dga zal binnen de genoemde 5-jaarstermijn zijn pensioenregeling moeten aanpassen. Hij zal deze gelegenheid echter direct kunnen aangrijpen om zijn pensioenregeling binnen de nieuwe fiscale normen te optimaliseren. Daarbij is met name van belang dat de pensioenregeling niet bovenmatig wordt in die zin dat de fiscus in de totale arbeidsbeloning van de dga een verkapte winstuitdeling ziet.

Het 'voortrekken' van vrouwen

W.J.M. van Tongeren*

71 De heer Kalanke voelde zich achtergesteld bij mevrouw Glissmann omdat niet hij maar zij werd aangesteld als hoofd van de Plantsoendienst. De heer Kalanke werd gepasseerd omdat hij geen vrouw was. Mevrouw Glissmann had automatisch voorrang omdat zij – geen man, maar – vrouw was. Deze 'ongelijke' behandeling vloeide voort uit het feit dat in de Hanze-stad Bremen de regeling gold dat bij gelijke geschiktheid een vrouw automatisch voorrang had – en recht – op een aanstelling.

Op 17 oktober 1995 heeft het Europese Hof van Justitie in Luxemburg een arrest gewezen dat nogal wat aandacht heeft gekregen. Het Europese Hof oordeelde, naar aanleiding van vragen van de rechter in Bremen, dat art. 2 van de Europese richtlijn van 9 februari 1976, richtlijn 76/207, waarin de gelijke behandeling van vrouwen en mannen wordt geregeld, *s'oppose à* de regeling van de stad Bremen, op grond waarvan mevrouw Glissmann automatisch voorrang

had bij haar aanstelling.

Art. 2, lid 1 van de richtlijn bepaalt: Het beginsel van gelijke behandeling (...) houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht (...). Het Hof oordeelde dat dit artikel strikt moet worden uitgelegd en dat vrouwen en mannen gelijk moeten worden behandeld en dat als vrouwen bij gelijke geschiktheid automatisch voorrang krijgen bij een aanstelling er sprake is van discriminatie op grond van geslacht. Het Europese Hof wijst echter wel uitdrukkelijk op art. 2, lid 4 van de richtlijn: 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. Het Hof overweegt dat die bepaling het doel *précis et limité* heeft maatregelen toe te staan die, ondanks de schijn van discriminatie, de ongelijkheid, welke in het maatschappelijk verkeer (nog) bestaat, tussen mannen en vrouwen vermindere(n) en - ook - nationale maatregelen die voor vrouwen *in het bijzonder* de toegang tot de arbeidsmarkt bevorderen, zodat zij op voet van gelijkheid met mannen kunnen dingen naar een bepaalde functie en ook op voet van gelijkheid een carrière kunnen maken.

— Positieve actie

In Nederland bestaat een aantal wettelijke bepalingen in verband met de Europese richtlijn, als het gaat om positieve actie. Ik noem art. 7A:1637j BW dat vooropstelt dat een werkgever geen onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst etc., maar waarvan mag worden afgeweken indien het bedingen betreft die vrouwen in een bevoorrechte positie beogen te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen. Art. 5, lid 1 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bepaalt hetzelfde. Ik noem tot slot art. 2, lid 3 van de Algemene Wet Gelijke Behandeling in verband met art. 1 van de Grondwet waarin wordt bepaald dat het in deze wet neergelegde verbod voor onderscheid niet geldt, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

De Rijksoverheid zelf ziet positieve actie voor wat betreft haar eigen organisatie in het stimuleren van een aantal activiteiten, in de zin van voorlichting, het helpen van herintredende vrouwen, het financieel ondersteunen van bureau's die zich bezig houden met positieve actie etc. (brief van de minister van Binnen-

* Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks, Star Busmann in Utrecht.

landse Zaken aan de Tweede Kamer, Stuk 20343/5). In het particuliere bedrijfsleven bestaat een groot aantal regelingen terzake van de positieverbetering van vrouwen, welke regelingen veelal voorwaardenscheppend van aard zijn.

— Gevolgen van het arrest

Loopt het positieve actie-beleid door het arrest van het Hof van Justitie een (flinke) deuk op? Ik ben geneigd om te denken dat het wel mee zal vallen. Uit het arrest valt op te maken dat het Hof zich in hoge mate heeft gestoord aan het (te strenge?) karakter van de Bremense regeling, die het Hof zo uitlegt dat er sprake zou zijn van een *priorité absolue et inconditionnelle* resp. *accorde automatiquement une priorité* etc. Het automatisme, een verplichting aan de kant van de werkgever om voor een vrouw te 'kiezen' danwel een automatisch recht van een vrouw op aanspraak op een functie, is niet geoorloofd – want *discriminerend*. Als het aan het eind van een sollicitatieprocedure gaat om het aanstellen van een man of een vrouw met gelijke kwaliteiten dan mag een werkgever de vrouw *kiezen*, om hem/haar moverende redenen. Ik moet aannemen dat een regeling waarin slechts staat: de voorkeur gaat uit (maar niet uitsluitend) naar een vrouw, niet ongeoorloofd is. Ongeoorloofd lijkt mij wel een regeling die inhoudt dat als het gaat om het vervullen van vacatures op staf-en leidinggevend niveau de (interne) werving alleen gericht is op werving en selectie van vrouwelijke kandidaten en als intern (wel een mannelijke, maar) geen vrouwelijke kandidaat beschikbaar zou zijn, wordt overgegaan tot externe werving en selectie van (uitsluitend) vrouwen. In dit geval wordt mannen iedere kans ontnomen en hebben vrouwen een *priorité absolue et inconditionnelle*. Ik moet aannemen dat het arrest geen belemmering vormt voor een streven van een werkgever om meer vrouwen in bepaalde functies te benoemen, waarin zij zijn onvertegenwoordigd, om bedrijfs-organisatorische belangen, waaruit kan voortvloeien dat meer vrouwen - meer - functies vervullen. Maatregelen die de positie van de vrouw op de arbeidsmarkt verbeteren, het bevorderen van scholing, het bevorderen van loopbaanplanning, het bevorderen van kinderopvang etc. worden door het arrest niet geraakt. Als ik kijk naar een eerder arrest van het Europese Hof, Hof van Justitie EG 8 november 1990, NJ 1992, 224, de zaak Dekker, waarin het ging (overigens niet over een voorkeursbehandeling, maar) om de (niet-) aanstelling van een zwangere vrouw, moet ik aannemen dat het het Hof ernst is om de positie van de vrouw te versterken en is er mijns inziens geen reden voor al te grote somberheid. Uiteindelijk mag positieve actie geen doel op zichzelf

worden maar moet het een middel blijven met het oog op het verbeteren van de positie van vrouwen. Zie voor voorkeursbeleid voor benoeming in managementfuncties bij de overheid nog Ambtenarengerecht Utrecht 7 juli 1989, TAR 1989, 203.

— Onrechtmatig 'voortrekken'

In het arrest van het Hof was een nationale regeling aan de orde. Die was strijdig met de Europese richtlijn uit 1976, waarin de gelijke behandeling van mannen en vrouwen wordt geregeld. Die nationale regeling is in dat geval – als onrechtmatig – onverbindend. De Europese richtlijn heeft directe werking. Burgers kunnen daarop direct een beroep doen. In dát geval én ook als het gaat om een regeling van een particuliere werkgever, op basis waarvan een vrouw is 'voorgetrokken' zal toepassing van die regeling in strijd met de uitleg die het Europese Hof in zijn arrest geeft aan de Europese richtlijn uit 1976 niet leiden tot nietigheid van de aanstelling van de vrouw, die ten onrechte wordt 'voorgetrokken', maar kan dat onrechtmatig voortrekken onrechtmatig handelen van de werkgever betekenen, welk onrechtmatig handelen – eventueel – zal verplichten tot betaling van schadevergoeding – aan de man. Jurisprudentie waarin aan een man een schadevergoeding is toegekend, is mij niet bekend. Ik wijs nog wel op een uitspraak van het Ambtenarengerecht te Amsterdam van 20 augustus 1988, TAR 1988, 198, waarin een besluit een (vrouwelijk) ambtenaar met miskennis van het voorkeursbeleid voor vrouwen – ten onrechte – niet in een bepaalde functie te benoemen, nietig wordt verklaard, hetgeen overigens nog niet betekent een aanstelling van die ambtenaar in de door haar gewenste – en haar eigenlijk toekomende – functie en evenmin nietigheid van het besluit op grond waarvan – ten onrechte – de (mannelijke) ambtenaar is aangesteld. Ik wijs – tot slot – nog op jurisprudentie waarin in het kader van een sollicitatieprocedure door de werkgever in strijd wordt gehandeld met de Wet gelijke behandeling. In het geval van het Amsterdamse Hof van 18 maart 1993, JAR 1993/193, leidde dat tot de verplichting van de werkgever om een vergoeding voor immateriële schade te betalen, vanwege het door de werkgever gekwetste rechtsgevoel van de vrouw. Zie ook nog Rechtbank Amsterdam, 14 juli 1993, JAR 1993/190, waarin een werkgever jegens een vrouw in het kader van een sollicitatie onrechtmatig handelde, maar waarin geen schadevergoeding werd toegewezen. Zie nog voor een uitgebreide behandeling van de destijds gerucht makende Barlaeus-zaak, waarin het ging, op basis van een voorkeursbeleid, om de benoeming van een vrouwelijke conrector waarbij ondermeer het vaststellen van de mate van (vrouwelijke) onderverte-

- 22 genwoordiging een belangrijk punt was, Mr. K.R. Bosker SMA 1989, blz. 416 e.v.

— **Slot**

Positieve actie is niet in de ban gedaan. Het Europese Hof wijst erop dat bij positieve actie gewaakt moet worden voor 'doorschieten'. Het arrest kan niet gezien worden als een verkeerd, 'vrouwonvriendelijk' signaal.