



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Voorkeursbeleid voor vrouwen bij de beloning

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (1993). Voorkeursbeleid voor vrouwen bij de beloning.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3541>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3541>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Voorkeursbeleid voor vrouwen bij de beloning

Door mr G.J.J. Heerma van Voss, universitair hoofddocent sociaal recht, Rijksuniversiteit Limburg.

Dit artikel bevat de persoonlijke opvattingen van de auteur.

1. *Inleiding*

Is voorkeursbeleid voor vrouwen bij de beloning juridisch toelaatbaar? Deze vraag zal worden besproken naar nationaal recht (par. 2) en communautair recht (par. 3). Daarna komen de mogelijke voorwaarden waaronder dit zou kunnen aan de orde (par. 4) en worden deze aan de hand van enkele voorbeelden toegelicht (par. 5).

2. *Toelaatbaarheid voorkeursbeleid*

De Nederlandse wetgeving laat in het algemeen voorkeursbeleid voor vrouwen toe. Artikel 1637ij, eerste lid Burgerlijk Wetboek (BW) verbiedt ten aanzien van de arbeidsovereenkomst onderscheid tussen mannen en vrouwen in de arbeidsvoorwaarden.

Het vierde lid laat echter afwijking toe indien het bedingen betreft die vrouwelijke arbeiders in een bevoorrechte positie beogen te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen. Hetzelfde geldt voor de openbare dienst (art. 1. jo 5 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, hierna te noemen WGB) en voor andere arbeid die onder gezag wordt verricht (art. 1b WGB).

Hoewel onder de oude gelijke-behandelingswetgeving nog te twisten viel over de vraag of voorkeursbeleid bij de beloning geoorloofd was, laat de huidige WGB geen twijfel toe. De bepalingen omtrent gelijk loon zijn zodanig geformuleerd dat zij handelen over de toepassing van art. 1637ij BW.

In de wetsgeschiedenis van de Wet gelijk loon (WGL) is over voorkeursbeleid niets te vinden. Men heeft daar kennelijk in het geheel niet aan gedacht. Bij de totstandkoming van de WGB en van de Reparatiwet GB is wel over voorkeursbeleid gesproken, maar daarbij is de beloning niet betrokken. De wet laat voorkeursbeleid uitdrukkelijk toe en er is geen enkele aanwijzing dat de wetgever een uitzondering wilde maken voor de beloning. Dit betekent uiteraard evenmin dat zo'n beleid op voorhand is toegestaan. Het kan worden getoetst aan dezelfde maatstaven als andere vormen van voorkeursbeleid.

In uitspraken over gelijke behandeling (zowel van de rechter als van de diverse Commissies gelijke behandeling) heb ik geen voorbeelden kunnen aantreffen van voorkeursbeleid ten aanzien van de primaire arbeidsvoorwaarden. Wel acht de huidige CGB het ter beschikking stellen van faciliteiten voor kinderopvang aan uitsluitend vrouwelijke werknemers onder omstandigheden

¹⁷ CGB 30 maart 1990, oordelen CGB 1989-1990, blz. 95; CGB 22 augustus 1990, oordelen CGB 1989-1990, blz. 240; CGB 5 december 1991, oordelen CGB 1991, blz. 339; CGB 26 maart 1992, oordeel 386-92-05 (nog niet gepubliceerd).

¹⁸ Vgl. A. E. Bosscher, "Gelijkheid van man en vrouw in het Europees sociaal recht", in: A. W. Govers/A. E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht, Alphen aan den Rijn 1981, blz. 107-187, 110.

aanvaardbaar. Het gaat hier weliswaar om een secundaire arbeidsvoorwaarde, maar toch één die dicht in de buurt van beloning komt¹⁷. Op de daarbij gestelde voorwaarden zal in par. 4 nader worden ingegaan.

Conclusie

Voorkeursbeleid bij de beloning is door de Nederlandse wetgever niet categorisch verboden.

3. *Toelaatbaarheid naar communautair recht EEG-Verdrag*

Artikel 119 EEG-Verdrag (daterend uit 1957) schrijft toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid voor. Het artikel spreekt niet over voorkeursbeleid. Dat is ook niet verwonderlijk, omdat het destijds niet in de eerste plaats een emancipatoire doelstelling had. Het voorkomen van verstoring van concurrentieverhoudingen stond voorop¹⁸. Niettemin werd het artikel bij wijze van compromis opgenomen in het hoofdstuk over het sociaal beleid en is het later ook in die richting verder ontwikkeld.

Richtlijnen

Ook in de ter voltooiing van de uitvoering van artikel 119 EEG-Verdrag vastgestelde Richtlijn Gelijk Loon komt de mogelijkheid van voorkeursbeleid niet voor. Vermoedelijk was dit ook niet aan de orde, aangezien men zich vooral richtte op achterstanden in de beloning en niet zozeer op achterstanden op de arbeidsmarkt. Dit kan ook verklaren waarom de mogelijkheid van voorkeursbehandeling wel voorkomt in de Richtlijn inzake de Gelijke behandeling in het arbeidsproces. Deze laatste Richtlijn bepaalt dat voorkeursbeleid mogelijk is ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (art. 2, vierde lid). Onder arbeidsvoorwaarden valt ook de beloning te verstaan. Letterlijk biedt dit artikel de mogelijkheid van 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 op de desbetreffende gebieden nadelig beïnvloeden. Ten aanzien van de discrepantie tussen de Richtlijn Gelijk Loon en de Richtlijn Gelijke behandeling op het punt van voorkeursbeleid kan formeel worden geredeneerd dat de mogelijkheid van voorkeursbeleid in artikel 119 EEG-Verdrag en de Richtlijn Gelijk Loon niet wordt genoemd en dat daarom een voorkeursbeleid bij de beloning niet mogelijk zou zijn. Daar staat tegenover dat de Richtlijn Gelijke Behandeling die dit wel toelaat ook betrekking heeft op de arbeidsvoorwaarden. Dit laatste lijkt doorslaggevend, nu vermoedelijk pas bij de vaststelling van de laatstgenoemde Richtlijn aan de mogelijkheid van voorkeurs-

beleid is gedacht. Uit een oogpunt van eenheid van recht ligt het ook meer voor de hand het uitgangspunt te hanteren dat de mogelijkheid van voorkeursbeleid als zodanig onderdeel vormt van het gelijke behandelingsbeginsel, ook wanneer dit niet met zoveel woorden wordt vermeld. Het EG-Hof heeft zich over de mogelijkheid van voorkeursbeleid bij beloning nog niet uitgelaten.

Verdrag van Maastricht

Het Verdrag betreffende de Europese Unie (Verdrag van Maastricht) opent uitdrukkelijk de mogelijkheid van voorkeursbehandeling bij de beloning. In het protocol betreffende de sociale politiek wordt verwezen naar de overeenkomst betreffende de sociale politiek tussen de Lid-Staten van de EG met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk. In artikel 6 van deze overeenkomst is artikel 119 EEG-Verdrag (in geactualiseerde bewoording) nog eens herhaald, maar is daaraan een derde lid toegevoegd:

“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”.

Hoewel dit artikel vooral schijnt te zijn geschreven met het oog op de pensioenleeftijd¹⁹, is het zo ruim geredigeerd dat het ook van toepassing kan worden geacht op de beloning, zeker nu het in het desbetreffende artikel is opgenomen. Dit vormt een aanwijzing dat de mogelijkheid van voorkeursbehandeling bij beloning niet moet worden uitgesloten.

¹⁹ Sacha Prechal, *Bommen ruimen in Maastricht: wijziging van art. 119 EEG*, NJB 1992, blz. 349-354, 351.

Conclusie

Ook het communautaire recht sluit een voorkeursbeleid bij de beloning niet op voorhand uit.

4. *Te stellen voorwaarden*

Verskillende criteria

De uitwerking in de Nederlandse wetgeving van de mogelijkheid van voorkeursbeleid is ruimer dan in de Richtlijn Gelijke Behandeling in het arbeidsproces. Waar de Richtlijn een voorkeursbeleid toelaat ter bevordering van “gelijke kansen”, wordt in de WGB slechts gesproken over het wegnemen van “feitelijke ongelijkheden”. De Nederlandse wet is dus meer georiënteerd op achterstand dan op achterstelling²⁰. Dit lijkt verdergaand. Ingeval van achterstelling moet men het maken van een verschil aantonen, ten aanzien van een achterstand kan men zich beperken tot het resultaat.

²⁰ Vlg. B.P. Sloot, *Positieve discriminatie, preadvies* Hand. NJV 1989-1, blz. 55.

De tekst van art. 6, derde lid Overeenkomst bij het verdrag van Maastricht spreekt van "het instellen van specifieke voordelen om beroepsactiviteit te vergemakkelijken of nadelen te voorkomen of te compenseren". Deze tekst lijkt ruimer dan zowel de Richtlijn (geen beperking tot het scheppen van gelijke kansen) als de Nederlandse wet, nu gesproken wordt van specifieke voordelen en het voorkomen en niet alleen het compenseren van nadelen.

²¹ CGB 9 juli 1990, oordelen CGB 1990, blz. 147.

De door de CGB geformuleerde voorwaarden voor voorkeursbeleid bij werving, selectie en aanstelling²¹ kunnen ook worden toegepast bij de beloning. In de eerste plaats moet sprake zijn van een correcte vaststelling van de achterstand. Deze moet concreet per functie plaats vinden. Daarnaast moet het beleid tevoren worden aangekondigd: reeds bij de aanbidding van de functie dient het beloningsverschil bekend te worden gemaakt.

77

²² CGB 30 maart 1990, oordelen CGB 1990, blz. 95. Vgl. artikel 2, derde lid voorstel Algemene Wet Gelijke Behandeling, TK 22 014.

Vervolgens geldt het evenredigheidsbeginsel²². Naarmate sprake is van een grotere achterstand kan een groter en langduriger beloningsverschil aanvaardbaar zijn.

De vierde eis is dat de maatregel geschikt is voor het te bereiken doel. Op deze eis komt bij de beloning mijns inziens de nadruk te liggen. De weerstanden tegen een systematisch hogere beloning voor gelijke prestaties zullen groot zijn. De stelling van Prechal dat voorkeursbehandeling bij beloning in het algemeen "uit den boze" is gaat mij echter te ver. Haar argumentatie daarvoor dat werkgevers dan geen vrouwen meer zouden aannemen²³ is niet erg sterk, aangezien voorkeursbeleid nu juist een keuze is van de werkgever, of de cao-partijen.

²³ Sacha Prechal, *Bommen ruimen in Maastricht: wijziging van art. 119 EEG*, NJB 1992, blz. 349-354, 351-352.

Wel wijst zij terecht op de terughoudende interpretatie van voorkeursbeleid in de jurisprudentie van het EG-Hof. Uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling worden strikt geïnterpreteerd. De mogelijkheid van voorkeursbehandeling heeft volgens het EG-Hof een welomschreven en beperkt doel: zij wil maatregelen toelaten die weliswaar discriminerend lijken, doch die in werkelijkheid feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verzachten, die in het sociale leven een realiteit kunnen zijn²⁴. Een hoger loon lijkt in het algemeen daarvoor niet het meest geschikte middel.

²⁴ HvJ EG 25 oktober 1988, zaak 312/86, Jur. 1988, blz. 6315 (Commissie/Frankrijk).

Conclusie

Voorkeursbehandeling moet voldoen aan de eisen van een correcte vaststelling van de achterstand, voorafgaande aankondiging, het evenredigheidsbeginsel en geschiktheid van de maatregel. Met name de twee laatste eisen leveren de meeste problemen op.

5. *Enkele voorbeelden*
Thans zullen ter gedachtenbepaling
drie voorbeelden worden geanalyseerd.

Voorbeeld 1

De werkgever constateert dat vrouwen in zijn onderneming zijn ondervertegenwoordigd, omdat zij veelal niet bereid zijn naar zijn deel van het land te verhuizen in verband met hun werkende partner. Hij besluit daarom extra vergoeding van verhuiskosten te verstrekken aan in dienst tredende vrouwen om hun bereidheid daartoe te stimuleren.

Voorbeeld 2

De werkgever constateert dat vrouwen in het algemeen in het arbeidsproces ondervertegenwoordigd zijn omdat zij de zorg voor kinderen niet met hun werk kunnen combineren. Hij besluit vrouwen met kinderen daarom een extra toelage uit te keren als tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang, die zij zelf moeten organiseren.

Voorbeeld 3

De werkgever constateert dat vrouwen in zijn onderneming ondervertegenwoordigd zijn in een bepaalde functie en besluit daarom deze functie voor hen aantrekkelijker te maken door deze voor vrouwen hoger te belonen. Mannen in dezelfde positie krijgen het voorheen gangbare salaris, omdat zij voldoende beschikbaar zijn en de werkgever onvoldoende financiële middelen heeft om aan iedereen een hoger salaris te betalen.

Correcte vaststelling achterstand

Aan de eis dat de achterstand concreet wordt vastgesteld per functie ontbreekt het in de voorbeelden 1 en 2. In voorbeeld 2 wordt ook niet gekeken naar de achterstand binnen de eigen onderneming. De huidige CGB heeft zich nog niet duidelijk uitgelaten over de vraag of dit een voorwaarde is. Met Cremers-Hartman zou ik menen dat ook een ruimere maatstaf – achterstand binnen de beroepsgroep als geheel – mag worden gehanteerd²⁵.

Evenredigheidsbeginsel

Deze eis levert met name problemen op bij voorbeeld 3 waar sprake is van een bevoordeling met een mogelijk onbepaalde werkingsduur, zodat geen sprake meer is van een relatie tussen de intensiteit van voorkeursbehandeling en de mate van achterstand.

²⁵ E. Cremers-Hartman,
Vrouwen bij voorkeur,
's-Gravenhage 1992, blz. 69-81.

Bij voorbeeld 1 zou een ontheffing van de verhuisverplichting een geschikter middel kunnen zijn om vrouwen te bewegen werk in een ander deel van het land te aanvaarden.

Bij voorbeeld 2 kan wel sprake zijn van een geschikt middel om te voorkomen dat vrouwen stoppen met werken na het krijgen van kinderen. Het geld moet dan wel daadwerkelijk aan kinderopvang worden besteed. Door deze tegemoetkoming niet aan mannen met kinderen te verstrekken kan de maatregel echter ook een niet beoogde rolbevestigende werking hebben.

Voorbeeld 3 roept nog het meest de vraag op naar de geschiktheid van de maatregel. Aan een dergelijke maatregel zal eerst een onderzoek ten grondslag moeten liggen naar de vraag waarom de betrokken functie voor vrouwen minder aantrekkelijk is. De beloning lijkt niet het meest voor de hand te liggen. Bepaalde functies worden eerder als typische mannenfuncties gezien om traditionele redenen of omdat de werkomstandigheden voor vrouwen niet aantrekkelijk zijn. In plaats van dit na-deel door een hogere beloning af te kopen ligt het dan in de rede om voorlichting te geven, respectievelijk de negatieve omstandigheden te wijzigen. Wanneer de functie onvoldoende wordt beloond dan dient dit ook voor mannen te worden opgeheven.

Bovendien beoogt voorkeursbehandeling naar haar aard tijdelijk te zijn, totdat de feitelijke ongelijkheid is opgeheven. Van belang is derhalve hoe lang het onderscheid in beloning effect houdt. Wanneer het alleen gaat om het aanvangssalaris zou de maatregel minder ingrijpend zijn, dan wanneer dit doorwerkt gedurende de rest van het dienstverband.

De gangbare beloningssystemen gaan echter uit van een voortdurende inkomensstijging. Een teruggang is doorgaans juridisch in strijd met de rechtszekerheid (ambtenarenrecht) danwel het contract of de cao (civiele arbeidsrecht). Stilstand in het inkomen voor langere tijd is juridisch wel denkbaar, maar werkt niet motiverend.

Minder ingrijpend en derhalve eerder aanvaardbaar zou het voorkeursbeleid zijn indien het effect niet op langere termijn doorwerkt. Een voorbeeld is de vergoeding van een aangepaste opleiding om achterstanden in vooropleiding te compenseren. Deze vorm van voorkeursbeleid is meer gericht op het wegnemen van ongelijkheid in kansen.

Een beloningsverschil bij de inschaling lijkt eerder aanvaardbaar indien dit erop is gericht een concreet opgelopen achterstand te compenseren. Dit kan het geval zijn als de betrokkene een aantal jaren het arbeidsproces heeft verlaten om zich te wijden aan de zorg voor de kinderen. In feite wordt dan een compensatie gegeven voor een andersoortige ervaring.

Door een dergelijke maatregel hebben de mannen en vrouwen in dezelfde leeftijdscategorie een vergelijkbaar beloningsniveau, hetgeen eerder aanvaardbaar zal worden geacht. Zo'n regeling valt te vergelijken met die van art. 42, vijfde lid WW, waarbij voor de bepaling van de duur van de WW-uitkering eveneens met dit aspect rekening wordt gehouden.

Conclusie

Een voorkeursbeleid bij beloning voldoet minder aan de voorwaarden naarmate het zich meer richt op de primaire beloning en een permanenter karakter heeft. In dat geval zal immers minder snel voldaan zijn aan zowel het evenredigheidsbeginsel als de eis van geschiktheid van de maatregel.

6. *Conclusie*

De conclusie van deze notitie is dat voorkeursbeleid bij de beloning niet a priori is uitgesloten. Het kan worden getoetst aan dezelfde voorwaarden als andere vormen van voorkeursbeleid. De aan voorkeursbeleid te stellen voorwaarden betreffen de correcte vaststelling van de achterstand, voorafgaande aankondiging, het evenredigheidsbeginsel en de geschiktheid van de maatregel. Met name de twee laatste eisen brengen mee dat voorkeursbeleid bij de beloning als regel slechts betrekking zal kunnen hebben op incidentele beloningsvoordelen in de sfeer van de secundaire arbeidsvoorwaarden.

Maastricht, 14 juli 1993