

**WETSVOORSTEL
IMPLEMENTATIE RICHTLIJN
LOONTRANSPARANTIE
MANNEN EN VROUWEN**



VAAN-VvA-VJAA

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	3
2.	Systeem van de wet	4
2.1	Inleiding.....	4
2.2	Omschrijving van het systeem van de wet	4
2.3	Onze reactie op het systeem en de stappen die de werkgever moet zetten	9
3.	Medezeggenschap	14
3.1	Inleiding.....	14
3.2	Wijziging art. 27 lid 1 onderdeel c WOR beloningssysteem versus beloningsstructuur	14
3.3	Instemmingsrecht ten aanzien van categorieën van werknemers & objectieve en genderneutrale criteria	14
3.4	Artikel 10c lid 2 Wgbmv en art. 31d WOR	15
3.5	Instemmingsrecht ten aanzien van de wijze van verhelpen van de loonkloof (al dan niet in het kader van de beloningsevaluatie).....	16
3.6	Rol van de Personeelsvertegenwoordiging (PvT)	19
4.	Rechtsbescherming en rechtsvorderingen.....	21
4.1	Inleiding.....	21
4.2	Civiele vordering tot naleving.....	21
4.3	Rechtsvermoeden	21
4.4	Schadebegroting	22
4.5	Proceskostenveroordeling	24
4.6	Verjaringstermijn	25
5.	Ter beschikking gestelde arbeidskrachten en 'werkgever'	26
5.1	Inleiding.....	26
5.2	Het recht op informatie voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten.....	26
5.3	Loonrapportage.....	28
5.4	Eén bron die de loonvoorwaarden bepaalt	30
5.5	Hoe om te gaan met buitenlandse ter beschikking gestelde arbeidskrachten?	30
5.6	Definitie werkgever	31
6.	Varia: privacy, transparantieverplichtingen en monitoring.....	33
6.1	Inleiding.....	33
6.2	Privacyrechtelijke aspecten (AVG)	33
6.3	Transparantieverplichtingen.....	34
6.4	Monitoringsorgaan.....	37
7.	Afronding	38
	Auteurs	41

1. Inleiding

LLU heeft met belangstelling kennisgenomen van het (concept-)wetsvoorstel implementatie Richtlijn loontransparantie mannen en vrouwen. Het is een belangrijk onderwerp en de wetgeving zal – naar onze inschatting – impact hebben. Hierna worden in afzonderlijke hoofdstukken deelaspecten van de voorgestelde regeling van constructieve feedback voorzien. Op veel onderdelen wordt aandacht gevraagd voor nadere duiding, opdat de regelgeving zometeen in de praktijk goed kan worden geïmplementeerd en toegepast.

De aangekondigde nadere (lagere) regelgeving, alsmede de 'tooling' voor de praktijk is in onze ogen essentieel. Het is complexe materie die heel wat van werkgevers vraagt. Tijdige en adequate voorlichting is essentieel.

Op onderdelen – bijvoorbeeld bij het onderdeel medezeggenschap – worden keuzes gemaakt die enerzijds begrijpelijk zijn (geen nieuwe rechtsfiguren introduceren in de WOR), maar die anderzijds bestaande regelingen of terminologie (onbedoeld?) wijzigen. Wij vragen daar aandacht voor.

Tot besluit stellen wij vast dat veel aandacht uitgaat naar de transparantie- en evaluatieverplichtingen die uit deze implementatiewetgeving voortvloeien. Terecht. Er wordt niet of nauwelijks ingegaan om de consequenties als uit de toepassing van deze wetgeving blijkt dat er structurele hiaten of gebreken zijn in de beloningsstructuren. Ook dat is enerzijds begrijpelijk, want de rechtsgevolgen van een mogelijk verboden onderscheid maken geen onderdeel uit van deze wetgeving. Omdat deze wetgeving mogelijk (waarschijnlijk) wel de toegang tot deze rechtsvorderingen vergroot, achten wij het raadzaam dat in de Memorie van Toelichting aandacht wordt besteed aan mogelijke gevolgen voor werkgevers en werknemers. Zaken als levelling up, maar ook levelling down bij gebleken 'niet objectief te rechtvaardigen' hoge beloningen, zullen in de praktijk veelvuldig op de juridische tafel komen. Het verdient aanbeveling werkgevers en werknemers op voorhand een handreiking te doen, wat de mogelijke scenario's zijn bij het dichten van de loonkloof.

Uiteraard van harte bereid ons commentaar nader toe te lichten.

Wij wensen u veel wijsheid toe bij het afronden van het wetsvoorstel.



mr. R. (Ruben) van Arkel (VAAN)|mr. S.M.L. (Sanne) Baalhuis-Timmermans (VvA)|mr. A. (Anne-Aimée) Dabekaussen (VJAA)|mr. M. (Marloes) van der Duim (VvA)| mr. M.C.G.M. (Myrthe) van den Heuvel (VAAN)|prof.mr.dr. A.R. (Ruben) Houweling (VvA)|mr. B.C.L. (Boudewijn) Kanen (VAAN/VvA)|mr. J.H. (Jeanne) Leeman (VvA)|mr. M.I. (Marije) Ozinga (VvA/VJAA)|mr. F. (Fraukje) Panis (VvA)|mr. F.E. (Fiona) Stewart (VvA)|mr. S. (Stefan) van der Veen (VAAN/VvA/VJAA)| mr. A. (Amber) Willemsen (VJAA)

2. Systeem van de wet

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk omschrijven we eerst het systeem van het wetsvoorstel, oftewel de stappen die een werkgever op grond van het wetsvoorstel moet zetten. Daarna becommentariëren wij het systeem en de stappen.

2.2 Omschrijving van het systeem van de wet

De Richtlijn (EU) 2023/970 ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingsmechanismen (hierna: de Richtlijn) heeft (zoals de naam al zegt) tot doel gelijke beloning voor mannen en vrouwen te bevorderen, met name door invoering van beloningstransparantie en versterkte handhavingsmechanismen (artikel 1 Richtlijn).

De Richtlijn wordt geïmplementeerd in de Nederlandse wet. Daartoe is het wetsvoorstel Wet implementatie Richtlijn loontransparantie mannen en vrouwen (hierna: Wetsvoorstel) gemaakt. Er is door de wetgever gekozen voor een zuivere implementatie (p. 1 Memorie van Toelichting). Aldus zijn geen andere regels opgenomen dan op grond van de Richtlijn strikt noodzakelijk zijn. Doel van het Wetsvoorstel is dat de loonverschillen tussen mannen en vrouwen verkleind worden zonder de administratieve lasten voor werkgevers onnodig te verhogen (p. 2 Memorie van Toelichting).

Dit doel probeert de wetgever onder andere te bereiken door de werkgever te verplichten een aantal stappen te zetten. Kort samengevat zijn dit de volgende stappen:

Stap 1. De werkgever dient te beschikken over loonstructuren die gelijk loon voor gelijke of gelijkwaardige arbeid waarborgen (artikel 8 lid 1 Wetsvoorstel).

Stap 2. De werkgever stelt categorieën van werknemers binnen de organisatie vast (artikel 10b lid 1 Wetsvoorstel).

Stap 3. De werkgever heeft een aantal transparantieverplichtingen jegens sollicitanten (artikel 3 Wetsvoorstel) en werknemers (artikel 10 Wetsvoorstel), op grond waarvan aan werknemers op verzoek de naar geslacht uitgesplitste gemiddelde loonniveaus voor categorieën van werknemers moeten worden verstrekt.

Stap 4. Werkgevers met meer dan honderd werknemers hebben een rapportageverplichting, waarbij veel informatie moet worden vastgesteld betreffende de loonkloof, waaronder de loonkloof tussen werknemers uitgesplitst naar categorieën van werknemers (artikel 10c lid 1 Wetsvoorstel).

Stap 5. Werkgevers met meer dan honderd werknemers zijn verplicht een loonevaluatie uit te voeren indien:

- a. sprake is van een loonkloof van vijf procent of meer in een categorie van werknemers;
- b. de werkgever deze loonkloof niet kan rechtvaardigen op basis van objectieve en genderneutrale criteria; en
- c. de werkgever deze ongerechtvaardigde loonkloof niet binnen zes maanden na de rapportage daarvan heeft verholpen (artikel 10 d Wetsvoorstel).

Stap 1. Loonstructuren

Op grond van het wetsvoorstel zal artikel 8 lid 1 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (hierna: Wgbmv) gaan bepalen dat de werkgever moet beschikken over loonstructuren die gelijk loon voor gelijke of gelijkwaardige arbeid waarborgen. De wet kent geen definitie van het begrip loonstructuren. Wel zal artikel 8 lid 2 Wgbmv gaan bepalen dat de loonstructuren alle criteria omvatten die relevant zijn voor de betreffende functie en in ieder geval vaardigheden, inspanningen, verantwoordelijkheden en arbeidsomstandigheden. Volgens laatstgenoemde bepaling zijn deze criteria objectief en genderneutraal, deze mogen niet direct of indirect gebaseerd zijn op het geslacht van de werknemers en worden op objectieve en genderneutrale wijze toegepast.

In de Memorie van Toelichting (p. 20) wordt ten aanzien van loonstructuren onder andere opgemerkt:

“Onder loonstructuren wordt verstaan loonsystemen of andere methoden om de waarde van werk te beoordelen en daaraan beloning te koppelen. Hiermee kunnen verschillende functies binnen dezelfde organisatiestructuur op salariering vergeleken worden. Het is aan te bevelen dat deze gekoppeld zijn aan een functiewaarderingssysteem, zodat je gemakkelijker functies en waardering (beloning) aan elkaar kunt koppelen. Dit is echter niet wettelijk verplicht. Ook op cao niveau kunnen loonstructuren worden afgesproken.”

Met betrekking tot de ondersteuning vanuit de overheid bij het opstellen van loonstructuren staat in de Memorie van Toelichting (p. 23):

“Ondersteuning

Om werkgevers te ondersteunen bij het opstellen van loonstructuren zal het ministerie van SZW methoden en instrumenten ontwikkelen, in samenwerking met sociale partners en na toetsing bij werkgevers. Deze zijn bedoeld om werkgevers te helpen de waarde van arbeid te vergelijken. Deze instrumenten zullen in aanloop naar de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel beschikbaar worden gesteld.”

En later in de Memorie van Toelichting (p. 78 en 79) wordt over loonstructuren nog opgemerkt:

“Loonstructuren gaan over de beloning van werk en het loon dat een bedrijf of bedrijfstaking aan werknemers geeft. Met dergelijke structuren kan de waarde van verschillende functies vergeleken worden. Dit kan bijvoorbeeld met behulp van schalen, periodieken en treden. Hoe loonstructuren eruit moeten zien wordt niet voorgeschreven. Loonstructuren kunnen gebaseerd zijn op een deugdelijk stelsel van functiewaardering. Een deugdelijk stelsel van functiewaardering kan de gelijkwaardigheid van werk bepalen. Een functiewaarderingssysteem is een methode om de functies in een bedrijf of bedrijfstaking te rangschikken. Het systeem geeft het verschil in zwaarte van functies ten opzichte van elkaar aan. Gekoppeld met de loonsystematiek kan het deugdelijk stelsel van functiewaardering een basis vormen voor gendergelijke beloning. Overeenkomstig de Richtlijn is het gebruik van een functiewaarderingssysteem niet verplicht voorgeschreven. Het gebruik wordt wel aanbevolen.”

Stap 2. Categorieën werknemers

In artikel 1 lid 1 Wgbo zal categorieën werknemers worden gedefinieerd als: *“werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.”* Dezelfde bepaling definieert gelijkwaardige arbeid als: *“arbeid waarvan is vastgesteld dat die gelijkwaardig is overeenkomstig de in artikel 8 lid 2 bedoelde criteria.”*

In de Memorie van Toelichting (p. 22 en 23) is over de vaststelling van werk van gelijk waarde opgemerkt:

“Op basis van de door werkgevers vastgestelde en toegepaste loonstructuren, kan werk van gelijke waarde worden vastgesteld. Daarmee kunnen werkgevers vervolgens categorieën van werknemers binnen hun organisatie vaststellen, aangezien het daarbij gaat om werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. Het gaat dus niet alleen om het vaststellen van categorieën van werknemers die gelijke arbeid verrichten, maar ook om het indelen van groepen werknemers die werk van verschillende aard verrichten maar die wel als gelijkwaardig wordt gezien. Een voorbeeld hiervan is wanneer er verschillende functies bestaan binnen een organisatie, maar deze wel aan elkaar worden gelijkgesteld qua zwaarte en waardering van de functie. Denk bijvoorbeeld aan een fotojournalist en een lezersredacteur binnen een dagbladuitgeverij. Deze functies kunnen verschillen van titel en taken, maar worden binnen de loonstructuur als gelijkwaardig beoordeeld vanwege de vaardigheden die hiervoor gevraagd worden. Aan de andere kant geldt dat binnen een onderdeel van een loonstructuur, bijvoorbeeld een loonschaal, ook verschillende categorieën van werknemers kunnen bestaan, bijvoorbeeld wanneer er verschillende verantwoordelijkheden gelden voor werknemers binnen die schaal. Het gaat in algemene zin om het kunnen vergelijken van functies en dus niet van de daadwerkelijke personen die deze functies vervullen. Vanzelfsprekend is het vervolgens van belang dat ook de toepassing van de loonstructuren in de praktijk op objectieve wijze geschiedt en dat bijvoorbeeld nieuwe werknemers op de juiste manier worden ingedeeld. Daarbij wordt opgemerkt dat het College in haar oordelenpraktijk niet alleen kijkt naar

het hebben van een deugdelijk stelsel van functiewaardering, maar ook naar de feitelijke functie invulling. In een individuele situatie kan het daarmee voorkomen dat werknemers, ondanks dat zij bijvoorbeeld anders zijn ingeschaald, toch geconcludeerd moet worden dat zij werk van gelijke waarde verrichten."

Stap 3. Transparantieverplichtingen jegens sollicitanten en werknemers

Sollicitanten

Artikel 3 lid 5 Wgbmv zal gaan bepalen dat bij de aanbidding van een betrekking, bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking of bij arbeidsbemiddeling, informatie wordt verstrekt over het op objectieve en genderneutrale criteria gebaseerde loon voor de betreffende functie. De sollicitant hoeft niet om deze informatie te verzoeken. De werkgever of intermediair dient uit zichzelf de informatie aan de sollicitant te verstrekken (p. 73 Memorie van Toelichting). Blijkens artikel 3 lid 6 Wgbmv zal de informatie op een zodanig tijdstip moeten worden verstrekt dat er geïnformeerde en transparante onderhandelingen over het loon kunnen worden gevoerd.

In de Memorie van Toelichting (p. 24 en 25) is over de verplichtingen tegenover sollicitanten het volgende opgemerkt:

"1. Informatie aan sollicitant over het loon

(...) Zonder informatie over het beoogde loon of de bandbreedte van het loon is er sprake van een ongelijke informatiepositie tussen werkgever en sollicitant. Dit beperkt de onderhandelingspositie van sollicitanten. Transparantie moet potentiële werknemers in staat stellen met kennis van zaken een besluit te nemen over het verwachte salaris, zonder dat de onderhandelingspositie van de werkgever of de werknemer om buiten de opgegeven schaal te onderhandelen op enigerlei wijze wordt beperkt. Deze transparantie zorgt voor meer duidelijkheid over salaris voor indiensttreding en kan daarbij bijdragen aan een betere informatiepositie in de salarisonderhandelingen. Dit helpt om de loonkloof tegen te gaan en kan de economische positie van vrouwen verbeteren. Het doel is ook ervoor te zorgen dat de basis voor de loonvorming nadrukkelijk is vastgelegd en daarmee geen vooroordelen op grond van geslacht bevat. Anders gezegd, er mag differentiatie zijn in loon, en dus onderhandeld worden over hoger loon, vanwege ervaring of geleverde prestaties, maar geenszins op grond van gender. De informatie over het loon of de bandbreedte van het loon dienen werkgevers en intermediairs uit zichzelf te verstrekken. De sollicitant hoeft hier niet eerst om te vragen. Deze informatie moet op een zodanig moment worden verstrekt dat de sollicitant dit kan gebruiken voor de loononderhandelingen en diens onderhandelingspositie niet beperkt. Het precieze moment is aan werkgevers, als deze maar tijdig is. Verstrekken tijdens het arbeidsvoorwaardengesprek voldoet hier niet aan. Voor ondernemingen die uitzendkrachten inhuren, geldt dat zij deze informatie tijdig aan het uitzendbureau dienen te verstrekken, anders kan deze immers niet voldoen aan deze loontransparantieverplichting. Het uitzendbureau is vervolgens verantwoordelijk voor het delen van deze informatie met de uitzendkracht.

2. Verbod om te vragen naar salarisgeschiedenis

Tijdens het sollicitatiegesprek, de onderhandelingen over het loon of anderszins voorafgaand aan indiensttreding, mogen werkgevers en intermediairs niet langer vragen naar de salarisgeschiedenis van de sollicitant. Onder andere het College geeft aan dat inschaling op basis van het laatstverdiende salaris tot loononderscheid kan leiden. In het bijzonder wanneer een sollicitant in de huidige baan te hoog of juist te laag is ingeschaald, vormt dit salaris geen goede afspiegeling van de relevantie van de werkervaring. Eenmaal een lager aanvangssalaris, werkt soms een gehele loopbaan door en heeft een blijvend effect op iemands inkomenspositie en daarmee op de blijvende loonkloof tussen mannen en vrouwen. Eerste resultaten in Amerikaanse staten waar het verbod om te vragen naar de salarisgeschiedenis van de sollicitant is ingevoerd, laten zien dat de lonen van vrouwen in vergelijking met die van mannen zijn gestegen."

Werknemers

Artikel 10b lid 1 Wgbmv zal gaan bepalen dat de werkgever aan de werknemer op diens verzoek schriftelijke informatie verstrekt over diens individuele loonniveau en over de naar geslacht

uitgesplitste gemiddelde loonniveaus voor categorieën van werknemers. Op grond van artikel 10b lid 3 Wgbmv moet dit uiterlijk binnen twee maanden na het verzoek gebeuren.

In de Memorie van Toelichting (p. 26) is over de verplichtingen tegenover werknemers het volgende opgemerkt:

"3. Openheid over beleid voor loonvorming en loonontwikkeling

Werkgevers moeten hun werknemers toegang verschaffen tot de criteria die worden gebruikt voor het bepalen van het loon, de loonniveaus en de loonontwikkeling van werknemers.

Loonontwikkeling verwijst naar het proces van de overgang van een werknemer naar een hoger loonniveau. (...)

Recht op informatie

Werknemers krijgen het recht om schriftelijke informatie te vragen en te ontvangen over hun individuele loonniveau en de naar geslacht uitgesplitste loonniveaus voor categorieën van werknemers die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verrichten. Werkgevers moeten hun werknemers ook jaarlijks informeren over dat recht en hoe dit kan worden uitgeoefend. Dit informatierecht is bedoeld om een informatiegebrek aan te vullen. Zolang een werknemer niet weet dat zijn of haar collega's gemiddeld meer verdienen, kan deze werknemer ook geen actie ondernemen. Dit recht beoogt transparantie te vergroten, zodat de werknemer eventuele acties kan ondernemen voor de toepassing van het beginsel van gelijk loon."

Stap 4. Rapportageverplichting grote werkgevers

Artikel 10c lid 1 Wgbmv zal gaan bepalen dat werkgevers met meer dan 250 werknemers, jaarlijks, en werkgevers met meer dan honderd werknemers, driejaarlijks, de volgende informatie vaststelt:

- a) de loonkloof;
- b) de loonkloof in aanvullende of variabele componenten;
- c) de mediane loonkloof;
- d) de mediane loonkloof in aanvullende of variabele componenten;
- e) het aandeel vrouwelijk en mannelijke werknemers dat aanvullende of variabele componenten ontvangt;
- f) het aandeel vrouwelijk en mannelijke werknemers in elke kwartielbeloningsschaal;
- g) de loonkloof tussen werknemers uitgesplitst naar categorieën van werknemers en naar basislonen en aanvullende of variabele componenten.

In de Memorie van Toelichting (p. 27) is over de loonrapportage het volgende opgemerkt:

"4.3.3 Loonrapportage

Een belangrijk doel van onderhavig wetsvoorstel is het vergroten van transparantie over gelijke beloning. Daarom introduceert dit wetsvoorstel een verplichting voor werkgevers met ten minste honderd werknemers om te rapporteren over loonverschillen, in de vorm van een loonrapportage. Deze rapportage moet werkgevers in staat stellen zicht te houden op loonverschillen en daarmee hun structuren en beleid op het gebied van loon in kaart te brengen. De rapportage zal zorgen voor meer kennis en inzicht onder werknemers en werknemersvertegenwoordigers over loonverschillen in de betreffende organisatie. Een groot deel van de informatie uit de rapportage van werkgevers (Wgbmv, artikel 10c, eerste lid, a tot en met f) wordt openbaar gemaakt, op een landelijke website. Dit maakt de informatie voor eenieder toegankelijk en beschikbaar. Ook kan dit gebruikt worden voor analyses op bijvoorbeeld sectoraal of regionaal niveau. De rapportage draagt bij aan een grotere bewustwording over loonverschillen en kan het gesprek verder op gang brengen.

Frequentie van rapporteren

De frequentie van de loonrapportage is afhankelijk van het aantal werknemers van de betreffende organisatie. Ook het moment waarop een werkgever voor het eerst moet rapporteren is afhankelijk van het aantal werknemers. Hiervoor geldt het volgende:

Grootte werkgever*	Frequentie	Eerste rapportage
100-149 werknemers	Om de 3 jaar	Uiterlijk 7 juni 2031
150-249 werknemers	Om de 3 jaar	Uiterlijk 7 juni 2027
≥ 250 werknemers	Ieder jaar	Uiterlijk 7 juni 2027

Inhoud van de rapportage

Werkgevers met ten minste honderd werknemers moeten informatie verstrekken over onder meer de loonverschillen tussen mannen en vrouwen. Daarbij gaat het steeds om informatie betreffende het voorgaande kalenderjaar. De informatie zal inzichtelijk maken of er binnen de onderneming sprake is van loonverschillen tussen mannen en vrouwen en zo ja, hoe groot deze is en op welke onderdelen. De rapportage ziet zowel op het totale loon, als specifiek op de aanvullende looncomponenten. Dit is van belang, omdat niet alleen in het maandloon onderscheid in loon kan ontstaan, maar juist ook in aanvullende componenten als bijvoorbeeld bonussen."

Stap 5. Evaluatieverplichting grote werkgevers

Artikel 10d lid 1 Wgbmv zal gaan bepalen dat de werkgever verplicht is een loonevaluatie uit te voeren indien een loonkloof bestaat van meer dan vijf procent in een categorie van werknemers, deze loonkloof niet gerechtvaardigd kan worden op basis van objectieve en genderneutrale criteria en de werkgever de loonkloof niet binnen zes maanden heeft verholpen.

Op grond van artikel 10d lid 2 Wgbmv omvat de loonevaluatie:

- a. een analyse van het aandeel vrouwelijke en mannelijke werknemers in elke categorie van werknemers;
- b. informatie over de gemiddelde loonniveaus van vrouwelijke en mannelijke werknemers en de aanvullende of variabele componenten voor elke categorie van werknemers;
- c. de loonkloof in elke categorie van werknemers;
- d. redenen voor de loonkloven, bedoeld onder c, op basis van eventuele objectieve en genderneutrale criteria;
- e. het aandeel vrouwelijke en mannelijke werknemers dat na terugkeer van zwangerschaps- of bevallingsverlof, geboorteverlof, ouderschapsverlof of zorgverlof een loonsverhoging heeft genoten, indien een loonsverhoging zich heeft voorgedaan in de relevante categorie van werknemers tijdens de periode waarin het verlof is opgenomen;
- f. de maatregelen om ongerechtvaardigde loonverschillen aan te pakken; en
- g. een evaluatie van de doeltreffendheid van maatregelen die zijn genomen naar aanleiding van eerdere loonevaluaties.

In de Memorie van Toelichting (p. 32) is over de loonevaluatie het volgende opgemerkt:

"4.3.4 Loonevaluatie

Werkgevers dienen onder voorwaarden een plan van aanpak (loonevaluatie) op te stellen om loonverschillen te constateren, op te heffen en te voorkomen. Dit gaat op als er een verschil in gemiddeld loonniveau tussen mannen en vrouwen is van 5 procent of hoger in een categorie van werknemers die werk van gelijke waarde verrichten, dit verschil niet kan worden gerechtvaardigd op basis van objectieve en genderneutrale criteria én de werkgever het niet-gerechtvaardigde verschil niet binnen 6 maanden na indiening van de loonrapportage heeft verholpen. Wanneer het loonverschil bijvoorbeeld lager is dan 5 procent, geldt de "reguliere" opvolging dat de werkgever deze binnen een redelijke termijn moet verhelpen (zie hierboven).

Deze loonevaluatie, om ongerechtvaardigde verschillen te verhelpen, gebeurt in nauwe samenwerking met de ondernemingsraad (zie ook paragraaf 5.1 in deze toelichting). Mocht uit het plan van aanpak voortvloeien dat een aanpassing van de cao nodig is, met een daarin opgenomen loonstructuur, zullen ook vakbonden betrokken zijn. Ook kan een orgaan voor gelijke behandeling verzocht worden deel te nemen aan dit proces.

Inhoud loonevaluatie

(...)

Bij de uitvoering van de maatregelen uit de loonevaluatie dienen niet-gerechtvaardigde loonverschillen binnen een redelijke termijn te worden verholpen. De uitvoering van de maatregelen omvat in ieder geval een analyse van de bestaande systemen voor functiewaardering en functie-indeling, of de invoering van dergelijke systemen. Dit om ervoor te zorgen dat ongerechtvaardigde loonverschillen worden opgelost.

Verstrekken van de loonevaluatie

De werkgever dient de loonevaluatie ter beschikking te stellen aan de werknemers en aan de ondernemingsraad. Eveneens dient de werkgever de evaluatie ter beschikking te stellen aan het monitoringsorgaan. Deze instantie zal alle verslagen van de evaluaties verzamelen (maar niet openbaar maken). De wijze waarop en de instantie waaraan dit dient te worden meegedeeld wordt in lagere regelgeving vastgesteld. Op verzoek van de Arbeidsinspectie of een orgaan voor gelijke behandeling moet de informatie door de werkgever ook aan hen ter beschikking worden gesteld."

2.3 Onze reactie op het systeem en de stappen die de werkgever moet zetten

Het hiervoor geschetste systeem dat volgt uit het Wetsvoorstel is ons inziens in grote lijnen goed te volgen. Op onderdelen zou het systeem ons inziens kunnen worden verduidelijkt. Wij lichten dit toe.

Algemeen: hulpinstrumenten spoedig gewenst

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat in aanloop naar de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel door het ministerie van SZW instrumenten beschikbaar worden gesteld om werkgevers te ondersteunen bij het opstellen van loonstructuren. Het lijkt ons belangrijk die instrumenten zo spoedig mogelijk beschikbaar te stellen, zodat werkgevers meer houvast krijgen bij hoe zij kunnen voldoen aan de wet, te meer nu de wet niets bepaalt over loonstructuren en daarmee in feite alle ruimte laat aan werkgever hoe de loonstructuren precies moeten worden vastgesteld. Dat zal vermoedelijk leiden tot een willekeur aan loonstructuren. Gelet op de mogelijke grote gevolgen (loonvorderingen) is deze willekeur volgens ons onwenselijk, omdat dat waarschijnlijk tot onnodig veel procedures bij de rechter zal leiden, waarbij op het begin onduidelijk zal zijn welke loonstructuren zijn toegestaan en welke niet.

Ook voor de uitvoering van andere onderdelen van de wet zijn hulpinstrumenten gewenst, zoals bij de reactie op informatieverzoeken van werknemers (artikel 10b Wgbmv), de loonrapportage (artikel 10c Wgbmv) en de loonevaluatie (artikel 10d Wgbmv). Het zou goed zijn als (ook) die instrumenten zo spoedig mogelijk ter beschikking worden gesteld.

Stap 1: Loonstructuren

Voor een uitleg van het begrip 'loonstructuren' moet nu worden gekeken naar de wetsgeschiedenis. Aangezien deze term zo'n belangrijke rol speelt in het systeem van de wet geven wij in overweging het begrip te definiëren in artikel 1 lid 1 Wgbmv.

Wij kunnen ons voorstellen dat met name bij kleinere werkgevers de behoefte bestaat aan meer duidelijkheid met betrekking tot hetgeen van hen wordt verwacht bij het opstellen van loonstructuren. Wat nu als een werkgever maar een paar werknemers heeft? Hoe moeten de loonstructuren er dan uitzien? Daarover zou meer duidelijkheid kunnen worden geboden, bijvoorbeeld in de door het ministerie van SZW te verstrekken instrumenten, maar ook door in het Wetsvoorstel loonstructuren te definiëren.

Tot slot vragen wij ons af waarom over loonstructuren in meervoud wordt gesproken. Wij realiseren ons dat in de Richtlijn (artikel 4) ook in meervoud over beloningsstructuren wordt gesproken, maar vragen ons af of altijd sprake moet zijn van meerdere structuren.

Stap 2: Categorieën werknemers

Een belangrijk onderdeel van het nieuwe systeem is het vaststellen van categorieën werknemers. Werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, moeten in één categorie worden geplaatst. De Memorie van Toelichting maakt enerzijds duidelijk dat werknemers uit meerdere functies in één categorie kunnen zitten als hun werk gelijkwaardig is. Anderzijds blijkt uit de Memorie van Toelichting dat binnen een schaal sprake kan zijn van meerdere categorieën werknemers, wanneer de arbeid niet gelijkwaardig is. Ons inziens zou het goed zijn als de wetgever duidelijk maakt hoe smal of breed een categorie werknemers moet worden samengesteld. Onder andere omdat hoe breder de categorie wordt bepaald, hoe groter de kans is op loonverschillen. Daartegenover staat dat hoe smaller de categorie wordt bepaald, hoe bewerklijker het voor de werkgever wordt. Richtlijnen en voorbeelden zouden dan ook behulpzaam zijn.

Ook lijkt het ons goed dat de wetgever (nader) ingaat op de verhouding tussen het bepalen van gelijkwaardig werk op basis van de in artikel 8 lid 2 Wgbmv genoemde objectieve en genderneutrale criteria enerzijds en anderzijds de mogelijkheid om op grond van artikel 10d lid 1 sub b Wgbmv een loonkloof binnen een functiecategorie te rechtvaardigen op basis van objectieve en genderneutrale criteria. Wij hebben in dit kader de volgende vragen:

1. Zien wij het goed dat de eerste criteria (bedoeld in artikel 8 lid 2 Wgbmv) primair zien op de functie en de tweede criteria (bedoeld in artikel 10d lid 1 sub b Wvbm) primair zien op de persoon van de werknemer?
2. En kan het dan zijn dat iemand die dezelfde functie, met dezelfde verantwoordelijkheden uitvoert, die gelijkwaardig is met een functie van een andere werknemer, toch meer mag verdienen omdat deze persoon bijvoorbeeld meer ervaring heeft?
3. Kunnen ook (algemene) criteria die zien op de functie een rechtvaardiging vormen als bedoeld in artikel 10d lid 2 sub b Wgbmv?
4. Als vraag 3 bevestigd wordt beantwoord: Is in dat geval wel sprake van gelijke of gelijkwaardige arbeid en had de categorie werknemers niet anders moeten worden vastgesteld?

Ter illustratie geven wij een voorbeeld. Stel dat er binnen een werkgever zes mensen werkzaam zijn in de functie van senior jurist. Een vereiste voor het vervullen van die functie is dat de werknemer minimaal tien jaar ervaring heeft als jurist. De functie is gewaardeerd in schaal 13. Binnen die schaal bestaan acht treden. Een senior jurist met achttien jaar (of meer) ervaring zal in beginsel in schaal 13, trede 8 zitten. Een senior jurist met tien jaar ervaring zal in beginsel in schaal 13, trede 1 zitten. Het verschil in salaris tussen deze werknemers is ongeveer € 1.000 bruto per maand. Alle senior juristen zijn door de werkgever ingedeeld in één categorie werknemers. Is dat juist? Het is niet ondenkbaar dat de moeilijke juridische zaken van de werkgever door de meer ervaren senior juristen worden gedaan. Als dit het geval is, bestaat dan de verplichting om de groep senior juristen op te delen in twee categorieën werknemers?

Stap 3. Transparantieplichtingen jegens sollicitanten en werknemers

Sollicitanten

In het nieuwe artikel 3 lid 5 Wgbmv zal komen te staan dat bij de aanbidding van een betrekking, bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking of bij arbeidsbemiddeling aan sollicitanten informatie wordt verstrekt over het loon of de bandbreedte van het loon voor de betreffende functie. In lid 6 staat vervolgens dat dit wordt verstrekt op een zodanige wijze dat er geïnformeerde en transparante onderhandelingen over het loon kunnen worden gevoerd.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het aan de werkgever is om te bepalen wanneer de informatie wordt verstrekt, zolang deze maar wordt verstrekt voordat de onderhandelingen over het loon worden gevoerd. Hier staat nog tussen haakjes achter 'Arbeidsvoorwaardengesprek'. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het pas verstrekken van de informatie tijdens het arbeidsvoorwaardengesprek in ieder geval niet voldoet. Alhoewel artikel 3 lid 5 van het

Wetsvoorstel bepaalt dat in de aanbieding al informatie over het loon moet staan, lijkt het er alsnog op dat de werkgever ervoor kan kiezen om de informatie over het loon kort voorafgaand aan het arbeidsvoorwaardengesprek te verstrekken. Wij vragen ons af of de positie van de sollicitant daarmee wordt verbeterd.

Ook plaatsen wij vraagtekens bij het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen om werkgevers niet verplichten om het salaris in de vacaturetekst op te nemen, aangezien deelnemers aan het MKB-panel het opnemen van het salaris in de vacaturetekst onwenselijk vonden, omdat dit werknemers zou belemmeren door loononderhandelingen onmogelijk te maken (p. 69 Memorie van Toelichting). De reden om de informatie tijdig te verstrekken is toch juist om ervoor te zorgen dat de sollicitant deze informatie bij de loononderhandelingen kan gebruiken?

Tot slot vragen we ons of het klopt dat er geen verplichting bestaat de informatie aan de sollicitanten schriftelijk te verstrekken. Artikel 3 Wgbmv schrijft dit niet voor. Artikel 10b lid 1 Wvbm schrijft wel voor dat de informatie aan werknemers schriftelijk moet worden verstrekt. Wij realiseren ons dat dit verschil ook zo in de Richtlijn staat, maar vragen ons af of dit wenselijk is.

Werknemers

De kans bestaat dat door werknemers op disproportionele wijze gebruik wordt gemaakt van het recht om informatie te verzoeken. Het lijkt ons goed dat de wetgever (in de wet of in ieder geval de Memorie van Toelichting) aangeeft of er grenzen gelden voor het doen van informatieverzoeken (bijvoorbeeld in frequentie).

Stap 4. Rapportageverplichting grote werkgevers

De rapportageverplichting gaat enkel gelden voor werkgevers met minimaal honderd werknemers en sluit daarmee aan bij de Richtlijn. De Richtlijn biedt lidstaten echter ook de mogelijkheid om werkgevers met minder dan honderd werknemers een rapportageverplichting voor te schrijven. Het feit dat de wetgever niet gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid past bij de keuze voor zuivere implementatie. Tegelijkertijd wordt daarmee de rapportageverplichting slechts van toepassing op een klein deel van de werkgevers (en daarmee werknemers) in Nederland. In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat er in Nederland 8.457 organisaties met meer dan honderd werknemers zijn. Dit betekent dat voor 418.805 werkgevers geen rapportageverplichting gaat gelden (p. 14 Memorie van Toelichting). Het is de vraag of hiermee het doel van het Wetsvoorstel voldoende zal worden bereikt.

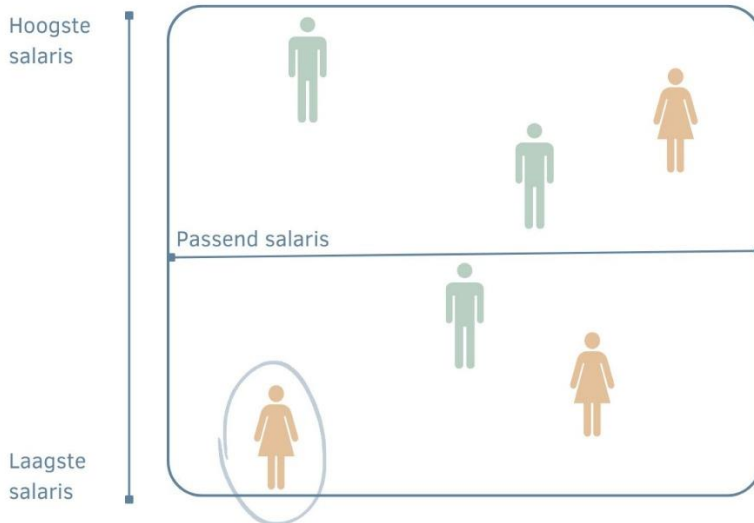
Stap 5. Evaluatieverplichting grote werkgevers

Wij verwijzen allereerst naar ons commentaar ten aanzien van stap 2 en de daar gestelde vragen, die ook zien op de evaluatieverplichting.

Als de werkgever verplicht is een loonevaluatie uit te voeren, moet daarin ook worden opgenomen welke maatregelen de werkgever treft om ongerechtvaardigde loonverschillen aan te pakken. Het woord "maatregelen" komt in de Memorie van Toelichting 94 keer voor. Welke maatregelen de werkgever kan en moet treffen, blijkt ons inziens niet duidelijk uit Memorie van Toelichting. Dat is ons inziens ongewenst. Het zou goed zijn als de wetgever meer duidelijkheid geeft over wat van werkgevers wordt verwacht.

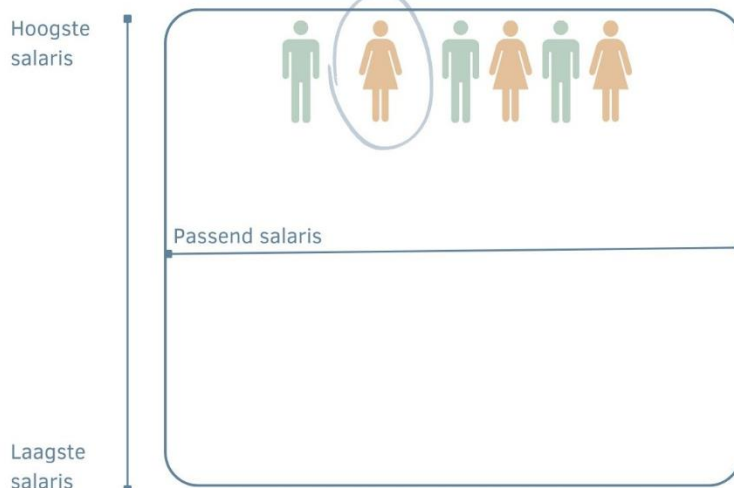
Ter illustratie gaan we terug naar het voorbeeld van de werkgever met zes werknemers werkzaam in de functie van senior jurist. Stel dat deze groep is aangemerkt als een categorie werknemers, dan is het uitgangspunt dat zij gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. De waarde van die arbeid is door een gespecialiseerd bureau vastgesteld. Nu blijkt dat twee mannen en een vrouw meer verdienen dan wat de baan waard is. Een man en twee vrouwen verdienen te weinig. In een plaatje ziet dit er als volgt uit.

Betaling salaris voor dezelfde functie

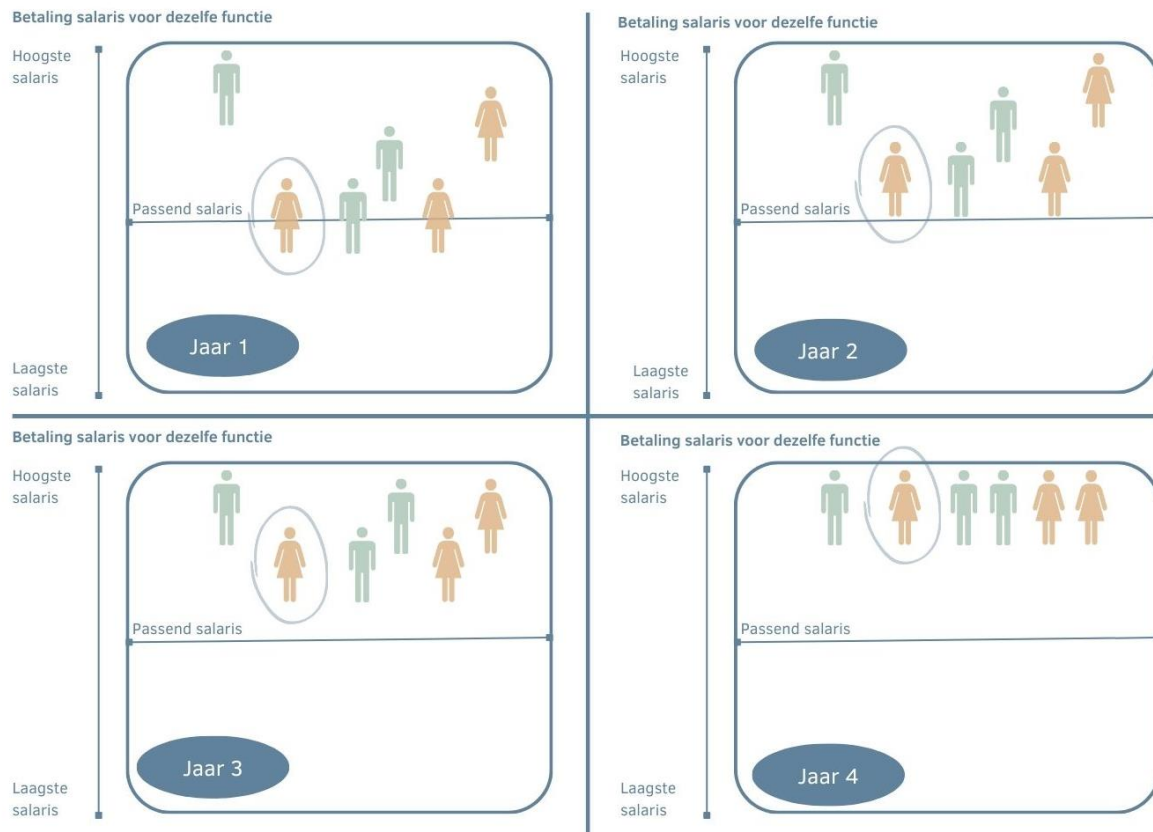


Op basis van de huidige wetgeving (die niet zal veranderen door het Wetsvoorstel) en rechtspraak zou de minstverdienende vrouw (omcirkeld in bovenstaand plaatje) de best verdienende man kunnen aanwijzen als maatman en hetzelfde loon kunnen claimen. Als sprake is van arbeid van gelijke waarde, dan is dit alleen toegestaan als de werkgever kan bewijzen dat het beloningsverschil voortvloeit uit het op gelijkwaardige wijze toepassen van deugdelijke beloningsmaatstaven (zie bijvoorbeeld CRM 15 augustus 2022, Oordeel 2022-91 (Wehkamp) en de daar genoemde rechtspraak). Als de werkgever hierin niet slaagt, heeft de vrouw in beginsel recht op hetzelfde salaris als de meestverdienende (maat)man in de functie. De andere vrouwen in dit voorbeeld kunnen dit salaris ook claimen. Vervolgens kunnen de twee mannen die minder verdienen één van deze vrouwen aanwijzen en ook het (hogere) salaris claimen. Dan is het beeld vervolgens:

Betaling salaris voor dezelfde functie



Is dit ook de bedoeling van de wetgever? Dit zou leiden tot een situatie waarbij iedereen in deze groep meer verdient dan wat de functie waard is. Zijn er voor werkgevers ook andere manieren om de loonkloof te dichten? Bijvoorbeeld door alle werknemers direct het salaris te betalen wat de functie waard is, het salaris van degenen die meer verdienen te bevroren en vervolgens in een overgangperiode de salarissen stap voor stap gelijk te laten trekken. Dat zou er als volgt uit zien:



In artikel 10d lid 4 WvbmV staat dat ongerechtvaardigde loonverschillen binnen een redelijke termijn moeten worden verholpen. Is een overgangperiode van bijvoorbeeld vier jaar (zoals genoemd in bovengenoemde voorbeeld) aan te merken als een redelijke termijn?

Voorts is bij ons de vraag opgekomen hoe omgegaan moet worden met reeds bestaande loonperspectieven, met name in het geval van de al veel verdienende man. Kunnen die bevroren worden door het Wetsvoorstel?

Het lijkt ons raadzaam dat de wetgever aan werkgevers meer duidelijkheid geeft over de maatregelen die van hen verwacht worden.

3. Medezeggenschap

3.1 Inleiding

Het medezeggenschapsorgaan moet op verschillende momenten betrokken worden bij de uitvoering van de voorgestelde wettelijke loontransparantie en -evaluatieverplichtingen. Er is gekozen geen nieuwe medezeggenschapsfiguren te introduceren, maar de inspraak van werknemers zoveel als mogelijk in de bestaande WOR-systematiek onder te brengen. Op onderdelen roept die vragen op over de gemaakte keuzes, maar ook of bepaalde terminologische wijzigingen zijn beoogd. Hierna bespreken we de verschillende medezeggenschapsrechtelijke aspecten.

3.2 Wijziging art. 27 lid 1 onderdeel c WOR | beloningssysteem versus beloningsstructuur

Het huidige art. 27 lid 1 onderdeel c WOR heeft betrekking op instemmingsrecht van de OR omtrent *“een regeling op het gebied van een belonings- of functiewaarderingssysteem”*. In het voorgestelde art. 27 lid 1 onderdeel c wordt dit gewijzigd naar: *“Een regeling op het gebied van beloning, aangaande: 1° Een beloningsstructuur of functiewaarderingssysteem (...)”*. De Memorie van Toelichting bevat echter geen enkele toelichting op het wijzigen van deze terminologie. Het woord ‘beloningsstructuur’ komt in de Memorie van Toelichting evenmin terug, er wordt enkel verwezen naar ‘loonstructuren’. Dit roept bij ons de vraag op of de wetgever inderdaad beoogt om de huidige terminologie met betrekking tot een ‘beloningssysteem’ in de zin van de WOR te wijzigen.

Indien dat het geval is, is deze wijziging zonder nadere toelichting onduidelijk en kan tot verwarring leiden. Daar komt bij dat zich momenteel in de praktijk al vaak vragen voordoen over de reikwijdte van de huidige term ‘beloningssysteem’. Enige aanknopng kan worden gevonden in de wetsgeschiedenis ten aanzien van het begrip, maar de jurisprudentie omtrent wat moet worden beschouwd als een beloningssysteem is diffuus en een eenduidige doctrine is daaruit moeilijk af te leiden.¹ Mocht de wetgever inderdaad voornemens zijn de terminologie te wijzigen naar ‘beloningsstructuur’, dan zouden wij aanraden te verduidelijken wat de wetgever daaronder verstaat en tevens in welke gevallen – gelet op de wisselende rechtspraak op dit punt – een wijziging instemmingsplichtig wordt geacht. Het zou goed zijn als de wetgever daarbij aandacht besteedt aan de volgende vragen: wanneer betreft een wijziging de hoogte van de beloningen en hoe speelt de onderlinge rangorde van beloningen hierin een rol?

3.3 Instemmingsrecht ten aanzien van categorieën van werknemers & objectieve en genderneutrale criteria

Het instemmingsrecht van de OR wordt met het nieuwe art. 27 WOR flink uitgebreid. De wetgever geeft aan zuivere implementatie van de Richtlijn na te streven en geen nadere regels op te nemen dan strikt noodzakelijk. Met name ten aanzien van de keuze voor instemmingsrecht op sommige punten vragen wij ons af of er inderdaad sprake is van zuivere implementatie of dat de implementatie zoals voorgesteld in feite verder strekt. Daarnaast worden in de Richtlijn verschillende termen gebruikt ten aanzien van het betrekken van werknemersvertegenwoordigers, zoals ‘overeenkomen met’ en ‘in nauwe samenwerking met’, die door de wetgever allemaal worden teruggebracht tot het instemmingsrecht van de OR (voor zover niet geregeld bij CAO).

Art. 27 lid 1 onderdeel c sub 2° en 3° WOR

Op basis van dit voorstel verkrijgt de OR instemmingsrecht met betrekking tot de objectieve en genderneutrale criteria die (i) ex art. 8 lid 2 Wgbmv ten grondslag dienen te liggen aan de loonstructuur van de onderneming, en (ii) de indeling in categorieën van werknemers ex art. 1 lid 1 Wgbmv. De wetgever geeft aan hier voor instemmingsrecht te hebben gekozen omdat krachtens art. 4 lid 4 Richtlijn de beloningsstructuren zodanig moeten zijn, dat kan worden beoordeeld of werknemers zich ten aanzien van de waarde van arbeid in een vergelijkbare situatie bevinden op basis van objectieve, genderneutrale criteria die zijn *“overeengekomen met de*

¹ Kamerstukken I 1978/79, 13 954, nr. 8d, p. 23 (MvA); Sprengers, in: *T&C Arbeidsrecht*, art. 27 WOR, aant. 4; L. Mitsinga, ‘Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de vaststelling en de wijziging van een beloningssysteem’, *ArbeidsRecht* 2023/18. Zie voor wisselende rechtspraak bijvoorbeeld: Hof ‘s-Hertogenbosch 23 mei 2006, R05/1338, *JAR* 2007/33; Hof ‘s-Gravenhage 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0767; Hof Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4012, *TRA* 2022/34.

werknemersvertegenwoordigers". Hoewel de zinsnede 'overeengekomen met' naar onze mening inderdaad aansluit op het instemmingsrecht van de OR, heeft het vereiste van art. 4 lid 4 Richtlijn enkel betrekking op de vaststelling van de objectieve en genderneutrale criteria, en niet ook op de indeling van werknemers in categorieën. Art. 3 sub H Richtlijn vermeldt in dat kader namelijk met betrekking tot het groeperen van werknemers binnen een categorie van werknemers, dat werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten "*in samenwerking met de werknemersvertegenwoordigers*" worden gegroepeerd. De Richtlijn lijkt hier niet te vereisen dat de categorisatie van werknemers eveneens wordt overeengekomen met werknemersvertegenwoordigers.

Instemmingsrecht is onzes inziens op dit punt daarom niet in lijn met het doel van zuivere implementatie, nu de implementatie verder strekt dan strikt noodzakelijk. Instemmingsrecht is immers, samen met het adviesrecht, een van de meest zware middelen die de wetgever aan de OR kan toebedelen. De door de Richtlijn gebruikte term 'in samenwerking met' is niet nader gedefinieerd. Zonder nadere toelichting is niet zonder meer in te zien waarom het instemmingsrecht van de WOR hierop aansluit. Een andere benadering zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat op de werkgever een inspanningsverplichting rust om de OR te betrekken bij de categorisatie zonder dat dit tot instemming van de OR hoeft te leiden, vergelijkbaar met bijvoorbeeld de raadplegingsverplichting onder de WMCO. Op grond daarvan dient de werkgever de vakbonden te consulteren, waarbij vereist is dat er wel daadwerkelijk overleg plaatsvindt, maar dit hoeft niet tot overeenstemming te leiden.² Daarbij merken wij op dat art. 6 WMCO en Richtlijn 98/59/EG spreken over 'raadpleging' en de wetgever in de WMCO daar adviesrecht ex art. 25 WOR aan heeft verbonden.

Daarnaast zien wij ook een praktisch probleem: de categorisatie is bij uitstek een exercitie waarbij de arbeid van individuele werknemers moet worden beoordeeld zodat deze gecategoriseerd kunnen worden. Dat lijkt niet te passen bij de rol van de OR, die immers in zijn rol optreedt voor het collectief (of in ieder geval, voor een groep werknemers), en in beginsel niet betrokken wordt bij individuele gevallen. Daar is ook het instemmingsrecht niet voor bedoeld.³

Wij kunnen ons daarom voorstellen dat de verschillende categorieën werknemers worden besproken of gedeeld met de OR binnen het bestaande informatierecht van de OR, of door middel van overleg ex art. 24 WOR, maar dat de daadwerkelijke groepering van individuen zonder instemming van de OR plaatsvindt. Een 'lichter' adviesrecht in de vorm van art. 30 WOR zou ook een optie kunnen zijn. Wellicht dat de wetgever aandacht zou kunnen besteden aan deze overwegingen.

Het verdient onzes inziens in ieder geval aanbeveling, ongeacht welk instrument daarvoor gebruikt wordt, te verduidelijken dat het bij de consultering van de OR enkel gaat om de verschillende categorieën werknemers, en niet om de daadwerkelijke indeling van de individuen binnen die categorieën.

3.4 Artikel 10c lid 2 Wgbmv en art. 31d WOR

Artikel 10c lid 2 Wgbmv bevat de implementatie van art. 9 lid 6 Richtlijn. De Richtlijn schrijft op dit punt voor dat de juistheid van de informatie in de rapportage wordt bevestigd door de directie van de werkgever, na raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers. Art. 10c lid 2 Wgbmv vermeldt daarom dat het bestuur van de werkgever de juistheid van de rapportage over de loonkloof bevestigt. Om de vereiste raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers te waarborgen, wordt art. 31d lid 1 WOR geherformuleerd.

Allereerst bevat de toelichting op dit punt een verschrijving: op pagina 39 wordt verwezen naar artikel 10d, tweede lid, Wgbmv, maar dit dient artikel 10c, tweede lid, Wgbmv te zijn. Ook ten aanzien van het verstrekken van informatie aan de werknemersvertegenwoordigers lijkt er sprake te zijn van een verschrijving in het volgende citaat: "*en verstrekt aan de werknemersvertegenwoordigers (artikel 9, negende lid, van de Richtlijn en artikel 10d vierde lid)*", waar artikel 10d vierde lid onzes inziens waarschijnlijk artikel 10c vierde lid Wgbmv zou moeten zijn.

Ten tweede wordt door de herformulering van art. 31d lid 1 WOR de verplichting om de informatie "*ten minste eenmaal per jaar*" aan de OR te overleggen verwijderd. Hoewel dat begrijpelijk is nu er

² Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken I* 2011/12, 32718, nr. 6, p. 10 & 11; Rb. Noord-Holland 14 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6416.

³ Van het Kaar, Inzicht in de OR, editie 2023: commentaar art. 27 WOR, p.196

al naar gelang de grootte van de werkgever met verschillende frequenties gerapporteerd moet worden, kan de huidige tekst wellicht tot verwarring leiden. Zijn ondernemingen met ten minste 100, maar minder dan 250 werknemers nu nog steeds verplicht om de informatie genoemd in art. 31d lid 1 WOR eenmaal per jaar te verstrekken aan de OR, of hoeven zij dit nog maar eens per drie jaar te doen conform art. 10c Wgbmv? Wij raden aan dit in de wettekst of toelichting te verduidelijken.

Ten derde is de keuze om de raadplegingsverplichting omtrent de juistheid van de informatie in Hoofdstuk IVB op te nemen onzes inziens niet helemaal passend. Art. 31d WOR betreft namelijk het informatierecht van de OR, terwijl het doel van de wetgever hier blijktens de Memorie van Toelichting is om het vereiste van 'raadpleging' uit de Richtlijn te implementeren. Onzes inziens zou dit daarom binnen het overlegrecht in art. 23 lid 2 WOR kunnen worden gebracht, op dezelfde wijze waarop het overlegrecht van de OR met betrekking tot het huidige art. 31 lid 1 en 2 WOR is vastgelegd in art. 23 lid 2 WOR.

Ten vierde geeft de wetgever in de toelichting aan dat het niet wenselijk is om naast het bestaande instrumentarium van de OR steeds een nieuw recht van de OR in te voeren wanneer de Richtlijn een begrip noemt dat niet één op één te vergelijken is met een begrip uit het Nederlandse rechtstelsel. Door de herformulering van art. 31d WOR lijkt dit echter toch te gebeuren, nu de OR gevraagd wordt om de juistheid van de informatie ex art. 10c lid 2 Wgbmv te 'bevestigen'. Het bevestigen van die juistheid lijkt in het kader van de noodzakelijke raadpleging op grond van de Richtlijn overbodig, als die informatie in de overlegvergadering ex art. 24 jo art. 23 lid 2 WOR aan bod is gekomen. Daarmee wordt onzes inziens ook voldaan aan de definitie van raadpleging conform Richtlijn 2002/14/EC, nu het enkel gaat om "*de gedachtewisseling en de totstandbrenging van een dialoog tussen de werknemersvertegenwoordigers en de werkgever*". De wetgever geeft immers ook aan dat die raadpleging zit besloten in art. 24 jo. art. 23 lid 2 WOR. Daarnaast heeft het vereiste dat de OR de juistheid van de informatie moet bevestigen in onze optiek weinig toegevoegde waarde, nu de wetgever aangeeft dat het niet-bevestigen door de OR niet betekent dat de werkgever daarmee niet (tijdig) aan zijn rapportageverplichting kan voldoen.

Tot slot merken wij nog op dat het huidige artikel 31d WOR ingevolge het zesde lid alleen van toepassing is op ondernemingen waarbij 'in de regel' ten minste 100 personen werkzaam zijn. Dat lijkt niet helemaal aan te sluiten op de drempel van art. 10c Wgbmv, waarbij voor het vaststellen van het aantal werknemers wordt verwezen naar de berekeningswijze zoals voorgesteld in Aanbeveling 2003/361/EG inzake kleine, middelgrote en micro-ondernemingen en conform de Memorie van Toelichting wordt vastgesteld aan de hand van het aantal arbeidsjaareenheden (fte).

3.5 Instemmingsrecht ten aanzien van de wijze van verhelpen van de loonkloof (al dan niet in het kader van de beloningsevaluatie)

Art. 27 lid 1 onderdeel c sub 4° en 5° WOR

Als loonverschillen niet worden gerechtvaardigd op basis van objectieve criteria, bepaalt artikel 10d, zesde lid, Wgbmv dat deze situatie binnen een redelijke termijn door de werkgever wordt verholpen. De memorie vermeldt dat dit volgens (artikel 9, tiende lid, van) de Richtlijn "*in nauwe samenwerking met de werknemersvertegenwoordigers*" moet gebeuren. Hierbij wordt onder het begrip 'werknemersvertegenwoordigers' de ondernemingsraad verstaan omdat het in beginsel gaat om bedrijfsspecifieke processen. Wanneer door het verhelpen een loonstructuur moet worden aangepast en deze onderdeel is van een cao, zijn vakbonden wel als werknemersvertegenwoordigers betrokken.

De wetgever kiest ervoor om "*het in nauwe samenwerking met de ondernemingsraad verhelpen*" vorm te geven langs de weg van het instemmingsrecht ex 27 WOR. Volgens de wetgever is niet wenselijk om aan het bestaande basisinstrumentarium van de ondernemingsraad (informatie, initiatief, advies en instemming) steeds een nieuw recht toe te voegen wanneer een richtlijn begrippen kent die niet in de WOR voorkomen. De WOR wordt hiermee te complex. Het instemmingsrecht sluit volgens de wetgever het beste bij de nauwe samenwerking.

Tegelijkertijd erkent de wetgever dat dit verdergaat dan de Richtlijn voorschrijft, maar dit wordt gerechtvaardigd doordat het instemmingsrecht ook de mogelijkheid van vervangende instemming

van de kantonrechter met zich brengt; iets wat de Richtlijn niet kent. Hoe verhoudt zich dit tot het (eerder) in de memorie vermeldde uitgangspunt van de regering dat bij de omzetting van Europese regelgeving niet verder wordt gegaan dan strikt genomen op grond van de Europese regelgeving noodzakelijk is? Enerzijds pleit het arbeidsvoorwaardelijke karakter van het verhelpen van de loonkloof eerder voor een instemmingsrecht. Anderzijds lijkt een adviesrecht, wat in feite een gedachtewisseling en het tot stand brengen van een dialoog betreft, beter aan te sluiten op de term 'in nauwe samenwerking met'. Dat is ook niet zozeer een nieuw instrument omdat de WOR daar al twee varianten van kent, namelijk één met een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer (25 WOR besluiten) en één zonder bij de benoeming of ontslag van bestuurders (30 WOR). Als de wetgever zuivere implementatie beoogt, ligt het dan niet voor de hand artikel 30 WOR uit te breiden met een adviesrecht over de wijze van verhelpen van een loonkloof?

Wellicht kan de wetgever nog wat uitgebreider toelichten als daarvoor niet wordt gekozen. Met name ook omdat de Richtlijn verschillende bewoordingen kiest ten aanzien van de rol die zij toedicht aan de werknemersvertegenwoordiging in geval van (i) de vaststelling van objectieve criteria ten aanzien van de waarde van arbeid in een vergelijkbare situatie, en (ii) het verhelpen van een loonkloof en de eventueel daarbij behorende beloningsevaluatie. Ten aanzien van de eerste categorie volgt uit artikel 4 lid 4 van de Richtlijn dat de objectieve criteria moeten worden *overeengekomen* met de werknemersvertegenwoordiging. De tweede categorie spreekt – zoals gezegd – van een nauwe samenwerking met de werknemersvertegenwoordiging (artikel 10 van de Richtlijn). De beoogde zuivere implementatie van de Richtlijn in het achterhoofd houdende, lijkt een onderscheid in de rol van de ondernemingsraad voor beide categorieën dus op zijn plaats, terwijl de wetgever nu voor beide gevallen voor hetzelfde instrument kiest, te weten het instemmingsrecht.

Daarnaast stelt artikel 9 lid 10 van de Richtlijn dat de loonkloof verholpen moet worden "*in nauwe samenwerking met de werknemersvertegenwoordigers, de arbeidsinspectie en/of het orgaan voor gelijke behandeling.*" Heeft de wetgever overwogen om het (in bepaalde gevallen) mogelijk te maken het verhelpen (ook) mogelijk te maken in nauwe samenwerking met de arbeidsinspectie of het orgaan voor gelijke behandeling in plaats van via het instemmingsrecht van de ondernemingsraad? Zo nee, waarom niet en is de beoogde wet daarmee dan strenger dan de Richtlijn door de naast de werkgever betrokken partijen bij het verhelpen van de loonkloof te beperken tot de ondernemingsraad (bedrijfsniveau) of de vakbond (op cao-niveau)? Hoewel artikel 10 van de Richtlijn over de beloningsevaluatie primair uitgaat van een rol voor de werkgeversvertegenwoordigers, kunnen ook daar de arbeidsinspectie en/of het orgaan voor gelijke behandeling daar in het proces betrokken worden.

Instemming werknemersvertegenwoordigers over wijze van verhelpen en daaropvolgende eenzijdige wijziging

Het consultatievoorstel maakt een onderscheid tussen betrokkenheid van vakverenigingen en de ondernemingsraad. Kort gezegd, worden de vakverenigingen betrokken als de loonstructuren zijn geregeld bij cao, terwijl de ondernemingsraad wordt betrokken als de loonstructuren op bedrijfsniveau zijn vastgesteld. Dat onderscheid is niet onlogisch.

Er is wel een juridisch verschil in de doorwerking in individuele arbeidsovereenkomsten. Bij wijzigingen die via de cao worden geregeld, worden individuele werknemers rechtstreeks via het cao-recht gebonden dan wel via incorporatie van de cao in de arbeidsovereenkomst. Ondernemingsraden kunnen individuele werknemers echter niet rechtstreeks binden.

Dit verschil kan bijvoorbeeld een rol spelen als met werknemersvertegenwoordigers (ondernemingsraad of vakbond) afspraken zijn gemaakt over het verhelpen van de loonkloof. Te denken valt aan de situatie dat is afgesproken dat 'te hoog' betaalde werknemers loon moeten inleveren of geen salarisverhogingen meer zullen krijgen totdat het verschil is ingelopen (verlies aan perspectief op salarisgroei). Als dit via (de loonstructuur in) de cao wordt geregeld is het lastig voor deze werknemers om dat aan te vechten, zeker als de loonstructuren een standaardkarakter zouden krijgen in de cao. Maar als er geen cao is en de ondernemingsraad met voornoemde wijze van verhelpen van de loonkloof heeft ingestemd, kunnen de betreffende werknemers op basis van rechtspraak een verslechtering van hun (primaire) arbeidsvoorwaarden al snel met succes aanvechten via de rechter. Er wordt niet snel een zwaarwichtig belang aangenomen voor eenzijdige wijziging van loon. Aannemelijk is dat dit ook geldt voor wijziging van criteria voor loonontwikkeling. Wat betekent dit volgens de wetgever? Brengt de instemming van de ondernemingsraad in dit

specifieke geval mee dat de werkgever een zwaarwichtig belang wordt geacht te hebben voor de wijziging, hetgeen een breuk zou zijn met de huidige rechtspraak? Als de instemming van de ondernemingsraad niet 'automatisch' een zwaarwegend belang voor de werkgever oplevert, is niet aannemelijk dat het loon van de betreffende werknemers eenzijdig kan worden aangepast en blijft de loonkloof dus in stand. Moet de werkgever dan opnieuw met de ondernemingsraad in gesprek over een alternatief voor het verhelpen van de loonkloof? Enige verduidelijking op dit punt lijkt voor de praktijk van belang.

Ten onrechte geen ondernemingsraad

De Memorie van Toelichting adresseert (in hoofdstuk 5) de situatie dat ondernemingen met meer dan vijftig werknemers ondanks de verplichtingen uit de WOR toch geen ondernemingsraad hebben ingesteld. De memorie stelt dat voor zover uit de WOR-verplichtingen voortvloeien die voortkomen uit de Richtlijn, de ondernemers "*niet aan deze verplichtingen kunnen voldoen*". Er is expliciet gekozen om geen alternatief te bieden ten einde werkgevers die niet aan de WOR voldoen te faciliteren.

Gevolg hiervan is onder meer dat deze ondernemers automatisch te maken krijgen met een (verdere) omkering van de bewijslast. Dat volgt immers uit artikel 11 van het consultatievoorstel. Deze ondernemers krijgen alleen niet te maken met deze omkering als het niet naleven van de verplichting "*onmiskenaar onopzettelijk en van geringe aard is*". Dit volgt uit artikel 18 lid 2 van de Richtlijn.

Dit is een zware consequentie, maar wellicht verdedigbaar omdat het wel een schending betreft van de verplichtingen uit de WOR. Het is begrijpelijk dat de wetgever dergelijke schendingen niet wil faciliteren. Deze beoogde implementatie is gebaseerd op artikel 18 lid 2 van de Richtlijn.

Toch zijn er in de praktijk grijze gebieden waarvoor het goed zou zijn te verduidelijken of in die gevallen ook omkering van de bewijslast wordt beoogd. Te denken valt in het bijzonder aan de volgende situaties:

1. Als er onder het personeel van de werkgever (aantoonbaar) geen behoefte bestaat aan een ondernemingsraad, althans wanneer zich onvoldoende werknemers kandidaatstellen; en
2. Als een werkgever zelf een alternatieve vorm van medezeggenschap met zijn werknemers is overeengekomen.

Consequentie van het consultatievoorstel zou zijn dat ook deze ondernemingen met omkering van de bewijslast te maken krijgen. Op basis van de voorgestelde Memorie van Toelichting lijkt het niet aannemelijk dat deze ondernemingen aan de zware toets voor uitzondering zullen voldoen.

- Als er ten opzichte van de WOR een alternatieve vorm van medezeggenschap is overeengekomen, is van *onmiskenaar onopzettelijkheid* geen sprake; er zal immers veelal bewust gekozen zijn voor een alternatief voor de ondernemingsraad als bedoeld in de WOR. Deze ondernemingen zouden dus impliciet gedwongen worden een formele ondernemingsraad in te stellen, ook als hun eigen vorm van medezeggenschap naar tevredenheid van de werkgever en werknemers zou werken. Is dat de bedoeling van de wetgever?
- Bovendien is de vraag of het niet hebben van een ondernemingsraad terwijl de WOR daartoe verplicht, een schending van geringe aard betreft. Het zal niet van geringe aard zijn als de werkgever niet (aantoonbaar) moeite heeft gedaan om een ondernemingsraad in te stellen. De werkgever is volgens vaste rechtspraak immers primair verantwoordelijk voor het borgen van medezeggenschap. Maar is dat ook de conclusie als er aantoonbaar geen behoefte is onder het personeel om zitting te nemen in een ondernemingsraad? Beoogt de wetgever dan ook de zware sanctie van omkering van de bewijslast? Hoe verhoudt zich dit tot de Richtlijn die stelt: "*Waar geen werknemersvertegenwoordigers zijn, moeten deze met het oog op de gezamenlijke beloningsevaluatie door de werknemers worden aangewezen*"? Biedt dat de mogelijkheid om een tijdelijke werknemersvertegenwoordiging op te zetten buiten de WOR om, enkel met het oog op de loontransparantievoorschriften zodat omkering van de bewijslast dan niet aan de orde is? Wij raden aan dat de wetgever hieraan aandacht besteedt.

Heeft de wetgever overwogen om (in bepaalde gevallen) het mogelijk te maken het verhelpen (ook) mogelijk te maken in nauwe samenwerking met de arbeidsinspectie of het orgaan voor gelijke behandeling, zeker daar waar een ondernemingsraad bij een werkgever ontbreekt? De Richtlijn laat hiertoe ruimte.

Het ten onrechte niet hebben van een ondernemingsraad leidt in het kader van de loontransparantievoorschriften tevens direct een 'overtreding' ex artikel. 22c waardoor het indirect mogelijk wordt bestuursrechtelijk te handhaven op het ontbreken van een ondernemingsraad omdat werkgevers technisch gezien dan niet aan de verplichtingen kunnen voldoen. Is dat ook een bewuste keuze van de wetgever?

3.6 Rol van de Personeelsvertegenwoordiging (PvT)

Hoewel de wetgever de rol van de PvT niet is vergeten, vallen ten aanzien van de manier waarop deze is verwerkt in de wettekst een aantal opmerkingen te plaatsen.

De wetgever beoogt artikel 35c lid 3 WOR - waarin is bepaald in welke gevallen het instemmingsrecht van de OR van overeenkomstige toepassing is op de PvT - op een dusdanige manier aan te passen dat ook de PvT instemmingrecht krijgt op het vlak van:

- (i) de vaststelling van de objectieve en genderneutrale criteria die ten grondslag liggen aan de loonstructuur van de onderneming (art. 27 lid 1 sub c onder 2); en
- (ii) de indeling in categorieën van werknemers (art. 27 lid 1 sub c onder 3).

Artikel 27 lid 1 sub c onder 4 en 5, i.e. het verhelpen van een loonkloof en de eventueel daarbij behorende beloningsevaluatie, zijn niet op de PvT van toepassing. De wetgever stelt dat de PvT hier geen rol in speelt, omdat artikel 10 Wgbmv (en dus art. 27 lid 1 sub c onder 4 en 5 WOR) toeziet op ondernemingen met meer dan honderd werknemers - welke per definitie geen PvT hebben. De wetgever lijkt hier te vergeten dat ondernemingen ook vrijwillig kunnen rapporteren. Wij komen hier later op terug.

Ten aanzien van de huidige voorgestelde aanpassingen / uitbreiding van bevoegdheden van de PvT zij in zijn algemeenheid verwezen naar onze opmerkingen over de vraag of instemmingsrecht het aangewezen middel is.

Daarnaast valt op dat de wetgever alleen aanpassingen doorvoert in artikel 35c lid 3. Artikel 35c lid 4 - waarin voorwaarden worden gesteld ten aanzien van de manier waarop een besluit ex artikel 27 lid 1 onderdeel b en d aan de PvT moet worden voorgelegd - wordt niet aangepast. Op basis van lid 4 moet een voorgenomen besluit schriftelijk, met beweegredenen omkleed aan de PvT worden voorgelegd. Daarnaast moet er minimaal één overleg over zijn gepleegd en dient de PvT schriftelijk op het voorgenomen besluit in te gaan. Het is niet duidelijk waarom de wetgever artikel 35c lid 4 niet heeft uitgebreid op een dusdanige manier dat óók het nieuwe artikel 27 lid 1 sub c onder 2 en 3 WOR onder de reikwijdte valt. Enige onderbouwing ontbreekt hier ook voor in de Memorie van Toelichting. Indien dit bewust zo is vormgegeven, is het raadzaam in de Memorie van Toelichting op te nemen waarom dit het geval is. In onze ogen zou het onderbrengen van het nieuwe artikel 27 lid 1 sub c onder 2 en 3 WOR onder het vierde lid echter wel op zijn plaats zijn, aangezien het de zorgvuldigheid van het proces ten goede komt. Dit is ook raadzaam, zeker gelet op het feit dat de PvT zich door de uitbreiding van artikel 35c lid 3 mengt in fundamentele aspecten van de bedrijfsvoering.

Nog een praktisch punt ter overweging: voor de PvT is de regeling voor het uitnodigen van deskundigen strikter dan zoals die geldt voor een OR. In beginsel kan een deskundige namelijk slechts met toestemming van de ondernemer worden uitgenodigd tot bijwoning van een vergadering, met het oog op behandeling van een bepaald onderwerp. De mogelijkheden die artikel 16 WOR biedt zijn in die zin voor een PvT dus beperkter. In de Memorie van Toelichting lijkt de wetgever zelf al te onderkennen dat het denkbaar is dat de werknemersvertegenwoordiging niet de kennis en kunde in huis heeft om haar uitgebreide taak op basis van de implementatie van de richtlijn te vervullen, en onderschrijft het belang van de rol van deskundigen. Acht de wetgever de mogelijkheden voor de PvT ten aanzien van inschakeling van deskundigen voldoende, en acht zij het wenselijk dat een ondernemer de inschakeling van een deskundige kan 'blokkeren' door toestemming te weigeren?

Vrijwillige rapportage en de rol van de PvT

De rapportageverplichting over de loonkloof tussen mannen en vrouwen is verplicht vanaf 100 werknemers. De richtlijn schrijft echter ook voor dat lidstaten kleine werkgevers niet mogen beletten om vrijwillig de rapportage over de loonkloof te verstrekken. Volgens de wetgever staan geen nationale regels hieraan in de weg, hetgeen wij onderschrijven.

Ons is echter niet duidelijk welke rol aan een werknemersvertegenwoordiging toekomt in geval van een vrijwillige rapportage. Voor ondernemingen met (meer dan) 100 werknemers geldt dat indien uit de verplichte rapportage een loonkloof volgt die ongerechtvaardigd is, aan de OR een instemmingsrecht toekomt op de wijze waarop deze verschillen dienen te worden verholpen. Is de ongerechtvaardigde loonkloof 5% of hoger, heeft de OR instemming op de beloningsevaluatie.

De wetgever kent deze rechten niet toe aan een PvT. De beredenering daarachter lijkt te zijn dat de instemmingsrechten op het vlak van (i) het verhelpen van de loonkloof, en (ii) de beloningsevaluatie, voortkomen uit de rapportageverplichting, welke per definitie niet geldt voor ondernemingen met een PvT. Hoewel de verplichting er inderdaad niet is, kan zoals gezegd wel vrijwillig worden gerapporteerd. Wat heeft te gelden indien uit die rapportage een loonkloof blijkt die ongerechtvaardigd is? Heeft de PvT dan geen rol in het verhelpen van die loonkloof? En wat als die ongerechtvaardigde loonkloof ook nog eens 5% of hoger is? Heeft de PvT dan iets in de melk te brokkelen?

Hoewel wij in de praktijk niet verwachten dat het storm zal lopen met vrijwillige rapportages (zeker niet indien hier een grote loonkloof uit volgt) is het in onze ogen toch aan te raden dat de wetgever meer duiding geeft aan de rol van de PvT in een dergelijk geval, ook indien er bewust voor is gekozen geen rol aan de PvT toe te kennen. De PvT is immers betrokken in het 'voortraject', dus waarom wel (of niet) in een eventueel stadium daarna?

4. Rechtsbescherming en rechtsvorderingen

4.1 Inleiding

De voorgestelde transparantiebepalingen kunnen aanleiding geven tot loonvorderingsprocedures. Ook kan het afdwingen van naleving van verplichtingen op grond van deze wetgeving bij de rechter worden gevorderd en geven bewijsvermoedens, proceskostenveroordelingen en termijnstellingen, aanleiding de rechtsbescherming en -vorderingen nader te becommentariëren.

4.2 Civiele vordering tot naleving

In de Memorie van Toelichting staat dat de naleving van de loontransparantieplichtingen primair door bestuursrechtelijke sanctionering verwezenlijkt moet worden.⁴ Op grond van artikel 22 van het wetsvoorstel kan de toezichthouder een eis tot naleving van de Wgbmv stellen.

Als de werkgever zijn loontransparantieplichtingen niet naleeft, wordt dit jegens de werknemer deels gecorrigeerd door de verschuiving van de bewijslast op grond van artikel 11 Wgbmv. De werknemer krijgt dan echter niet alsnog inzage in de loonstructuren en gemiddelde beloningsniveaus, noch is dit een garantie dat de werkgever maatregelen zal nemen om de eventuele loonkloof in zijn organisatie aan te pakken. Het kan echter voor werknemers (en belangenorganisaties) van breder belang zijn om de naleving van de loontransparantieregels af te dwingen. Ook kan informatie over loonverschillen relevant zijn om de hoogte van de geleden schade te onderbouwen (zie ook onder 0 van deze consultatiereactie over de problematiek omtrent begroting van de schadevergoeding). Daarom is het voorstelbaar dat werknemers of belangenorganisaties de naleving van de loontransparantieplichtingen via een civiele procedure willen kunnen vorderen.

Op grond van artikel 17 lid 1 Loontransparantierichtlijn dient de civiele rechter in staat te zijn om naleving van de rechten en plichten met betrekking tot gelijke beloning op verzoek van de werknemer of andere belanghebbenden te bevelen. Volgens de Memorie van Toelichting behoeft artikel 17 Loontransparantierichtlijn geen implementatie, aangezien dit al gedekt zou worden door het bestaande artikel 3:296 BW.

Wij vragen ons af hoe ver de bevoegdheid om naleving van de loontransparantieplichtingen te vorderen op basis van artikel 3:296 BW strekt. Geldt dit uitsluitend voor verplichtingen die de werkgever direct jegens de werknemer heeft, zoals het verzoek om informatie over het loonniveau op grond van (nieuw) artikel 10b lid 1 Wgbmv, of kan het ook betrekking hebben op bredere verplichtingen, zoals het nemen van maatregelen om ongerechtvaardigde loonverschillen te verhelpen ((nieuw) artikel 10f lid 4 Wgbmv)? Werknemers en belangenorganisaties hebben naar onze mening ook een duidelijk belang bij de laatste maatregelen, omdat deze uiteindelijk ten goede komen aan de werknemers. Wij verzoeken de wetgever om hier in de Memorie van Toelichting aandacht aan te besteden.

4.3 Rechtsvermoeden

Een belangrijk doel van het conceptwetsvoorstel is het versterken van de rechtspositie van werknemers bij het instellen van een vordering wegens ongelijke beloning.⁵ De rapportageverplichtingen uit het wetsvoorstel zijn bedoeld om de informatiepositie van werknemers te verbeteren, zodat zij naar aanleiding van deze informatie actie kunnen ondernemen om gelijke beloning af te dwingen.⁶ De meest verstrekkende maatregel voor versterking van de informatiepositie is het recht uit artikel 10b lid 1 van het wetsvoorstel om schriftelijk informatie op te vragen over naar geslacht uitgesplitste gemiddelde loonniveaus binnen gelijkwaardige functiegroepen.

In het concept van de Memorie van Toelichting staat dat werknemers 'statistieken' kunnen gebruiken om beloningsdiscriminatie aan te tonen.⁷ De toelichting bij het wetsvoorstel maakt nog

⁴ Memorie van Toelichting, p. 91.

⁵ Memorie van Toelichting, p. 12, 34.

⁶ Memorie van Toelichting, p. 33: 'Ook kan de werknemer de informatie uit de loonrapportage benutten, met name die over loonverschillen binnen zijn of haar categorie. Wil een werknemer naar aanleiding van deze informatie actie ondernemen om gelijke beloning in rechte af te dwingen, dan staat de weg naar de civiele rechter open.'

⁷ Memorie van Toelichting, p. 33-34.

niet duidelijk hoe informatie over de loonkloof binnen de werkgever precies kan worden ingezet bij de onderbouwing van een loonvordering. Zo is de vraag of een werknemer die, op basis van deze informatie, stelt dat sprake is van een loonkloof binnen de organisatie, daarmee het huidige rechtsvermoeden uit artikel 6a Wgbmv kan laten omslaan naar een vermoeden van verboden onderscheid. Dat lijkt ons te ver gaan. Meer voor de hand ligt dat het feit dat het gemiddelde loon in een functiecategorie voor het andere geslacht hoger ligt, daarvoor wél voldoende kan zijn. Voor de rechtsbescherming van werknemers zou het waardevol zijn als de toelichting concreter maakt hoe de verkregen informatie via de transparantieverplichtingen kan bijdragen aan de onderbouwing van een individuele gelijkebeloningsclaim. Wij verzoeken de wetgever dit te verduidelijken, zodat voor werknemers inzichtelijk wordt hoe zij deze informatie effectief kunnen inzetten in een procedure.

Naast het bestaande rechtsvermoeden op grond van artikel 6a Wgbmv, introduceert het wetsvoorstel in artikel 11 Wgbmv een nieuw rechtsvermoeden dat specifiek betrekking heeft op de loontransparantieverplichtingen. Wanneer de werknemer in een civiele procedure aanvoert dat deze verplichtingen niet zijn nageleefd, komt de bewijslast bij de werkgever te liggen, die moet aantonen dat er *geen* sprake is van verboden onderscheid. Dit is een betrekkelijk zware 'sanctie' voor een breed scala aan verplichtingen, waarvan een deel ook nog een open norm bevat. Een voorbeeld hiervan is (nieuw) artikel 10c, lid 5 Wgbmv, de verplichting om binnen een redelijke termijn aan de werknemer verstrekte informatie over loonverschillen te verduidelijken, te specificeren en, indien van toepassing, de loonkloof toe te lichten. Als veel werknemers hiertoe een aanvraag doen, resulteert dit in een aanzienlijke administratieve last, vooral als het gaat om vijf jaar aan gegevens over loonverschillen (vgl. lid 4 van dat artikel). De vraag is dan: wat wordt als een redelijke termijn beschouwd? Stel dat een werkgever hier een – in de ogen van de rechter – te lange termijn voor neemt, ontstaat er op grond van (nieuw) artikel 11 Wgbmv dan al vermoeden van een verboden onderscheid?

Het voorstel voor artikel 11 Wgbmv bevat een 'escape' voor de werkgever die in onze optiek in de praktijk van groot belang zal worden: de verschuiving van de bewijslast geldt niet wanneer de niet-naleving 'onmiskkenbaar onopzettelijk en van geringe aard' is. Deze bewoordingen zijn afkomstig uit artikel 18 lid 2 Loontransparantierichtlijn. In het concept van de Memorie van Toelichting is de strekking hiervan nog niet nader geduid.⁸

Zo ontbreekt toelichting over wanneer een niet-naleving 'gering' is. Het is onduidelijk of het gering moet zijn voor de werkgever zelf, voor de positie van de werknemer, of voor het geheel aan loontransparantieverplichtingen en het algemeen belang daarvan. Deze drie benaderingen kunnen tot verschillende uitkomsten leiden. Een niet-naleving die in het grotere geheel gering lijkt, kan op individueel niveau wel degelijk nadelig uitpakken voor een werknemer, en omgekeerd. Wij achten het logisch om het belang van de werknemer als uitgangspunt te nemen. Van een 'geringe niet-naleving' zou dan pas sprake zijn als de werknemer geen concreet nadeel heeft ondervonden. Daarmee wordt voorkomen dat een niet-naleving die voor de werknemer feitelijk geen gevolgen heeft, toch leidt tot omkering van de bewijslast, terwijl het doel van het artikel – het versterken van de bewijspositie van werknemers – behouden blijft. Wij stellen voor om dit uitgangspunt in de toelichting te verwerken, aangevuld met voorbeelden van situaties waarin niet-naleving geen concreet nadeel voor de werknemer oplevert.

Daarnaast is het onduidelijk hoe een werkgever kan aantonen dat het niet naleven van een administratieve verplichting 'onmiskkenbaar onopzettelijk' was. Is dit bijvoorbeeld het geval bij een administratieve of technische fout, zoals wanneer een verzoek van de werknemer om informatie op grond van (nieuw) artikel 10c, lid 5 Wgbmv in de spamfolder belandt, waardoor het verzoek om informatie van de werknemer te lang blijft liggen? Het zou daarom nuttig zijn als ook hiervoor nadere handvatten worden ontwikkeld, zodat het een voor werkgevers bruikbare bepaling wordt.

4.4 Schadebegroting

In de concept Memorie van Toelichting is opgenomen dat artikel 16 Loontransparantierichtlijn – dat voor werknemers een recht op volledige compensatie te *eisen* en te *krijgen* bevat – geen implementatie behoeft.⁹ De wetgever schrijft dat dit geen implementatie behoeft omdat in het BW reeds is opgenomen dat de civiele rechter een schadevergoeding kan toekennen bij schending van

⁸ Memorie van Toelichting, p. 88.

⁹ Memorie van Toelichting, p. 46.

de Wgbmv. Wij vragen ons af of huidig recht voldoende is voor een werknemer om de schadevergoeding ook daadwerkelijk te *krijgen*. Wat ons betreft roept de bewoording van artikel 16 Loontransparantierichtlijn wel degelijk een nieuwe norm in het leven, waardoor het ook noodzakelijk is om de Nederlandse schadevergoedingspraktijk onder de loep te nemen. Niet eerder heeft de Europese wetgever zo expliciet een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het kunnen eisen van schadevergoeding en anderzijds het daadwerkelijk krijgen van deze schadevergoeding. Dat dit onderscheid in de Loontransparantierichtlijn wordt gemaakt past in de geest van de richtlijn: de richtlijn beoogt immers het beginsel van gelijke beloning te versterken middels handhaving.

Wij zijn het met de wetgever eens dat benadeelde werknemers naar huidig recht een volledige compensatie kunnen *eisen*, inhoudend een volledige uitbetaling van het achterstallig loon, alsook daarmee verband houdende bonussen of betalingen in natura en verlies van kansen, inclusief mogelijke wettelijke verhogingen en wettelijke rente, alsook compensatie voor immateriële schade.¹⁰ Bewijsvergaring is in veel gevallen echter een hoge drempel. De bewijslast van de hoogte van de ongelijke beloning ligt onder huidig recht volledig bij de werknemer. De transparantieverplichtingen uit de Loontransparantierichtlijn verlagen die drempel, mits de werkgever zich daadwerkelijk aan de transparantieverplichtingen houdt.

Huidig recht is mogelijk niet voldoende om ervoor te zorgen dat de werknemer de gelijke beloning ook daadwerkelijk *krijgt*. Dit geldt te meer in situaties waarin de werkgever transparantieverplichtingen niet nakomt. Zo wezen wij eerder op de noodzaak van de mogelijkheid om nakoming van de verplichtingen uit de Loontransparantierichtlijn af te dwingen in civiele procedures. De Loontransparantierichtlijn bestendigt dit recht om gelijke beloning daadwerkelijk te krijgen door een recht op toegang tot relevant bewijsmateriaal waarover de verweerder zeggenschap heeft (artikel 20).

Artikel 20 Loontransparantierichtlijn vereist dat een werknemer in een schadevergoedingsprocedure loongegevens van maatmensen moet kunnen opvragen. In de concept Memorie van Toelichting staat dat dit artikel geen implementatie behoeft omdat de rechter volgens het Nederlandse procesrecht een bevel tot toegang tot bewijsmateriaal kan opleggen.¹¹ Artikel 20 Loontransparantierichtlijn toont inderdaad gelijkenissen met huidig artikel 194 Rv (de opvolger van artikel 843a Rv) op grond waarvan een partij bij een rechtsbetrekking recht heeft op inzage, afschrift of uittreksel van die gegevens als zij daar voldoende belang bij heeft. De vraag is hoe de toets uit de Loontransparantierichtlijn – namelijk of informatie "relevant is voor de vordering tot gelijke beloning" – zich verhoudt tot het criterium van "voldoende belang". Dit geldt te meer omdat artikel 20 Loontransparantierichtlijn – anders dan artikel 194 Rv – niet voorziet in de mogelijkheid om het verstrekken van stukken te weigeren op grond van gewichtige redenen. Bij een verzoek op grond van artikel 194 Rv zou een werkgever, mede gelet op de AVG, mogelijk met succes kunnen aanvoeren dat loongegevens van andere werknemers niet hoeven te worden overgelegd vanwege de bescherming van gevoelige persoonsgegevens. De vraag is of die benadering strookt met artikel 20 Loontransparantierichtlijn. Dat artikel kent geen vergelijkbare weigeringsgrond, maar bepaalt in lid 2 juist dat gevoelige informatie moet worden beschermd. Dit impliceert dat lidstaten verplicht zijn mogelijk te maken dat werknemers via de rechter toegang kunnen krijgen tot gevoelige informatie, zoals beloningsgegevens van andere werknemers. Wij verzoeken de wetgever toe te lichten hoe de verschillen tussen deze bepalingen zijn meegewogen bij de keuze om artikel 20 Loontransparantierichtlijn niet zelfstandig te implementeren.

Dit mogelijke probleem van het *krijgen* van gelijke beloning speelt niet alleen ten aanzien van het salaris, maar ook bij andere loonelementen die behoren tot volledige compensatie, zoals gemiste pensioenopbouw. De gemiste pensioenopbouw (inclusief het gemiste pensioenrendement) is geen simpele berekening voor een werknemer. De werkgever daarentegen heeft toegang tot de data over pensioenopbouw van de maatmens. Wij verzoeken de wetgever te verduidelijken in hoeverre het huidige systeem voldoende waarborgen biedt om werknemers in staat te stellen de bewijsdrempel in een schadevergoedingsprocedure wegens ongelijke beloning te halen. Wij verzoeken de wetgever ook te verduidelijken of de overheid hier nog tools voor zal uitbrengen, bijvoorbeeld voor de berekening van gemiste pensioenopbouw en pensioenrendement. Dit lijkt ons

¹⁰ P.C. Vas Nunes, Discriminatie in arbeid, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 45; HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, NJ 1992/224 (*Dekker*); art. 6:95 e.v. BW.

¹¹ Memorie van Toelichting, p. 46.

passend gelet op het doel Loontransparantierichtlijn, maar ook gelet op het dichten van de pensioenkloof als onderdeel van de loonkloof.¹²

Een volgende vraag die opkomt in het kader van schadebegroting en gelijk beloning naar de toekomst toe (*levelling up* of *levelling down*) is hoe moet worden omgegaan met een maatmens die (significant) meer verdient dan de waarde van het werk rechtvaardigt. Is in zo'n situatie *levelling down* van de veelverdienende maatmens aangewezen? Deze gedachte komt onder meer op door de zin "Daarbij is het doel nadrukkelijk om oneerlijke verschillen aan te pakken, niet om lonen in zijn algemeenheid op te drijven." uit het concept wetsvoorstel.¹³

Indien *levelling down* in dit soort situaties denkbaar dan wel wenselijk is, heeft het meerwaarde voor de praktijk om dit te verduidelijken. Dit kan bijvoorbeeld door een individueel beloningsniveau van een maatmens dat significant hoger ligt dan de waarde van het werk aan te wijzen als "zwaarwichtig belang" van de werkgever om tot eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden over te gaan (art. 7:613 BW). In het wetsvoorstel kan dan ook verduidelijkt worden welke maatregelen maken dat een werknemer hier in redelijkheid mee akkoord dient te gaan: is dat bijvoorbeeld bij een salarisbevriezing totdat de werknemer het juiste beloningsniveau heeft, en/of bij stapsgewijze verlaging van het salaris? Dit vraagstuk is eveneens relevant voor de schadebegroting van gemist loon in het verleden van de benadeelde werknemer. Maakt het voor de schadebegroting verschil of de maatmens (significant) meer verdient dan de waarde van het werk rechtvaardigt?

4.5 Proceskostenveroordeling

Het wetsvoorstel bevat een uitzondering op de proceskostenveroordeling. In artikel 11b Wgbmv wordt vastgelegd dat de rechter in het kader van een vordering tot gelijke beloning de in het gelijkgestelde werkgever kan veroordelen in de kosten van de procedure, indien de rechter van oordeel is dat de werknemer gegronde redenen had om de vordering in te stellen en hij deze proceskostenverdeling passend vindt.

De Memorie van Toelichting beschrijft dat dit artikel, indachtig considerans 54 Loontransparantierichtlijn, de toegang tot het recht zo laagdrempelig mogelijk dient te maken voor werknemers.¹⁴ De considerans luidt: *"dit dient met name te gelden wanneer een in het gelijk gestelde verweerder niet heeft voldaan aan de in deze richtlijn vastgestelde verplichtingen inzake beloningstransparantie."* Wij lezen dit zo dat in gevallen waarin een werkgever zijn transparantieverplichtingen niet is nagekomen, de proceskosten in beginsel voor zijn rekening moeten komen – ongeacht de uitkomst van de procedure. Het wetsvoorstel lijkt terughoudender. Zo staat in de concept Memorie van Toelichting: *"Een gegronde reden kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat de werkgever niet aan de transparantieverplichtingen heeft voldaan."* Moet de bewoording van considerans 54 Loontransparantierichtlijn niet juist zo opgevat worden dat het niet voldoen aan de transparantieverplichtingen *in ieder geval* een gegronde reden is om de werkgever in de proceskosten te veroordelen, en dat er buiten het niet voldoen aan de transparantieverplichtingen ook andere gegronde redenen kunnen zijn? Deze lezing past bij het doel van de Loontransparantierichtlijn en meer specifiek de rechtsbescherming: het verlagen van de drempel tot de rechter om de naleving van het beginsel van gelijke beloning te bevorderen.¹⁵ Het lijkt ons goed als de wetgever verder specificeert in welke situaties er aanleiding is voor een proceskostenveroordeling van de werkgever, bijvoorbeeld in geval van evident onjuiste of niet tijdige nakoming van de verplichtingen uit de Loontransparantierichtlijn.

De concept Memorie van Toelichting licht ook niet toe onder welke omstandigheden het "passend" kan zijn om, wanneer sprake is van een gegronde reden, toch de werknemer in de proceskosten te veroordelen. Wij verzoeken de wetgever te verduidelijken wanneer de rechter dit als "passend" kan beoordelen, of in ieder geval om hier meer handvatten bij te geven en zo de rechtszekerheid te vergroten.

¹² Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 4, p. 24-26.

¹³ Memorie van Toelichting, p. 13.

¹⁴ Memorie van Toelichting, p. 34.

¹⁵ Memorie van Toelichting, p. 33 (paragraaf 4.3.5.).

4.6 Verjaringstermijn

Artikel 21 Loontransparantierichtlijn stelt de verjaringstermijn op drie jaar. Lidstaten kunnen besluiten dat de verjaringstermijn niet ingaat zolang de inbreuk loopt of voor het einde van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding. De wetgever stelt dat geen implementatie nodig is: beide bepalingen zouden aansluiten bij de Nederlandse bestaande regels rond verjaringstermijnen en de aanvang ervan. Wij vragen ons af of dit juist is. Een werkgever die om discriminerende reden onderbetaalt pleegt een onrechtmatige daad.¹⁶ De verjaringstermijn begint te lopen op het moment dat de werknemer weet of redelijkerwijs had horen te weten dat (i) de onderbetaling het gevolg is van discriminatie; en (ii) wie hij daarvoor kan aanspreken. Hiermee is volgens ons nog geen sprake van een situatie waarbij de verjaringstermijn pas begint te lopen wanneer de inbreuk is gestopt dan wel bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Wij verzoeken de wetgever dit te verduidelijken.

¹⁶ P.C. Vas Nunes, Discriminatie in arbeid, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 53.

5. Ter beschikking gestelde arbeidskrachten en 'werkgever'

5.1 Inleiding

Het onderhavige wetsvoorstel is eveneens van toepassing op arbeidskrachten die ter beschikking zijn gesteld in de zin van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi). Ingevolge de Waadi omvat dit niet uitsluitend uitzendkrachten die ter beschikking worden gesteld door een uitzendbureau, maar tevens ook incidentele en niet-beroepsmatige terbeschikkingstelling, payrollconstructies en detacheringsovereenkomsten en alle andere terbeschikkingstellingen waarbij toezicht en leiding bij de inlener komen te liggen.

In de voorgestelde wetsbepalingen delen de uitlener en inlener een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de transparantieplichtingen met betrekking tot ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Zo is onder andere bepaald dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht informatie over het individuele loonniveau kan opvragen bij zijn eigen werkgever (*de uitlener*). De inlenende onderneming (*de inlener*) zal op verzoek van de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht op zijn beurt schriftelijke informatie dienen te verstrekken over het gemiddelde loonniveau, uitgesplitst naar geslacht, voor categorieën werknemers die gelijk werk of werk van gelijke waarde verrichten. Daarnaast dient het loon van de ter beschikking gestelde arbeidskracht integraal te worden meegenomen in de loonrapportage van de inlener.

Het (nieuwe) informatierecht en de verplichting om ter beschikking gestelde arbeidskracht op te nemen in de loonrapportage van de inlener zijn gebaseerd op het gelijkebehandelingsvoorschrift zoals opgenomen in artikel 8 van de Waadi. Aangezien er in de literatuur discussie bestaat over de reikwijdte van de arbeidsvoorwaarden die onder dit voorschrift vallen, roept dit echter diverse vragen op voor de praktijk.

Aan het slot van dit hoofdstuk staan we ook nog stil bij het gehanteerde 'werkgeversbegrip' (ongeacht terbeschikkingstelling).

5.2 Het recht op informatie voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten

In de context van de Richtlijn wordt het recht op informatie aan werknemers toegekend ter bevordering van transparantie, zodat werknemers in staat worden gesteld de vereiste acties te ondernemen ter ondersteuning van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid. Zoals terecht wordt opgemerkt in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel, beschikt de eigen werkgever van de ter beschikking gestelde arbeidskracht uitsluitend over de salarisinformatie van de ter beschikking gestelde arbeidskracht en niet over het gemiddelde loonniveau van bij de inlener in dienst zijnde werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies. Om die reden lijkt het een logische keuze om de verplichting tot het verstrekken van deze informatie bij de inlener neer te leggen, aangezien enkel de inlener toegang heeft tot (al) deze loongegevens.

Loonbegrip in relatie tot Waadi

Een allereerste vraag die opkomt, is welk loonbegrip dient te worden gehanteerd voor het vaststellen van de gemiddelde loonniveaus van bij de inlener in dienst zijnde werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies.

Het loonbegrip in het Wetsvoorstel sluit aan bij de definitie van 'loon' uit het huidige artikel 7, tweede lid Wgbmv die een implementatie betreft van art. 157 Verdrag Werking van de Europese Unie (VWEU). Artikel 157 VWEU definieert loon als het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt. Tot de voordelen uit dienstbetrekking die door de werkgever worden betaald vallen in principe ook pensioenaanspraken, loondoorbetalingen bij ziekte en ontslagvergoedingen.

Op basis van voorgaande begrippen wij dat er voor de berekening van het gemiddelde loonniveau naar het basissalaris en alle overige voordelen in geld of in natura moet worden gekeken, waaronder ook voornoemde looncomponenten. Indien daar vervolgens een (negatief) verschil blijkt te bestaan

tussen het individuele loonniveau en het naar het geslacht uitgesplitste gemiddelde loonniveau, is het uitgangspunt in beginsel dat de desbetreffende werknemer daarvoor dient te worden gecompenseerd.

De vraag die vervolgens opkomt, is hoe dit loonbegrip zich verhoudt tot het gelijkebehandelingsvoorschrift voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten uit artikel 8 Waadi en arbeidskrachten die in het kader van payrollrolling ter beschikking zijn gesteld (de zogeheten payrollwerknemers) uit artikel 8a Waadi.

Op grond van artikel 8 lid 1 van de Waadi hebben ter beschikking gestelde arbeidskrachten recht op ten minste hetzelfde loon en overige vergoedingen en arbeids- en rusttijden als een werknemer in dienst bij de inlenende onderneming. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Waadi volgt dat met de loonverhoudingsnorm wordt bedoeld op loonbetaling in dezelfde schaal als die welke van toepassing is op werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming. Met het begrip 'overige vergoedingen' wordt bedoeld de vergoedingen voor reizen, reiskosten, pensioenkosten, koffiegeld en ander noodzakelijk te achten kostenvergoedingen.¹⁷

Op grond van artikel 8a Waadi hebben payrollwerknemers, met uitzondering van het bepaalde ten aanzien van de adequate pensioenregeling, recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Voorgaande betekent dat de payrollwerknemer in beginsel recht heeft op zowel individuele als collectieve en zowel primaire als secundaire arbeidsvoorwaarden die gelden bij de inlener.¹⁸

Uit (lagere) jurisprudentie volgde dat ook andere componenten, zoals periodieken en toeslagen, zoals toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, ploegendienst, onder het loonbegrip van artikel 8 Waadi dienden te worden geschaard, waardoor jarenlang veel onduidelijkheid bestond over de reikwijdte van dit loonbegrip. In recente jurisprudentie heeft de Hoge Raad echter overwogen dat het begrip loon uit artikel 8 lid 1 Waadi in overeenstemming met het begrip bezoldiging uit de Uitzendrichtlijn ruim moet worden uitgelegd.¹⁹ Kortom, beloningen als een resultaatafhankelijke bonus, een prestatiebonus of een specifieke bedrijfsbonus komen daarmee ook onder het gelijkebehandelingsvoorschrift uit de Waadi te vallen en dienen als gevolg daarvan door de uitlener te worden toegekend aan de ter beschikking gestelde arbeidskracht.²⁰

Ondanks de richting van de Hoge Raad, blijven er in de praktijk nog de nodige vragen bestaan over de reikwijdte van het loonbegrip uit artikel 8 Waadi en de verhouding tot het gelijkebehandelingsvoorschrift uit artikel 8a Waadi. De vraag rijst derhalve of door uitleners altijd een juiste uitleg van het gelijkebehandelingsvoorschrift uit de Waadi wordt gehanteerd ten aanzien van het beloningspakket van de door hen ter beschikking gestelde arbeidskrachten (en, zo ja, sinds wanneer). Nu deze ter beschikking gestelde arbeidskrachten in het kader van dit Wetsvoorstel de mogelijkheid krijgen om informatie op te vragen over het gemiddelde loonniveau van categorieën werknemers (in dienst bij de uitlener) die gelijk(waardig) werk uitvoeren, bestaat er een risico op claims, mogelijk met terugwerkende kracht. De vraag doet zich voor of de onduidelijkheid betreffende de interpretatie van het loonbegrip uit artikel 8 Waadi, alsmede de (claim-)risico's die hieruit voortvloeien, volledig op de uitleners dienen te worden afgewenteld.

Wenselijkheid toepassen ruim loonbegrip Wetsvoorstel

Uit het Wetsvoorstel volgt momenteel dat voor het berekenen van het gemiddelde loonniveau van bij de inlener in dienst zijnde werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in beginsel dient te worden uitgegaan van het ruime loonbegrip dat is neergelegd in het Wetsvoorstel (d.w.z. basissalaris en alle variabele en aanvullende voorwaarden). Het is echter de vraag of en, zo ja, tot op welke hoogte het loonbegrip uit de gelijkebehandelingsvoorschriften van artikel 8 en 8a Waadi gelijk kunnen worden gesteld met het loonbegrip uit het Wetsvoorstel. Ter illustratie, de Nederlandse wetgever heeft er in de Waadi voor gekozen om pensioenaanspraken bij de inlener niet onder het

¹⁷ Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 20.

¹⁸ E.J.A. Franssen, De Waadi (Monografieën Sociaal Recht nr. 81), Deventer: Wolters Kluwer 2023, blz. 120.

¹⁹ Hoge Raad 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1303, r.o. 3.2.6.

²⁰ Hoge Raad 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1303, r.o. 3.3.

gelijkebehandelingsvoorschrift uit artikel 8 en 8a Waadi te scharen, terwijl deze in beginsel wel onder het loonbegrip in het Wetsvoorstel zouden vallen.²¹

Daar komt bij dat er momenteel nog veel onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het gelijkebehandelingsvoorschrift voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten uit artikel 8 Waadi, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van scholingskosten, (sport)abbonementen en andere vergoedingen. In ieder geval kan worden gesteld dat er momenteel nog aanzienlijke discussies bestaan over de interpretatie van artikel 8, lid 1 van de Waadi, en meer specifiek over de vraag in hoeverre de ter beschikking gestelde arbeidskracht recht heeft op gelijke beloning.

Concluderend, om het gemiddelde loonniveau te kunnen berekenen als inlener ingeval van een verzoek om informatie door een ter beschikking gestelde arbeidskracht, is het van belang om te bepalen welke beloningselementen in aanmerking moeten worden genomen. Op basis van bovenstaande, kunnen wij ons voorstellen dat dit complex kan zijn voor inleners. In dit kader zou gewenst zijn om – in de context van het onderhavige Wetsvoorstel – richting te geven over de reikwijdte van artikel 8 en 8a Waadi dan wel voornoemde artikelen te wijzigen teneinde onduidelijkheid hierover te voorkomen.

Wenselijkheid opvragen informatie bij zowel uitlener als inlener

Een andere kanttekening die hierbij kan worden gemaakt is dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht voor een vergelijking van zijn salaris met dat van werknemers die gelijk(waardig) werk doen, zowel een verzoek tot informatie dient te doen bij zijn eigen werkgever (de uitlener) alsmede de inlener. Er dient te worden bedacht of dit de meest wenselijke route is en of dit ter beschikking gestelde arbeidskrachten kan tegenhouden in het opvragen van deze informatie. De vraag kan worden gesteld of het niet de uitlener moet zijn die de informatie over de gemiddelde loonniveaus van aldaar in dienst zijnde werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies opvraagt bij de inlener en dit tezamen met de informatie over het individuele loon aan de ter beschikking gestelde arbeidskracht communiceert. Dit zorgt ervoor dat de uitlener ook op de hoogte is van een eventueel loonverschil, niet wordt verrast door een eventuele loonclaim van een ter beschikking gestelde arbeidskracht en tijdig gepaste acties kan ondernemen.

5.3 Loonrapportage

Het loon van ter beschikking gestelde arbeidskrachten dient te worden opgenomen in de rapportage van de inlener, aangezien de Nederlandse Wetgever stelt dat het loon van deze ter beschikking gestelde arbeidskrachten ingevolge het gelijkebehandelingsvoorschrift van artikel 8 Waadi is gebaseerd op het loon dat bij de inlener wordt gehanteerd. Daarnaast overweegt de Nederlandse Wetgever dat wanneer een ter beschikking gestelde arbeidskracht uitsluitend wordt opgenomen in de rapportage van de uitlener, dit geen duidelijkheid verschaft over de gelijkheid van de beloning van ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Immers, de ter beschikking gestelde arbeidskrachten zijn allemaal bij verschillende ondernemingen in mogelijk verschillende sectoren werkzaam ieder met een eigen beloningsbeleid. Daarmee wordt volgens de Nederlandse Wetgever niet voldaan aan het doel van de Richtlijn.

De inlenende onderneming wordt om deze redenen dan ook verantwoordelijk de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten mee te nemen in de loonrapportage en inzicht te geven in de mogelijke beloningsverschillen. In dat verband zal de inlener alle informatie van de uitlener ontvangen noodzakelijk om te kunnen voldoen aan deze verplichting. Voorgaande laat overigens onverlet dat de uitlener een rapportageplicht kan hebben over haar werknemers die werkzaamheden verrichten ten behoeve van de eigen bedrijfsactiviteiten, waarbij de uitlener gezag kan uitoefenen over de werknemers.

Hoe tellen uitzendkrachten mee voor het minimumaantal?

Op basis van het Wetsvoorstel begrijpen wij dat de Nederlandse Wetgever het van belang acht de werkgeversdefinitie specifiek af te bakenen, mede gelet op het feit dat bepaalde verplichtingen

²¹ Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 5, p. 14 (NV).

slechts gelden indien een werkgever een minimum aantal werknemers in dienst heeft (bijvoorbeeld de loonrapportage).

Voor het vaststellen van de organisatiegrootte (m.a.w. de berekening van het aantal werknemers) dient te worden teruggevallen op de arbeidsjaareenheden (zogenoeten fte), welk uitgangspunt nader wordt uitgewerkt in artikel 10a Wgbmv. Dit geldt in principe voor de werknemers die in dienst zijn bij de betreffende werkgever. Daarnaast tellen ook ter beschikking gestelde arbeidskrachten mee voor het aantal bij de organisatie waar zij werkzaamheden verrichten (inlener). Dit volgt logischerwijs uit de verplichting dat uitzendkrachten in die rapportage ook worden meegenomen in de berekening van de loonkloof. Het Wetsvoorstel laat echter momenteel na duidelijkheid te verschaffen over hoe deze ter beschikking gestelde arbeidskrachten meetellen voor het werknemersaantal. Nu een dergelijke toelichting momenteel nog ontbreekt, nodigen we de Nederlandse Wetgever uit hier zich nader over uit te laten.

In dat verband dient te worden gerealiseerd dat ter beschikking gestelde arbeidskrachten in bepaalde gevallen slechts voor korte perioden werkzaamheden verrichten voor een inlener. Een ter beschikking gestelde arbeidskracht kan immers binnen een jaar (eventueel parallel) voor meerdere inleners werkzaamheden verrichten. De vragen die in dat verband dan ook opkomen zijn hoe ter beschikking gestelde arbeidskrachten die slechts een deel van een kalenderjaar werkzaam zijn voor een inlener dienen te worden meegenomen in het berekenen van het aantal werknemers en, indien wordt voldaan aan de werknemersgrens, hoe dit uitwerkt voor onder andere de loonrapportage. Om onduidelijkheid in de praktijk te voorkomen, raden we de Nederlandse Wetgever aan hier nadere regels over te stellen.

Hoe om te gaan met organisaties die geen traditioneel uitzendbureau zijn?

Voorgaand uitgangspunt lijkt logisch waar het gaat om de traditionele uitzendbureaus. Echter, zoals reeds vermeld, vallen ook organisaties die aan incidentele en niet-beroepsmatige terbeschikkingstelling, detacheringsbureaus, consultancybureaus onder het bereik van de Waadi indien zij werknemers onder toezicht en leiding van een derde partij (bijvoorbeeld een klant of een ander onderdeel van de groep) laten werken. Voornoemde overwegingen zullen wellicht niet opgaan voor deze organisaties. Dit roept de vraag op of er geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen deze verschillende situaties om zo een goede invulling te geven aan het doel van de Richtlijn. Immers, bij een consultant in dienst van een consultancybedrijf die tijdelijk bij een klant tewerk wordt gesteld, omdat deze klant zogenoemde "handjes nodig heeft", dient te worden bedacht of het wellicht niet logisch zou zijn om deze ook mee te nemen in de loonrapportage van de uitlener. Zeker indien de ter beschikking gestelde consultant slechts voor een aantal uren per week ter beschikking wordt gesteld aan de klant.

Wenselijkheid toepassen ruim loonbegrip Wetsvoorstel

Gelet op het ruime loonbegrip dat is opgenomen in het Wetsvoorstel en de verhouding tot het gelijkebehandelingsvoorschrift van artikel 8 en 8a Waadi (zie hiervoor) is het van belang dat bij nadere regelgeving wordt vastgesteld over welke looncomponenten inleners verplicht zijn te rapporteren ten aanzien van de aan hen ter beschikking gestelde arbeidskrachten.

Mocht dit – in lijn met het loonbegrip in de Richtlijn en het Wetsvoorstel – een breed spectrum aan looncomponenten omvatten, dan zal dit mogelijk gevolgen hebben voor de loonkloof waarover de inlener dient te rapporteren. Ter illustratie, de ter beschikking gestelde krachten zullen immers geen pensioen opbouwen in de pensioenregeling van de inlener, nu daarvoor geen verplichting geldt op basis van artikel 8 en 8a Waadi.

Informatieplicht uitlener

Zoals reeds opgemerkt zal de uitlener de inlener dienen te voorzien van alle informatie noodzakelijk om te kunnen voldoen aan de verplichting tot het uitbrengen van een loonrapportage. Mocht uit die loonrapportage een loonverschil komen, dan kan de inlener als gevolg daarvan mogelijk verplicht zijn objectieve rechtvaardigingen te geven voor deze loonverschillen. Dat betekent dat de inlener niet alleen inzicht dient te hebben in de beloning van de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten, maar ook andere variabelen, zoals de ervaring en kwalificaties, die een mogelijk beloningsverschil kunnen verklaren en rechtvaardigen.

Voorgaande impliceert dat de uitlener niet alleen de loongegevens van ter beschikking gestelde arbeidskrachten zal moeten delen met de inlener in verband met het voldoen aan de verplichting tot het uitbrengen van een loonrapportage, maar ook aanvullende documentatie, zoals cv's, diploma's, beoordelingen, kwalificaties, etc., op basis waarvan de inlener de mogelijke loonkloof kan verklaren. Het is mogelijk dat de tekst van artikel 12b lid 4 Waadi (nieuw) hierop dient te worden aangepast.

In dit kader is ook relevant op te merken dat de inlener – meer dan voorheen – inzage krijgt in alle (loon-)gegevens van de arbeidskrachten die aan hem ter beschikking zijn gesteld, met als bijgevolg dat de inlener inzicht verkrijgt in de marges die de uitlener hanteert in het kader van de terbeschikkingstelling. De vraag rijst of dit wenselijk is binnen de markt.

Hoe om te gaan met ter beschikking gestelde arbeidskrachten die betere arbeidsvoorwaarden hebben dan werknemers in dienst van de inlener in gelijke of gelijkwaardige functies?

Tot slot gaan de overwegingen van de Wetgever in principe uit van de situatie waarin de ter beschikking gestelde arbeidskracht zich op het gebied van arbeidsvoorwaarden in een nadeligere positie bevindt dan de werknemers die bij de inlener in gelijke of gelijkwaardige functies werkzaam zijn. In sectoren zoals de zorg zien we echter ook een tegengestelde ontwikkeling. Hier belonen uitleners hun ter beschikking gestelde arbeidskrachten aanzienlijk meer dan in de (standaard-)cao's voor deze sectoren is voorgeschreven en waar de werknemers die direct in dienst zijn bij de inlener aanspraak op maken. Het moet in overweging worden genomen dat, doordat de ter beschikking gestelde arbeidskrachten die gelijk(waardig) werk uitvoeren als de werknemer die direct in dienst zijn maar hoger beloond worden door de uitlener, er beloningsverschillen kunnen ontstaan in categorieën van werknemers die inzichtelijk worden door de publicatie van de loonrapportage. Dit kan negatieve gevolgen hebben voor inleners in dergelijke sectoren, nu zij zich juist in een positie bevinden waarin zij afhankelijk zijn van werknemers die bereid zijn in dienst te treden, gezien de huidige krapte op de arbeidsmarkt.

5.4 Eén bron die de loonvoorwaarden bepaalt

Het wetsvoorstel breidt artikel 7 Wgbmv uit met het gegeven dat een vergelijking voor bewijs van gelijke of gelijkwaardige arbeid zich niet hoeft te beperken tot werkenden binnen eenzelfde onderneming, maar ook betrekking kan hebben op situaties waarin de vaststelling van de loonvoorwaarden toe te schrijven is aan een bron. Dit kan het geval zijn wanneer de relevante loonvoorwaarden zijn vastgelegd in bijvoorbeeld collectieve arbeidsovereenkomsten en die van toepassing zijn op meerdere werkgevers (bijvoorbeeld cao Rijk)

In lijn met deze overweging van de wetgever zou dit kunnen impliceren dat uitzendkrachten die onder een uitzend-cao vallen, zich met elkaar kunnen vergelijken. De vraag rijst of dit voor de betreffende (uitzend)sector mogelijk/wenselijk is, gelet op het feit dat de beloning van ter beschikking gestelde arbeidskrachten door het gelijkebehandelingsvoorschrift uit de Waadi, in aanzienlijke mate samenhangt met de arbeidsvoorwaarden van de specifieke inlener (zoals een bedrijfsspecifieke bonus). Voorgesteld kan derhalve worden dat een uitzondering gemaakt wordt ten aanzien van deze voorgestelde wetsbepaling, specifiek voor de uitzendsector.

5.5 Hoe om te gaan met buitenlandse ter beschikking gestelde arbeidskrachten?

Daarnaast dient ook bedacht te worden hoe om te gaan met buitenlandse ter beschikking gestelde arbeidskrachten die in beginsel onder een ander rechtstelsel vallen. Gelet op het feit dat de Nederlandse bepalingen omtrent gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het Burgerlijk Wetboek²², de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) en de Waadi als voorrangsregels²³ zijn aangemerkt²⁴, rijst de vraag in hoeverre deze regels als voorrangsregel dienen te worden

²² Artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek.

²³ Artikel 9 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (*Rome I-verordening*); Artikel 3 lid 1 Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (*Detacheringsrichtlijn*).

²⁴ Artikel 2 Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers Europese Unie; *Kamerstukken II* 1998/99, 26524, nr. 3, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2015/16, 34408, nr. 3, p. 6.

aangemerkt en buitenlandse ter beschikking gestelde arbeidskrachten derhalve kunnen terugvallen op deze transparantieverplichtingen tijdens hun tewerkstelling in Nederland. Om onduidelijkheid in de praktijk te voorkomen, raden we de Nederlandse Wetgever aan hier nadere toelichting over te geven en/of nadere regels te stellen.

Daarbij dient bedacht te worden dat deze arbeidskrachten te verdelen zijn in twee verschillende groepen, te weten (1) ter beschikking gestelde arbeidskrachten die in dienst zijn van een uitlener die gevestigd is binnen Europa en onder het bereik van de WagwEU vallen en (2) ter beschikking gestelde arbeidskrachten die in dienst zijn van een uitlener die gevestigd is buiten Europa en niet onder het bereik van de WagwEU vallen (maar wel aanspraak kunnen maken op artikel 9 Rome I-verordening).

5.6 Definitie werkgever

De definitie van het begrip werkgever in het Wetsvoorstel en in de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (hierna: Wgbmv) gaat in beginsel uit van degene met wie een arbeidsrelatie is aangegaan. Echter, gezien het feit dat enkele verplichtingen uit het Wetsvoorstel, waaronder de loonrapportage, alleen van toepassing zijn op werkgevers met een minimum aantal werknemers, acht de Nederlandse wetgever het van belang de werkgeversdefinitie nader te specificeren. Naast het bepalen of aan de drempel van het aantal werknemers wordt voldaan, zal deze definitie ook behulpzaam zijn bij het bepalen op welk niveau (d.w.z. over welke werkgever) er gerapporteerd en/of geëvalueerd moet worden.

Wat betreft de afbakening van de werkgeversdefinitie is aansluiting gezocht bij het begrip onderneming zoals is geregeld in de Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR).²⁵ Dit sluit aan bij het toepassingsbereik van het Wetsvoorstel, dat van toepassing wordt geacht te zijn op werkgevers in zowel de private als publieke sector.

Hoewel de werkgeversdefinitie op het eerste gezicht duidelijk lijkt, roept zij toch een aantal vragen op.

Definitie werkgever (on)duidelijk?

In de voorgestelde wetsbepaling wordt een werkgever – in lijn met definitie van onderneming in de WOR – gedefinieerd als: *“een elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”*. Voor de interpretatie van deze definitie is het belangrijk aansluiting te zoeken bij de reeds bestaande uitleg van de WOR.

Met de WOR heeft de Nederlandse wetgever beoogd de medezeggenschap van werknemers op het laagst mogelijke niveau binnen een werkgemeenschap te bevorderen met het oog op het waarborgen dat besluitvorming en overleg op hoger niveau niet te veel afwijkt van de dagelijkse praktijk en belangen van werknemers. Een onderneming in de zin van de WOR hoeft om die reden niet noodzakelijkerwijs samen te vallen met een juridische entiteit. Dit houdt in dat een filiaal of een onderdeel van een organisatie mogelijk als zelfstandige onderneming kan worden beschouwd in de zin van de WOR.

Hoewel de keuze om aan te sluiten bij het ondernemingsbegrip uit de WOR op het eerste oog wellicht een logische keuze lijkt, lijkt de toepasbaarheid van dit begrip met het oog op de doelstelling van de Richtlijn en het Wetsvoorstel niet per se voor de hand liggend. De doelstelling van de Richtlijn en het Wetsvoorstel is immers om meer transparantie te realiseren over de beloning en daarmee ongerechtvaardigde loonverschillen tussen mannen en vrouwen tegen te gaan.

Als de naleving van de verplichtingen uit het Wetsvoorstel – in lijn met de WOR – op een op zo laag mogelijk niveau dient plaats te vinden, dient bedacht te worden dat dit tot gevolg heeft dat de groep werknemers die hieronder valt mogelijk beperkter is. Een juridische entiteit kan immers door toepassing van het ondernemingsbegrip uit de WOR uit meerdere ondernemingen bestaan, die allemaal op zichzelf dienen te voldoen aan de in het Wetsvoorstel opgenomen verplichtingen en, waar relevant, het voorgeschreven werknemersaantal.

²⁵ Artikel 1 lid 1 sub c Wet op de Ondernemingsraden.

Definitie zorgt mogelijk voor creatief gebruik en niet voor de gewenste transparantie

De vraag is derhalve of de definitie van werkgever ruimte laat voor regie. Bijvoorbeeld ingeval een werkgever zijn bedrijf zo inricht om verschillende ondernemingen binnen zijn organisatie te kunnen aanwijzen om op die manier onder bepaalde verplichtingen uit te komen en waarmee de werknemer aldus niet geholpen is. Tevens kan de vraag worden gesteld of, bij het berekenen van de loonrapportage over een beperkte groep, niet (onterecht) minder significante loonverschillen ontstaan.

Daarnaast is het nog maar de vraag of deze definitie met het oog op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie de gewenste transparantie biedt voor werknemers om te bepalen of zij gelijk worden beloond ten opzichte van hun collega's die gelijk of gelijkwaardig werk verrichten. Immers, indien wordt aangesloten bij het begrip onderneming in de WOR behoeven organisaties waarschijnlijk geen transparantie te verschaffen in de beloning van werknemers werkzaam voor andere ondernemingen binnen dezelfde organisatie. Voor het recht op informatie betekent dit concreet dat de werknemer uitsluitend het gemiddelde loonniveau van zijn collega's werkzaam in gelijke of gewaardigde functies ontvangt werkzaam binnen de onderneming, terwijl er mogelijk meer werknemers zijn die gelijk of gelijkwaardig werk verrichten binnen de organisatie als geheel. De vraag is dan ook hoe dit zich verhoudt tot artikel 7 lid 2 Wgbmv waarin voor de beoordeling of sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt betrokken alle arbeid waarvan de voorwaarden voor het loon zijn te herleiden tot één bron die de loonelementen bepaalt die relevant zijn voor de vergelijking tussen werknemers. De vraag rijst of het niet meer logisch zou zijn om de rechten uit artikelen 7 lid 2 Wgbmv en artikel 10b lid 1 Wgbmv op gelijke wijze toe te passen in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Ter illustratie, een beleidsmedewerker werkzaam binnen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verricht mogelijk gelijke dan wel gelijkwaardige arbeid als een beleidsmedewerker bij het Ministerie van Economische zaken. Nu beide werknemers ook nog eens onder het bereik van dezelfde cao vallen (te weten, Cao Rijk) rijst derhalve de vraag of het wenselijk is dat deze werknemers geen inzicht zullen verkrijgen in de gemiddelde beloning van beleidsmedewerkers werkzaam voor andere Ministeries en niet met elkaar zullen worden vergeleken in de uit te brengen loonrapportage.

In de overwegingen van de Richtlijn valt immers terug te lezen dat werknemers momenteel niet over de noodzakelijke informatie beschikken om met succes een vordering tot gelijke beloning in te stellen, in het bijzonder informatie over de beloningsniveaus voor categorieën werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.²⁶ Men kan zich daarom afvragen of werknemers daadwerkelijk zijn gebaat wanneer aansluiting wordt gezocht bij het ondernemingsbegrip uit de WOR en er mogelijk binnen een beperkte(re) groep werknemers vergeleken gaat/kan worden in het kader van gelijke beloning voor gelijk(-waardig) werk.

²⁶ Richtlijn 2023/970 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingmechanismen (L 132/22 van 17.5.2023, blz. 2), overweging 11.

6. Varia: privacy, transparantieverplichtingen en monitoring

6.1 Inleiding

Tot besluit brengen we hier nog een aantal overige bevindingen samen. Het gaat onder meer om privacy/AVG-aspecten, begripsvorming en overige verplichtingen die uit het wetsvoorstel voortvloeien en hierboven nog niet of beperkt zijn besproken.

6.2 Privacyrechtelijke aspecten (AVG)

Zowel het recht op gelijke behandeling als het recht op bescherming van persoonsgegevens zijn grondrechten. Gegevens over iemands loon in combinatie met iemands werkzaamheden en geslacht kunnen – mits herleidbaar²⁷ – gekwalificeerd worden als persoonsgegevens. En hoewel het uitgangspunt zal zijn dat het beloningsniveau vastgesteld wordt op basis van de arbeid, bestaat ook het risico dat gegevens ten aanzien van het bepalen van die objectieve criteria – in kleine organisaties – terug te leiden is naar bepaalde mensen in de organisatie.

Zowel in haar verordening voor de bescherming van persoonsgegevens (Verordening (EU) 2016/679) als in de Richtlijn (EU) 2023/970 ten aanzien van de bevordering van gelijk loon voor mannen en vrouwen spreekt het parlement de mogelijkheid van botsing van grondrechten uit en moet het recht op bescherming van persoonsgegevens in dat geval conform het evenredigheidsbeginsel tegen andere grondrechten worden afgewogen.

Het kabinet bevestigt de conclusie uit de Richtlijn dat het grondrecht op gelijke beloning in dit geval zwaarder moet wegen dan het recht op bescherming van persoonsgegevens. Het recht op gelijke beloning kan nu eenmaal niet worden uitgeoefend zonder te weten of er beloningsverschillen zijn, aldus het Kabinet.

Opgemerkt wordt – wellicht ten overvloede – dat er slechts een botsing van rechten kan ontstaan daar waar gegevens herleidbaar zijn naar concrete personen. Cijfers van gemiddelde salarissen zullen in de regel (inderdaad) niet herleidbaar zijn, en er dus geen schending van de AVG plaatsvindt.

Het is positief dat het kabinet erkent met name bij kleinere werkgevers of bij functies die slechts door een beperkt aantal (mannelijke en/of vrouwelijke) medewerkers worden bekleed, het risico op herleidbaarheid van persoonsgegevens. Doorgaans individuele salarisgegevens.

Het kabinet weegt dit risico af en merkt op dat – kortgezegd – we dit risico moeten aanvaarden, ten dienste van een regeling om ongelijke beloning onder mannen en vrouwen uit te bannen. In geval waar dus de verwerking een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer en bescherming van persoonsgegevens, staat die volgens het kabinet in evenredige verhouding tot het verwerkingsdoel. De verwerking is daarmee volgens het kabinet noodzakelijk.

Ten aanzien van de proportionaliteit, merken wij op dat de voorgestelde beheersmaatregelen – zoals het gebruiksgebod (dat de gegevens uitsluitend mogen worden gebruikt voor het bevorderen van gelijke beloning) en de beperking van de bewaartermijnen – in de praktijk niet altijd toereikend zullen zijn om gevoelens van aantasting van de privacy te voorkomen. Zeker in kleine organisaties waarin een informatieverzoek rechtstreeks kan leiden tot het verkrijgen van (salaris)gegevens van directe en herleidbare collega's. Daarbij is het moeilijk controleerbaar hoe met gegevens verkregen in het kader van gelijke behandeling omgegaan wordt als deze verstrekt worden aan werknemers. Toch zien we wel meerwaarde in het delen van de loongegevens, omdat je anders eenvoudigweg niet kunt controleren of er sprake is van ongelijke beloning.

Bij kleine organisaties waarbij het risico op herleidbaarheid van gegevens naar specifieke personen groot is, zou om die herleidbaarheid te voorkomen, gekeken kunnen worden om in plaats van slechts binnen de onderneming, categorieën van loonniveaus op sectoraal niveau te betrekken, om zo de herleidbaarheid naar het salaris van een enkele werknemer te voorkomen.

²⁷ Verwezen wordt naar de definitie van "persoonsgegevens" uit artikel 4 lid 1 AVG.

Te meer gezien de risico's op herleidbaarheid, is het aanbevelenswaardig dat werkgevers worden ondersteund bij de implementatie van de transparantieverplichtingen. Niet alleen juridisch-technisch (bijvoorbeeld in de vorm van modelprocedures en AVG-proof formats voor loonevaluaties), maar ook op het gebied van communicatie: hoe ga je als werkgever zorgvuldig om met vragen over loonverschillen, zonder de vertrouwensrelatie met individuele werknemers te schaden? In ieder geval in de eerste jaren na doorvoering zou (bijvoorbeeld) een vrijblijvend raad te plegen helplijn voor werkgevers nuttig kunnen zijn.

Tot slot is het cruciaal dat toezicht en handhaving (bijvoorbeeld door de Arbeidsinspectie of een toezichthoudende instantie) proportioneel en begeleidend zijn ingericht in de eerste jaren na implementatie, om werkgevers te helpen groeien in deze nieuwe norm, in plaats van hen direct te sanctioneren bij onbedoelde tekortkomingen.

6.3 Transparantieverplichtingen

Om de loonkloof te dichten, dient inzichtelijk gemaakt te worden waar beloningen van elkaar verschillen. Het creëren van transparantie over beloning wordt middels de volgende methoden nagestreefd:

1. Transparantie over beloning vóór indiensttreding
2. Verbod op vragen over beloningsverleden bij het arbeidsvoorwaardegesprek
3. Genderneutrale functiebenamingen en vacatures
4. Openheid over beloningsontwikkeling
5. Recht op informatie

In het onderstaande zal eerst stilgestaan worden bij de begripsduiding van begrippen die gebruikt worden in voornoemde methodes. Vervolgens zal bij de methoden 1,2, 4 en 5 afzonderlijk worden stilgestaan. Methode 3, genderneutrale functiebenaming en vacature, is op grond van artikel 3 lid 4 Wgbmv thans al een in Nederland geldende verplichting,

Duidelijkheid over begrippen

Zoals ook volgt uit de verscheidene manieren om de loonkloof te berekenen, is het van belang dat het voor werkgevers duidelijk is op welke wijze zij transparantie dienen te verschaffen.

Uitgangspunt van deze transparantie is dat het voor werkgevers duidelijk moet zijn hoe de betrokken begrippen uitgelegd moeten worden. Zo wordt voor het begrip beloning aangesloten bij het thans luidende artikel 7 Wgbmv, te weten: "de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd terzake van diens arbeid." Hierin wordt verstaan alle voordelen in geld of in natura die, direct of indirect, door de werkgever aan de werknemer worden betaald in verband met de arbeid van de werknemer. Deze uitleg komt volgens het Kabinet overeen met die van de Richtlijn.

Wij merken op dat er een onderscheid lijkt te zijn in de uitleg van het beloningsbegrip in de Richtlijn en het wetsvoorstel. De Richtlijn heeft het over "alle voordelen in geld of in natura die de werknemer direct of indirect bovenop het gewone basis- of minimumloon of -salaris ontvangt. Wij vragen ons af hoe om te gaan met vergoedingen die niet lijken te vallen onder een vergoeding in verband met de arbeid van de werknemer – zoals reis- en onkostenvergoeding, maar expliciet in de Richtlijn wel benoemd worden als zijnde vallende onder het beloningsbegrip van de Richtlijn en daarbij voor een verboden onderscheid in beloning zouden kunnen zorgen.²⁸

Diezelfde vraag reist ten aanzien van het in de Richtlijn genoemde beloningselement "ontslagvergoeding". Dient de werkgever in het mom van het rapporteren van beloningen in zijn organisatie tevens mee te nemen de uitbetaalde ontslagvergoedingen? Dit zou zich slecht verhouden tot de veelal in beëindigingsovereenkomsten opgenomen geheimhoudingsbeding.

In de Memorie van Toelichting staat opgenomen dat het loonbegrip ten aanzien van de loonrapportage 'enger mag worden opgevat'. Dingen die niet aan één werknemer toe te rekenen

²⁸ Onder punt 21 van de Richtlijn wordt gesproken over o.a. reisfaciliteiten, huisvestings- en voedingstoelage.

zijn, of die voor iedereen gelijk zijn, hoeven niet te worden meegeteld. In de richtlijn én in de Nederlandse wet wordt bij het loon onderscheid gemaakt tussen:

- Het basisloon: het brutoloon zonder extra's zoals bonussen.
- Aanvullende of variabele onderdelen: zoals bonussen, opleidingsvergoedingen of persoonlijke toelagen.

Werkgevers moeten bij de rapportage apart vermelden:

- het totale loon (dus basis + extra's),
- én het totaal van de aanvullende of variabele onderdelen.

Zo wordt zichtbaar waar loonverschillen zitten, bijvoorbeeld in de bonussen. Welke onderdelen precies meegerekend moeten worden, wordt later nog vastgelegd in een algemene maatregel van bestuur (AMvB). Het verdient aanbeveling om hier al bij wet concreter over te zijn en niet te wachten met een nadere uitwerking middels een AMvB.

Daarnaast is het van belang dat werkgevers ondersteund worden bij het bepalen van gelijke of gelijkwaardige arbeid. In het bijzonder omdat blijkens de toelichting een deel van de (MKB-werkgevers) zegt (nog) niet te beschikken over vooraf vastgestelde loonstructuren. Het is belangrijk dat de instrumenten die de overheid en sociale partners hiervoor beschikbaar stellen, zo snel mogelijk (daadwerkelijk) beschikbaar komen. Werkgevers hebben namelijk voldoende tijd nodig om zich goed voor te bereiden op de nieuwe wetgeving en de verplichtingen rond beloningstransparantie. Daarbij zou het wenselijk zijn om werkgevers te voorzien van (meer) voorbeelden – bijvoorbeeld in de Memorie van Toelichting – ten aanzien van wat gezien kan worden als objectieve rechtvaardigingsgronden om verschillen in beloning bij gelijke of gelijkwaardige arbeid te verklaren.

Ten aanzien van de rapportageverplichting bij werkgevers met 100+ en 250+ werknemers, vragen wij ons af hoe om te gaan met schommelingen in werknemersaantallen in een kalenderjaar, nu de drempel voor het aantal werknemers strikt genomen wordt per kalenderjaar. Te overwegen zou zijn om hier een minder strikte toepassing voor te nemen, om zo het risico op het per ongeluk niet naleven van de rapportageverplichting als gevolg van onverwachte schommelingen in werknemersaantallen te beperken. Gedacht kan worden aan het gebruikmaken van bandbreedtes of (driejaars)gemiddelden. In het bijzonder wordt dit een prangend probleem in relatie tot het meetellen van uitzendkrachten in het werknemersaantal. Verwezen wordt naar het stuk over uitzendkrachten voor een nadere toelichting.

Methode 1 & 2: Transparantie over beloning vóór indiensttreding & verbod op uitvragen salarisverleden

Erkend wordt dat transparantie over het loon voorafgaand aan loononderhandelingen voor een sollicitant kunnen bijdragen aan gelijke beloning. Uit de toelichting begrijpen wij dat informatie over het loon (het basisloon alsook de aanvullende en/of variabele componenten) of de bandbreedte van het loon door de werkgever op eigen initiatief tijdig, maar in ieder geval voorafgaand aan het arbeidsvoorwaardengesprek gedeeld moeten zijn. Kunnen wij hier uit afleiden dat er geen expliciete verplichting bestaat die gegevens schriftelijk te verstrekken?

Daarnaast rijst de vraag hoe om te gaan met de situatie waarbij ten tijde van de sollicitatie nog geen duidelijkheid bestaat over de te vervullen functie en die duidelijkheid pas ten tijde van de onderhandeling over de functie en arbeidsvoorwaarden (het arbeidsvoorwaardengesprek) komt. Het loon of bandbreedte van het loon van welke arbeid dient de werkgever dan te verschaffen?

Het wordt niet meer toegestaan voor een werkgever om te vragen naar het eerdere salaris van een werknemer, of daar actief achter proberen te komen. Wel mag een werknemer uit zichzelf inzicht geven over voorgaande beloning. Daarbij wordt opgemerkt dat dit ten doel kan hebben om een beroep te doen op beleid van de werkgever om de overstap financieel gemakkelijker te maken. Dit doet de vraag reizen of een dergelijk beleid kan dienen als objectieve rechtvaardiging voor een onderscheid in beloning. Dat lijkt tegenstrijdig aan het doel van de maatregel van het verbod op vragen naar voorgaande beloningen.

Methode 4 en 5: Openheid over beloningsontwikkeling en recht op informatie

De verplichting tot het bieden van toegang tot criteria voor loon en loonontwikkeling is cruciaal, maar heeft verduidelijking:

- **Objectieve criteria**

Wij adviseren te expliciteren dat het gaat om systematische, vooraf kenbare maatstaven zoals functiewaardering, opleiding, werkervaring, prestaties, enz. Criteria die afhankelijk zijn van subjectieve beoordeling (zoals 'fit binnen het team') verdienen bijzondere aandacht of toelichting. Daarnaast vragen wij ons af of bij het bepalen van het individuele loonniveau alle vooraf vastgestelde criteria nagelopen dienen te worden, of dat volstaan kan worden met het benoemen van enkel de voor die specifieke situatie relevante criteria.

- **Wat is 'gemakkelijke toegang'?**

Wij pleiten voor een handreiking of format, bijvoorbeeld via een modeldocument of sectorale checklist. In het bijzonder voor mkb-werkgevers is het van belang dat de transparantieplichting praktisch uitvoerbaar is. Dit is ook in lijn met hetgeen beschreven in de preambule punt 30 van de Richtlijn, waarin voorgeschreven wordt dat de lidstaten training, specifieke instrumenten en methoden beschikbaar moet stellen om werkgevers te ondersteunen en begeleiden bij de beoordeling van wat als gelijkwaardige arbeid moet worden beschouwd.

- **Waarom vrijstelling onder 50 werknemers ten aanzien van transparantie over loonontwikkeling?**

Wij stellen ons voor dat de overweging om een vrijstelling te bieden voor werkgevers met minder dan 50 werknemers ten aanzien van de informatieverplichting over loonontwikkeling ingegeven is om kleine werkgevers te ontzien voor wat betreft de hierbij komende administratieve lasten. Wij vinden echter dat deze vrijstelling het doel van de richtlijn of het wetsvoorstel ondermijnt. Ook kleine werkgevers moeten een loonbeleid hebben dat gebaseerd is op objectieve criteria, om te voorkomen dat loonontwikkeling plaatsvindt op basis van geslacht. De administratieve lasten voor werkgevers om dit beleid aan hun werknemers bekend te maken, zouden volgens ons minder zwaar moeten wegen dan het belang van werknemers om gelijk behandeld te worden in hun loonontwikkeling.

- **Verduidelijking 'gemotiveerde toelichting' bij ongelijkheid**

Het wetsvoorstel vereist een toelichting bij verzoek van werknemer. Wij adviseren om te specificeren dat die toelichting gebaseerd moet zijn op objectieve en genderneutrale criteria, eventueel met verwijzing naar voorbeelden in lagere regelgeving of sectorale handreikingen.

Daarnaast vragen wij ons af of de mogelijkheid van een 'gemotiveerde toelichting' te geven gezien moet worden als een tweede kans om aan de informatieverplichting te voldoen en hoe dit gezien moet worden in het licht van de opmerking in de Memorie van Toelichting onder punt 4.3.5, dat de rechter een werkgever kan veroordelen tot betaling van de werkelijke proceskosten.

Het recht op inzage in het eigen loon én het (naar geslacht uitgesplitste) gemiddelde loon binnen de functiegroep is een krachtig handhavingsinstrument. Wij signaleren wel een aantal knelpunten:

- **AVG-risico bij kleine functiegroepen**

In kleine organisaties (of bij unieke functies) kan indirecte identificatie optreden. Dit risico wordt ook in de Memorie van Toelichting zelf opgemerkt en daarvan wordt (kortgezegd) overwogen dat dit risico nou eenmaal noodzakelijk is om vast te kunnen stellen of er sprake is van (on)gelijke beloning. Wij kunnen ons daarin vinden, maar zorgvuldigheid blijft vereist. Wij geven in overweging hier (nog) concreter op in te gaan. Overweeg een minimale groeps grootte of verwerking via vertrouwelijke tussenpersonen (bijvoorbeeld via de vertrouwenspersoon). Daarnaast zou gedacht kunnen worden om in plaats van slechts binnen de onderneming, categorieën van loonniveaus op sectoraal niveau te betrekken, om zo de herleidbaarheid naar het salaris van een enkele werknemer te voorkomen.

- **Format voor informatieverzoek**

De huidige norm 'redelijke termijn' en maximumtermijn van twee maanden zijn verdedigbaar en dit sluit aan bij bijvoorbeeld de termijn voor behandeling van een verzoek op grond van de Wet Flexibel Werken. Wel hebben werkgevers en werknemers baat bij standaardisatie. Een modelverzoek (voor werknemers) en standaard antwoordformat (voor werkgevers) via ministeriële regeling of SZW-handreiking bevordert rechtszekerheid en werkbaarheid. Het verkleint mogelijk ook ongelijkheid in afhandeling per organisatie.

- **Weigeringsgrond bij misbruik of disproportionaliteit**

Wij bevelen aan een expliciete mogelijkheid op te nemen voor de werkgever om een verzoek te weigeren als dit evident disproportioneel of misbruik is (bijv. bij herhaalde verzoeken met onrechtmatig doel).

- **Nietigheidsbepaling geheimhoudingsbeding**

Artikel 10b lid 6 verklaart een beding dat loonopenheid belemmert nietig. Wij ondersteunen dit, maar wijzen op de noodzaak van voorlichting en interne communicatie om misverstanden over de reikwijdte van dit recht te voorkomen, bijvoorbeeld in combinatie met een integriteitsbeleid.

6.4 Monitoringsorgaan

Via het 'monitoringsorgaan' worden de gegevens uit de rapportageverplichting verzameld en bekend gemaakt. Het is nog onduidelijk welke instantie wordt aangewezen als monitoringsorgaan. Het is alleen duidelijk is dat de rol wordt onderscheiden van de rol van de Arbeidsinspectie. Voor effectieve monitoring (en bewustmaking van het recht op gelijk loon voor gelijk of gelijkwaardig werk) is het van belang om daar duidelijkheid over te hebben. Het is ook van belang welke gegevens precies met het monitoringsorgaan worden gedeeld, hoe daar door het monitoringsorgaan mee wordt omgegaan en wat precies op welke manier wordt gepubliceerd. Open data is een goede stap, maar de manier waarop dit gebeurt is bepalend voor het effect. Wij adviseren heldere formats, filters per sector of regio, en een samenvattend 'gender gap score'-systeem om vergelijkbaarheid te bevorderen. Daarnaast is artikel 29 van de Richtlijn ook gericht op bewustmaking, de 'bewustwordingstaak' is in het voorstel (nog) niet nader uitgewerkt. Wij stellen voor om deze taak ook duidelijk te beleggen bij een daartoe geëquipeerde instantie. Bijvoorbeeld als gezamenlijke taak van het College voor de Rechten van de Mens en het ministerie van SZW. De praktische invulling behoeft verdere uitwerking.

7. Afronding

Tot besluit hebben we de belangrijkste punten van aandacht kernachtig samengevat in de volgende aandachtspunten.

1. Hulpmiddelen / definitie loonstructuren

Het is van belang dat het ministerie van SZW de hulpinstrumenten voor het opstellen van loonstructuren zo snel mogelijk beschikbaar stelt. Zonder deze hulpmiddelen bestaat het risico dat werkgevers een willekeur aan loonstructuren creëren en toepassen, wat kan leiden tot juridische onduidelijkheden. Dit kan resulteren in onnodige procedures bij de rechter, waarbij de interpretatie van welke loonstructuren zijn toegestaan onzeker blijft, althans aan de rechter overgelaten wordt, terwijl dat onnodig rechtsonzekerheid met zich brengt. Daarom adviseren wij dat deze hulpinstrumenten spoedig ter beschikking worden gesteld en tevens om het begrip loonstructuren in de wet te definiëren.

2. Maatregelen bij loonkloof

De wetgever moet meer duidelijkheid bieden over de specifieke maatregelen die werkgevers moeten nemen om ongerechtvaardigde loonverschillen te verhelpen. Momenteel is er onvoldoende informatie in het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting beschikbaar over welke maatregelen werkgevers dienen te treffen. Is levelling down toegestaan? Moet salaris gelijkgetrokken worden, en dan met de meest verdienende man, of tot een voor de functie passend salaris? Mogen salarissen of perspectieven daarop bevroren worden? Wat voor een termijn wordt daarvoor door de Wetgever als redelijk gezien? Het is ons advies om over de mogelijke maatregelen en overgangperiode meer duidelijkheid te verschaffen.

3. Keuzes voor medezeggenschap verduidelijken

De Richtlijn gebruikt verschillende termen ten aanzien van het betrekken van werknemersvertegenwoordigers, zoals 'overeenkomen met' en 'in nauwe samenwerking met', die door de wetgever allemaal worden teruggebracht tot het instemmingsrecht van de OR (voor zover niet geregeld bij CAO). Voor zaken waarvoor de Richtlijn vereist dat overeenstemming nodig is, is een instemmingsrecht van de ondernemingsraad goed verdedigbaar. Instemmingsrecht is echter niet logisch en sluit ook niet aan bij het uitgangspunt van de wetgever van een zuivere implementatie van de Richtlijn zonder nadere regels op te nemen dan strikt noodzakelijk, in gevallen waarin de Richtlijn vereist dat actie wordt ondernomen 'in nauwe samenwerking met' zoals voor het verhelpen van de loonkloof (al dan niet via een beloningsevaluatie) of de categorisatie van werknemers. Zoals de wetgever zelf signaleert gaat het instemmingsrecht aanzienlijk verder dan het vereiste van 'in nauwe samenwerking met'. Voor zover de wetgever vreest een nieuw instrument te moeten introduceren, is dat wat ons betreft niet nodig. Heeft de wetgever overwogen om over te gaan tot een uitbreiding van het adviesrecht in artikel 30 WOR waarvoor geen beroep mogelijk is bij de Ondernemingskamer maar dat wel degelijk dwingt tot een serieuzer dialoog met de ondernemingsraad? Als instemmingsrecht de voorkeur van de wetgever geniet, is dat een (beleids-) keuze, maar kan in ieder geval niet worden gesteld dat de wetgever de Richtlijn op minimale wijze implementeert.

4. (Onbedoelde?) Wijziging terminologie artikel 27 WOR verdient aandacht

Het huidige art. 27 lid 1 onderdeel c WOR heeft betrekking op instemmingsrecht van de OR omtrent "een regeling op het gebied van een belonings- of functiewaarderingssysteem". In het voorgestelde art. 27 lid 1 onderdeel c wordt dit gewijzigd naar: "Een regeling op het gebied van beloning, aangaande: 1° Een beloningsstructuur of functiewaarderingssysteem (...)". De Memorie van Toelichting bevat echter geen enkele toelichting op het wijzigen van deze terminologie. Het woord 'beloningsstructuur' komt in de Memorie van Toelichting evenmin terug, er wordt enkel verwezen naar 'loonstructuren'. Dit roept bij ons de vraag op of de wetgever inderdaad beoogt om de huidige terminologie met betrekking tot een 'beloningssysteem' in de zin van de WOR te wijzigen. Wij verzoeken de wetgever te verduidelijken wat onder beloningsstructuur moet worden verstaan en in welke gevallen – gelet op de wisselende rechtspraak op dit punt – een wijziging instemmingsplichtig wordt geacht. Het zou goed zijn als de wetgever daarbij aandacht besteedt

aan de volgende vragen: wanneer betreft een wijziging de hoogte van de beloningen en hoe speelt de onderlinge rangorde van beloningen hierin een rol?

5. Loonontwikkeling <50 werkgevers

Wij menen dat de uitzondering voor werkgevers met minder dan 50 werknemers ten aanzien van de informatieverplichting over loonontwikkeling haaks staat op het doel van de wetgeving. Wij begrijpen dat die uitzondering gemaakt wordt om de regeldruk voor het MKB te verminderen, maar signaleren dat de informatieverplichting de verplichting om een beleid omtrent loonontwikkeling te hebben niet uitsluit. Met andere woorden, het verlicht de MKB werkgever in feite niet in haar administratieve lasten. Daarmee ontstaat de situatie waarin werkgevers wel een beleid omtrent loonontwikkeling gemaakt moeten hebben, maar deze niet hoeven te delen met haar werknemers. Dat kan tot gevolg hebben dat werkgevers omdat zij hun beleid niet kenbaar hoeven te maken, geen loonontwikkelingsbeleid maken, hetgeen weer tot ongelijke beloning kan leiden.

6. Civiele vordering tot naleving van loontransparantieverplichtingen

Wij vragen de wetgever te verduidelijken of artikel 3:296 BW ook kan worden ingeroepen voor bredere loontransparantieverplichtingen, zoals het nemen van maatregelen tegen ongerechtvaardigde loonverschillen, of dat deze bevoegdheid is beperkt tot directe verplichtingen jegens de werknemer, zoals het recht op informatie op grond van artikel 10b lid 1 Wgbmv.

7. Schadebegroting

De Loontransparantierichtlijn geeft werknemers expliciet recht op het krijgen van volledige compensatie. In de praktijk blijkt dit lastig door beperkte toegang tot loongegevens. Wij vragen de wetgever te verduidelijken hoe wordt geborgd dat werknemers de hoogte van hun schade kunnen onderbouwen, en of aanvullende ondersteuning of tools beschikbaar komen om deze bewijsdrempel te verlagen.

8. Reikwijdte gelijkebehandelingsvoorschriften Waadi nog relevanter door transparantieverplichtingen

De transparantieverplichtingen (en meer in het bijzonder de informatieplicht en de loonrapportage) stellen ter beschikking gestelde arbeidskrachten en payrollwerknemers in staat te beoordelen of een beloningsverschil bestaat ten opzichte van werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies binnen de inlenende organisatie. Als blijkt dat een uitlener bepaalde beloningscomponenten niet toekent aan een ter beschikking gestelde arbeidskracht of payrollwerknemer terwijl een uitlener daartoe wel verplicht was op basis van de in de Waadi opgenomen gelijkebehandelingsvoorschriften, kan de ter beschikking gestelde arbeidskracht of payrollwerknemer in principe (eventueel met terugwerkende kracht) compensatie vorderen.

In dat verband is belangrijk op te merken dat er in de praktijk nog steeds onduidelijkheid heerst over de precieze reikwijdte van de loonbegrippen in artikel 8 en artikel 8a van de Waadi. Om die reden bestaat er behoefte aan verduidelijking over welke beloningselementen onder deze gelijkebehandelingsvoorschriften vallen.

Nu door het Wetsvoorstel correcte toepassing van de gelijkebehandelingsvoorschriften nog meer wordt benadrukt, zullen werkgevers belang hebben bij een nadere specificatie welke beloningselementen in aanmerking moeten worden genomen (met betrekking tot ter beschikking gestelde arbeidskrachten). Dit geldt niet alleen ten aanzien van het berekenen van gemiddelde loonniveaus om te voldoen aan de informatieplicht maar ook voor het berekenen van de loonkloof in het kader van de loonrapportage. Dit zal eveneens helpen om verdere richting te geven aan de toepassing van de gelijkebehandelingsvoorschriften uit de Waadi waardoor uitleners gemakkelijker tot een correcte beloning voor hun ter beschikking gestelde personeel kunnen komen en mogelijke loonvorderingen kunnen worden beperkt.

9. Hoe tellen ter beschikking gestelde arbeidskrachten mee voor het berekenen van het aantal werknemers

Het Wetsvoorstel schrijft voor dat ter beschikking gestelde arbeidskrachten meetellen in de berekening voor het minimumaantal werknemers binnen een onderneming. Zowel het Wetsvoorstel

alsook de Memorie van Toelichting laten echter na duidelijkheid te verschaffen over hoe ter beschikking gestelde arbeidskrachten dienen te worden meegenomen in deze berekening.

Vanuit de praktijk bestaat er behoefte aan duidelijke richtlijnen over de wijze waarop deze arbeidskrachten in de berekening van het aantal werknemers (en, indien wordt voldaan aan het minimumaantal, in de loonrapportage) moeten worden meegenomen, bijvoorbeeld indien zij slechts tijdelijk of deels voor de inlener werkzaamheden verrichten.

10. Opvragen additionele informatie voor het berekenen van de gecorrigeerde loonkloof

Ter beschikking gestelde arbeidskrachten moeten worden opgenomen in de loonrapportage van de inlener. Hiervoor is het noodzakelijk dat de uitlener de inlener van informatie voorziet over de beloning van de ter beschikking gestelde arbeidskracht. Voor de berekening van de gecorrigeerde loonkloof — dat wil zeggen, de loonkloof die niet door objectieve en genderneutrale redenen kan worden verklaard — is echter meer informatie vereist dan alleen de beloning. De inlener heeft ook objectieve, genderneutrale factoren nodig, zoals opleidingsniveau en werkervaring. Deze aanvullende vereisten brengen niet alleen de nodige complexiteit met zich mee voor zowel uitleners als inleners, maar veroorzaken ook extra administratieve lasten. Aangezien het huidige Wetsvoorstel hier niet verder op ingaat, adviseren wij om dit aspect nader te specificeren.

11. Reikwijdte werkgeversdefinitie

De keuze om aan te sluiten bij het ondernemingsbegrip uit de WOR lijkt op het eerste oog wellicht een logische keuze, maar de toepasbaarheid van dit begrip met het oog op de doelstelling van de Richtlijn en het Wetsvoorstel niet per se voor de hand liggend. Naast de vraag of de definitie van werkgever ruimte laat voor regie, dient ook te worden bedacht of deze definitie met het oog op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie de gewenste transparantie biedt voor werknemers om te bepalen of zij gelijk worden beloond ten opzichte van hun collega's die gelijk of gelijkwaardig werk verrichten. Immers, indien wordt aangesloten bij het begrip onderneming in de WOR behoeven organisaties waarschijnlijk geen transparantie te verschaffen in de beloning van werknemers werkzaam voor andere ondernemingen binnen dezelfde organisatie.

De vraag rijst of het niet logischer zou zijn om de rechten uit artikelen 10a tot en met 10d Wgbmv (meer) in lijn te brengen met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie die wordt gecodificeerd middels het nieuwe artikel 7 lid 2 Wgbmv. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een groepsdefinitie in lijn met artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek. De Nederlandse wetgever wordt om die reden verzocht, gezien het doel van de richtlijn, de gekozen definitie van werkgever te heroverwegen, zodat deze beter aansluit bij (de bedoeling van) de transparantieverplichtingen.

12. Regeldruk

Anders dan nu uit het wetsvoorstel naar voren komt, menen wij dat invoering van het wetsvoorstel voor werkgevers wel degelijk een zware regeldruk met zich brengt. Wij achten het wenselijk dat, zeker in de beginfase, begeleiding boven bestraffing wordt gesteld.

Auteurs

mr. R. (Ruben) van Arkel, advocaat en mediator bij Sparkel advocatuur & mediation (VAAN)

mr. S.M.L. (Sanne) Baalhuis - Timmermans, arbeidsrecht advocaat bij SBT-legal B.V. (VvA)

mr. A. (Anne-Aimée) Dabekaussen, advocaat arbeidsrecht bij Bird&Bird (VJAA)

mr. M. (Marloes) van der Duim, Senior Legal Consultant Arbeidsrecht bij Deloitte Legal (VvA)

mr. M.C.G.M. (Myrthe) van den Heuvel, arbeidsrecht advocaat bij Nimble Arbeidsrecht (VAAN)

prof.mr.dr. A.R. (Ruben) Houweling, hoogleraar arbeidsrecht Erasmus School of Law (VvA)

mr. B.C.L. (Boudewijn) Kanen, advocaat arbeids-, medezeggenschaps- en pensioenrecht en medeoprichter van Liber Dock (VAAN/VvA)

mr. J.H. (Jeanne) Leeman, advocaat arbeidsrecht bij Stibbe (VvA)

mr. M.I. (Marije) Ozinga, advocaat bij Dentons Europe LLP (VvA/VJAA)

mr. F. (Fraukje) Panis, Director Arbeidsrecht bij Deloitte Legal (VvA)

mr. F.E. (Fiona) Stewart, advocaat arbeidsrecht bij Stibbe (VvA)

mr. S. (Stefan) van der Veen, advocaat bij Boontje Advocaten & Mediators (VAAN/VvA/VJAA)

mr. A. (Amber) Willemsen, advocaat arbeidsrecht bij GMW Advocaten (VJAA)