

Is de gender pay gap te slechten met juridische middelen?

Nieuwe wetgevingsinitiatieven op het gebied van pay transparency

TRA 2020/80

In 1975 werd in Nederland het recht op gelijk loon m/v ingevoerd.² Vijfenvertig jaar later is er zeker vooruitgang geboekt, maar is nog steeds geen sprake van gelijk loon. Ter versterking van de handhaving van het gelijkloonsbeginsel moet zogeheten 'pay transparency' uitkomst gaan bieden. Eind 2020 wordt een voorstel voor een Europese richtlijn hierover verwacht. In Nederland ligt er al een initiatiefwetsontwerp. Deze bijdrage onderzoekt waarom de juridische weg naar gelijk loon zo moeilijk is, en of de genoemde wetgevingsinitiatieven daarin verbetering gaan brengen.

1. Inleiding

De zogeheten loonkloof of gender pay gap (GPG)³ bedraagt in de EU-28 in 2018 ongeveer 16%.⁴ Nederland zit hier net onder met 15%. De GPG is het laatste decennium min of meer onveranderd gebleven.⁵ Gezien de hardnekkigheid van het verschil verbaast het niet dat het verkleinen van de GPG sinds jaar en dag deel uitmaakt van de actieprogramma's van de Europese Commissie.⁶ In 2014 heeft de Europese Commissie specifieke aanbevelingen vastgesteld over pay transparency ter versterking van de handhaving van het recht op gelijk loon voor mannen en vrouwen.⁷ Pay transparency draait, kort gezegd, om maatregelen die loonverschillen tussen mannen en vrouwen beter zichtbaar moeten maken en daardoor meer (rechts)actie door werkgevers en werknemers moeten uitlokken als het gaat om het verkleinen van de GPG. In concreto gaat het dan bijvoorbeeld om inforechten voor werknemers over de beloning van collega's en rapportage- en onderzoeksplichten voor werkgevers. Omdat de aanbevelingen onvoldoende werden uitgevoerd, overwoog de Commissie over te gaan tot binden-

de wetgeving. De nieuwe Commissievoorzitter Von der Leyen heeft zich hieraan gecommitteerd en inmiddels is een richtlijnvoorstel aangekondigd tegen het einde van 2020.⁸ Hoewel verschillende lidstaten zelf al wetgeving hebben ingevoerd, is het in Nederland (nog) niet zo ver gekomen. Volgens een recente uitspraak van het Europees Comité voor Sociale Rechten handelt Nederland hiermee zelfs in strijd met het ESH.⁹ Wel werd in Nederland in 2014 een initiatiefwetsvoorstel over pay transparency ingediend dat weinig steun kreeg omdat het om symbool-maatregelen zou gaan.¹⁰ In 2019 is dit ingetrokken en vervangen door een nieuw wetsvoorstel van vier oppositiepartijen, waarbij het IJslandse model van pay transparency als voorbeeld dient.¹¹

Naar aanleiding van de Europese en nationale wetgevingsinitiatieven worden in deze bijdrage twee vragen behandeld. Ten eerste waarom de juridische weg naar gelijk loon voor mannen en vrouwen eigenlijk zo lang en moeilijk blijkt te zijn en ten tweede of pay transparency daarvoor een oplossing kan bieden. Met betrekking tot de eerste vraag wordt hieronder eerst het wettelijk instrumentarium geschetst om loonongelijkheid op grond van sekse vast te stellen en te bestrijden. Daarna worden de achtergronden en oorzaken van de GPG in Europa en Nederland nader bekeken. Betekent een kleiner GPG inderdaad minder beloningsdiscriminatie? Wat zijn de belangrijkste verklaringen voor de GPG? Vallen deze binnen het bereik van het recht op gelijk loon en hoe effectief is de handhavingswijze van dit recht? In het tweede deel van deze bijdrage komt dan de vraag aan de orde in hoeverre pay transparency de ondervonden moeilijkheden bij het dichten van de GPG kan redresseren. Wat zijn kort

1 Mr. A.G. Veldman is universitair docent arbeidsrecht en sociaal beleid te Utrecht.

2 Destijds Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen, *Stb.* 1975, 129.

3 Kortheidshalve gebruik ik verder de internationaal gebruikelijke terminologie/afkorting wanneer het verschil wordt bedoeld tussen het gemiddelde bruto uurloon van mannelijke en vrouwelijke werknemers uitgedrukt als percentage van het gemiddeld bruto uurloon van de mannelijke werknemers.

4 Eurostat, Gender pay gap in unadjusted form (online data code: SDG_05_20), beschikbaar op https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_05_20/default/table?lang=en.

5 17% voor EU-28 in 2010 (Eurostat, noot 4).

6 Laatstelijk 'Een Unie van gelijkheid: strategie voor gendergelijkheid 2020-2025', COM/2020/152 final.

7 Aanbeveling van de Europese Commissie 2014/124/EU, *PbEU* (2014) L 69/112.

8 EU Commission, Gender pay gap – transparency on pay for men and women, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12098-Strengthening-the-principle-of-equal-pay-between-men-and-women-through-pay-transparency>.

9 Decision of the European Committee of Social Rights adopted 6 December 2019 and published 29 June 2020, *University Women of Europe (UWE) v. the Netherlands*, Complaint No. 134/2016. Op grond van een nieuwe, aangescherpte interpretatie van artikel 4 lid 3 ESH (recht op gelijk loon m/v) komt het Comité tot de conclusie dat Nederland deze bepaling schendt doordat het pay transparency onvoldoende waarborgt.

10 Voorstel van wet van het lid Yücel (PvdA) tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en het Burgerlijk Wetboek om gelijke beloning van mannen en vrouwen te bevorderen, *Kamerstukken II* 2014/15, 33 922.

11 Voorstel van wet van de leden Ploumen (PvdA), Özütok (GL), Jasper van Dijk (SP) en Van Brenk (50PLUS) tot wijziging van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen in verband met de invoering van een certificaat als bewijs dat vrouwen en mannen gelijk loon ontvangen voor arbeid van gelijke waarde (Wet gelijke beloning van vrouwen en mannen), *Kamerstukken II* 2018/19, 35 157.

gezegd de eerste ervaringen in lidstaten die al pay transparency-wetgeving hebben en wat betekent dat voor het mogelijke succes van het Nederlandse initiatiefvoorstel?

2. Het juridisch instrumentarium voor gelijk loon

Het recht op gelijk loon is geregeld in artikel 157 van het EU-Werkingsverdrag en Richtlijn 2006/54/EG. In Nederland is het recht geïmplementeerd in artikel 7:646 BW en, specifiek, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (1980). Evenals in het Unierecht, kan gelijke beloning onder twee verschillend geformuleerde non-discriminatie-normen vallen. Ten eerste een algemene norm die direct en indirect onderscheid naar sekse verbiedt in de arbeidsvoorwaarden, waaronder het loon is begrepen (artikel 7:646 lid 1 BW), en ten tweede een specifieke gelijkloonnorm waarbij recht bestaat op eenzelfde loon als een werknemer van de andere kunne voor arbeid van nagenoeg gelijke waarde pleegt te ontvangen (artikel 7:646 BW jo. artikel 7 WGB). Uit deze twee normen vloeien ook twee methoden voort om loonongelijkheid in rechte vast te stellen.¹²

Bij de algemene discriminatietoets leidt een gelijke toepassing van seksneutrale beloningsvoorwaarden tot de vaststelling dat geen sprake is van discriminatie. Je zou kunnen zeggen dat de algemene toets bij het beloningsbeleid start en 'vooruitkijkt'. Wanneer de beloningscriteria niet direct op sekse berusten, geen indirect nadelige uitwerking hebben voor vrouwen of mannen en hetzelfde worden toegepast, dan zullen de daadwerkelijke lonen waartoe deze criteria leiden als gelijk worden beschouwd, ook al is het bedrag niet hetzelfde. Dat geldt ook als de beloningscriteria wel indirect onderscheid maken maar de werkgever dit objectief kan rechtvaardigen. De tweede methode sluit meer letterlijk aan bij een recht op 'gelijk loon'. De toets start aan het einde van de weg bij wat men aan salaris krijgt in vergelijking met een collega van de andere kunne en 'kijkt terug'. Wanneer het bedrag niet hetzelfde is en beide werknemers binnen dezelfde onderneming werk van gelijke waarde doen, dan is het aan de werkgever om het verschil te verklaren of te rechtvaardigen. Is er geen objectieve verklaring of rechtvaardiging, dan wordt het loonverschil geacht op seksdiscriminatie te berusten. In feite wordt met deze methode vooral getoetst of het loonverschil niet op willekeur berust. Of het ook op sekse berust kan immers niet met zekerheid worden bepaald op basis van twee gevallen.¹³ Dit lijkt te

sporen met artikel 9 WGBm/v dat vereist dat de lonen van de twee werknemers zijn berekend op grond van 'gelijkwaardige maatstaven', waaronder het College voor de Rechten van de Mens (CRM) 'deugdelijke maatstaven' verstaat.¹⁴ De Europese rechter spreekt van 'objectieve factoren die niets van doen hebben met geslacht' maar een bewijs van seksdiscriminatie kan wel volgen uit een onverklaarbaar of niet-objectief berekend loonverschil tussen twee werknemers van verschillend geslacht.¹⁵

3. Aansluiting tussen de juridische instrumenten en de oorzaken van de gender pay gap

In hoeverre bestrijken de juridische instrumenten de daadwerkelijke oorzaken van de GPG? Daarvoor bezien we eerst de achtergronden van de GPG en de belangrijkste verklaringen voor dit loonverschil.

3.1 Belangrijkste oorzaken van de GPG

De GPG in de EU bedraagt in 2018 ongeveer 16%, zoals gezegd. Roemenië heeft het kleinste loonverschil met 3% en Estland het grootste met 23%.¹⁶ Het Europees beleid richt zich al veel jaren op het verkleinen en uiteindelijk opheffen van de GPG. Toch associëren we de landen met de allerkleinste GPG's (o.a. Kroatië, Italië, Litouwen, Polen, Roemenië, Slovenië) niet direct met de meest 'emancipatoire' landen. Het zijn juist landen waar relatief minder vrouwen actief zijn op de arbeidsmarkt. Opvallend genoeg, blijkt er een omgekeerde correlatie te zijn tussen de arbeidsparticipatiegraad van vrouwen en gelijk loon. Hoe meer vrouwen aan betaalde arbeid deelnemen in een land, hoe groter de GPG wordt en omgekeerd. Een kleine loonkloof wijst daarom niet per definitie op beloningsgelijkheid. Dit lijkt te verklaren doordat in de landen met een lage arbeidsparticipatie en een klein GPG sprake lijkt van zelfselectie onder vrouwen.¹⁷ Door gebrek aan een publieke infrastructuur voor de combinatie van arbeid en zorg lijken voornamelijk de hoger opgeleide vrouwen die fulltime willen werken en op beter betaalde functies terecht kunnen, de arbeidsmarkt te betreden. Dat betekent ook dat in studies waarin voor deze landen de GPG wordt gecorrigeerd voor verschillen in relevante achtergrondkenmerken tussen mannen en vrouwen (bijvoorbeeld verschil in opleiding, ervaring, functieniveau, economische sector of soort beroep) er vaak een negatief GPG resteert. 'Negatief' wil zeggen dat gezien de gemiddelde kenmerken van de (relatief weinige) vrouwelijke werknemers op de arbeidsmarkt, te verwachten zou zijn dat vrouwen gemiddeld *meer* verdienen dan mannen in plaats van minder. In Roemenië bijvoorbeeld (met in 2014 het kleinste GPG van 4,5% ten nadele van vrouwen) zou-

12 De twee methoden zijn voor het eerst ontwikkeld door het Europese Hof van Justitie in het Defrenne II-arrest (8 april 1976, zaak 43/75, NJ 1976/510). Het Hof bepaalde dat een vermoeden van seksdiscriminatie rechtstreeks uit de beloningsbepalingen van een wet of cao kan worden afgeleid of anderszins uit het loonverschil tussen een mannelijke en vrouwelijke werknemer die gelijke arbeid verrichten in dezelfde onderneming. Welke methode het meest praktisch is, zal afhangen van het feit of het loonverschil inderdaad door de formele beloningsvoorwaarden veroorzaakt wordt of uit informele en minder zichtbare praktijken voortvloeit.

13 Zie ook P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in de arbeid*, Den Haag: Boom juridisch, 2018, p. 411-412.

14 Zie laatstelijk CRM 9 juli 2020, oordeelnummer 2020-55.

15 O.a. HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunnhöfer*), JAR 2001/59.

16 Eurostat, zie noot 4.

17 Christina Boll en Andreas Lagemann, *Gender pay gap in EU countries based on SES (2014)*, Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2018, p. 25.

den de vrouwelijke werknemers na correctie voor het verschil in achtergrondkenmerken eigenlijk 12,7% meer moeten verdienen dan mannen.¹⁸

Nederland heeft een GPG van 15%. Evenals landen zoals Frankrijk, Duitsland, Finland of het VK, kent Nederland een hogere arbeidsparticipatiegraad van vrouwen en ook een hoger GPG. Er lijkt daarmee sprake van een soort *trade-off* tussen de arbeidsparticipatiegraad van vrouwen en de GPG. Landen met meer gelijke sekserollen, flexibele werkarrangementen en parttime banen maken het mogelijk dat meer vrouwen in betaalde arbeid participeren, maar dit lijkt tegelijkertijd een drukkend looneffect te hebben op de soort banen (flexibel) en sectoren (zorg, horeca, onderwijs, niet-commerciële dienstverlening) waarin deze vrouwen voornamelijk terecht komen.¹⁹ Deze conclusie stemt overeen met de belangrijkste verklaringen voor de GPG die in zogeheten economische decompositiestudies naar voren komen. Deze studies onderzoeken voor welk deel de loonkloof kan worden verklaard door verschillen in de gemiddelde karakteristieken van mannelijke en vrouwelijke werknemers. Deeltijdwerken, atypisch werk (tijdelijk, uitzend, etc.), segregatie over economische sectoren en verticale en horizontale beroepssegregatie verklaren voor een deel het loonverschil m/v in EU-landen met een hogere arbeidsparticipatie van vrouwen, inclusief Nederland.²⁰ Vooral het aantal arbeidsuren, de economische sector en het soort beroep waarin vrouwelijke werknemers werken, leidt dus tot 'kortingen' op het uurloon.

Uit de decompositiestudies blijkt echter ook dat niet al het loonverschil is te verklaren door de persoonlijke kenmerken, baan- en sectorkenmerken van mannen en vrouwen gelijk te trekken. Voor de EU-28 resteert na correctie een onverklaarbaar GPG van 11,5%.²¹ Het CBS hanteert alleen gescheiden cijfers voor de publieke en private sector in Nederland. Over 2016 is er voor het bedrijfsleven een ongecorrigeerd loonverschil van 19% (gecorrigeerd 7%) en voor de overheid een ongecorrigeerd verschil van 8% (gecorrigeerd 5%).²²

3.2 Aansluiting met het juridisch instrumentarium

Economisch macro-onderzoek naar de GPG meet het uurloonverschil tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers en tracht dat te corrigeren voor min of meer objectieve verschillen in *human capital*-factoren tussen mannen en vrouwen (opleiding, ervaring, leeftijd, etc.), baankenmerken (beroepsniveau en -soort; regulier of flexibel etc.) en economische sectoren waarin beide groepen werken.

Als we dit alles naast het juridisch instrumentarium leggen, dan valt op dat sector- en (horizontale en verticale) beroepssegregatie belangrijke oorzaken van de GPG zijn maar niet onder het recht op gelijk loon vallen. Anderzijds worden arbeidsduur, leeftijd en atypische contracten als relevante correctiefactoren gebruikt in de decompositiestudies maar kunnen deze juridisch gesproken juist een 'verdacht' differentiatiecriteria zijn.²³ Het resterende 'onverklaarbare beloningsverschil' uit de decompositiestudies wijst niet zonder meer op seksdiscriminatie dat met het juridisch instrumentarium te bestrijden valt. Gerealiseerd moet worden dat niet alle relevante, verklarende factoren meegenomen kunnen worden omdat er geen statistische gegevens over beschikbaar zijn (o.a. toepasselijke salarisschalen, treden in salarisschalen, toeslagen, bonussen, salarisgaranties, onderhandeling bij indiensttreding, inschalingswijze in nieuwe functie, ervaring in de functie). Voorts zijn veel factoren die wel meegenomen worden niet nauwkeurig genoeg te meten (bijvoorbeeld de waarde van de verrichte arbeid wordt naar vier categorieën opgedeeld, wat niet aansluit bij de veel gedetailleerdere functieniveaus in cao's). Kortom, het juridisch instrumentarium op het gebied van gelijk loon en de belangrijkste oorzaken van de GPG, zoals naar voren komt uit economisch onderzoek, overlappen elkaar hooguit ten dele.

Het economisch macro-onderzoek naar de GPG geeft, nader beschouwd, vooral een indicatie van de mate van gelijkheid van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt en niet zozeer van gelijke beloning in engere zin. Betekent dat dat er wel beloningsverschil bestaat tussen mannen en vrouwen maar niet zozeer beloningsongelijkheid? Ook deze conclusie valt niet te trekken. Kern van het probleem is dat beloningsongelijkheid alleen via een op juridische leest geschoeide methode valt vast te stellen. Daarvoor is het noodzakelijk dat mannen en vrouwen gelijkwaardige arbeid verrichten binnen hetzelfde bedrijf en de gevonden loonverschillen gerelateerd worden aan het in het betreffende bedrijf van kracht zijnde beloningsbeleid. Het gaat hier noodgedwongen om tijdrovend en intensief onderzoek bij concrete bedrijven. Paren moeten worden samengesteld in functies die gelijk gewaardeerd zijn en op basis van gesprekken en personeelsdossiers moet onderzocht worden of het loonverschil verklaard wordt door neutrale beloningscriteria aan de hand van alle beslissingen uit het verleden (inschalingswijze, toekenning periodieken, toeslagen, eventuele salarisgaranties etc.).²⁴ Door alle paren weer samen te nemen, kan statistisch worden bepaald of onverklaarde loonverschillen of aangetroffen onregelmatigheden met sekse correleren. Uit de weinige micro-studies die in opdracht van het CRM op deze ma-

18 Denis Leythienne en Piotr Ronkowski, *A decomposition of the unadjusted gender pay gap using Structure of Earnings Survey data*, Eurostat Statistical Working Papers, Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2018, p. 14.

19 Boll en Lagemann 2018, p. 7 en p. 21.

20 Leythienne en Ronkowski 2018, p. 13; Boll en Lagemann 2018, p. 22; CBS, *Monitor loonverschillen mannen en vrouwen*, 2018, p. 23 (gebaseerd op loonverschil m/v in het bedrijfsleven in 2016).

21 Leythienne en Ronkowski 2018, p. 14.

22 CBS, *Monitor loonverschillen mannen en vrouwen*, 2018.

23 Op grond van artikel 7:648 BW, 7:649 BW en de WGBL.

24 S. Schalkwijk en A. Veldman, *Gelijke beloning naar sekse, ras en arbeidsduur op ondernemingsniveau: een methode voor onderzoek naar de naleving van de Nederlandse gelijkebeloningswetgeving*, i.o.v. Commissie gelijke behandeling, Den Haag: Reed Business Information, 2003.

nier zijn verricht, komt naar voren dat de toepassing binnen organisaties van bepaalde beloningsmaatstaven (zoals salarisonderhandeling, salarisgaranties, inschaling op laatstgenoten salaris) de kans op willekeur vergroot waarbij een *gender bias* ten nadele van vrouwen optreedt.²⁵

4. Europese pay transparency als oplossing?

In hoeverre kan het door de Europese Commissie gelanceerde idee van pay transparency de ondervonden moeilijkheden bij het dichtenvan de GPG met juridische middelen redresseren? Hieronder worden de aanbevelingen op dit gebied van de Commissie uit 2014 – die de basis moeten gaan vormen voor een pay transparency-richtlijn – uiteengezet en worden de eerste ervaringen met dergelijke wetgeving in het buitenland besproken.

4.1 Commissie-aanbevelingen 2014

De Europese Commissie wil de GPG verkleinen door onder meer een effectievere handhaving van het recht op gelijk loon. De bestaande gelijkloonwetgeving is gebaseerd op een ‘individual rights strategy’. Oftewel, het is aan de werknemer zelf om zijn of haar recht op gelijk loon af te dwingen. Hoewel de bewijslast naar de werkgever verschuift als de werknemer kan aantonen minder te verdienen dan een collega van de andere sekse die gelijkwaardige arbeid verricht (artikel 6a WGBm/v), vereist het vinden van deze zogeheten maatman dat men inzicht heeft in de salarissen van collega's en in de waarderingswijze van diverse functies. Dat zal niet vaak het geval zijn. In veel EU-landen is het zelfs zo dat contractuele geheimhoudingsclausules gelden als het over het (eigen) salaris gaat om zo de ‘arbeidsrust’ te bewaren.²⁶ Ook werkgevers, sociale partners of toezichthouders hebben weinig inzicht of beloningspraktijken in arbeidsorganisaties aan de wet voldoen. Hiervoor zou ten minste informatie nodig zijn over de gemiddelde loonniveaus uitgesplitst naar sekse en gelijkwaardig werk. Hierna zou het nog nodig zijn dit naar paarsgewijze vergelijkingen om te zetten en te relateren aan de toegepaste beloningsmaatstaven en de historische lijn van beloningsbeslissingen. De meeste personeelsadministraties verzamelen echter geen salarisgegevens op geaggregeerd niveau die zijn uitgesplitst naar sekse en gelijke functiewaarde.

De Commissie acht meer transparantie van lonen noodzakelijk om stakeholders te attenderen op de problematiek

van ongelijke beloning en om meer (rechts)acties uit te lokken die tot betere wetshandhaving leiden. Dit heeft in 2014 geleid tot aanbevelingen. De lidstaten werd geadviseerd ten minste een van de volgende maatregelen in te voeren:²⁷

- een informatierecht voor individuele werknemers over de beloningsniveaus, uitgesplitst per geslacht, van werknemerscategorieën die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten;
- een rapportageplicht aan de OR en betrokken vakbonden van de gemiddelde lonen van mannen en vrouwen per werknemerscategorie of functie voor werkgevers met ten minste 50 werknemers in dienst;
- een plicht om een loonaudit uit te voeren, en ter beschikking te stellen aan de OR en betrokken vakbonden, voor werkgevers met ten minste 250 werknemers in dienst, waarbij een analyse wordt gemaakt van het functiewaarderingsstelsel en de beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen;
- zorgen dat de kwestie van gelijke beloning, met inbegrip van loonaudits, wordt besproken op het passende niveau van collectieve onderhandelingen.

Zoals in de inleiding al is gesteld, heeft de Commissie onlangs aangekondigd de aanbevelingen op korte termijn om te zetten naar een richtlijnvoorstel.

4.2 De eerste buitenlandse ervaringen met pay transparency-maatregelen

Een beperkt aantal Europese landen heeft, al dan niet naar aanleiding van de aanbevelingen, een vorm van wettelijke pay transparency ingevoerd.²⁸ Op grond van de eerste ervaringen blijkt het inforecht voor individuele werknemers de minst populaire aanbeveling te zijn.²⁹ Een obstakel is hier met name de privacybescherming wanneer de werkgever informatie over individuele lonen van collega-werknemers zou verstrekken. Waar wel een inforecht is ingevoerd zien we dat het veelal of afhankelijk is van de instemming van de betreffende collega of betrekking heeft op het gemiddelde loon van een groep collega's. Zo geeft het Duitse ‘Entgelttransparenzgesetz’ (2017) de werknemer in bedrijven met meer dan 200 werknemers een informatierecht (dat via de OR loopt) dat betrekking heeft op het gemiddelde loon dat ten minste zes werknemers van het andere geslacht verdienen voor gelijkwaardig werk. Het laatste leidt misschien wel tot meer bewustwording van het bestaan van een GPG maar zal niet tot meer (rechts)actie kunnen leiden zoals bedoeld met loontransparantie. Hiervoor moet een werkneemster immers een concrete maatman kunnen aanwijzen. Overigens lijkt het rapporteren van beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen voor gelijkwaardig werk nog niet zo eenvoudig als het klinkt. Wellicht zou het per functie-

25 Commissie gelijke behandeling, *Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij de algemene ziekenhuizen in Nederland*, 2011; College voor de Rechten van de Mens, *Verdient een man meer? Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij hogeschole*, 2016; College voor de Rechten van de Mens, *Gelijke beloning verzekerd? Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij verzekeringsorganisaties*, 2017.

26 A.G. Veldman, *Pay transparency in the EU. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway* (European network of legal experts ingender equality and non-discrimination), European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, p. 55. Beschikbaar op <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/329c3e47-2bd8-11e7-9412-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>.

27 Zie noot 7.

28 Veldman 2017, p. 55.

29 Finland, Ierland, Noorwegen en recentelijk ook Duitsland (Veldman 2017).

waardingsklasse kunnen, maar dan moet er wel een functiewaarderingsstelsel zijn toegepast. Bovendien kan het dat een dergelijke klasse correspondeert met meer dan één loonschaal wat sowieso al tot loonverschil zal leiden. Rapportage per loonschaal heeft weer als nadeel dat eventueel sekseverschil door de inschalingswijze niet zichtbaar is. De Duitse wetgeving schrijft voor dat het inforecht ziet op het gemiddelde loon van werknemers van het andere geslacht binnen dezelfde cao-loonschaal of, als er geen cao van toepassing is, het gemiddelde loon voor (vergelijkbare) werkzaamheden die de verzoekende werknemer zelf dient aan te wijzen.³⁰

In de kring van Europese landen met pay transparency-wetgeving komen loonrapportageplichten voor werkgevers het meeste voor.³¹ De vormgeving loopt wel sterk uiteen. Het VK voerde bijvoorbeeld voor private bedrijven met meer dan 250 werknemers een publicatieplicht in op een openbare website van het loongemiddelde en de loonmediaan (inclusief bonussen) van mannen en vrouwen per beloningskwartiel in het bedrijf en het totaal aantal mannen en vrouwen per kwartiel.³² Evenals bij het individuele inforecht, zijn dergelijke cijfers veel te basaal om stakeholders te kunnen attenderen op mogelijke overtreding van de gelijkloonswetgeving. In de praktijk hebben ze echter wel veel publieke belangstelling getrokken en tot discussies geleid over met name de ongelijke verdeling van mannen en vrouwen over de beloningskwartielen.³³ Landen als Oostenrijk, Denemarken en België aan de andere kant, kennen één- of tweejaarlijkse rapportageplichten van meer toegesneden loongemiddelden m/v, uitgesplitst per functieniveau, functiewaarderingsklasse of opleidings- of ervaringsniveau.³⁴ De rapporten zijn echter vertrouwelijk en niet of slecht toegankelijk voor individuele werknemers. In de praktijk blijkt de rapportage tot een formaliteit te worden. Loonrapporten lokken weinig dialoog uit met de werknemersvertegenwoordiging en verdwijnen in de la.³⁵

Bij loonaudits vormt het maken van een analyse van aangetroffen loonverschillen en, indien nodig, actie ondernemen deel uit van de wettelijke verplichting. Vooral Zweden en Finland onderscheiden zich hier positief. De in 2017 nogmaals aangescherpte Zweedse 'pay audit'-wetgeving is van toepassing op bedrijven met meer dan 10 werknemers en schrijft loonvergelijkingen voor tussen

dezelfde functies, tussen gelijkwaardige mannen- en vrouwenfuncties en tussen vrouwenfuncties en meer betaalde functies waarvan de functie-eisen geacht worden lager te liggen.³⁶ De wet schrijft voor oorzaken te onderzoeken van loonverschillen en deze te corrigeren in het geval van sekseonderscheid. In beide Scandinavische landen kan een gelijkebehandelingsorgaan de audit-rapporten controleren. In Zweden heeft de wetgeving in een verder verleden wel tot loonaanpassingen geleid. Zowel vakbonden als werkgevers geven echter aan, zoals ook uit de Finse ervaringen spreekt, dat wel verklaringen voor loonverschillen kunnen worden gevonden maar het onduidelijk blijft wanneer van ongerechtvaardigd loonverschil gesproken moet worden.³⁷

Vijfjarige loonaudits zijn in Duitsland sinds 2017 verplicht voor ondernemingen met meer dan 500 werknemers (Entgelttransparenzgesetz). Een jaar na invoering van de wet heeft pas 12% van de bedrijven hieraan uitvoering gegeven.³⁸ Uit de studie van Aumayr-Pintar naar *gender pay reports* en *pay audits* in vier lidstaten (2018) blijkt meer in zijn algemeenheid dat de implementatie door bedrijven van wettelijke voorgeschreven pay transparency laag ligt. Daadwerkelijke dialoog over loonrapportages binnen het bedrijf is niet met boetes af te dwingen. Volgens deze auteur staat of valt het succes van pay transparency uiteindelijk met 'geloof' in een GPG dat correctie zou vereisen.³⁹ Veel werkgevers- én werknemersvertegenwoordigers vinden de GPG verklaarbaar door de verschillen in de karakteristieken van mannelijke en vrouwelijke werknemers en de karakteristieken van de banen en economische sectoren waarin ze werken. Hierdoor heeft het vaak geen prioriteit om gecompliceerde, diepgaande studies uit te voeren naar GPG's en te investeren in de specialistische kennis die dit vraagt van beloningsmechanismen en *gender bias*.

5. Het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel

Wanneer op basis van de bovenstaande ervaringen in Europa ten slotte naar het Nederlands initiatiefwetsvoorstel wordt gekeken, wat is dan de kans op succes dat dit voorstel kan bijdragen aan de verkleining van de GPG?

5.1 Inhoud van het voorstel

Teneinde de GPG in Nederland te verkleinen, is in 2019 een initiatiefvoorstel voor een Wet gelijke beloning van vrou-

30 Paragraaf 11 lid 3 Entgelttransparenzgesetz.

31 België, Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk en Denemarken. In Zweden, Finland, Frankrijk en Duitsland is loonrapportage deel van een loonaudit (Veldman 2017; Christine Aumayr-Pintar e.a., *Pay transparency in Europe: First experiences with gender pay reports and audits in four Member States*, Eurofound, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18004en.pdf).

32 Equality Act (Gender Pay Gap Information) Regulations, zie <https://gender-pay-gap.service.gov.uk/>.

33 C. Aumayr-Pintar, *Slow start for gender pay transparency in Germany*, Eurofound, 2019 [eurofound.link/ef19059](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19059en.pdf).

34 Voor bedrijven met ten minste 35 werknemers (Denemarken), 50 werknemers (België) en 150 werknemers (Oostenrijk).

35 Veldman 2017, p. 30-31; Aumayr-Pintar 2018, p. 7.

36 Veldman 2017, p. 34.

37 Aumayr-Pintar 2018, p. 7.

38 Helge Baumann, Christina Klenner, Tanja Schmidt, *Entgeltgleichheit von Frauen und Männern. Wie wird das Entgelttransparenzgesetz in Betrieben umgesetzt?*, Eine Auswertung der WSI-Betriebsrätebefragung 2018, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Boeckler-Stiftung, Report nr. 45, 2019, https://www.boeckler.de/faust-detail.htm?sync_id=8308.

39 Aumayr-Pintar 2019.

wen en mannen ingediend.⁴⁰ Het wetsvoorstel gaat uit van een wijziging van de WGBm/v. Het recht op gelijk loon uit de artikelen 7 t/m 9 verandert niet maar het is de bedoeling het initiatief tot handhaving van gelijk loon naar de werkgever te schuiven door deze te verplichten aan te tonen dat mannen en vrouwen in de onderneming gelijk worden beloond voor gelijkwaardig werk. Na artikel 9 wordt hiertoe een certificeringssysteem ingevoerd (artikel 10). Ondernemingen met ten minste 50 werknemers dienen een certificaat te verkrijgen waaruit blijkt dat zij vrouwen en mannen gelijk belonen. De certificering wordt gedaan door een onafhankelijke instantie (zbo). Tegen deze beslissing staat bezwaar en beroep open. Het certificaat dient elke drie jaar vernieuwd te worden. Welke ondernemingen een certificaat hebben, is openbare informatie. De Inspectie SZW houdt toezicht en kan een bestuurlijke boete opleggen bij niet-naleving van de wet. Verder wordt artikel 6a WGBm/v uitgebreid met de bepaling dat een onderneming zonder certificaat wordt vermoed een loononderscheid te maken ten nadele van de werknemer. Een werknemer die werkzaam is voor een werkgever zonder certificaat hoeft dus niet langer feiten aan te voeren die onderscheid doen vermoeden. Het is aan de werkgever om het vermoeden in een concreet geval te weerleggen.⁴¹ Individuele werknemers krijgen op verzoek inzage in de geanonimiseerde gegevens van het loon van andere werknemers in gelijkwaardige functies (artikel 11c). Als de werknemer meent dat er onverklaarbare loonverschillen bestaan tussen mannen en vrouwen, al dan niet na een inzageverzoek, dient hij of zij zich eerst met een klacht te wenden tot de werkgever. Indien deze niet binnen twee maanden de klacht naar behoren heeft afgehandeld of er bestaat geen klachtenregeling, dan kan de werknemer een klacht indienen bij het CRM. Nadat een klacht is afgehandeld, informeert het College de certificerende instelling en de toezichthouder over de beoordeling van de klacht. Ten slotte moet de werkgever in het jaarverslag of vergelijkbaar verslag informatie verstrekken over de beloningsverschillen tussen werknemers die gelijkwaardig werk verrichten (artikel 11a). Indien sprake is van ongelijk loon tussen vrouwen en mannen, dient de ondernemer aan te geven op welke wijze de loonverschillen ongedaan gemaakt zullen worden.⁴²

Het wetsvoorstel voorziet in een overgangsregime van twee jaar om aan de certificaateisen te voldoen.

5.2 Evaluatie

Het wetsvoorstel volgt vrij nauwkeurig de Commissieaanbevelingen over pay transparency. Het kent een info-recht voor werknemers, een rapportageplicht en een drie-

jaarlijkse loonaudit, in het laatste geval niet door de werkgever zelf maar door een onafhankelijke instantie.

Op grond van wat eerder is gesteld (para 4.2), geldt voor de rapportageplicht uit het wetsvoorstel dat de cijfers te globaal van aard zijn om te attenderen op mogelijk verboden ongelijk loon tussen mannen en vrouwen. Loonrapportage kan wel de bewustwording van mogelijke problemen bevorderen. In dit voorstel lijkt deze functie al ingevuld te worden door de publicatie van welke ondernemingen wel of niet een certificaat hebben dat zij gelijk belonen. Overigens valt op dat qua formulering de rapportageplicht soms op het loonverschil tussen mannen en vrouwen slaat en soms op (algemeen) loonverschil voor gelijkwaardig werk.⁴³

Het belangrijkste onderdeel van het voorstel is de certificering. Deze lijkt verder te gaan dan loontransparantie op basis van een interne onderzoekplicht, omdat de werkgever via een certificaat het bewijs moet leveren dat mannen en vrouwen in de onderneming gelijk worden beloond voor gelijkwaardig werk. Op grond van de in dit artikel besproken complexiteit van het op juridische leest geschoeide onderzoek, is de grote vraag *hoe* moet worden vastgesteld of de onderneming een certificaat krijgt. Het voorstel laat dit over aan de certificerende instelling die een 'standaard' of 'toetsingskader' ontwerpt.⁴⁴ Het wetsontwerp is op het IJslandse model gebaseerd maar dat geeft weinig houvast. Vanaf 2018 is de vrijwillige toepassing van een ontwikkelde ISO-standaard voor gelijk loon daar omgezet in een wettelijke verplichting. De standaard zelf is echter nog steeds eigendom van een private onderneming en niet publiek toegankelijk.⁴⁵

Als we echter op de memorie van toelichting afgaan dan lijken de initiatiefnemers ervan uit te gaan dat de werkgever de beloningsverhouding tussen mannen en vrouwen aanlevert en gegevens over functieniveau, arbeidsuren, opleiding en ervaring.⁴⁶ Na correctie, zo lijkt het, wordt op basis van een te ontwikkelen standaard bepaald wanneer het loonverschil te groot is en van ongelijke beloning moet worden gesproken.⁴⁷ Een dergelijke opzet lijkt op de decompositiestudies, zoals besproken. Dat betekent echter ook dat deze methode weinig kan zeggen over juridische, ongelijke beloning. Daarvoor is het nodig het loonverschil per paar te relateren aan de concrete beloningsmaatstaven van het bedrijf en de historie van toepassing daarvan op de twee werknemers. Als sprake is van niet-neutrale belo-

40 Zie noot 11. Dit artikel is per 1 september 2020 afgesloten en eventuele wijzigingen nadien zijn niet meegenomen.

41 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 157, nr. 3 (MvT), p. 10.

42 MvT, p. 12.

43 Zie het verschil tussen lid 1 en lid 2 van artikel 11a. Dit verschil lijkt overigens niet de bedoeling gezien de strekking van de memorie van toelichting. Ook het inzage-recht (artikel 11c) ziet op alle loonverschillen voor gelijkwaardig werk.

44 MvT, p. 7 en 11.

45 S. Burri, *National cases and good practices on equal pay* (European network of legal experts in gender equality and non-discrimination), European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, p. 63.

46 MvT, p. 7.

47 MvT, p. 6.

nings- en functiewaarderingsmaatstaven zal bovendien discussie nodig zijn over de vraag of dit gerechtvaardigd is. Omdat dit echter tijdrovend en intensief onderzoek betreft, lijkt het weinig reëel dat een onafhankelijke instantie de kleine 17.000 ondernemingen met ten minste 50 werknemers in dienst⁴⁸ op deze wijze elke drie jaar kan certificeren.⁴⁹

Het voorstel introduceert tenslotte ook een informatie-recht voor werknemers. Het gaat om inzage in anonieme loongegevens. Of het om individuele lonen of groepsge-middelden gaat is niet helder. De werknemer moet zich met klachten tot de werkgever wenden voordat naar het CRM kan worden gegaan. Niet duidelijk is hoe deze klacht-procedure zich verhoudt tot de (ongewijzigde) mogelijk-heid om direct een oordeel te vragen bij het CRM over mogelijke schending van het gelijkloonbeginsel. Daarnaast is het echter de vraag hoe de werknemer 'onverklaarbare loonverschillen' moet vinden op basis van anonieme sala-rissen. Of het gaat helpen dat een werknemer die werk-zaam is voor een werkgever zonder certificaat bij de rech-ter niet langer een maatman hoeft op te voeren die meer verdient, lijkt onzeker. De werknemer zal toch gelijk loon willen vorderen. Is dat wel mogelijk zonder enige feiten te stellen over aan wie of wat dat loon dan gelijk moet zijn? Voorts is er ook nog de juridische vraag of de voorgestel-de, wettelijke wijziging van de bewijslast van artikel 6a WGBm/v verenigbaar is met de uitleg hiervan door de Europese rechter.⁵⁰

Afgezien van het feit dat het inforecht en de rapportage-plicht, afgaande op de eerste Europese ervaringen, moge-lijk weinig zoden aan de dijk zal zetten voor effectievere handhaving, sluit het uitgangspunt van het initiatiefvoor-stel wel goed aan bij de aanbevelingen van de Commissie. Het onderkent dat het initiatief tot handhaving van gel-ijkloonwetgeving meer van het individu naar het collec-tief van de werkgever zou moeten schuiven omdat de ob-stakels voor de eerste te groot zijn. Het CRM, waar de drempel voor een klacht laag ligt, heeft in de afgelopen vijf jaar welgeteld zes loonklachten behandeld.⁵¹ Hoewel het verschuiven van het initiatief naar de werkgever een-voudig lijkt en loondiscriminatie volgens de initiatiefne-mers 'door middel van het wetsvoorstel spoedig tot het verleden kan behoren',⁵² is de juridische werkelijkheid weerbarstiger. Een uitvoerbare, gestandaardiseerde toets om buiten rechte te bepalen of bedrijven zich wel of niet aan de gelijkloonwetgeving houden, stuit op tal van pro-blemen. Het is daarnaast ook de vraag of het voor eendui-gheid en transparantie wenselijk is dat opnieuw een

zelfstandige instantie tezamen met het CRM en de rechter, in beginsel los van elkaar staande uitspraken kunnen doen over schending van het recht op gelijk loon.

Waarvoor het werken met een (ISO-)standaard wel ge-schikt zou kunnen zijn, is om bedrijven te stimuleren om hun beloningsbeleid inclusief functiewaardering te on-derzoeken op mogelijke sekseverschillen en om professio-nale en geformaliseerde werkwijzen te volgen als het gaat om beloningsbeslissingen. Niet-neutrale werkwijzen en looncriteria kunnen zo ter discussie worden gesteld, wat overigens ook de betrokkenheid van vakbonden vereist wanneer een cao van toepassing is. Een certificaat garan-deert langs deze weg geen gelijk loon voor gelijk werk, maar certificeert op basis van onafhankelijke controle of bepaalde voorgeschreven werkwijzen worden gevolgd die direct en indirect sekseonderscheid in de onderneming zoveel mogelijk moeten tegengaan.

6. Conclusies

Is de *gender pay gap* te slechten met juridische middelen? In ieder geval niet volledig, zo blijkt. Een belangrijk deel van de oorzaken van de GPG wordt niet door het recht op gelijk loon bestreken. Voor zover dat wel het geval is, bieden econ-omische decompositiestudies geen basis voor conclusies over de (niet-)handhaving van het recht op gelijk loon. Om hier meer over te kunnen zeggen is een op juridische leest geschoeide methode nodig die echter tijdrovend en inten-sief micro-onderzoek bij concrete bedrijven vraagt.

Kan pay transparency verbetering brengen in de handha-ving van het recht op gelijk loon? Uit buitenlandse ervarin-gen blijkt tot zoverre dat gender-loonrapportage en loonin-formatierechten bewustwording van ongelijke beloning kunnen vergroten maar dat, mede door privacy-beperkin-gen, de loondata niet zo concreet kunnen zijn als nodig is om sekseonderscheid te vermoeden en (rechts)acties te starten. Follow-up van gender-loonrapporten vergt boven-dien daadwerkelijke dialoog in het bedrijf en die dialoog valt moeilijk met boetes af te dwingen. Wanneer met deze kennis naar het Nederlandse initiatiefvoorstel wordt geke-ken, gaan deze conclusies ook op voor het voorgestelde looninzagerecht en de loonpublicatieplicht. Het certifice-ringssysteem zou geschikt kunnen zijn om bedrijven te ver-plichten om professionele werkwijzen te volgen die sekse-onderscheid in de beloning zoveel mogelijk tegengaan. Om met een certificaat het bewijs van gelijk loon voor gelijk werk m/v af te geven, zoals het wetsvoorstel beoogt, lijkt echter niet haalbaar. Zeker niet, wanneer de benodigde toetsing de opzet van de economische studies zou volgen.

Kortom, pay transparency kan helpen werkgevers en werknemers te attenderen en te activeren als het gaat om een betere handhaving van het recht op gelijk loon. Er lij-ken echter geen wonderen van te verwachten. Het slech-ten van de loonkloof vergt bovendien meer dan gelijke be-loning in juridische zin, zoals de opheffing van horizontale en verticale sekse-segregatie op de arbeidsmarkt.

48 Volgens de MvT, p. 7 zijn er in 2018 16.800 ondernemingen met ten min-ste 50 werknemers in dienst.

49 De Europese Commissie legt in haar aanbevelingen de auditplicht op aan ondernemingen met meer dan 250 werknemers.

50 Vgl. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-415/10, Galina Meister, JAR 2012/153.

51 Brief van het CRM aan de Europese Commissie, 31 januari 2020, kenmerk 2020/0013/AvD/LH/HvE.

52 Kamerstukken II 2018/19, 35 157, 3 (MvT), p. 2.