

167. Richtlijn beloningstransparantie: waterval aan gelijkebeloningsclaims aanstaande?

MR. P. DISSELDORP EN MR. F.E. STEWART

In mei 2023 is de Richtlijn beloningstransparantie in het EU-Publicatieblad verschenen. Deze Richtlijn zal de Nederlandse gelijke beloningswetgeving op meerdere punten fundamenteel wijzigen. De vraag is wat dit betekent voor gelijkebeloningsclaims van werknemers. Die vraag beantwoorden wij in deze bijdrage.

Inleiding

Op 17 mei 2023 is de Richtlijn beloningstransparantie (de Richtlijn) in het EU-Publicatieblad verschenen.¹ Deze Richtlijn beoogt de transparantie op het gebied van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen te vergroten. Hier toe worden onder meer diverse rapportageverplichtingen voor de werkgever geïntroduceerd en krijgt de werknemer meer mogelijkheden om relevante beloningsinformatie op te vragen bij de werkgever. De verplichtingen uit de Richtlijn moeten uiterlijk op 7 juni 2026 zijn geïmplementeerd. Het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn laat nog op zich wachten.² Wij willen op dit punt niet op de muziek vooruitlopen en bespreken in deze bijdrage dan ook niet alle inhoudelijke aspecten van de Richtlijn. Wij focussen ons in plaats daarvan op de procesrechtelijke kant van gelijke beloning. Werknemers hebben al diverse mogelijkheden om in rechte gelijke beloning te claimen. De bewijsvergaring is in veel gevallen echter een hoge drempel. Werknemers weten vaak niet of andere werknemers in een gelijke of gelijkwaardige functie meer of minder verdienen en als zij dit al vermoeden, dan is het lastig om de hiermee verband houdende informatie te verkrijgen van de werkgever. Dat zal anders zijn na implementatie van de Richtlijn in de Nederlandse wetgeving. Het is dus zeker niet voorbarig om te stellen dat het voor werknemers laagdrempeliger zal worden om een gelijkebeloningsclaim in te dienen. In deze bijdrage beschrijven wij welke mogelijkheden de werknemer heeft om een dergelijke beloningsclaim in te dienen en wat de gevolgen daarvan kunnen zijn voor de werkgever.

Om de juridische theorie in de praktijk te kunnen brengen, hanteren wij in deze bijdrage een hypothetische casus als leidraad: bij een groot accountantskantoor werken meerdere senior accountants. Vijf van deze senior accountants werken in hetzelfde team en zijn in hetzelfde jaar begonnen. Zij verrichten gelijke of gelijkwaardige werkzaamheden in de zin van de gelijkebeloningswetgeving (zie hierna). Twee van deze vijf senior accountants zijn vrouw (vrouw A en vrouw B) en de overige drie accountants zijn man (man C, man D en man E).

1. de inhoud van de Richtlijn in een 'nutshell'

1.1 De theorie: meer beloningstransparantie

De Richtlijn bevat verschillende rechten en plichten voor zowel werkgevers als werknemers die gezamenlijk zullen moeten leiden tot meer beloningstransparantie. Deze rechten en plichten kunnen onderverdeeld worden in grofweg drie categorieën:

- (i) (informatie)rechten van sollicitanten;³
- (ii) (informatie)rechten van werknemers; en
- (iii) (actieve) informatie- en rapportageverplichtingen van werkgevers.

De nieuwe rechten van sollicitanten laten we hier buiten beschouwing; wij focussen ons in deze bijdrage op de relatie tussen werkgever en werknemer. De tweede en derde categorie bespreken wij uitdrukkelijk slechts op hoofdlijnen. Voor een nadere duiding van de rechten en plichten in

1 Richtlijn (EU) 2023/970 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 handhavingsmechanismen (*PbEU* 2023, L132/21).

2 Minister van Gennip verwacht dat het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn in de tweede helft van 2024 aan de Tweede Kamer kan worden aangeboden (*Kamerstukken II* 2023/24, 27099, nr. 24, p. 4).

3 Sollicitanten hebben recht op informatie over de aanvangsbeloning en de relevante bepalingen van de toepasselijke cao. Daarnaast wordt het voor werkgevers verboden om sollicitanten vragen te stellen over hun loonverleden (art. 5 lid 1 en lid 2 Richtlijn).

de Richtlijn verwijzen wij naar eerdere bijdragen hierover.⁴ De Richtlijn voorziet in de eerste plaats in een actieve plicht tot informatieverzorging voor werkgevers (art. 6). Werkgevers zijn na implementatie van de Richtlijn verplicht om transparant te zijn over het beleid voor beloningsvorming en beloningsontwikkeling. Dit houdt in dat een werkgever informatie moet verschaffen op grond waarvan het voor de werknemers duidelijk is of moet kunnen zijn welke criteria worden gebruikt voor het bepalen van de beloning, de beloningsniveaus en de beloningsontwikkeling.⁵ Het ‘beloningsniveau’ is het bruto jaarloon en het overeenkomstige bruto-uurloon⁶ en de beloningsontwikkeling is ‘het proces van de overgang van een werknemer naar een hoger beloningsniveau’.⁷ Belangrijk is dat de informatieplicht uit art. 6 Richtlijn ziet op de ‘criteria’ die worden gebruikt om de beloning vast te stellen, en dus niet op de uitkomst van dit vaststellingsproces, dat wil zeggen de individuele beloningen. De door een werkgever gebruikte criteria moeten objectief en genderneutraal zijn. De Richtlijn stelt meerdere eisen aan de door de werkgever te gebruiken criteria; daar gaan wij hier niet nader op in.⁸

Het is dus zeker niet voorbarig om te stellen dat het voor werknemers laagdrempeliger zal worden om een gelijkebeloningsclaim in te dienen

Verder geeft de Richtlijn werknemers het recht om schriftelijk verdergaande informatie op te vragen over hun individuele beloningsniveau en de naar geslacht uitgesplitste gemiddelde beloningsniveaus voor categorieën van werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid⁹ verrichten

(art. 7).¹⁰ Werkgevers moeten hun werknemers bovendien jaarlijks informeren over dit recht en de manier waarop zij dit informatierecht kunnen effectueren. Naast de hiervoor genoemde informatieverplichtingen richting werknemers komt er voor werkgevers met meer dan 100 werknemers een rapportageplicht over de loonkloof (art. 9).¹¹ Als een loonkloof van meer dan 5% wordt gerapporteerd zonder rechtvaardiging, dan zal de werkgever een gezamenlijke beloningsevaluatie moeten uitvoeren met de werknemersvertegenwoordigers (art. 10). Wij gaan hier niet nader op in, maar ook deze verplichtingen voor de werkgever kunnen door werknemers en belangenbehartigingsorganisaties gebruikt worden om een gelijke beloningsclaim te onderbouwen.

Onder de streep betekent dit dat werknemers aan hun werkgever kunnen vragen om inzichtelijk te maken hoe hun beloningsniveau zich verhoudt tot andere werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. Dit kunnen zij vervolgens vergelijken met de genoemde criteria voor de beloning, beloningsniveaus en beloningsontwikkeling die de werkgever dient te verschaffen, alsook met de rapportages over de loonkloof die de werkgever op grond van art. 9 Richtlijn moet verstrekken. Hiermee hebben werknemers belangrijke instrumenten in handen om te toetsen of zij gelijk worden beloond ten opzichte van werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.

De Richtlijn bevat ook enkele artikelen die zich specifiek richten op de bewijspositie van de werknemer in een procedure over het beginsel van gelijke beloning. Zo bevat art. 18 Richtlijn een omkering van de bewijslast. Als de werknemer voldoende feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie naar geslacht kunnen doen vermoeden, dan zal de verweerder (meestal de werkgever) dienen te bewijzen dat er geen sprake is van directe of indirecte beloningsdiscriminatie.¹² Ook als de werkgever niet voldoet aan bepaalde verplichtingen uit de Richtlijn – waaronder de hiervoor genoemde informatieverplichtingen uit art. 6 en art. 7 Richtlijn – is het aan de werkgever om aan te tonen dat geen sprake is van discriminatie. De werkgever wordt op deze wijze dus procesrechtelijk ‘gestraft’ als hij

4 Zie bijv.: L.A.J. Senden & R. Hesdahl, ‘Gelijke beloning voor mannen en vrouwen: geen woorden meer maar daden’, *NTER* 2022, nr. 1-2, p. 1-12; A.G. Veldman, ‘Nieuwe Europese en Nederlandse wetsvoorstellen om de loonkloof m/v te dichten: gaat het werken?’, *TAP* 2022/1 en R.E.M. Vink-Dijkstra & G.L. Wife, ‘Europese maatregelen tegen beloningsdiscriminatie: een belangrijke rol voor de Nederlandse ondernemingsraad’, *TAP* 2022/2.

5 De Richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid (art. 6 lid 2) om werkgevers met minder dan 50 werknemers vrij te stellen van de verplichting ten aanzien van de beloningsontwikkeling uit art. 6 lid 1 Richtlijn. Het is nog niet bekend of de Nederlandse wetgever van deze mogelijkheid gebruik zal maken. De overige informatieverplichtingen gelden voor alle werkgevers, ongeacht aantal werknemers.

6 Zie de definitie in art. 3 lid 1 sub b Richtlijn.

7 Overweging 35 Richtlijn.

8 Zie hiertoe bijvoorbeeld: R.E.M. Vink-Dijkstra & G.L. Wife, ‘Europese maatregelen tegen beloningsdiscriminatie: een belangrijke rol voor de Nederlandse ondernemingsraad’, *TAP* 2022/2.

9 Of sprake is van ‘gelijke of gelijkwaardige arbeid’ is een feitelijke toets ten aanzien van de aard van de betrokken werkzaamheden (HvJ EG 27 maart 1980, zaak C-129/79, ECLI:EU:C:1980:103, (*Macarthy/Wendy Smith*)), herhaald in HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, (*JAR* 2001/159 (*Brunnhöfer*)). Hieronder vallen de feitelijke werkzaamheden, maar ook de formele bevoegdheden die bij de functie horen (HvJ EG 11 mei 1999, zaak C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241 (*Wiener Gebietskrankenkasse*) en HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-427/11, ECLI:EU:C:2013:122, *NJ* 2013/349, m.nt. Mok, *RAR* 2013/72 en *TRA* 2013/63, m.nt. Rayer (*Kenny*)). De functiebeschrijving is hierbij niet doorslaggevend.

10 De Richtlijn biedt ook de mogelijkheid om dergelijke informatieverzoeken via werknemersvertegenwoordigers te laten verlopen, overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk. Wij gaan in deze bijdrage niet verder in op deze mogelijkheden.

11 De frequentie van deze rapportageverplichting is afhankelijk van de grootte van de werkgever. Werkgevers met 250 of meer werknemers moeten jaarlijks rapporteren en werkgevers met 100 t/m 249 werknemers moeten minimaal één keer per drie jaar rapporteren. De Richtlijn biedt de mogelijkheid om de rapportageverplichting een vrijwillig karakter te geven voor werkgevers met minder dan 100 werknemers; op dit moment is nog niet bekend of Nederland van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

12 Voor de Nederlandse rechtspraak zal dit artikel vermoedelijk niet van grote betekenis zijn. Het huidige art. 6a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen kent een vergelijkbare omkering van de bewijslast voor (vermoedelijke) discriminatie die onder de reikwijdte van art. 7:646 lid 1 BW valt.

onvoldoende informatie verschaft. Verder verplicht art. 20 Richtlijn de lidstaten om procesrechtelijk te voorzien in een recht op toegang tot relevant bewijsmateriaal waarover de verweerder zeggenschap heeft. Dit artikel is vergelijkbaar met het huidige art. 843a Rv, zij het dat op grond van de Richtlijn bewijs moet worden gedeeld door de verweerder als de rechter dit ‘*relevant acht voor de vordering tot gelijke beloning*’. Het is de vraag hoe deze toets zich verhoudt tot het ‘*rechtmatig belang*’ dat art. 843a Rv voorschrijft, ook omdat art. 20 Richtlijn anders dan art. 843a lid 3 Rv niet bepaalt dat het verstrekken van stukken achterwege kan blijven in geval daar gewichtige redenen voor bestaan.¹³ Wij zijn benieuwd of de Nederlandse wetgever een *lex specialis* van art. 843a Rv nodig acht of dat het huidige art. 843a Rv voldoende wordt geacht ter implementatie van art. 20 Richtlijn.

1.2 De praktijk: makkelijkere bewijsvergaring

Wat betekent bovenstaande in de praktijk? Wat als één van de twee vrouwelijke senior accounts uit onze casus – bijvoorbeeld vrouw A – vermoedt dat zij minder verdient dan één of meer van haar mannelijke collega’s? Na implementatie van de Richtlijn heeft vrouw A meerdere middelen om dit vermoeden te toetsen.

Een logische eerste stap is dat vrouw A op grond van art. 7 Richtlijn bij haar werkgever schriftelijk informatie opvraagt over haar individuele beloning en over het naar geslacht uitgesplitste gemiddelde beloningsniveau voor werknemers die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verrichten, in dit geval de vier andere senior accountants uit haar team. Met deze informatie kan vrouw A twee belangrijke vergelijkingen maken: zij kan haar individuele beloning naast de criteria voor vaststelling van de beloning, de beloningsniveaus en de beloningsontwikkeling leggen (art. 6 Richtlijn) en zij kan haar individuele beloning vergelijken met de gemiddelde beloning van mannen en vrouwen binnen haar team. De uitkomst hiervan zou kunnen zijn dat de werkgever de criteria voor vaststelling van de beloning niet juist heeft toegepast en/of dat de beloning van vrouw A achterblijft bij de gemiddelde beloning van haar drie mannelijke teamgenoten. Daarmee is het vermoeden van ongelijke beloning al deels bevestigd.

Daarna kan een logische vervolgstap zijn dat vrouw A – al dan niet in een juridische procedure – aanvullende informatie opvraagt over de beloning van haar mannelijke teamgenoten, bijvoorbeeld via art. 843a Rv. Het is overigens de vraag of dit nodig is – mogelijk is de enkele constatering dat

de beloning van vrouw A achterblijft bij haar drie mannelijke teamgenoten al voldoende om een bewijsvermoeden van ongelijke beloning op te leveren.¹⁴

Voor benadeelde werknemers betekent dit een volledige uitbetaling van het achterstallige loon, inclusief mogelijke wettelijke verhoging en wettelijke rente, alsook compensatie voor immateriële schade

Vas Nunes merkt in dit kader op dat statistiek die ‘in de richting van ongelijke behandeling wijst’ op zichzelf voldoende is om feiten te bewijzen die onderscheid doen vermoeden en dat hetzelfde geldt voor andersoortige algemene gegevens over een organisatie.¹⁵ Vrouw A kan mogelijk een beroep doen op de ‘groepsvergelijkingsmethode’ om de gestelde ongelijke beloning aannemelijk te maken;¹⁶ wij gaan hierna nader in op deze methode.

2. Gevolgen van ongelijke beloning: naar het verleden

2.1 Mogelijke rechtsingangen voor werknemers

Werknemers hebben in de kern twee rechtsingangen voor een claim op gelijke beloning: een klachtprocedure bij het College voor de Rechten van de Mens (het College) en een procedure bij de civiele rechter. Vrouw A uit ons voorbeeld heeft in beginsel een vrije keuze tussen beide rechtsingangen. Beide procedures hebben voor- en nadelen. Een procedure bij het College is laagdrempeliger dan een civiele procedure. De klagende partij hoeft geen griffierecht te betalen en bovendien zijn de bewijsregels minder streng. Op procedures bij het College zijn de regels met betrekking tot bewijsrecht uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing.¹⁷ Het oordeel van het College is weliswaar gezaghebbend, maar niet juridisch bindend.¹⁸ In veel gevallen zullen werkgevers na een oordeel van het College dit oordeel volgen en waar nodig maatregelen nemen, maar hier bestaat geen juridische plicht toe.¹⁹ Het College kan

13 Een *fishing expedition* is onder art. 843a Rv niet toegestaan. Hierom is art. 843a Rv aan strikte eisen gebonden, waaronder de eis dat het inzage-recht slechts bepaalde, concreet aangeduide bescheiden kan betreffen. Hierdoor zal het niet snel mogelijk zijn voor een werknemer om onder art. 843a Rv alle salarisgegevens van collega’s die gelijkwaardige arbeid verrichten in te zien. Het opvragen van informatie die de werkgever verplicht moet bijhouden op grond van de wet (lees: de Richtlijn) is wat ons betreft in de regel geen *fishing expedition*: de werkgever moet deze informatie immers juist (of in ieder geval mede) voor de werknemer bijhouden.

14 Art. 6a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen; art. 7:646 lid 12 BW.

15 P.C. Vas Nunes, *Discriminatie in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 50.

16 Zie bijvoorbeeld: CRM 2023-49.

17 Het College is een zelfstandig bestuursorgaan, ingesteld bij de Wet College voor de rechten van de mens en de opvolger van de Commissie Gelijke Behandeling. Het College volgt in haar onderzoeken de regels uit het Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling en het door het College opgestelde Procesreglement; zie ook: E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling & R. Nehmelman (red.), *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 9.2.5.

18 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 10.

19 Sinds 2020 is in ruim drie van de vier gevallen opvolging gegeven aan het oordeel van het College door het treffen van één of meerdere maatregelen, zie het Jaarverslag van het College van 2022, p. 23.

geen sanctie opleggen aan de werkgever en ook geen schadevergoeding toekennen. Hiervoor zal de klagende partij mogelijk dus (alstublieft) een civiele procedure moeten starten. Daarmee is ook gelijk het grote voordeel van een civiele procedure gegeven. Het oordeel van het College zal in een dergelijke civiele procedure zeker meewegen,²⁰ maar het is geen gegeven dat de civiele rechter het oordeel van het College volgt.²¹ Mogelijke nadelen van een civiele procedure zijn de kosten (griffierechten en advocaatkosten) en de doorgaans lange doorlooptijd.

De werknemer kan afhankelijk van de voorliggende casus bij de civiele rechter meerdere vorderingen instellen. De meest voor de hand liggende vorderingen zijn een verklaring voor recht dat sprake is van verboden onderscheid en/of een schadevergoedingsclaim. Daarnaast kan een werknemer ook nakoming van de gelijkebeloningsvoorschriften en/of een vergoeding voor immateriële schade vorderen.²² Overigens: voorbeelden in de rechtspraak waarin een immateriële schadevergoeding wordt toegekend bij een verboden onderscheid zijn schaars. In de zaken waarin een immateriële schadevergoeding wordt toegekend gaat het veelal om andere vormen van ongelijke behandeling, zoals seksuele intimidatie.²³

Wij focussen in het restant van deze bijdrage op de financiële gevolgen van een succesvolle gelijkebeloningsclaim van een werknemer. Toegespitst op onze casus: wat als vrouw A een civiele procedure start tegen haar werkgever en de rechter concludeert dat inderdaad sprake is van ongelijke beloning tussen mannen en vrouwen? Wat zijn dan de financiële gevolgen hiervan voor de beloning van vrouw A, voor de beloning van de overige vier senior accountants en voor het beloningsbeleid van de werkgever in het algemeen?

2.2 Recht op schadevergoeding

Een benadeelde werknemer heeft recht op schadevergoeding,²⁴ wat op grond van het Nederlandse algemene vermogensrecht zowel vermogensschade als ander nadeel omvat.²⁵ Voor benadeelde werknemers betekent dit een volledige uitbetaling van het achterstallige loon, inclusief mogelijke wettelijke verhoging en wettelijke rente, alsook compensatie voor immateriële schade. De Europese rechtspraak hanteert een vergelijkbare benadering. In de *Marshall*-zaak uit 1993 oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (**Hof van Justitie**) reeds dat art. 18 Richtlijn (EG) 2006/54 (destijds art. 6 van Richtlijn (EG) 76/207) verlangt dat als gevolg van discriminatie geleden schade volledig wordt vergoed, inclusief wettelijke rente.²⁶ De Richtlijn zal op dit punt naar verwachting weinig tot geen wijzigingen inhouden voor de Nederlandse rechtspraak. Art. 16 lid 1 Richtlijn geeft benadeelde werknemers een expliciet recht op volledige compensatie. Deze compensatie omvat de volledige uitbetaling van achterstallig loon, alsook daarmee verband houdende bonussen of betalingen in natura en compensatie voor het verlies van kansen en immateriële schade.²⁷ De compensatie mag niet worden beperkt door een vooraf vastgesteld maximum.²⁸ Dit kan gezien worden als een codificatie van de al bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie en sluit, zoals gezegd, aan bij de Nederlandse rechtspraak.

De Richtlijn voorziet tevens in een verjaringstermijn. Op grond van de Richtlijn moet de verjaringstermijn voor het instellen van vorderingen in het kader van beloningsdiscriminatie ten minste drie jaar bedragen. Onder het huidige Nederlandse recht is de verjaringstermijn vijf jaar na bekendheid met zowel de schade als de opeisbaarheid.²⁹ Deze verjaringstermijn is daarmee al in overeenstemming met de Richtlijn. De Richtlijn geeft lidstaten echter de mogelijkheid om de verjaringstermijn pas te laten ingaan op het moment dat de inbreuk op het beginsel van gelijke beloning is beëindigd.³⁰ Het is op dit moment nog niet

20 Zie voor uitspraken waarin de rechter het oordeel van het College volgde bijv. hof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1512, «JAR» 2019/141, *PJ* 2019/77; rb. Overijssel 26 april 2016, «JAR» 2016/143, m.nt. Vegter; HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, *NJ* 2016/170, m.nt. Heemskerck; «JAR» 2016/41, m.nt. Vegter, *RAR* 2016/38, *PJ* 2016/22, rb. Overijssel 24 februari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:974, en rb. Zeeland-West-Brabant 11 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7819.

21 Zie voor uitspraken waarin de rechter het oordeel van het College niet volgde bijv. rb. Midden-Nederland 4 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1148, «JAR» 2019/106, *RAR* 2019/96; rb. Oost-Brabant 7 februari 2019, «JAR» 2019/64, m.nt. Vegter; hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2123, *PJ* 2018/159; rb. Oost-Brabant 17 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2438, «JAR» 2018/157; rb. Amsterdam 26 januari 2018, «JAR» 2018/39; hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3350; hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4653, «JAR» 2015/309, m.nt. Vegter, en rb. Zwolle-Lelystad 20 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ2961, «JAR» 2011/145, *RAR* 2011/108.

22 Zie bijv.: ktr. Harderwijk 16 december 2009, «JAR» 2010/114; rb. Overijssel 26 april 2016, «JAR» 2016/143, m.nt. Vegter.

23 Zie de uitspraken in voetnoot 21.

24 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*).

25 Art. 6:95 e.v. BW.

26 HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marshall*), punt 26 en 31; HvJ EU 11 oktober 2007, zaak C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601 (*Paquay*), punt 46, en HvJ EU 17 december 2015, zaak C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, *TRA* 2016/29, m.nt. Voogsgaard (*Arjona Camacho/Securitas Seguridad España*).

27 Hiermee implementeert het Hof van Justitie de bestaande lijn in de rechtspraak. Zie hiertoe: HvJ EU 17 december 2015, ECLI:EU:C:2015:831; HvJ EU 2 augustus 1993, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marshall*), punt 26 en 31; HvJ EU 11 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:601 (*Paquay*), punt 46; HvJ EU 17 december 2015, ECLI:EU:C:2015:831 (*Arjona Camacho/Securitas Seguridad España*).

28 Overweging 50 en art. 16 Richtlijn (EU) 2023/970.

29 Art. 3:310 lid 1 BW.

30 In het concept van de Richtlijn uit 2021 was verplicht opgenomen dat de verjaringstermijn niet mocht ingaan voordat de inbreuk op het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen was beëindigd. In de definitieve versie van de Richtlijn is dit slechts nog als mogelijkheid genoemd in overweging 53.

bekend of de Nederlandse wetgever van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

2.3 Schadeberekening

Het uitgangspunt van de te betalen schadevergoeding is hiermee duidelijk: de werkgever dient het volledige achterstallige loon inclusief mogelijke wettelijke verhoging (en wettelijke rente) te betalen. De berekening van de schadevergoeding heeft meer voeten in de aarde. De schadeberekening is namelijk afhankelijk van de vergelijking die de werknemer maakt. De werknemer heeft een keuze tussen twee vergelijkingsmethoden: (i) de in Nederland gebruikelijke maatmensmethode en (ii) de minder bekende groepsvergelijking.

(i) Maatmensmethode

Bij de maatmensmethode wijst de benadeelde werknemer één andere werknemer van het andere geslacht aan die meer verdient dan de benadeelde werknemer en gelijke of gelijkwaardige werkzaamheden verricht. De benadeelde werknemer heeft binnen deze vereisten de vrijheid om te kiezen tussen verschillende collega's die gelijke arbeid verrichten en kan dus de best verdienende collega kiezen. Deze aangewezen werknemer wordt de 'maatmens'. Als de werknemer genoeg feiten en omstandigheden aanvoert om een verboden onderscheid met het salaris van deze maatmens te doen vermoeden, dan zal de bewijslast naar de werkgever omslaan. De werkgever kan bij het voeren van verweer ook de geschiktheid van de maatmens betwisten. Als de werkgever er niet in slaagt om te bewijzen dat geen sprake is van een verboden onderscheid met de maatmens, dan zal het salaris van de aangewezen maatmens als norm worden gebruikt voor de berekening van de schadevergoeding. Dit is zeker niet alleen een theoretisch risico, zo blijkt uit de uitgebreide rechtspraak van met name het College.

Toegepast op onze casus: stel dat het salaris van vrouw A 5% lager is dan het gemiddelde salaris van haar drie mannelijke teamgenoten, maar 8% lager dan het salaris van één van deze drie mannelijke teamgenoten, bijvoorbeeld man E (er is dus ook een salarisverschil tussen de drie mannelijke senior accountants). Vrouw A kan in dat geval man E aanwijzen als maatmens. Als de rechter man E als geschikte maatmens beschouwt – hetgeen gelet op de functie, zelfde werkzaamheden en het aantal dienstjaren in onze casus voor de hand ligt – dan heeft vrouw A in beginsel recht op vergoeding van het verschil van 8% en de wettelijke rente hierover. Vrouw A kan daarbovenop de wettelijke verhoging (inclusief wettelijke rente hierover) en eventueel een immateriële schadevergoeding vorderen.

De maatmensmethode is in de meeste gevallen de gemakkelijkste methode om het loonverschil – en daarmee de schadevergoeding – te berekenen. In veel gevallen weten werknemers het salaris van hun individuele collega's echter niet. In dat geval kan wel een maatmens worden vastgesteld, maar zonder het salaris van deze maatmens kan geen vergelijking worden gemaakt. De Richtlijn lost dit probleem niet op.

Werknemers kunnen op grond van art. 7 Richtlijn het naar geslacht uitgesplitst gemiddelde beloningsniveau opvragen (zie hiervoor), maar dit zegt nog niets over het salaris van de individuele werknemers binnen deze groep werknemers. Een werknemer zal deze informatie onder de Richtlijn nog steeds op andere wijzen moeten verkrijgen, bijvoorbeeld door middel van het al genoemde art. 843a Rv.

(ii) Groepsvergelijkingsmethode

Als alternatief voor de maatmensmethode kunnen werknemers thans al gebruikmaken van de zogeheten 'groepsvergelijkingsmethode'. Bij deze methode wordt de gestelde ongelijke beloning onderbouwd aan de hand van een grotere groep collega's die gelijke of gelijkwaardige werkzaamheden verricht. De groepsvergelijking is logischerwijs een nuttige vergelijkingsmethode als een werknemer niet bekend is met de beloning van individuele collega's, maar wel de gemiddelde beloning van een grotere groep werknemers met gelijkwaardige werkzaamheden weet. De Richtlijn lijkt voor deze methode te zijn ontworpen. Immers: op grond van het al genoemde art. 7 lid 1 Richtlijn dient de werkgever desgevraagd de naar geslacht uitgesplitste gemiddelde beloningsniveaus voor categorieën van werknemers die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verrichten te verstrekken, alsook hoe het individuele beloningsniveau zich daartoe verhoudt. Ook de rapportageplicht uit art. 9 Richtlijn biedt werknemers meer mogelijkheden om middels een groepsvergelijking een hoger loon te vorderen.

Toegepast op onze casus: stel dat vrouw A wél weet dat haar salaris 5% lager ligt dan het gemiddelde salaris van haar drie mannelijke teamgenoten, maar niet dat haar salaris 8% lager ligt dan het salaris van man E. Dan kan zij met een beroep op de groepsvergelijking in ieder geval het verschil van 5% (inclusief wettelijke rente) vorderen. Na implementatie van de Richtlijn zal het voor werknemers aanzienlijk makkelijker worden om dergelijke vorderingen te onderbouwen. Werkgevers kunnen hier ook niet aan ontkomen door de gevraagde informatie over de gemiddelde salarisniveaus per geslacht niet te verstrekken. In dat geval wordt de werkgever immers 'gestraft' voor het niet verstrekken van deze informatie en wordt vermoed dat sprake is van ongelijke beloning. Bovendien kan de werknemer in dat geval de informatie over de gemiddelde salarisniveaus nog steeds opvragen via bijvoorbeeld art. 843a Rv. Zo'n verzoek om informatie heeft naar onze mening kans van slagen, aangezien het specifieke informatie betreft die de werkgever op grond van een wettelijke verplichting moet bijhouden en die juist (mede) bedoeld is voor de eigen werknemers.

3. Gevolgen van ongelijke beloning: naar de toekomst

3.1 Algemeen: mogelijke gevolgen ongelijke beloning

Een werkgever is er met compensatie van de ongelijke beloning naar het verleden nog niet. Daarmee is het loonverschil naar de toekomst toe immers nog niet opgelost.

Om de ongelijke beloning ook naar de toekomst toe op te lossen, zullen aanvullende stappen gezet moeten worden. Dat kan op individueel niveau én op beleidsniveau. Op individueel niveau zal de werkgever ervoor moeten zorgen dat de ongelijk beloonde werknemer in de toekomst dezelfde beloning ontvangt als de ‘maatmens’ of de ‘groep’ waarmee is vergeleken. Dat kan ofwel door de beloning van de ongelijk beloonde werknemer te verhogen (*levelling up*), ofwel door de beloning van de maatmens of de groep te verlagen (*levelling down*). Een succesvolle gelijkebeloningsclaim kan daarnaast reden zijn om het gehele beloningsbeleid nog eens tegen het licht te houden. Hoe kan het immers dat werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten ongelijk worden beloond? Hierna gaan wij kort in op de mogelijkheden die de werkgever heeft om zowel op individueel niveau als op beleidsniveau orde op zaken te stellen.

3.2 Individuele maatregelen: aanpassen van beloning?

3.2.1 Hoofregel: *levelling up*

Allereerst dus het ‘gelijktrekken’ van de beloning van de betreffende werknemers. Dat kan zoals gezegd op twee manieren, waarbij het Hof van Justitie heel duidelijk is over de hoofdregel: een groep of werknemer die ongelijk behandeld is, heeft in beginsel aanspraak op dezelfde beloning als de bevoordeelde groep. Het naar boven toe aanpassen van de beloning van de benadeelde werknemer(s), *levelling up*, is dan ook de norm.³¹ Dat is op zich ook niet verwonderlijk. Neem bijvoorbeeld onze casus: de werkgever heeft in deze casus er zelf voor gekozen om de drie mannelijke accountants gemiddeld 5% meer te betalen dan vrouw A. Waarom zou vrouw A in de toekomst dan geen recht hebben op hetzelfde salaris?

Het naar boven toe aanpassen van de beloning van de benadeelde werknemer(s), *levelling up*, is dan ook de norm

Voor vrouw B in onze casus ligt dit iets ingewikkelder. Hier doet zich de vraag voor of een werkgever ongelijk beloonde werknemers uit eigen beweging naar het hogere, *juiste* beloningsniveau moet tillen. Door het verzoek van vrouw A, gebaseerd op art. 7 Richtlijn, is de werkgever bekend met de naar geslacht uitgesplitste gemiddelde beloningsniveaus voor de groep senior accountants. De werkgever zal er dus ook mee bekend zijn dat het beloningsniveau van vrouw B achterblijft bij haar mannelijke collega’s. Als dit het geval is en ook dit beloningsverschil door de werkgever niet objectief gerechtvaardigd kan worden, menen wij dat

de werkgever vrouw B moet inschalen in het juiste beloningsniveau. Als de werkgever niet overgaat tot herinschaling van vrouw B, maakt hij immers bewust een verboden onderscheid in de beloning. Voor de compensatie naar het verleden ligt dit anders. De compensatie naar het verleden is zowel in de Europese als in de Nederlandse rechtspraak vormgegeven als een schadevergoeding die door de werknemer moet worden gevorderd en dus niet vrijwillig hoeft te worden betaald door de werkgever. Dat laat uiteraard onverlet dat een werkgever wel vrijwillig mag compenseren naar het verleden.

3.2.2 Alternatief: *levelling down*

De hoofdregel van *levelling up* kan in bepaalde situaties flink in de papieren lopen. Stel bijvoorbeeld dat het team van senior accountants uit onze casus uit twintig teamleden bestaat en dat vijf daarvan man zijn en vijftien vrouw. Moet de werkgever in dat geval de beloning van alle vijftien vrouwelijke teamleden verhogen naar het beloningsniveau van de vijf mannelijke teamleden, of mogelijk zelfs naar het beloningsniveau van de meest verdienende mannelijke senior accountant? In beginsel moet dat inderdaad, met dien verstande dat het in zeer uitzonderlijke situaties kan zijn toegestaan om de beloning van de hoger ingeschaalde werknemer te verlagen, *levelling down* dus.³² De werkgever dient zich hierbij aan de reguliere arbeidsrechtelijke regels over (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden te houden. Het spreekt voor zich dat dit een zware toets is. Wij bespreken in deze bijdrage niet alle nuances van de eenzijdige wijzigingsleer,³³ maar volstaan met een aantal gedachten.

Uit de rechtspraak volgt dat een eenzijdige loonsverlaging alleen in uitzonderlijke gevallen kan zijn toegestaan. Toepassing van de hoofdregel van *levelling up* moet dusdanig verstrekkende gevolgen hebben voor de werkgever dat in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd dat hij hiertoe overgaat. Hierbij moet logischerwijs vooral worden gedacht aan zeer verslechterde financiële omstandigheden en/of een naderend faillissement.³⁴ Wij zouden

31 Zie ook HvJ EU 12 december 2002, zaak C-442/00, ECLI:EU:C:2002:752 (*Caballero*); hof Den Haag 17 februari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4715, «JAR» 2006/97; HvJ EU 19 juni 2014, zaak C-501/12, ECLI:EU:C:2014:2005, «JAR» 2014/195 (*Specht*); HvJ EU 9 september 2015, zaak C-20/13, ECLI:EU:C:2015:561, «JAR» 2015/259 (*Unland*).

32 HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, ECLI:EU:C:1994:71, *AB* 1995/53, m.nt. Holtmaat, *TVVS* 1994/72, m.nt. Mok, *NJ* 1995/1 (*Roks*). In de Nederlandse rechtspraak zijn meerdere voorbeelden van *levelling down* te vinden bij seniorenregelingen: hof Arnhem 27 april 2010, «JAR» 2010/143; hof Arnhem-Leeuwarden 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7886, en rb. Oost-Brabant 19 september 2019, ECLI:NL:ROBRB:2019:5295, *Prg.* 2019/276.

33 Voor een overzicht van (rechtspraak over) art. 7:611 en 7:613 BW verwijzen wij naar: S.F. Sagel, ‘Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen 7:611 en 7:613 BW? (I), (II) en (III)’ in: *ArbeidsRecht* 2023/11, *ArbeidsRecht* 2023/16 en *ArbeidsRecht* 2023/22; N. Zekić, ‘All is fair in love and crisis? Loonoffers en goed werknemerschap’, *TAP* 2016/77.

34 Zie bijv.: HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:305, «JAR» 2015/75, m.nt. Loesberg; rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899, *Prg.* 2015/75, *RAR* 2015/69 (V&D); rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:CA0060, «JAR» 2013/116, m.nt. Vogel, *RAR* 2013/117; ktr. Brielle 22 juni 2004, «JAR» 2004/193, m.nt. Vegter; ktr. Maastricht 28 maart 2012, «JAR» 2012/120, en rb. Midden-Nederland 28 december 2011; ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3046.

echter als uitgangspunt willen hanteren dat enkel slechte financiële omstandigheden niet voldoende zijn. Het ‘opplussen’ van de beloning van de ongelijk beloonde werknemer moet de onderneming daadwerkelijk in (financieel) gevaar brengen en/of tot een onhoudbaar beloningssysteem leiden. Hierbij speelt een belangrijke rol dat het loon de belangrijkste en meest primaire arbeidsvoorwaarde is voor de werknemer. Een onmiddellijke en volledige loonverlaging naar het juiste beloningsniveau zal – mede afhankelijk van de totale procentuele verlaging – niet snel als redelijk worden ervaren.³⁵

In de uitzonderlijke gevallen dat een loonsverlaging als gevolg van *levelling down* mogelijk wél is toegestaan, kan de werkgever de kans van slagen onder de eenzijdige wijzigingstoets proberen te vergroten door middel van bijvoorbeeld een overgangperiode, een getrapte afbouw van het salaris³⁶ of een loonfreeze (geen periodieke salarisverhogingen meer tot de beloning gelijk is). Zo heeft de werknemer meer tijd om aan het nieuwe (lagere) salaris te wennen en zijn uitgaven hierop aan te passen. We kunnen echter niet genoeg benadrukken dat deze vorm van *levelling down* alleen in zeer uitzonderlijke gevallen zal zijn toegestaan, óók als de werkgever bovengenoemde ‘verzachtende’ middelen inzet om de klap van de loonsverlaging te verzachten.

3.2.3 Uitstapje: ongelijke beloning bij gelijk geslacht

Nog even terug naar onze casus. Stel dat het accountantskantoor de beloning van vrouw A en vrouw B uiteindelijk met 8% verhoogt en dus op hetzelfde niveau vaststelt als de beloning van de meestverdienende mannelijke senior accountant (man E). Dit zal het geval zijn als man E als maatmens is aangemerkt. Hoe zit het dan met de beloning van man C en man D? Zij verdienen immers ook minder dan man E. In deze casus kunnen zij vervolgens met een beroep op ongelijke beloning dezelfde beloning claimen als vrouw A en vrouw B. Zij verdienen na het verhogen van de beloning van vrouw A en vrouw B immers minder dan een vrouwelijke collega die gelijke of gelijkwaardige arbeid verricht. Dit zet een domino-effect in werking, wat uiteindelijk zal resulteren in gelijke beloning voor alle teamleden.

Dit geldt echter alleen voor de toekomst en niet naar het verleden. Wat als bovendien het team alleen uit mannelijke senior accountants bestaat? Dan kunnen man C en man D geen beroep doen op ongelijke beloning naar geslacht. Als er ook geen andere discriminatiegrond speelt, dan wordt

het een lastig verhaal voor man C en man D. Zij zullen zich in dat geval moeten beroepen op de algemene regel dat gelijk werk gelijk moet worden beloond.³⁷ Deze toets kent een beduidend hogere drempel dan de toets bij gelijke beloning op grond van geslacht. De Richtlijn verandert hier logischerwijs niets aan.

3.3 Herziening beloningsbeleid nodig?

Uit het voorgaande volgt dat een succesvolle gelijkebeloningsclaim veel stof kan doen opwaaien bij een werkgever. Dit kan zoals gezegd ook aanleiding zijn om het beloningsbeleid te evalueren. In onze casus is het beloningsbeleid van het accountantskantoor klaarblijkelijk niet ‘waterdicht’, in die zin dat de beloning van de vijf teamleden niet gelijk is. Dit zou idealiter redenen moeten zijn voor het accountantskantoor om te evalueren of het bestaande beloningsbeleid moet worden aangepast. Om toekomstige gelijkebeloningsclaims te voorkomen, zal een werkgever immers willen nagaan of de ongelijke beloning een geïsoleerd geval betreft, of dat het beloningsbeleid is ingegeven door subjectieve factoren die ruimte laten voor ongelijke beloning. In de eerste plaats is het verstandig om te inventariseren op welke grond de beloning van de teamleden verschillend is vastgesteld. Als daar geen objectieve grond voor was, dan betekent dit de facto dat het beloningsbeleid ongelijke beloning mogelijk maakt en dus zou moeten worden aangepast.

Onze tweede – minder voorzichtige – conclusie is dan ook dat werkgevers er goed aan doen hun beloningsbeleid vóór implementatie van de Richtlijn zorgvuldig te evalueren en waar nodig aan te passen

Hier komt bij dat de Richtlijn scherpere eisen stelt aan het beloningsbeleid dan nu het geval is. Zo mag een werkgever een sollicitant niet vragen naar het loonverleden, dus een belonings- of inschalingsbeleid dat gebaseerd is op het laatstverdiende loon is passé (art. 5 Richtlijn). De criteria voor beloningsvorming en -ontwikkeling dienen bovendien objectief en genderneutraal te zijn (art. 6 lid 1 Richtlijn) en te worden vastgelegd. Ook dit zijn redenen voor een werkgever om het beloningsbeleid de komende periode onder de loep te nemen.

4. Tot slot: hoe nu verder?

Dat brengt ons bij een aantal (voorzichtige) conclusies. Hoewel de implementatie van de Richtlijn nog even op zich laat wachten, is al wel duidelijk dat de Richtlijn grote

35 Zie bijv.: rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:CA0060, «JAR» 2013/166, m.nt. M.P. Vogel, RAR 2013/117 (loonsverlaging van % wegens bedrijfseconomische omstandigheden afgewezen); rb. Rotterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3754, «JAR» 2021/136, RAR 2021/107 (werkgever heeft een zwaarwichtig belang bij het uitstellen loonsverhoging wegens liquiditeitsproblemen) en rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414, RAR 2014/57 (werkgever heeft een zwaarwichtig belang bij trapsgewijze collectieve loonmatiging).

36 Zie bijv.: rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414, RAR 2014/57.

37 HR 8 april 1994, «JAR» 1994/94, Prg. 1994/4081, NJ 1994/704, m.nt. Stein (Agfa/Schoolderman) en HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536, m.nt. Verhulp, SR 2004/31, m.nt. Vegter, «JAR» 2004/68, m.nt. Vegter (Parallel Entry).

gevolgen zal hebben in gelijkebeloningsland. Het zal voor werknemers gemakkelijker worden om te achterhalen of zij ongelijk beloond worden. Dat maakt ook de stap naar de civiele rechter of het College gemakkelijker. Onze eerste voorzichtige conclusie is dan ook dat na implementatie van de Richtlijn waarschijnlijk meer gelijkebeloningsclaims aan de civiele rechter en/of het College zullen worden voorgelegd, althans als werkgevers hun zaakjes tegen die tijd niet goed op orde hebben.

Dat werkgevers er groot belang bij hebben om hun zaakjes – lees: het beloningsbeleid – wél goed op orde te hebben, moge duidelijk zijn. De gevolgen van een succesvolle gelijkebeloningsclaim kunnen groot zijn, zowel naar het verleden als naar de toekomst toe. Dat maakt de door ons gekozen casus duidelijk; het accountantskantoor dient niet alleen het loonverschil van vrouw A naar het verleden toe te compenseren, maar dient naar de toekomst toe bovendien vrouw A én vrouw B hoger in te schalen. Hier ligt een domino-effect op de loer, zeker als de groep werknemers met gelijke of gelijkwaardige arbeid groter is.

Onze tweede – minder voorzichtige – conclusie is dan ook dat werkgevers er goed aan doen hun beloningsbeleid vóór

implementatie van de Richtlijn zorgvuldig te evalueren en waar nodig aan te passen. Gelukkig zien wij in de praktijk dat dit de laatste jaren al steeds meer gebeurt en dat steeds meer werkgevers nuttige stappen zetten om ongelijke beloning zoveel mogelijk te voorkomen dan wel te herstellen. De Richtlijn zal dit proces waarschijnlijk versnellen.

Dit artikel is afgesloten op 23 april 2024.

Over de auteurs



Mr. P. (Phinney) Disseldorp
Advocaat te Amsterdam bij Stibbe.



Mr. F.E. (Fiona) Stewart
Advocaat te Amsterdam bij Stibbe.