

# Gelijke behandeling mannen en vrouwen: beloning versus arbeidsvoorwaarden

## Annotatie bij Hof van Justitie van de EU 4 oktober 2024, ECLI:EU:C:2024:842

mr. P. Disseldorp<sup>1</sup>

Dit arrest van het Europese Hof van Justitie gaat in de kern over de reikwijdte van het beloningsbegrip in Richtlijn 2006/54/EG inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het Hof van Justitie oordeelt dat een forfaitaire onkostenvergoeding kwalificeert als 'beloning'. Het door de Spaanse rechter aangenomen onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de toekenning van deze forfaitaire onkostenvergoeding wordt door het Hof van Justitie niet als een *verboden* onderscheid tussen mannen en vrouwen gezien, omdat geen sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid. Dit oordeel is op zichzelf begrijpelijk en lijkt mij in de gegeven casus juist. De motivering van het Hof van Justitie is echter zeer interessant voor de bredere rechtspraktijk, niet in de eerste plaats omdat het maar de vraag is of deze motivering één-op-één toepasbaar is binnen het Nederlandse gelijke behandelingsrecht.

### 1. Gelijke beloning mannen en vrouwen

Gelijke beloning van mannen en vrouwen is een zeer actueel onderwerp. Ik verwijs onder meer naar de Richtlijn beloningstransparantie die op 17 mei 2023 in het EU-Publicatieblad is verschenen.<sup>2</sup> De Richtlijn beloningstransparantie creëert diverse nieuwe rapportageverplichtingen voor de werkgever en geeft de werknemer bovendien meer handvatten om relevante beloningsinformatie op te vragen bij de werkgever. Het doel van deze maatregelen is om de toepassing van het beginsel van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen te versterken. Ik ga in deze bijdrage niet in op de inhoudelijke voorschriften uit de Richtlijn beloningstransparantie,<sup>3</sup> maar het moge duidelijk zijn dat de Europese wetgever ervoor wil zorgen dat werkgevers nog meer dan nu ervoor zorgen dat mannen en vrouwen gelijk worden beloond voor gelijk werk.

Dat roept automatisch de vraag op wat precies onder 'gelijke beloning' wordt verstaan. Daar geeft Richtlijn 2006/54/EG inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen<sup>4</sup> ("Richtlijn M/V") antwoord op. Artikel 4 Richtlijn M/V bepaalt dat voor gelijke of gelijkwaardige arbeid, elke vorm van directe en indi-

recte discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van beloning moet worden afgeschaft. De 'beloning' is in dat kader in artikel 2 sub e Richtlijn M/V gedefinieerd als 'het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer direct of indirect, uit hoofde van zijn dienstbetrekking, van zijn werkgever ontvangt'. Het Hof van Justitie heeft al meerdere arresten gewezen over de uitleg van deze definitie, en ook het College voor de Rechten van de Mens ("College") heeft zich meermaals uitgelaten over de Nederlandse implementatie van deze definitie in artikel 7 lid 2 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen ("WGBm/v").<sup>5</sup> Het arrest van het Hof van Justitie van 4 oktober 2024 is een nieuwe toevoeging aan deze jurisprudentie, en vormt reden om het beloningsbegrip weer eens onder de loep te nemen. Daartoe schets ik hierna kort de casus die bij het Hof van Justitie voorlag en het oordeel van het Hof van Justitie. Daarna bespreek ik de relevantie van dit oordeel voor de Nederlandse rechtspraktijk, nu en in de toekomst.

1. Phinney Disseldorp is advocaat bij Stibbe.

2. 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 handhavingmechanismen (PbEU 2023, L 132/21).

3. Zie over de (mogelijke) juridische gevolgen van de Richtlijn beloningstransparantie bijvoorbeeld P. Disseldorp &

F.E. Stewart, 'Richtlijn beloningstransparantie: waterval aan gelijkebeloningsclaims aanstaande?', TAP 2024/167.

4. Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (PbEU 2006, L 204/23).

5. Artikel 7 lid 2 WGBm/v bepaalt: "Onder loon als bedoeld in het eerste lid wordt verstaan de vergoeding door de werkgever verschuldigd terzake van diens arbeid."

## 2. Spaanse dagvergoedingen: wel of geen beloning?

De aanleiding voor het arrest van het Hof van Justitie was een discussie tussen een Spaanse vliegmaatschappij en een vakbond over de hoogte van dagelijkse onkostenvergoedingen van piloten en cabinepersoneel. Deze onkostenvergoedingen waren overeengekomen in afzonderlijke cao's voor de piloten en voor het cabinepersoneel en dienden ter dekking van de onkosten (met uitzondering van vervoer en accommodatie) die werden gemaakt tijdens de uitvoering van de werkzaamheden. Van belang is dat het ging om forfaitaire onkostenvergoedingen; de piloten en het cabinepersoneel ontvingen de dagvergoedingen dus ongeacht de daadwerkelijke onkosten die zij maakten. De vakbond achtte de dagvergoedingen een vorm van verboden onderscheid naar geslacht, omdat de dagvergoeding voor piloten (hoofdzakelijk mannen) aanzienlijk hoger was dan de dagvergoeding voor cabinepersoneel (hoofdzakelijk vrouwen).

De Spaanse rechter komt tot dezelfde conclusie. Daartoe acht de Spaanse rechter doorslaggevend dat de dagvergoedingen geen beloning voor specifiek werk vormden en als gevolg daarvan niet als beloning in de zin van de Richtlijn M/V en de Spaanse wetgeving kwalificeren.<sup>6</sup> Dit betekent volgens de Spaanse rechter dat de dagvergoedingen kwalificeren als 'arbeidsvoorwaarden' in de zin van artikel 14 lid 1 sub c Richtlijn M/V. Anders dan in artikel 4 Richtlijn M/V (over 'beloning'), wordt in artikel 14 lid 1 sub c Richtlijn M/V (over 'arbeidsvoorwaarden') niet de voorwaarde gesteld dat sprake moet zijn van 'gelijke of gelijkwaardige arbeid'.<sup>7</sup> De Spaanse rechter concludeert op grond hiervan dat de verschillende waarde van het door piloten en cabinepersoneel verrichtte werk geen rechtvaardiging kan vormen voor het verschil in hoogte van de dagvergoedingen. Ik bespreek hierna of deze conclusie juist is. De Spaanse rechter zat in ieder geval duidelijk met deze conclusie in de maag en richtte zich tot het Hof van Justitie met een prejudiciële vraag. Na herformulering van deze prejudiciële vraag ligt bij het Hof van Justitie uiteindelijk de vraag voor of de dagvergoedingen die worden betaald aan de piloten en het cabinepersoneel "deel uitmaken van hun beloning of,

integendeel, van hun arbeidsvoorwaarden."

## 3. Beloning: een ruim begrip

Het Hof van Justitie is het niet met de Spaanse rechter eens en concludeert dat de dagvergoedingen wel degelijk als 'beloning' in de zin van de Richtlijn M/V kwalificeren. Onder verwijzing naar zijn eerdere jurisprudentie overweegt het Hof van Justitie allereerst dat het beloningsbegrip ruim moet worden uitgelegd en dat niet vereist is dat het door de werkgever betaalde voordeel specifieke arbeid beloont, maar dat volstaat dat de werknemer dit voordeel ontvangt "uit hoofde van zijn dienstbetrekking".<sup>8</sup> Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat de dagvergoedingen bedoeld waren ter compensatie van bepaalde onkosten die gemaakt worden in het kader van de uitoefening van de werkzaamheden. Daarmee kwalificeren de dagvergoedingen volgens het Hof van Justitie als een door de werkgever aan de werknemers verstrekt voordeel uit hoofde van hun dienstbetrekking, en is dus sprake van beloning.

Dit oordeel van het Hof van Justitie past in de bestaande jurisprudentie over het beloningsbegrip. Het Hof van Justitie hanteert een ruim beloningsbegrip. Eerder werden bijvoorbeeld ook ontslaguitkeringen,<sup>9</sup> pensioenuitkeringen<sup>10</sup> en zelfs het recht op bevordering naar een hogere salarisschaal<sup>11</sup> als 'beloning' aangemerkt. Uit deze jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het verband tussen de uit te voeren werkzaamheden en het toe te kennen voordeel niet direct hoeft te zijn. Voldoende lijkt te zijn dat (i) de werkgever, (ii) een voordeel toekent dat (iii) redelijkerwijs verband houdt met de dienstbetrekking. Aan dit laatste causale verband mogen bovendien geen te strenge eisen worden gesteld; een indirect verband is bijvoorbeeld in de regel ook voldoende.<sup>12</sup> Een onderliggende contractuele afspraak is evenmin een constitutief vereiste; ook discretionair toegekende voordelen kunnen als beloning kwalificeren.<sup>13</sup>

Op het eerste gezicht is de Nederlandse implementatie van het beloningsbegrip in artikel 7 lid 2 WGBM/v minder ruim dan het Hof van Justitie voorstaat. Volgens artikel 7 lid 2 WGBM/v wordt onder 'loon' na-

6. Op basis van dit arrest van het Hof van Justitie lijkt het erop dat de Spaanse implementatiewetgeving een belangrijke – zo niet doorslaggevende – rol speelt in het oordeel van de Spaanse rechter. Op grond van deze Spaanse wetgeving wordt een "vergoeding of toelage voor onkosten" die de werknemer maakt "als gevolg van zijn arbeidsactiviteit" niet als loon aangemerkt; zie r.o. 9 van het arrest van het Hof van Justitie.

7. Dit verschil lijkt voort te vloeien uit de Europese regelgeving die gold vóór de Richtlijn M/V. Vóór de Richtlijn M/V was het beginsel van gelijke beloning namelijk neergelegd in een andere richtlijn dan het meer algemene beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zie uitgebreider hierover: P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 371 e.v.

8. Zie in gelijke zin HvJ EG 7 maart 1996, C-278/93, ECLI:EU:C:1996:83 (*Freers en Speckmann*) en HvJ EU 19 september

2018, C-312/17, ECLI:EU:C:2018:734, *EHRC* 2018/233, m.nt. A. Eleveld (*Bedi*).

9. Zie o.a. HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, *NJ* 1992/436 (*Barber*), HvJ EU 24 november 2016, C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897, *NJ* 2017/273, *RvdW* 2017/148, *EHRC* 2017/44, m.nt. M. van den Brink (*Parris*) en HvJ EU 8 mei 2019, C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379, *JAR* 2019/151 en *RAR* 2019/109 (*Praxair MRC*).

10. HvJ EG 25 mei 1971, C-80/70 (*Defrenne I*).

11. HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, *NJ* 1993/171 (*Nimz*).

12. Zie in vergelijkbare zin A-G Sharpston in de conclusie bij HvJ EU 29 mei 2018, C-312/17, ECLI:EU:C:2018:336 (*Bedi*). Hij stelt dat er "een causale component" aanwezig moet zijn, m.i. implicerend dat dit geen direct causaal verband hoeft te zijn.

13. Zie in vergelijkbare zin P.C. Vas Nunes, *Discriminatie in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 97.

melijk verstaan 'de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd terzake van diens arbeid'. Hier wordt op het oog dus wél een verband met de arbeid vereist, terwijl dit volgens het Hof van Justitie uitdrukkelijk geen vereiste is. Hier dient echter niet te zwaar aan te worden getild. Het huidige artikel 7 WGBm/v gold al in de huidige vorm vóór de inwerkingtreding van de Richtlijn M/V. Klaarblijkelijk achtte de Nederlandse wetgever de huidige definitie voldoende in overeenstemming met de Richtlijn M/V. Daar kan gelet op de letterlijke tekst van artikel 7 lid 2 WGBm/v over getwijfeld worden, maar in ieder geval geldt dat Nederlandse rechters de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving richtlijnconform moeten uitleggen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie is dan ook eveneens leidend voor de uitleg van het Nederlandse loonbegrip in artikel 7 lid 2 WGBm/v.

Hoewel het oordeel van het Hof van Justitie dus perfect past in de eerdere jurisprudentie over het beloningsbegrip uit de Richtlijn M/V, sta ik toch wat uitgebreider stil bij de motivering van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie overweegt dat de dagvergoedingen van de piloten en het cabinepersoneel een economisch voordeel zijn omdat deze gelden als "forfaitaire compensatie voor bepaalde onkosten die de werknemer in het kader van de uitvoering van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen wellicht heeft gemaakt".<sup>14</sup> Ik vraag me af wat het Hof van Justitie hiermee bedoelt. Is voldoende dat de werkgever onkosten vergoed die de werknemer (mogelijk) maakt, of is in dit geval het forfaitaire karakter doorslaggevend? In het eerste geval zouden ook pure onkostenvergoedingen – dat wil zeggen een vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten – als 'beloning' gelden. Het College (destijds de Commissie gelijke behandeling ("CGB")) oordeelde in 2002 echter dat een "uitkering ter dekking van werkelijke extra kosten" niet als beloning kwalificeert.<sup>15</sup> Daarbij moet worden opgemerkt dat de bij het College voorliggende onkostenvergoeding ook een zeker forfaitair karakter had. Het ging ook hier om een vooraf vastgestelde vaste vergoeding en dus niet om een vergoeding van kosten op declaratiebasis. Anders dan in de Spaanse casus, was de onkostenvergoeding die bij het College voorlag echter bepaald op basis van een (uitgebreid) onderzoek naar de werkelijke kosten die de werknemer moest maken in de uitoefening van de werkzaamheden. De dagvergoedingen van de piloten en het cabinepersoneel in de Spaanse casus verschilden bovendien substantieel van elkaar, terwijl de te maken kosten hetzelfde waren. Dit laatste lijkt een doorslaggevende factor te zijn geweest voor het Hof van Justitie, omdat hiermee vaststaat dat in ieder geval de piloten *meer* kregen dan een vergoeding van de kosten waarvoor de dagvergoedingen bedoeld

waren.

Wat mij betreft, geldt als uitgangspunt dat een vergoeding van daadwerkelijke onkosten geen vorm van beloning is in de zin van Richtlijn M/V.<sup>16</sup> In dat geval ontbreekt immers het 'voordeelskarakter'. De werknemer gaat er niet op vooruit, maar wordt slechts vergoed in zijn kosten. Het wordt echter onduidelijker bij onkostenvergoedingen die weliswaar zien op specifieke kosten, maar waar niet vaststaat dat deze kosten daadwerkelijk worden gemaakt. Ik denk bijvoorbeeld aan de reiskostenvergoeding voor woon-werkverkeer. Deze vergoeding dient evident ter vergoeding van werkelijke kosten. Wat echter als de werknemer met de fiets naar werk komt en al een fiets heeft? In dat geval maakt de werknemer (onderhoud aan de fiets daargelaten) geen kosten. Als de motivering van het Hof van Justitie wordt gevolgd, dan zou deze reiskostenvergoeding mogelijk een vorm van beloning zijn. Dat gaat mij echter te ver. De motivering van het Hof van Justitie heeft betrekking op de gehele groep werknemers aan wie de dagvergoedingen worden toegekend. Het Hof van Justitie kijkt met andere woorden bewust naar de gehele groep, en niet naar één of meer individuele werknemers. Dat zou ook tot ongewenste uitkomsten kunnen leiden. De zojuist genoemde reiskostenvergoeding kan immers ook worden toegekend aan een werknemer die met de auto of trein naar werk komt. In dat geval worden wel daadwerkelijk kosten gemaakt. Het kan niet zo zijn dat de reiskostenvergoeding in het ene geval wél een vorm van beloning is en in het andere geval niet. Dat zou een vergelijking van de totale beloning tussen verschillende werknemers immers praktisch onmogelijk maken. Bij de kwalificatie van een (forfaitaire) onkostenvergoeding moet dan ook naar de algemene kenmerken van deze vergoeding worden gekeken, en niet naar de wijze waarop een individuele werknemer van deze vergoeding gebruik maakt. Het gaat erom of de onkostenvergoeding in algemene zin beoogt om daadwerkelijke (gespecificeerde) kosten te vergoeden, en niet of een individuele werknemer in de praktijk wel of geen kosten maakt.<sup>17</sup>

#### 4. Beloning versus arbeidsvoorwaarden

Een tweede relevant element uit het voorliggende arrest van het Hof van Justitie is het onderscheid dat het Hof van Justitie maakt tussen 'beloning' enerzijds en 'arbeidsvoorwaarden' anderzijds. Uit de door het Hof van Justitie geherformuleerde prejudiciële vraag blijkt dat het Hof van Justitie een categorisch onderscheid maakt tussen deze twee begrippen. Het is niet voor het eerst dat het Hof van Justitie

14. HvJ EU 4 oktober 2024, C-314/23, ECLI:EU:C:2024:842, r.o. 30 (*Air Nostrum*).

15. CGB 1 januari 2002, oordeel 2002-188.

16. Zie eveneens P.C. Vas Nunes, *Discriminatie in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 96.

17. Zie in vergelijkbare zin, maar dan in het kader van Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog

op het verrichten van diensten (*PbEG* 1997, L 18/1) o.a. HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86, *JAR* 2015/77, m.nt. M.M. Govaert, *RvdW* 2015/506, *TRA* 2015/53, m.nt. N.J. Gundt (*Sähköalojen ammattiliitto*) en HvJ EU 8 juli 2021, C-428/19, ECLI:EU:C:2021:548, *JAR* 2021/243, m.nt. E.J.A. Franssen, *RAR* 2021/134 en *RvdW* 2021/1143 (*Rapidsped*).

dit onderscheid maakt. Vas Nunes wees op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van vóór 2006<sup>18</sup> – dus vóór inwerkingtreding van de Richtlijn M/V – al op dit onderscheid.<sup>19</sup> Hij noemt dit door het Hof van Justitie gemaakte onderscheid de ‘of/of-doctrine’: iets is *of* een vorm van ‘beloning’, *of* een arbeidsvoorwaarde. Vas Nunes maakte hierbij het voorbehoud dat hij niet weet of het Hof van Justitie deze ‘of/of-doctrine’ ook onder de Richtlijn M/V nog aanhoudt.

Dat voorbehoud lijkt nu niet meer nodig; het Hof van Justitie is op dit punt wat mij betreft kristalhelder. Na geconcludeerd te hebben dat de dagvergoedingen voor de piloten en het cabinepersoneel wel degelijk als ‘beloning’ kwalificeren, concludeert het Hof van Justitie vervolgens dat piloten en cabinepersoneel evident geen werk van gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten en dat dus geen sprake is van indirecte discriminatie op grond van geslacht in de zin van de Richtlijn M/V.<sup>20</sup> Uit die motivering volgt onomstotelijk dat het Hof van Justitie nog steeds een categorisch onderscheid maakt tussen ‘beloning’ en ‘arbeidsvoorwaarden’. Als dat niet zo zijn geweest, dan had het Hof van Justitie namelijk ook moeten onderzoeken of sprake was van ongelijke behandeling in de zin van artikel 14 Richtlijn M/V.

De vervolgvraag is dan of het onderscheid tussen ‘beloning’ en ‘arbeidsvoorwaarden’ praktische betekenis heeft. Bij het beantwoorden van die vraag is het belangrijk om de Europese en de Nederlandse invalshoek scherp uit elkaar te houden. Vanuit Europees perspectief ben ik geneigd om te zeggen dat het onderscheid tussen ‘beloning’ en ‘arbeidsvoorwaarden’ zeker relevant is. Dat volgt in feite al uit het arrest van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie komt vrij gemakkelijk tot de conclusie dat piloten en cabinepersoneel geen gelijkwaardige arbeid verrichten, en daarmee staat volgens het Hof van Justitie vast dat geen sprake is van een verboden onderscheid naar beloning. Het Hof van Justitie komt dus niet toe aan een eventuele objectieve rechtvaardiging van het onderscheid naar geslacht. Deze strenge leer is niet nieuw: het Hof van Justitie oordeelde in eerdere arresten eveneens dat geen sprake is van een verboden vorm van ongelijke beloning als niet aan de mi-

nimumvoorwaarde van ‘gelijke of gelijkwaardige arbeid’ is voldaan.<sup>21</sup>

Het is zeer de vraag of het Hof van Justitie zich er net zo gemakkelijk vanaf had kunnen maken als sprake was geweest van een ‘arbeidsvoorwaarde’ in de zin van artikel 14 Richtlijn M/V. Op basis van bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt dat niet zo te zijn. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de ‘Nederlandse’ Lommers-zaak uit 2002.<sup>22</sup> In deze zaak moest het Hof van Justitie oordelen over door het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij ter beschikking gestelde (en deels vergoede) kinderopvangplaatsen. Het ministerie bood deze kinderopvangplaatsen met voorrang aan vrouwelijke werknemers aan. Lommers – een man – was het daar niet mee eens en meende dat sprake was van een verboden onderscheid naar geslacht. Het Hof van Justitie concludeert in deze zaak allereerst dat de kinderopvangplaatsen kwalificeren als een ‘arbeidsvoorwaarde’ en niet als ‘beloning’.<sup>23</sup> Vervolgens concludeert het Hof van Justitie *in algemene zin* dat de situaties van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor doeleinden van de opvangregeling vergelijkbaar waren. In beide gevallen waren de werknemers moeder respectievelijk vader van jonge kinderen en konden zij dus gedwongen zijn om zich op kinderopvang te beroepen.<sup>24</sup> Het Hof van Justitie rept daarbij met geen woord over de gelijkwaardigheid van de arbeid van de werknemers in kwestie. Als de kinderopvangplaatsen als ‘beloning’ zouden kwalificeren, dan had Lommers zich echter moeten vergelijken met een vrouwelijke werknemer die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichtte. Het Hof van Justitie hanteert dus een verschillend toetsingskader voor ‘beloning’ en voor ‘arbeidsvoorwaarden’.<sup>25</sup>

In Nederland wordt de soep niet zo heet gegeten. De Nederlandse wetgeving volgt in principe de Europese tweedeling tussen gelijke beloning (artikelen 7-9 WGBm/v) en gelijke behandeling (artikel 7:646 BW). Deze tweedeling heeft in de Nederlandse jurisprudentie echter nauwelijks praktische betekenis. De beloning wordt beschouwd als één van de arbeidsvoorwaarden als genoemd in artikel 7:646

18. Zie o.a. HvJ EG 16 februari 1982, C-19/81, ECLI:EU:C:1982:58, NJ 1983/455 (*Burton*), HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, NJ 1997/80, HvJ EG 9 september 1999, C-281/97, ECLI:EU:C:1999:396 (*Krüger*) en HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183, JAR 2002/119 (*Lommers/LNV*).

19. P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 371 e.v.

20. HvJ EU 4 oktober 2024, C-314/23, ECLI:EU:C:2024:842, r.o. 42 en r.o. 43 (*Air Nostrum*).

21. Zie o.a. HvJ EG 28 september 1994, C-200/91, ECLI:EU:C:1994:348, JAR 1994/235, NJ 1995/383 (*Coloroll*), HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241, JAR 1999/132 (*Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*) en (hoewel minder expliciet) HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, JAR 2001/159 (*Brunnhofner*). Zie uitgebreider over (o.a.) deze jurisprudentie: P.C. Vas Nunes, ‘Gelijke beloning: een verkenning aan de hand van het Brunnhofer-arrest’, *ArA* 2002/13.

22. HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183, JAR 2002/119 (*Lommers/LNV*).

23. Het Hof van Justitie acht daartoe ogenschijnlijk doorslaggevend dat de kinderopvangplaatsen primair als doel hadden om ervoor te zorgen dat de werknemer kon blijven werken en dus niet als compensatie voor opvangkosten. Ik kan deze redenering volgen, maar merk op dat een andere conclusie naar mijn mening ook mogelijk was geweest. Het ministerie vergoedde namelijk een deel van de opvangkosten, hetgeen – zeker tegen de achtergrond van de ruime uitleg van het beloningsbegrip uit de Richtlijn M/V – toch ook als een kennelijk economisch voordeel bestempeld kon worden.

24. HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183, JAR 2002/119, r.o. 30 (*Lommers/LNV*).

25. Zie voor een vergelijkbare conclusie (onder verwijzing naar relevante arresten van het Hof van Justitie): P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 375-378.

BW.<sup>26</sup> Zowel het College als de Nederlandse rechter toetsen bij een gelijke beloningsclaim niet alleen aan de artikelen 7-9 WGBm/v, maar ook aan artikel 7:646 BW.<sup>27</sup> Concreet betekent dit dat als een werknemer geen andere werknemer kan aanwijzen die 'gelijke of gelijkwaardige arbeid' (vgl. artikel 7 lid 1 WGBm/v) verricht, daarmee anders dan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie de kous niet gelijk af is. De werknemer kan in dat geval terugvallen op de zogeheten statische methode (ook wel de groepsvergelijking). Dat betekent dat de werknemer stelt dat het criterium (of: één van de criteria) aan de hand waarvan de ter discussie staande arbeidsvoorwaarde wordt toegekend onderscheid naar geslacht maakt.<sup>28</sup> Toegespitst op de casus van de Spaanse dagvergoedingen: het criterium op grond waarvan de hoogte van de dagvergoedingen wordt bepaald – te weten de functie – maakt onderscheid naar geslacht omdat hierdoor gemiddeld vaker vrouwen dan mannen worden benadeeld. De eis van 'gelijke of gelijkwaardige arbeid' speelt hier geen rol.<sup>29</sup> Dat wil overigens niet zeggen dat de aard van de te verrichten arbeid helemaal geen rol speelt; bij de eventuele rechtvaardiging van een onderscheid naar geslacht kan dit uiteraard nog steeds een (grote) rol spelen.

De conclusie is dus dat de Nederlandse wetgeving op dit punt verstrekkender – dat wil zeggen: werknemersvriendelijker – lijkt te zijn dan de Europese wetgeving. Ik meen net als Vas Nunes dat dit een goede zaak is.<sup>30</sup> Het onderscheid tussen 'beloning' en 'arbeidsvoorwaarden' voelt gemaakt en kan bovendien tot vreemde uitkomsten leiden (zie het voorbeeld van de reiskostenvergoeding hiervoor). De Richtlijn M/V laat bovendien expliciet de ruimte voor een verstrekkendere nationale norm.<sup>31</sup>

## 5. Gelijke of gelijkwaardige arbeid

Ik sta tot slot nog kort stil bij de invulling van het begrip 'gelijke of gelijkwaardige arbeid'. Dit begrip is

nu al één van de kernbegrippen van het gelijke beloningsrecht en de relevantie van dit begrip zal in de toekomst alleen maar toenemen. Onder de Richtlijn beloningstransparantie worden werkgevers verplicht om een beloningsevaluatie uit te voeren voor alle groepen werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.<sup>32</sup> Anders verwoord: werkgevers moeten voor het gehele personeelsbestand vaststellen welke werknemers gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, en voor al deze groepen vaststellen in hoeverre de beloning van mannen en vrouwen verschilt.

Helaas is het in de praktijk niet altijd makkelijk om vast te stellen welke arbeid precies van gelijke waarde is. Dat geldt des te meer als er geen cao met vaste functieschalen en -treden geldt. De werkgever kan dan niet aansluiten bij een cao-brede functiewaardering,<sup>33</sup> maar dient zelf voor elke functie vast te stellen hoeveel de te verrichten arbeid 'waard' is en hoe dit zich verhoudt tot andere functies. De jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt wel enige richting. Deze jurisprudentie wordt samengevat in de overwegingen van de Richtlijn beloningstransparantie.<sup>34</sup> De waarde van arbeid dient op basis van objectieve criteria te worden vastgesteld, waarbij onder meer onderwijsvereisten, beroepsvereisten, opleidingsvereisten, vaardigheden, inspanningen, verantwoordelijkheid en arbeidsomstandigheden een rol (kunnen) spelen. Verder geldt dat bij de waarde van arbeid ook een vergelijking met (oud-)werknemers van een *andere* werkgever mogelijk is, mits de beloningsvoorwaarden uit dezelfde bron voortvloeien (bijvoorbeeld dezelfde cao).<sup>35</sup>

Hoewel deze samenvatting van de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie nuttig is, erkent de Europese wetgever dat deze jurisprudentie nog niet voldoende concreet en duidelijk is voor werkgevers.<sup>36</sup> De relevantie van bepaalde factoren kan immers verschillen per specifieke functie. De Richtlijn beloningstransparantie beoogt op dit punt meer

26. Dit volgt expliciet uit de bewoordingen van artikel 7 WGBm/v, waarin wordt verwezen naar artikel 7:646 BW: "Bij de toepassing van artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt voor de vergelijking van de in dat artikel bedoelde arbeidsvoorwaarden (...)."

27. Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP3748, JAR 2011/71 m.nt. T. van den Berge, Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3844, TRA 2013/16, m.nt. M.S.A. Vegter, Prg. 2013/37 en JAR 2013/13, Rb. Overijssel 21 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:590, JAR 2022/77, m.nt. P.C. Vas Nunes en Prg. 2022/137 en CRM 15 augustus 2022, oordeel 2022-91. In de laatste twee genoemde zaken trad ik als advocaat van de werkgever op.

28. Zie uitgebreid over de statistische methode P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 261 e.v.

29. Zie in vergelijkbare zin o.a. Koopmans in 2002: HR 12 april 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD9119, NJ 2002/411, m.nt. T. Koopmans.

30. P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 379.

31. Zie artikel 27 lid 1 Richtlijn M/V.

32. Zie in het bijzonder artikel 9 en artikel 10 Richtlijn beloningstransparantie. Bij de beloningsrapportage en de

eventuele beloningsevaluatie wordt aangesloten bij 'categorieën van werknemers'. Een 'categorie van werknemers' bestaat volgens de definitie in artikel 1 uit werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.

33. Dat wil uiteraard niet zeggen dat een cao-brede functiewaardering per definitie juist is; onder de Richtlijn beloningstransparantie zullen werkgevers – al dan niet via de sociale partners – moeten vaststellen of het functiegebouw in de cao wel voldoet aan de in de Richtlijn beloningstransparantie gestelde eisen.

34. 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 handhavingmechanismen (*PbEU* 2023, L132/21), overweging 26 t/m 29.

35. HvJ EG 17 september 2002, C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498, JAR 2002/262 (*Lawrence*).

36. 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 handhavingmechanismen (*PbEU* 2023, L 132/21), overwegingen 11, 16 en 20.

duidelijkheid en daarmee rechtszekerheid te bieden. Daartoe wordt als startpunt wettelijk vastgelegd welke factoren de werkgever moet meenemen bij het waarderen van arbeid. De vier factoren die in ieder geval moeten worden meegewogen zijn de vaardigheden (inclusief *soft skills*), inspanningen, verantwoordelijkheid en arbeidsomstandigheden.<sup>37</sup> Dit geeft meer richting voor werkgevers, maar laat nog steeds veel vragen onbeantwoord. Het zijn bijvoorbeeld nog steeds vier relatief brede factoren, waarbinnen bovendien meerdere omstandigheden een rol kunnen spelen. Daarnaast kunnen ook andere factoren van belang zijn én zegt de Richtlijn beloningstransparantie niets over de onderlinge weging van alle relevante factoren. De Europese wetgever heeft voor ogen dat de lidstaten aan de hand van deze algemene uitgangspunten een nadere duiding geven van de wijze waarop de waarde van arbeid

moet worden vastgesteld. Aan de lidstaten wordt de expliciete opdracht gegeven om analyse-instrumenten en -methoden beschikbaar te stellen die werkgevers en sociale partners "in staat stellen om gemakkelijk genderneutrale systemen voor functiewaardering en -indeling in te voeren en te gebruiken".<sup>38</sup>

De bal ligt nu dus bij de Nederlandse wetgever. Op het moment van afronden van dit artikel is het (concept) wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn beloningstransparantie nog niet openbaar gemaakt. Het is dus afwachten op welke wijze de Nederlandse wetgever beoogt om het begrip 'gelijke of gelijkwaardige arbeid' te verduidelijken. De verwachting van de Europese wetgever dat het 'gemakkelijk' wordt om de waarde van arbeid vast te stellen, is waarschijnlijk te voorbarig. Een nadere duiding kan echter alleen maar worden toegejuicht!

37. Artikel 4 lid 4 Richtlijn beloningstransparantie.

38. Artikel 4 lid 2 Richtlijn beloningstransparantie.