

Vergaderjaar 2020–2021

35 157

Voorstel van wet van de leden Ploumen, Özütok, Jasper van Dijk en Van Brenk 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)

Nr. 4

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 29 mei 2019 (W12.19.0064/III) en de reactie van de initiatiefnemer d.d. 5 oktober 2020, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 7 maart 2019 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Ploumen, Özütok, Jasper van Dijk en Van Brenk 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), met memorie van toelichting.

Het initiatiefvoorstel voegt aan de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen een aantal nieuwe voorschriften en instrumenten toe om de ongelijke beloning van vrouwen en mannen effectiever tegen te gaan. Onder meer moeten ondernemers¹ met meer dan 50 werknemers over een certificaat beschikken waaruit blijkt dat zij vrouwen en mannen voor gelijke arbeid gelijk belonen. Ook wordt aangenomen dat ten aanzien van een werknemer in diens nadeel onderscheid in loon wordt gemaakt als de ondernemer niet over het vereiste certificaat beschikt. Verder krijgt de werknemer het recht op inzage in de geanonimiseerde loongegevens van andere werknemers die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten.

De Afdeling advisering van de Raad van State is met de initiatiefnemers van oordeel dat het ongewenst is dat er ongelijke beloning van vrouwen en mannen plaatsvindt, en dat het treffen van nadere maatregelen kan bijdragen om dit probleem aan te pakken. Zij plaatst echter een aantal kanttekeningen bij de voorgenoemde maatregelen. Zo heeft zij bezwaren tegen het certificeringsstelsel in de voorgestelde vorm, die naar het

¹ Waaronder ook het bevoegd gezag van overheidsdiensten begrepen is.

oordeel van de Afdeling niet haalbaar is. Daarnaast plaatst de Afdeling vraagtekens bij de uitvoerbaarheid ervan en heeft zij bezwaren tegen het niveau van regelgeving waarvoor is gekozen. Bovendien is nader onderzoek naar de administratieve lasten en uitvoeringslasten en de privacyaspecten van de verschillende voorgestelde nieuwe instrumenten nodig. Verder dient het voorstel nog te voorzien in een aantal belangrijke materiële normen, onder meer wat de vormgeving van het zelfstandige bestuursorgaan betreft.

Mede gelet op deze opmerkingen dient te worden overwogen om in het voorstel een keuze te maken voor een beperkt aantal nieuwe instrumenten en voorschriften – te beginnen bij de minst ingrijpende – en daar nadere uitwerking aan te bieden en ervaring mee op te doen. De Afdeling adviseert het voorstel niet in behandeling te nemen tenzij het is aangepast.

De initiatiefnemers hebben met belangstelling kennis genomen van het grondige advies van de Afdeling advisering van de Raad van State. Zij stellen met instemming vast, dat de Afdeling van oordeel is dat er ongelijke beloning van vrouwen en mannen plaatsvindt, en dat het treffen van nadere maatregelen kan bijdragen om dit probleem aan te pakken.

Ook stellen zij vast dat de Afdeling kritische kanttekeningen plaatst bij het certificeringsstelsel, de uitvoerbaarheid ervan, en het gekozen niveau van regelgeving. Onderzoek naar de administratieve lasten en uitvoeringslasten en de privacyaspecten van de verschillende voorgestelde nieuwe instrumenten acht de Afdeling nodig. Ook dient het voorstel nog te worden voorzien van materiële normen, onder meer wat de vormgeving van het ZBO betreft.

De Afdeling advisering van de Raad van State meent, dat gelet op het bovenstaande, overwogen moet worden om in het voorstel een keuze te maken voor een beperkt aantal nieuwe instrumenten en voorschriften, te beginnen met de minst ingrijpende, en daar nadere uitwerking aan te bieden en ervaring mee op te doen.

De initiatiefnemers hebben de adviezen van de Afdeling ter harte genomen. Zij hebben het wetsvoorstel aangepast en denken daarmee de bezwaren van de Afdeling te hebben weggenomen. In het navolgende geven de initiatiefnemers hun reactie op de door de Afdeling aangegeven aandachtspunten. De voorgestelde wijzigingen zoals beschreven in de reactie, zijn verwerkt in het aangepaste wetsvoorstel.

1. Aanleiding en inhoud initiatiefvoorstel

De initiatiefnemers constateren dat vrouwen nog altijd minder verdienen dan mannen voor gelijkwaardige arbeid.² Het beloningsverschil tussen mannen en vrouwen is een hardnekkig fenomeen dat zich niet eenvoudig laat verklaren.³ Hoewel het bieden van ongelijk loon voor arbeid van gelijke waarde verboden is, wordt er onvoldoende vooruitgang geboekt in het terugbrengen van het beloningsverschil. Volgens de initiatiefnemers biedt het huidige wettelijke instrumentarium onvoldoende mogelijkheden om ongelijke beloning daadwerkelijk tegen te gaan.⁴ Voor werknemers is het, volgens de toelichting, moeilijk om feiten aan te dragen waaruit

² Toelichting, paragrafen 1 t/m 3.

³ In paragraaf 2 van dit advies wordt nader uitgelegd wat uit verschillende onderzoeken naar het beloningsverschil is gebleken.

⁴ Het kan hierbij gaan om klachtenprocedures, zoals die bij het College voor de Rechten van de Mens, of de mogelijkheid om via de rechter naleving af te dwingen.

loondiscriminatie blijkt. Het voorstel introduceert daarom een aantal nieuwe verplichtingen en instrumenten waarmee wordt bewerkstelligd dat het individuele probleem van de werknemer verschuift naar de werkgever.

Het voorstel bevat in het bijzonder de volgende voorschriften en instrumenten.

Ten eerste krijgt de Minister van SZW de wettelijke taak om het parlement elke twee jaar te informeren over de ontwikkelingen in de beloning van mannen en vrouwen, over de verwachtingen daarover, de aantallen overtredingen en opgelegde sancties, en over de te nemen maatregelen om beloningsverschillen te verkleinen.⁵ Daarnaast wordt ten aanzien van ondernemers met ten minste 50 werknemers vastgelegd, respectievelijk voorgeschreven:

- Een informatieverplichting voor ondernemers over gelijke beloning en bijbehorend beleid:
Ondernemers dienen in het bestuursverslag informatie te bieden over de bestaande verschillen in loon tussen werknemers die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten,⁶ en dienen daarbij aan te geven op welke wijze zij de verschillen in loon ongedaan zullen maken.
- Een recht op inzage in loongegevens van collega's:
Ondernemers dienen op verzoek van een werknemer inzage te geven in de geanonimiseerde loongegevens van andere werknemers die arbeid verrichten van (nagenoeg) gelijke waarde.⁷
- Een certificeringsstelsel:
Ondernemers worden verplicht om elke drie jaar een certificaat aan te vragen waaruit blijkt of er sprake is van gelijke beloning van mannen en vrouwen die arbeid verrichten van (nagenoeg) gelijke waarde.⁸ De ondernemer levert geanonimiseerde gegevens aan bij een certificeringsinstelling die over de aanvraag beslist.⁹ In een openbaar register worden meldingen gedaan over de verlening van certificaten aan de onderzochte ondernemingen.¹⁰ Het initiatiefvoorstel bepaalt daarnaast dat, wanneer een werknemer meent dat in diens nadeel een onderscheid in loon is gemaakt en de ondernemer niet in het bezit is van een certificaat, vermoed wordt dat ten nadele van de werknemer onderscheid in loon is gemaakt.¹¹

De hiervoor genoemde maatregelen gelden voor ondernemers met minimaal 50 werknemers. Voor het aantal van 50 personen is aangesloten bij de verplichting voor een ondernemer om een ondernemingsraad in te stellen, zoals geregeld in de Wet op de ondernemingsraden.¹² Daarmee blijven ondernemers met minder dan 50 werknemers buiten de werksfeer van de hiervoor genoemde maatregelen. Het ligt voor de hand om nader toe te lichten of en zo ja hoe voor deze ondernemers gewaarborgd wordt dat de maatstaf van gelijke beloning in acht wordt genomen.

De initiatiefnemers zijn van mening dat voor kleine ondernemingen met minder dan 50 werknemers twee aspecten van belang zijn om deze groep ondernemers vooralsnog niet de formele verplichting uit de wet op te leggen. Bij een onderneming met een kleinere omvang is de kans dat

⁵ Voorgesteld artikel 11g.

⁶ Voorgesteld artikel 11a.

⁷ Voorgesteld artikel 11c.

⁸ Voorgesteld artikel 10.

⁹ Uit de toelichting blijkt dat de verlening of weigering van een certificaat wordt aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁰ Voorgesteld artikel 11, tweede lid.

¹¹ Voorgesteld artikel 6a, tweede lid.

¹² Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel H.

loongegevens herleidbaarheid zijn naar individuele werknemers groter dan bij een onderneming groter dan 50 werknemers. Dit raakt aan de privacy-aspecten van de individuele werknemers. Hoewel dit niet hoeft te gelden in die ondernemingen waar een ondernemingsraad op vrijwillige basis is ingesteld en waar er dus mogelijkheden zijn om de ondernemingsraad te betrekken bij de gelijke beloning zonder dat dit direct de privacy van de individuele werknemers raakt, zien de initiatiefnemers op dit moment nog geen ruimte om de wet van toepassing te laten zijn op ondernemers met minder dan 50 werknemers. Mede de bijkomende administratieve en financiële lasten voor kleinere ondernemingen relatief groter dan voor grotere ondernemingen. Uiteraard streven de initiatiefnemers naar gelijke beloning ongeacht de omvang van een onderneming en verwachten dat de ervaringen van grotere ondernemingen het op de langere termijn eenvoudiger maken voor kleinere ondernemingen gelijke beloning door te voeren.

Verder wordt bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld (kunnen) worden over een aantal andere onderwerpen. Zo wordt nog nader bepaald welke gegevens de ondernemer bij de certificeringsinstelling moet aanleveren.¹³ Ook kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld worden over het door de certificeringsinstelling te ontwikkelen toetsingskader.¹⁴

De Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt als toezichthouder aangewezen, en wordt bevoegd om certificaten te schorsen of in te trekken. De Inspectie is tevens bevoegd bestuurlijke boetes op te leggen als overtredingen van de bepalingen van het nieuwe hoofdstuk van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen worden begaan.¹⁵ Op overtredingen – die onder meer bestaan in het niet beschikken over een certificaat¹⁶ – worden boetes opgelegd van maximaal € 83.000.¹⁷ De boete wordt verdubbeld als de ondernemer na vijf jaar voor een tweede maal in overtreding is, en verviervoudigd als blijkt dat na nogmaals vijf jaar voor de derde keer een overtreding is begaan.

2. De problematiek van het beloningsverschil

In discussies over (gelijke) beloning van mannen en vrouwen is het van belang om eerst af te bakenen welke problematiek wordt bedoeld. Er worden in dit kader verschillende begrippen gehanteerd, die van elkaar moeten worden onderscheiden.

a. Verschillende begrippen en onderzoeken

Ongecorrigeerd beloningsverschil

Het ongecorrigeerde beloningsverschil is een niet-normatief economisch begrip. Dit wordt bepaald door het gemiddelde uurloon van de mannelijke en de vrouwelijke beroepsbevolking uit te rekenen en te vergelijken. Uit onderzoek van het CBS blijkt dat er in 2016 een ongecorrigeerd beloningsverschil was tussen mannen en vrouwen van 8 procent bij de overheid en

¹³ Voorgesteld artikel 10, vijfde lid, onderdeel a.

¹⁴ Voorgesteld artikel 11, derde lid. Volgens artikel 11, eerste lid, ontwikkelt de certificeringsinstelling een onafhankelijk, transparant en toegankelijk toetsingskader.

¹⁵ Voorgestelde artikelen 11d t/m 11f.

¹⁶ Ook het niet naleven van de verplichting om informatie te verschaffen in het bestuursverslag, het inzage geven in de loongegevens en het behandelen van een klacht van een werknemer vormen overtredingen volgens het voorgestelde artikel 11d.

¹⁷ Aangesloten wordt bij het bedrag van de vijfde categorie bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht.

19 procent bij het bedrijfsleven.¹⁸ Dit loonverschil kan in belangrijke mate worden verklaard door bestaande verschillen in objectieve achtergrondkenmerken van vrouwen en mannen op de arbeidsmarkt, zoals opleiding en werkervaring, de sector waarin iemand werkt en het functieniveau. Wat betreft het beloningsverschil zijn ook gegevens van de Europese Commissie voorhanden. Uit cijfers van Eurostat uit 2016 blijkt dat Nederland net onder het gemiddelde beloningsverschil van 16,3 procent in de Europese economie valt.¹⁹

Gecorrigeerd beloningsverschil

Als bij het meten van de loonverschillen met bovengenoemde achtergrondkenmerken van vrouwen en mannen rekening wordt gehouden, dan wordt dat het gecorrigeerd beloningsverschil genoemd. Volgens het onderzoek van het CBS resteerde er in 2016 een gecorrigeerd beloningsverschil van 5 procent bij de overheid, en 7 procent bij het bedrijfsleven. Dit verschil is niet verklaarbaar op grond van objectieve achtergrondkenmerken.

Dit resterende «onverklaarde loonverschil» tussen vrouwen en mannen geeft volgens het CBS een voorzichtige indicatie van het bestaan van ongelijk loon voor gelijkwaardige arbeid. In hoeverre feitelijk sprake is van beloningsdiscriminatie, is op basis van het onderzoek van het CBS niet te zeggen, aldus het CBS.²⁰

Beloningsongelijkheid

Beloningsongelijkheid – beloningsonderscheid ofwel beloningsdiscriminatie – is een juridisch begrip en is normatief. Dit begrip houdt in dat er tussen mannen en vrouwen sprake is van een beloningsverschil voor gelijkwaardig werk dat niet gerechtvaardigd kan worden. Zoals ook in de toelichting op het initiatiefvoorstel is opgenomen, is ongelijke beloning van mannen en vrouwen verboden op grond van verschillende nationale en internationale regels.²¹

Onderzoeken College voor de Rechten van de Mens

Het College voor de Rechten van de Mens heeft een aantal loononderzoeken gedaan waarbij op microniveau, in bepaalde organisaties, is onderzocht in hoeverre sprake is van risico op beloningsonderscheid en welke mechanismen dat risico doen ontstaan. Het gaat om drie onderzoeken die in de periode van 2011 tot 2017 zijn gedaan bij algemene ziekenhuizen,²² hogescholen²³ en verzekeraars.²⁴ Bij deze onderzoeken is gekeken naar bepaalde functieniveaus of functiegroepen en is een salarisvergelijking gemaakt tussen werknemers die gelijkwaardige functies vervullen. Er is met behulp van dossieronderzoek een parenanalyse gemaakt (de lonen van een mannelijke en een vrouwelijke werknemer die arbeid van gelijke waarde verrichten zijn met elkaar

¹⁸ CBS, Monitor loonverschillen mannen en vrouwen, 2016, november 2018, p. 4.

¹⁹ Europese Commissie, «De loonkloof tussen mannen en vrouwen in Nederland», november 2018.

²⁰ CBS, Monitor loonverschillen mannen en vrouwen, 2016, november 2018, p. 6–7.

²¹ Zie onder meer artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek, artikel 157 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, en Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, PbEU 2006, L 204.

²² College voor de Rechten van de Mens, Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij de algemene ziekenhuizen in Nederland, 2011.

²³ College voor de Rechten van de Mens, Verdient een man meer? Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij hogescholen, 2016.

²⁴ College voor de Rechten van de Mens, Gelijke beloning verzekerd? Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij verzekeringsorganisaties, 2017.

vergeleken). Uit deze onderzoeken is naar voren gekomen dat werkgevers bepaalde criteria toepassen (zogenoemde niet-neutrale beloningsmaatstaven) die tot beloningsonderscheid kunnen leiden. Voorbeelden van deze niet-neutrale maatstaven zijn salarisonderhandeling, salarisgaranties of aansluiting bij laatst verdiende salaris. Het hanteren van dergelijke niet-neutrale maatstaven is evenwel niet per definitie discriminatoir.

Wel bestaat bij het toepassen van niet-neutrale maatstaven een reële kans dan wel het risico op beloningsongelijkheid. In hoeverre het hanteren van een niet-neutrale maatstaf daadwerkelijk tot beloningsongelijkheid leidt, vergt echter onderzoek op individueel (dossier)niveau. Het College constateert in genoemde onderzoeken dat werkgevers niet de intentie hadden om ongelijk te belonen.

b. Afbakening van de problematiek van het voorliggende initiatiefvoorstel

Volgens de initiatiefnemers bieden de huidige wetsartikelen onvoldoende mogelijkheden om beloningsongelijkheid tegen te gaan. In de toelichting wordt vermeld dat loondiscriminatie op grond van wetgeving al decennialang is verboden, maar nog steeds voorkomt. Initiatiefnemers willen met het voorstel extra mogelijkheden bieden om loondiscriminatie tegen te gaan en te bestraffen.²⁵ Hieruit leidt de Afdeling af dat initiatiefnemers de beloningsongelijkheid (beloningsdiscriminatie) zoals hierboven gedefinieerd, willen aanpakken.

3. Proportionaliteit van de verschillende instrumenten uit het initiatiefvoorstel

De Afdeling onderkent het belang beloningsongelijkheid aan te pakken. Uit onderzoeken, die in de vorige paragraaf aan de orde zijn gekomen, komt deze problematiek ook naar voren. De Afdeling is met de initiatiefnemers van oordeel dat het ongewenst is dat vrouwen in vergelijking met mannen voor hetzelfde of soortgelijk werk minder worden betaald. Het treffen van maatregelen waarmee het beloningsverschil tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers transparanter wordt zou kunnen bijdragen aan de bestrijding van de beloningsongelijkheid tussen mannen en vrouwen.²⁶ Het initiatiefvoorstel introduceert diverse nieuwe maatregelen om het beloningsonderscheid aan te pakken. Het betreft de introductie van een informatieverplichting voor ondernemers over gelijke beloning, het recht van werknemers op inzage in loongegevens en bijbehorend beleid, én de introductie van een certificeringsverplichting met daaraan gekoppeld een bewijsvermoeden van ongelijke beloning als de ondernemer niet over een certificaat beschikt.

De Afdeling heeft bezwaren tegen het certificeringsstelsel in zijn huidige vorm (paragraaf 4). Ook maakt zij opmerkingen over privacyaspecten (paragraaf 5) en over de mogelijkheid voor een ondernemer om tegenbewijs te leveren (paragraaf 6). Daarnaast heeft zij bezwaren tegen het voorstel omdat belangrijke materiële normen nog niet in dit voorstel zijn opgenomen, onder meer wat het zelfstandige bestuursorgaan betreft (paragraaf 7).

²⁵ Toelichting, paragraaf 3, vierde tekstblok.

²⁶ Zie Aanbeveling 2014/124/EU van de Commissie van 7 maart 2014, Het beginsel van ongelijke beloning voor mannen en vrouwen versterken door transparantie, PbEU 2014, L 69, overweging 8 en punt 2, en het Verslag over de tenuitvoerlegging van deze aanbeveling, COM(2017) 671, paragraaf 4.

De Afdeling adviseert, gelet op deze verschillende opmerkingen en bezwaren, een beperking aan te brengen van de te introduceren maatregelen om de beloningsongelijkheid tegen te gaan en daar nadere uitwerking aan te bieden. Gelet op het verschil in zwaarte van de voorgestelde maatregelen geeft de Afdeling uit het oogpunt van proportionaliteit de initiatiefnemers in overweging om niet alle voorgestelde maatregelen te introduceren, maar te volstaan met lichtere maatregelen (zoals een informatieverplichting voor ondernemers, het recht op inzage in loongegevens). Zoals uit het hiernavolgende onder paragraaf 4 blijkt is de voorgestelde maatregel van certificering het meest ingrijpend en roept veel vragen op. De Afdeling is van oordeel dat certificering in deze vorm niet haalbaar is, omdat het zeer arbeidsintensieve onderzoeken vergt. Het is ondoenlijk om dergelijke onderzoeken verplicht door ondernemingen (met 50 en meer werknemers) of door de certificerende instelling te laten verrichten.

Bovendien ontbreekt momenteel nog praktijkervaring in Nederland met een certificeringsstelsel op dit terrein. Daarom zou het te overwegen zijn om eerst te bevorderen dat enkele grotere ondernemingen hiermee beginnen. Aldus kan certificering zich op dit gebied in de praktijk bewijzen en kan aan de hand van praktische ervaringen een systeem worden ontwikkeld dat een goede balans vindt tussen het wegnemen van beloningsonderscheid enerzijds en het vermijden van een te zware administratieve belasting anderzijds. Tevens kan indien dit succesvol is, een draagvlak ontstaan om certificering vervolgens in meer ondernemingen te gaan toepassen.²⁷

4. Certificeringsstelsel

De Afdeling constateert dat het certificeringsstelsel de meest ingrijpende maatregel van het wetsvoorstel vormt. Dit instrument legt bij ondernemers een grote verantwoordelijkheid om beloningsongelijkheid te voorkomen en tegen te gaan. Bij het niet naleven van die verplichting kunnen bovendien aanzienlijke boetes volgen. Verschillende criteria zijn niet ingevuld, waaronder de door de certificeringsinstelling te hanteren toetsingsstandaarden en de te verstrekken loongegevens. Bovendien wordt de bewijslast in verdergaande mate verschoven naar de werkgever dan nu het geval is. In de huidige wet is sprake van een verlichte bewijslast voor de werknemer zodra feiten worden aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.²⁸ Gelet op deze aspecten heeft de Afdeling verschillende opmerkingen over het voorgestelde certificeringsstelsel.

a. Betekenis van het certificaat

Allereerst is de vraag wat de betekenis is van het certificaat: vormt het een bewijs dat bij de betreffende onderneming geen sprake is van beloningsongelijkheid? Volgens het wetsvoorstel dient een onderneming met ten minste 50 werknemers in het bezit te zijn van een certificaat waaruit blijkt dat is voldaan aan de voorschriften, gesteld bij of krachtens dit hoofdstuk.²⁹ De toelichting vermeldt dat «indien de ondernemer voldoet aan de standaard, [dan] krijgt de ondernemer een certificaat als

²⁷ Onlangs heeft een grote onderneming (pensioenuitvoerder APG) naar aanleiding van intern onderzoek de beloning van vrouwen op hetzelfde niveau gebracht als die van mannen met vergelijkbare functies, ervaring en dienstjaren. Zie <https://www.apg.nl/nl/artikel/APG-gaat-vrouwelijke-medewerkers-gelijk-belonen/1086>.

²⁸ Zie artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek. De ondernemer moet dan bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.

²⁹ Voorgesteld artikel 10, eerste lid.

bewijs dat vrouwen en mannen gelijk betaald krijgen.»³⁰ Uitgaande van de wettekst en de toelichting vestigt het certificaat een – al dan niet weerlegbaar – bewijsvermoeden dat binnen een onderneming geen beloningsongelijkheid plaatsvindt.

De Afdeling wijst er op dat zeer arbeidsintensieve onderzoeken nodig zijn om met zekerheid te kunnen vaststellen of sprake is van beloningsongelijkheid. Alle gehanteerde beloningsmaatstaven ten aanzien van vrouwelijke en mannelijke werknemers moeten in kaart worden gebracht, en onderzocht dient te worden of deze maatstaven in het concrete geval van elke individuele werknemer ten opzichte van vergelijkbare werknemers op niet discriminerende wijze zijn toegepast.³¹ Dit vergt zeer arbeidsintensieve onderzoeken, vergelijkbaar met bovengenoemde drie loononderzoeken van het College voor de Rechten van de Mens. Om een voorbeeld te geven: in zijn laatste loononderzoek over verzekeringsorganisaties heeft het College 76 individuele personeelsdossiers binnen de betreffende organisaties diepgaand onderzocht aan de hand van de methode van paarsgewijze vergelijkingen. Hieruit is een gecorrigeerd beloningsverschil naar voren gekomen en is geconstateerd dat verschillende niet-neutrale factoren zijn toegepast die een risico op beloningsongelijkheid met zich brengen. Dat daadwerkelijk sprake is van beloningsongelijkheid, ofwel beloningsdiscriminatie, is hiermee echter nog steeds niet vastgesteld. Dat kan eerst nadat in een concreet geval bij de relevante individuele personen is vastgesteld dat de wijze waarop niet-neutrale maatstaven³² zijn toegepast ten opzichte van hen al dan niet discriminatoir heeft uitgewerkt.

Het is ondoenlijk om dergelijke zeer arbeidsintensieve onderzoeken door ondernemingen (met 50 en meer werknemers) of door de certificerende instelling verplicht te laten verrichten (het betreft 16.800 ondernemingen). Gelet hierop is de voorgestelde maatstaf in het wetsvoorstel voor de verlening van het certificaat – het vaststellen van belonings(on)gelijkheid – niet haalbaar.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het wetsvoorstel aan te passen.

De Afdeling geeft aan dat er nog geen praktijkervaring is opgedaan in Nederland. Dat is correct, maar er is wel al veel praktijkervaring in IJsland. Deze wet is nadrukkelijk geïnspireerd op de wet in IJsland. De wet gelijke beloning in IJsland is weer gebaseerd op het Equal Pay standaard. In IJsland is begonnen bij een aantal grote bedrijven en is in tien jaar de standaard te ontwikkelen om de «weging» van functie en de bijbehorende beloning in kaart te brengen.

De Afdeling constateert dat het certificeringsstelsel de meest ingrijpende maatregel van het wetsvoorstel vormt en dit instrument bij ondernemers een grote verantwoordelijkheid afdwingt om beloningsongelijkheid te voorkomen en tegen te gaan. Ondernemers hebben op basis van de huidige wet- en regelgeving ook al de verplichting en de verantwoordelijkheid om beloningsongelijkheid te voorkomen en tegen te gaan. Op dit moment blijkt de bestaande wet- en regelgeving onvoldoende om die verplichting na te komen. Vandaar dat de initiatiefnemers met dit wetsvoorstel komen.

³⁰ Toelichting, paragraaf 4.

³¹ Zie ook het advies van het College voor de Rechten van de Mens van 8 mei 2018, punt 2.2 Certificering bedrijven.

³² De belangrijkste niet-neutrale maatstaven zijn salarisgaranties, salarisonderhandeling en aansluiting bij laatste verdiende salaris.

De initiatiefnemers begrijpen heel goed wat de Afdeling schrijft. Het invoeren van een certificeringsstelsel is een ingrijpende maatregel. Toch achten de initiatiefnemers dit geoorloofd gezien de onwenselijkheid en hardnekkigheid van ongelijke beloning. Zij nemen het advies van de Afdeling ter harte en hebben het wetsvoorstel aangepast.

De ontwikkeling van een standaard is een proces. Het begint met een basale standaard. Hierbij zal een proces ontwikkeld worden op basis van de berekening van het beloningsverschil zoals ook het CBS dat doet. Op termijn kan dit model nader ontwikkeld worden tot een verfijnder model, zoals bij de arbeidsintensieve onderzoeken en loonberekeningen die door het College van de Rechten van Mensen zijn uitgevoerd om te kunnen bepalen of er sprake was van ongelijke beloning.

De initiatiefnemers volgen het advies van de Afdeling om voor het onderdeel verplichte certificering in het wetsvoorstel te starten bij ondernemingen, organisaties en overheidsinstellingen met meer dan 250 werknemers. In 2019 zijn er 3.285 bedrijven met meer dan 250 werknemers.³³ Op basis van de ervaringen met het model kan met ondernemingen bekeken worden hoe het model doorontwikkeld kan worden. Een goed moment hiervoor is bij de evaluatie van de wet na drie jaar. Op dat moment kan worden gezien in welke fase de ontwikkeling van een standaard zich bevindt. En kan worden bepaald op welke termijn de ontwikkelde standaard bruikbaar is voor ondernemingen met minder werknemers.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

b. Delegatie en ontbreken van materiële normen en bevoegdheden

Een aantal belangrijke normen voor het certificeringsstelsel wordt niet in dit voorstel geregeld, maar zal in lagere regelgeving worden vastgesteld. Voorgesteld wordt om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te leggen aan welke voorschriften moet worden voldaan om een certificaat te verkrijgen.³⁴ Ook worden de gronden waarop afgifte van een certificaat kan worden geweigerd dan wel een afgegeven certificaat kan worden geschorst of ingetrokken ingevuld bij algemene maatregel van bestuur.³⁵ Daarnaast zal de aangewezen certificeringsinstelling binnen de door de algemene maatregel van bestuur gestelde voorwaarden een onafhankelijk, transparant en toegankelijk toetsingskader moeten ontwikkelen op basis waarvan de certificering plaatsvindt.³⁶

De Afdeling merkt op dat bij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en lagere regelgeving de wet zelf tenminste de hoofdelementen van de regeling moet bevatten.³⁷ Dat geldt te meer, omdat het hier gaat om voorschriften die met bestuurlijke boetes worden gehandhaafd. Voorschriften inzake sancties van bestuursrechtelijke aard dienen zoveel mogelijk in de wet in formele zin te worden opgenomen.³⁸ Ook gelet op het doel dat de wetgever beoogt te bereiken met dit voorstel – het tegengaan van ongelijke beloning – is van belang dat bij formele wet duidelijk wordt gemaakt welke essentiële materiële normen daarvoor zullen gelden. Het voorstel voldoet niet aan deze uitgangspunten.

³³ CBS: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81588NED/table?ts=1516356753135>.

³⁴ Voorgesteld artikel 10, eerste lid.

³⁵ Voorgesteld artikel 10, vijfde lid.

³⁶ Voorgesteld artikel 11, eerste lid. Het voorgestelde artikel 11, derde lid, bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over het toetsingskader.

³⁷ Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³⁸ Aanwijzing 2.21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Daarnaast acht de Afdeling het bezwaarlijk dat in het voorstel geen eisen worden gesteld aan de aan te wijzen certificeringsinstelling. Het voorstel bevat geen grondslag om nadere regels te stellen over waarborgen met het oog op onafhankelijkheid en deskundigheid. De Afdeling wijst erop dat er grote gevolgen worden verbonden aan de toetsing die deze certificeringsinstellingen zullen uitvoeren. Het is, mede gelet daarop, wenselijk dat de wetgever deze nadere normering in het voorstel opneemt.

De Afdeling adviseert in het voorstel nadere uitwerking te geven van de voorgaande essentiële normen die aan het certificeringsstelsel worden gesteld.

c. Administratieve lasten en uitvoeringslasten

De verplichting tot certificering zal, anders dan de initiatiefnemers veronderstellen, forse administratieve lasten met zich brengen voor de ondernemer en aanzienlijke uitvoeringslasten voor de certificeringsinstellingen. Dit blijkt al zodra wordt gelet op de gegevens die de ondernemer moet aanleveren en de beoordeling die de certificeringsinstelling vervolgens zal moeten uitvoeren. De ondernemer moet genderspecifieke informatie aanleveren over de werkervaring, de omvang van de aanstelling in uren per week, het opleidingsniveau en het functieniveau conform de functie-indeling bij de onderneming van de verschillende werknemers.³⁹ Volgens het College voor de Rechten van de Mens vergt dit «een uiteenrafeling van alle beloningsmaatstaven en onderzoek of deze maatstaven (bijvoorbeeld werkervaring, goede prestaties etc.) gelijkelijk zijn toegepast. Dit is een intensief onderzoek en vergt waarschijnlijk te veel van individuele werkgevers».⁴⁰

Om te bepalen of sprake is van beloningsverschil tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers op basis van deze (en mogelijk ook andere) factoren, zal de certificeringsinstelling uitgebreid onderzoek moeten doen naar de omstandigheden waaronder de verschillende individuele werknemers zijn beloond, zoals ook in het advies van het College voor de Rechten van de Mens wordt opgemerkt.⁴¹ Dit vergt veel tijd en brengt financiële lasten met zich. Volgens de toelichting zijn er 16.800 ondernemers met 50 of meer werknemers in Nederland die gecertificeerd zouden dienen te worden.⁴² Van zulke administratieve lasten zou in de toelichting rekenschap moeten worden gegeven. Het ligt in de rede dat de Adviescommissie Toetsing en Regeldruk (ATR) om advies over een dergelijk stelsel wordt gevraagd.

De Afdeling adviseert, gelet op het voorgaande, nader onderzoek te doen naar de administratieve en uitvoeringslasten van het voorgestelde certificeringsstelsel, om advies te vragen aan de ATR en het wetsvoorstel aan te passen.

De initiatiefnemers hebben met aandacht de analyse in het advies van de Afdeling met betrekking tot administratieve last gelezen. Zij zijn ervan overtuigd dat de gegevens die de werkgever moet aanleveren, grotendeels al beschikbaar zijn in de personeelsadministratie.

³⁹ Toelichting, paragraaf 7.

⁴⁰ Internetconsultatie Wet gelijke beloning van mannen en vrouwen, mei 2018.

⁴¹ Advies van het College voor de Rechten van de Mens van 8 mei 2018, punt 2.2 Certificering bedrijven.

⁴² Toelichting, paragraaf 5.

Desalniettemin hebben de initiatiefnemers begrip voor de kritiek van de Raad van State dat het vooral voor kleinere werkgevers een belasting kan zijn. Met name de informatie over werkervaring staat niet standaard in de personeelssystemen. Daarom hebben zij het advies om het wetsvoorstel aan te passen van de Afdeling ter harte genomen.

Zoals eerder beschreven zal het onderdeel verplichte certificering in het wetsvoorstel alleen gelden voor ondernemingen, organisaties en overheidsinstellingen met meer dan 250 werknemers. Hierdoor worden kleinere organisaties ontlast.

Wat betreft de opmerking van het College voor de Rechten van de Mens, erkennen de initiatiefnemers dat het ondoenlijk zou zijn om van ondernemingen te vragen ook een uiteenrafeling van alle beloningsmaatstaven en onderzoek te doen of deze maatstaven (bijvoorbeeld werkervaring, goede prestaties etc.) gelijkelijk zijn toegepast. Het is nadrukkelijk de bedoeling om in het model objectieve standaardgegevens op te nemen, zoals functieniveau conform het arbeidscontract en hoogst behaalde diploma. De ontwikkeling van het model begint met basale gegevens die werkgevers in hun personeelsadministratie beschikbaar hebben. De certificeringsinstelling zal samen met het CBS met behulp van gegevens op bedrijfstakniveau een macro model ontwikkelen.

De gegevens die nodig zijn voor de certificering dienen doorgaans in de personeelsadministratie aanwezig te zijn. Zeker voor grote ondernemingen zal deze informatie beschikbaar zijn:

- Gender van een werknemer.
- Omvang van de aanstelling in uren per week: dit is opgenomen in de loonadministratie.
- Opleidingsniveau: hierbij geldt de hoogst afgemaakte opleiding.
- Functieniveau conform de functie-indeling bij de onderneming van de verschillende werknemers: dit staat in het arbeidscontract en doorgaans de personeelsadministratie en het loongebouw.

De informatieverplichting voor ondernemers over gelijke beloning en bijbehorend beleid voor ondernemingen met ten minste 50 werknemers, blijft van kracht. Ondernemingen en organisaties met 50 of meer medewerkers moeten een ondernemingsraad (OR) hebben. Ondernemers dienen in het bestuursverslag informatie te bieden over de bestaande verschillen in loon tussen werknemers die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten, en dienen daarbij aan te geven op welke wijze zij de verschillen in loon ongedaan zullen maken. De OR kan dan controleren en adviseren over wat er gebeurt om ongelijke beloning tegen te gaan.

Uiteraard is de bedoeling dat gelijke beloning voor alle werknemers gaat gelden. De initiatiefnemers willen het certificaat waaruit blijkt of er sprake is van gelijke beloning van mannen en vrouwen die arbeid verrichten van (nagenoeg) gelijke waarde, dan ook op termijn uitbreiden naar een grotere groep organisaties. Daarom wordt bij de evaluatie van de wet na drie jaar, onderzoek gedaan naar het uitbreiden van het wetsvoorstel naar ondernemingen met minder werknemers.

5. Informatieverplichting in bestuursverslag en recht van inzage in loongegevens

In vergelijking met het voorgestelde certificeringsstelsel, vormen de voorgestelde maatregelen om ondernemingen te verplichten informatie te bieden over de beloningsongelijkheid en werknemers het recht op inzage in loongegevens te bieden, minder ingrijpende instrumenten. Het geven van inzage in de loongegevens van werknemers die arbeid van

(nagenoeg) gelijke waarde verrichten en de verplichting om informatie in het bestuursverslag op te nemen zouden ertoe kunnen bijdragen dat een werknemer beter in staat wordt gesteld een discriminatieklacht in te dienen bij de nationale rechter, en de transparantie binnen de onderneming over beloningsverschillen kunnen vergroten.⁴³ Aldus kan daarmee een bijdrage worden geleverd aan het tegengaan van de beloningsongelijkheid. Over deze maatregelen plaats de Afdeling de volgende opmerkingen.

a. Nadere uitwerking van de verplichtingen en administratieve lasten

De Afdeling merkt op dat het voorstel en de toelichting niet nader bepalen welke loongegevens op verzoek van de werknemer precies moeten worden gepubliceerd. Ook voor de verplichting voor ondernemers om informatie over het beloningsverschil kenbaar te maken geldt dat nog niet helder is welke gegevens de ondernemer dan moet publiceren.

Ook hierbij geldt dat inzichtelijk moet worden gemaakt welke administratieve en uitvoeringslasten aan deze instrumenten zijn verbonden. Verwacht kan worden dat de naleving van de verplichtingen om inzage te geven in loongegevens en informatie te bieden over de beloningsongelijkheid en het bijbehorende beleid, administratieve lasten voor ondernemers oplevert. Een ondernemer zal immers (mogelijk) nog nadere inventarisaties moeten maken naar de precieze omstandigheden waaronder hij zijn werknemers heeft beloond, en in dat opzicht zal hij verschillende vergelijkingen moeten uitvoeren naar de beloning van vrouwelijke en mannelijke werknemers.

De Afdeling adviseert, gelet hierop, nader te specificeren welke verplichtingen op ondernemers worden gelegd, en om over deze twee instrumenten eveneens advies te vragen aan de ATR.

De initiatiefnemers danken de Afdeling voor de positieve woorden over de informatieverplichting in bestuursverslag en recht van inzage in loongegevens. De initiatiefnemers zijn het met de Afdeling eens dat een werknemer hierdoor beter in staat wordt gesteld een discriminatieklacht in te dienen bij de nationale rechter, en de transparantie binnen de onderneming over beloningsverschillen wordt vergroot.

De initiatiefnemers begrijpen dat de administratieve lasten mogelijk hoog kunnen zijn voor ondernemingen wanneer zij in het bestuursverslag informatie moeten opnemen over de bestaande verschillen in loon tussen werknemers die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten. Zoals immers bij de certificering geconstateerd, is het een langer proces waarmee een standaard moet worden ontwikkeld om loonverschillen te kunnen aantonen. Zij hebben het advies van de Afdeling vertaald in de volgende wijzigingen:

- Ondernemingen met tenminste 50 werknemers (die een ondernemingsraad hebben), moeten ten minste eenmaal per jaar aan de ondernemingsraad informatie verstrekken over de beloningsverhouding tussen mannen en vrouwen binnen dezelfde functiegroep,
- Ondernemingen die volgens de wet (Burgerlijk Wetboek) verplicht zijn een jaarverslag te publiceren worden verplicht om cijfers over de beloningsverhouding tussen mannen en vrouwen op te nemen in hun bestuursverslag.

⁴³ Vergelijk Aanbeveling 2014/124/EU van de Commissie van 7 maart 2014, Het beginsel van ongelijke beloning voor mannen en vrouwen versterken door transparantie, PbEU 2014, L 69, overwegingen 16 en 17.

Het gaat hierbij om «comply or explain»: voldoe of leg uit. De onderneming moet informatie verstrekking over de niet-gecorrigeerde beloningsverhoudingen, dus enkel het verschil in beloning tussen mannen en vrouwen in eenzelfde functiegroep. Als deze verhouding scheef is, moeten ze toelichten wat (mogelijke) verklaringen zijn.

Op dit moment heeft de ondernemingsraad bevoegdheden met betrekking tot de beloningsverhoudingen in de onderneming. Dit betreft de verschillen tussen de beloning van het bestuur en werknemers, de verhouding tussen de hoogste en de laagste beloning. Analoot hieraan kan de ondernemingsraad de bevoegdheid krijgen, mede in het kader van artikel 28, derde lid, van de Wet op de ondernemingsraden, die de ondernemingsraad de bevoegdheid geeft tot bevorderen van gelijke behandeling, inzicht te krijgen in de beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen werkzaam binnen de onderneming. Indien er sprake is van ongelijke beloning gaat de informatie omtrent de beloningsverschillen gepaard met een plan van aanpak om deze beloningsverschillen tegen te gaan tenzij de werkgever een rechtvaardigingsgrond voor de beloningsverschillen kan aanvoeren.

De aan te leveren beloningsverhouding tussen mannen en vrouwen binnen dezelfde functiegroep is dus gebaseerd op basale informatie. De enige gegevens die daarvoor nodig zijn, zijn

- gender
- functiegroep
- belastbaar inkomen

Ervaring, opleiding en overige factoren mogen buiten beschouwing gelaten worden. Dat beperkt de administratieve last van werkgevers. Het is de bedoeling dat Ondernemingsraden het gesprek aangaan met de werkgever over de beloningsverschillen, mogelijke verklaringen en maatregelen om verschillen tegen te gaan.

b. Privacy van werknemers

Bij de vormgeving van het recht op inzage in loongegevens dient aandacht te worden besteed aan de bescherming van het recht op persoonsgegevens.

De Afdeling merkt op dat de verplichting om inzage te geven in de loongegevens van werknemers alleen voor ondernemers geldt die 50 of meer werknemers in dienst hebben. De reden hiervoor is dat in kleine ondernemingen geanonimiseerde gegevens snel herleidbaar kunnen zijn naar specifieke personen, aldus de toelichting.⁴⁴ De initiatiefnemers gaan er kennelijk van uit dat bij ondernemingen van 50 werknemers of meer zodanig inzage mogelijk is in geanonimiseerde gegevens, dat gewaarborgd is dat deze niet (direct of indirect) tot een persoon herleidbaar zijn.⁴⁵ Dat hangt echter af van de hoeveelheid vergelijkbare functies en de aard van de verschaftte gegevens. In sommige gevallen zullen de verstrekte gegevens derhalve indirect herleidbaar zijn tot een persoon.

⁴⁴ Artikelsgewijze toelichting op het voorgestelde artikel 11c.

⁴⁵ In dit verband wordt verwezen naar Duitse wetgeving. Daar geldt ook een recht op inzage, maar er zijn enkele waarborgen genomen om te voorkomen dat er een inbreuk in het privé leven ontstaat. Zo geldt het recht op inzage alleen in het gemiddelde loon van werknemers van het andere geslacht binnen de onderneming die (nagenoeg) hetzelfde werk verrichten. Verder is deze verplichting alleen voor werkgevers met meer dan 200 werknemers. Bovendien wordt alleen inzage gegeven als het aantal werknemers met (nagenoeg) gelijke arbeid zes of hoger is.

Zodra loonggegevens die ter inzage worden gegeven herleidbaar zijn tot een persoon, is sprake van een beperking van het recht op de bescherming van het privéleven.⁴⁶ Een dergelijke beperking kan gerechtvaardigd zijn indien is voldaan aan een aantal vereisten: de inbreuk moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en er moet voldaan zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daarnaast moet zijn voldaan aan de eisen van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), omdat sprake is van de verwerking van persoonsgegevens.⁴⁷ De verwerking moet rechtmatig zijn (er moet een grondslag zijn) en voor een welbepaalde, en uitdrukkelijk omschreven doeleinden plaatsvinden.⁴⁸ Ook vereist de AVG dat passende technische en organisatorische maatregelen worden genomen om beveiliging van de verwerking te waarborgen.⁴⁹

In de toelichting ontbreekt een toetsing aan deze eisen.

Hiernaast wijst de Afdeling op het vereiste uit de AVG dat de Autoriteit Persoonsgegevens geraadpleegd moet worden bij het opstellen van wetgeving waarin sprake is van verwerking van persoonsgegevens.⁵⁰

De Afdeling adviseert, gelet op het voorgaande, om de Autoriteit Persoonsgegevens te raadplegen, de toelichting aan te vullen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Zoals hierboven aangegeven is de informatieplicht aangepast en geldt deze enkel voor ondernemingen met tenminste 50 werknemers. Zij moeten rapporteren aan de ondernemingsraad over beloningsverschillen en informatie over beloningsverschillen opnemen in het jaarverslag, mits zij deze verplicht moeten publiceren.

Leden van ondernemingsraden hebben een plicht vertrouwelijk met gegevens om te gaan. Publicatie in het jaarverslag gaat enkel over de conclusie met betrekking tot verschillen, niet per aparte functiegroep. Daarmee is de privacy van individuele werknemers geborgd en zien de initiatiefnemers geen directe aanleiding voor nader advies van de Autoriteit Persoonsgegevens.

6. Mogelijkheid tegenbewijs wederpartij

Het wetsvoorstel wijzigt de formulering van het huidige artikel 6a Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen.⁵¹ De reden voor deze aanpassing is volgens de toelichting om de formulering te moderniseren. Het wetsvoorstel verandert inhoudelijk niets aan het huidige artikel 6a van de wet, aldus de toelichting.⁵²

De Afdeling stelt vast dat een zinsnede uit het huidige artikel 6a is geschrapt waardoor de aanpassing niet louter cosmetisch is, maar inhoudelijk van aard. Het huidige artikel 6a regelt de verlichte bewijslast en luidt als volgt:

⁴⁶ Artikel 8 EVRM, artikelen 7 en 8 Handvest Grondrechten van de Europese Unie en artikel 10 Grondwet.

⁴⁷ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 94/46/EG, PbEU 2016, L 119 (AVG). Volgens artikel 4, onderdeel 1, AVG zijn «persoonsgegevens» alle gegevens aan de hand waarvan een natuurlijke persoon direct of indirect kan worden geïdentificeerd.

⁴⁸ Artikelen 5 en 6 AVG.

⁴⁹ Artikel 32 AVG.

⁵⁰ Artikel 36, vierde lid, AVG.

⁵¹ Voorgesteld artikel 6a, eerste lid.

⁵² Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel C.

«Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.» Deze laatste zinsnede keert niet meer terug in de formulering van het wetsvoorstel.

De Afdeling acht het van belang dat de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren door de ondernemer expliciet in de wet wordt opgenomen. Hierdoor wordt recht gedaan aan de processuele belangen van de wederpartij en de mogelijkheden zich tegen de vordering te verweren. Deze bewijslastverdeling met de mogelijkheid van tegenbewijs van de wederpartij volgde uit Richtlijn 97/80/EG.⁵³ Ter implementatie van deze richtlijn is niet alleen artikel 6a Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen destijds aangepast, maar ook artikel 7:646 BW. De huidige formulering is eveneens opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling.⁵⁴ De expliciete regeling van de mogelijkheid van tegenbewijs geldt niet alleen voor de verlichte bewijslastverschuiving, maar ook voor de zwaardere bewijslastverschuiving van het voorgestelde artikel 6a, tweede lid, wetsvoorstel.

De Afdeling adviseert om artikel 6a van het wetsvoorstel overeenkomstig het voorgaande aan te passen.

De initiatiefnemers hebben kennis genomen van het advies van de Afdeling en het artikel overeenkomstig aangepast.

7. Vormgeving van het zelfstandige bestuursorgaan

Uit de toelichting op het voorstel blijkt dat een onafhankelijke instelling met de status van zelfstandig bestuursorgaan (zbo) in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet) wordt ingesteld om de certificaten aan ondernemers te verlenen.⁵⁵ Deze zal een onafhankelijk, transparant en toegankelijk toetsingskader moeten ontwikkelen op basis waarvan de certificering plaatsvindt.⁵⁶ Indien aan ondernemers geen certificaat wordt verleend, kunnen bestuurlijke boetes worden opgelegd en het ontbreken van een certificaat geldt als een vermoeden dat de ondernemer zijn werknemers ongelijk beloont in de procedure die een werknemer aanspant.⁵⁷

De Afdeling advisering plaatst de volgende opmerkingen over de motivering voor en de vormgeving van dit zelfstandige bestuursorgaan.

a. Motivering om een (apart) zbo in te stellen

In de toelichting dient te worden aangegeven of het de bedoeling is een bestaande of een nieuwe organisatie aan te wijzen. De toelichting doet vermoeden dat het om een nieuwe instelling gaat. Dit roept de vraag op waarom niet is gekozen voor een bestaande organisatie. De noodzaak om een nieuwe zbo in te stellen moet in de toelichting worden gemotiveerd.⁵⁸

⁵³ Inmiddels Richtlijn 2006/54/EG van het Europees parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, PbEU 2006, L 204.

⁵⁴ Artikel 10 Algemene wet gelijke behandeling.

⁵⁵ Toelichting, paragraaf 4, en toelichting op artikel I, onderdeel H.

⁵⁶ Voorgestelde artikelen 10 en 11.

⁵⁷ Voorgestelde artikelen 10, eerste lid, 11f, en 6a, tweede lid.

⁵⁸ Aanwijzing 5.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar).

De Afdeling adviseert in de toelichting te motiveren waarom voor het verlenen van certificaten een nieuwe zbo wordt ingesteld, of gekozen wordt voor een aparte zbo, en als dat inderdaad zo is, waarom deze taak niet wordt neergelegd bij een bestaande organisatie met bewezen deskundigheid op het gebied van arbeidsverhoudingen.

b. Het type zbo

Het wetsvoorstel regelt dat certificaten worden verstrekt door «een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aangewezen instelling».⁵⁹ Niet duidelijk is wat voor instelling zal worden aangewezen. Er zijn twee mogelijkheden, die een groot verschil maken. Als een bestaande organisatie wordt aangewezen die krachtens publiekrecht is ingesteld, dan is een aantal bepalingen van de Kaderwet van toepassing; er hoeft dan niet zoveel meer te worden geregeld. Wordt gekozen voor de privaatrechtelijke vorm, dan zal het voorstel verder moeten worden aangevuld met elementen die – voor publiekrechtelijk vormgegeven zbo's – zijn geregeld in de kaderwet: vaststelling en goedkeuring van een bestuursreglement; benoeming, schorsing en ontslag van de leden van het zbo; benoemings-eisen en bezoldiging; en financiering van het zbo door de overheid (het zbo kan geen tarieven in rekening brengen).⁶⁰

Bij zbo's heeft de publiekrechtelijke vorm de voorkeur.⁶¹ Het is echter bij certificering niet ongebruikelijk dat een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt aangewezen die door de overheid is opgericht.

De Afdeling adviseert een keus te maken voor een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm, die keuze in de toelichting te verantwoorden en de gevolgen ervan uit te werken in het wetsvoorstel.

De initiatiefnemers danken de Afdeling voor de vraag om duidelijkheid te geven over de certificeringsinstelling. De voorkeur van de initiatiefnemers gaat uit naar een bestaande organisatie die zich in het publiekrechtelijke domein bevindt.

c. Toetsingskader

De certificerende instelling krijgt de taak om een onafhankelijk, transparant en toegankelijk toetsingskader te ontwikkelen op basis waarvan de certificering plaatsvindt. Over het toetsingskader kunnen nadere regels worden gesteld bij algemene maatregel van bestuur. Volgens de toelichting is het de bedoeling dat ondernemers inzage krijgen in het toetsingskader.⁶²

Zoals eerder opgemerkt is het van belang dat de hoofdelementen van het te hanteren toetsingskader in de wet worden vastgelegd.⁶³ In beginsel krijgt een zbo alleen regelgevende bevoegdheid als het gaat om organisatorische of technische onderwerpen. In bijzondere gevallen kan de regelgevende bevoegdheid verder reiken, mits is voorzien in goedkeuring door de Minister.⁶⁴ De inhoud van het toetsingskader gaat echter verder dan organisatorische of technische onderwerpen: het gaat om de manier waarop getoetst wordt of een ondernemer zijn werknemers gelijk beloont.

⁵⁹ Voorgesteld artikel 10, derde lid.

⁶⁰ Delegatie ligt hier minder voor de hand (aanwijzingen 5.12 en 5.13 Ar).

⁶¹ Artikel 4 van de Kaderwet.

⁶² Voorgesteld artikel 11, eerste en derde lid, en de toelichting op het artikel.

⁶³ Zie paragraaf 4b van dit advies.

⁶⁴ Aanwijzing 5.10 Ar.

Deze regelgevende bevoegdheid kan daarom niet aan de zbo worden overgedragen.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen aan de hand van het bovenstaande.

8. Klacht bij het College voor de Rechten van de Mens

Tot slot merkt de Afdeling op, dat volgens het wetsvoorstel een klacht door het College voor de Rechten van de Mens pas in behandeling kan worden genomen, als de klacht eerst door de ondernemer is afgehandeld, dan wel nadat twee maanden zijn verstreken en de klacht is niet afgehandeld.⁶⁵ In de huidige wet is een dergelijke beperking in tijd echter niet opgenomen voor het in behandeling nemen van een klacht door het College.⁶⁶ In bepaalde situaties kan het wenselijk zijn dat het College direct de klacht in behandeling neemt, bijvoorbeeld als er een kortgeding procedure bij de rechter is ingediend. Dan kan het van belang zijn dat het College in korte tijd zijn oordeel geeft.

De Afdeling adviseert in de toelichting de wachtermijn van twee maanden te motiveren en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

De initiatiefnemers menen dat voor ondernemers de mogelijkheid dient te bestaan om na de ontvangst van een klacht wijzigingen door te voeren en de beloningsverschillen op te heffen. Een termijn van twee maanden achten de initiatiefnemers hiervoor redelijk. Daarnaast achten de initiatiefnemers het onwenselijk dat indien een klacht door de ondernemer is ontvangen en in behandeling is genomen om gelijktijdig twee trajecten te starten gericht op het opheffen van de ongelijke beloning. De opmerking van de Afdeling dat het in bepaalde gevallen wenselijk kan zijn dat het College direct een klacht in behandeling neemt, bijvoorbeeld als er een kort geding procedure bij de rechter is ingediend doet hier niets aan af. Als er een kort geding procedure is aangespannen maakt de werknemer geen gebruik van de klachtenregeling zoals bedoeld in artikel 11 maar kiest voor een ander juridisch instrument waarmee de wachttijd van twee maanden zoals opgenomen in de klachtenregeling vervalft.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het initiatiefvoorstel en adviseert het voorstel niet in behandeling te nemen, tenzij het is aangepast.

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,
S.F.M. Wortmann*

De initiatiefnemers,
Ploumen
Özütok
Jasper van Dijk
Van Brenk

⁶⁵ Voorgesteld artikel 11c, derde lid.

⁶⁶ Artikelen 10 t/m 12 Wet College voor de rechten van de mens.